

# ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



---

**CİLT: XXII SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2018**

---

**KAMU HUKUKU** ♦KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi ♦KAYA, Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruya Konu Olan Haklar ♦GÜMÜŞAY, Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak “Yeniden Yargılama” Kararı ve İcrası.

**ÖZEL HUKUK** ♦ÖZBAY/ÇELT, Alman Arabuluculuk Kanunu ♦NAR, Kat Malikleri Kurulu ♦OKUMUŞ, Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m. 439/ 2, f) ♦KAYA, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk.

**ERZİNCAN – 2018**



**ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

---



**ERZİNCAN BİNALI  
YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**CİLT: XXII SAYI: 1-2 YIL: 2018**

**HAZİRAN – 2018  
ERZİNCAN**

IV

**SAHİBİ**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Cem BAYGIN

**SORUMLU MÜDÜR**

Yılmaz ÖZKER

**DİZGİ VE MİZANPAJ**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

<b>İLETİŞİM ADRESİ:</b>  ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  24078 / ERZİNCAN	<b>TLF</b> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <b>FAKS</b> : +90 446 225 17 45 <b>E-MAIL</b> : erchukuk@erzincan.edu.tr <b>WEB</b> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	---

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
yılda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ  
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş  
hakemli bir dergidir.

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.**

**Derginin eski ismi, “Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”dir.**

**Basım Yeri:** Doğu Ciltve Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mahallesi 14  
Sokak No: 8 / ERZİNCAN

**Basım Tarihi:** Aralık - 2018

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin Türkçe – İngilizce özetleri (50-150 kelime), anahtar kelimeleri ve kaynakçası bulunmalıdır. Makalenin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

**DANIŐMA KURULU**

---

**Prof.Dr. Nihat BULUT**

İstanbul Őehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Murat DOĞAN**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Celal GÖLE**

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Rona SEROZAN**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



## YAYIN KOMİSYONU

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
 Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
 Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
 Prof. Dr. Şafak NARBAY  
 Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR  
 Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

## EDİTÖRLER

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
 (e-mail: cembaygin@yahoo.de)  
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

---

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Prof.Dr. Şafak NARBAY, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. M. Emin RUHI, Dr. Öğr. Üyesi Alpaslan AKARTEPE, Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Tuğba ÇİFTÇİ, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR, Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM, Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ, Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Dr. Öğr. Üyesi Ayhan UÇAR, Dr. Öğr. Görevlisi Ercan YAŞAR, Dr. Öğr. Görevlisi Esra ÜSTÜN YILDIZ, Arş.Gör.Dr. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör.Dr. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör.Dr. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Fuat ALTUNTAŞ, Arş.Gör. M. Necat ARTUKOĞLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Erdoğan KESKİN, Arş.Gör. Elif KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş. Gör. Damla Özden ÇELT, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Münevver TEMİR, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş. Gör.Ogün USTA, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Elif Banu VARLI, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

## TEŞEKKÜR

**Dergimizin C. XXI, S. 3 – 4, Aralık – 2017 ve C. XXII, S. 1 – 2, Haziran – 2018 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz\* ...**

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Ali Cem BUDAK, Prof. Dr. Nihat BULUT, Prof. Dr. Ayhan DÖNER, Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK, Prof. Dr. M. Emin RUHİ, Doç. Dr. Murat TOPUZ, Doç. Dr. İbrahim AŞIK, Doç. Dr. Varol KARAASLAN, Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI.

---

\* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

**Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI**

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi ..... 1-56

**Öğr. Gör. Seyithan KAYA**

Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruya Konu Olan Haklar ..... 57-92

**Arş. Gör. Ramazan GÜMÜŞAY**

Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak “Yeniden Yargılama” Kararı ve İcrası ..... 93-143

### ÖZEL HUKUK

**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY/Arş. Gör. Damla Özden ÇELT**

Alman Arabuluculuk Kanunu ..... 147-153

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR**

Kat Malikleri Kurulu ..... 155-189

**Arş. Gör. Dr. Nagehan OKUMUŞ**

Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m. 439/ 2, f) ..... 191-208

**Arş. Gör. Sedat KAYA**

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk ..... 209-261

## CONTENTS

**Asst. Prof. Dr. İsmail KÖKÜSARI**

The Finality, Bindingness and Effects of the Constitutional Court Judgements Arising from Individual Application on Human Rights .. 1–56

**Lecturer Seyithan KAYA**

The Rights Subject to Individual Application in the Framework of the Constitutional Court Decisions ..... 57–92

**Research Asst. Ramazan GÜMÜŞAY**

The Enforcement of “Retrial” Judgments as a means of the Redressing the Violation in the Individual Application ..... 93–143

### ÖZEL HUKUK

**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY/ Research Asst. Damla Özden ÇELT**

Mediation Act ..... 147–153

**Asst. Prof. Dr. Ahmet NAR**

Commonhold Unit-holders Board ..... 155–189

**Research Asst. Dr. Nagehan OKUMUŞ**

The Setting Aside of Arbitral Awards on the ground of Violation of Right to be Heard in Turkish Arbitration Law .....191–208

**Research Asst. Sedat KAYA**

Compulsory Mediation in Individual Labor Disputes According to Code of Labour Courts No. 7036 ..... 209–261

**Kamu Hukuku**

---



# ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA İHLAL KARARLARININ KESİNLİĞİ, BAĞLAYICILIĞI VE ETKİSİ

*Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARİ\**

## Özet

Çalışmada, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde vermiş olduğu ihlal kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve etkisi irdelenmiştir. Mahkemenin ihlal kararlarının kesinliği, şekli ve maddi anlamda kesinlik ayrımı üzerinden ele alınmıştır. İhlal kararlarının bağlayıcılığı, gerekçelerin ve hüküm kısmının bağlayıcılığı olarak iki başlık altında incelenmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarının emsal bağlayıcılık etkisine sahip olup olmadığı da tartışılmıştır. Kararların kişi bakımından etkisi, herkes için etki ve sadece taraflar için etki ayrımı bağlamında ele alınmıştır. Zaman bakımından etki de bu son başlıkta incelenmiştir. Pilot kararların ve toplu kararların etkisine de kısaca yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kesinlik, bağlayıcılık, herkes için etki, taraflar için etki, emsal, ihlal, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi

## Abstract

This article explores the finality, bindingness and effects of the Constitutional Court judgements arising from individual application on human rights. Under the title 'finality of judgements', it has been discussed the material and procedural finality of the judgements. In the second part, we analyzed the bindingness of Constitutional Court judgements arising from individual application on human rights, by classifying the bindingness of justifications and the bindingness of operative part. It is also discussed that whether judgements on human rights are stare decisis. The third part of this article covers erga omnes and inter partes effects of judgements. The effects of pilot judgement and group/class judgements take place in this part as well.

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Makale Geliş Tarihi:23/10/2018 / Makale Kabul Tarihi:12/11/2018

**Keywords:** Finality, bindingness, erga omnes effect, inter partes effect, precedent, breach, individual application, Turkish Constitutional Court

## GİRİŞ

Bireysel başvuru yolu, hukuk düzenine 2010 Anayasa değişiklikleri ile ‘sonradan girmiş’ bir yapıdır. Norm denetimi ile kıyaslandığında, bireysel başvuru yolu için tespit edilebilecek bazı ayırt edici özellikler vardır. Bunlardan ilki, bireysel başvuru yolunun hukuk sisteminin bir kurucu unsuru olarak inşa edilmemiş, sonradan *entegre edilmiş* olmasıdır. Buna ek olarak bireysel başvuru neticesinde verilen kararlar, kurucu ve inşâî nitelikte değil, *tespit edici ve uyarıcı niteliktedir*<sup>1</sup>. Dahası bu yol, *ikincil (tâli) bir* hukuki çaredir. Yani, hak ihlallerinin öncelikle dava mahkemeleri ile telâfi edilmesi gerekmektedir.

*Yeni ve gelişmekte olan* bir hukuk yolu olarak ifade edebileceğimiz bu yolun, henüz kendine has karakterinin oluşmakta olduğunu ve zamanla gelişeceğini ileri sürmek mümkündür. Ayrıca, 6 yılı aşan tatbikatında da görüldüğü gibi, bireysel başvuru yolu *ıçtihadî* bir yoldur. Diğer bir deyişle, tüzük, kanun ve Anayasada yer alan pozitif düzenlemelere karşın, onun esas kurucusu Anayasa Mahkemesi’dir. Son olarak, kanaatimizce *adaptasyon* da bu yolun bir niteliğidir. Zira, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarından da görüleceği üzere, AİHS ve

---

<sup>1</sup> Aslında Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru neticesinde verdiği ihlal kararlarının, ‘ihlalin varlığını ortaya çıkarmak’ açısından ‘inşâî’ olduğunu da söyleyebiliriz. Eğer Anayasa Mahkemesi, ileride, AİHM’nin yaptığı gibi bireysel ve somut tedbirlere hükmetmeye başlarsa, kararların bütünüyle inşâî olmaya doğru evrileceğini de tahmin edebiliriz. Ayrıca bkz. AİHM’nin ihlal kararlarının *izhari (declaratory)* nitelikte olduğu noktasında **Hans-Joachim Cremer**, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond res judicanda?”, iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.49. Fakat, kanaatimizce artık AİHM’nin ihlal kararı vermesi durumunda, ihlalin taraf devlet tarafından giderilmesi için bireysel, somut tedbirlere doğrudan hükmetmesi gerçeği karşısında, kararların izhari olmaktan, icraî olmaya doğru evrildiğini ifade edebiliriz. Örneğin *Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan* kararında, Mahkeme, ihlalin giderilmesinde tazminat bir çare olmadığı için, nasıl giderileceğini açıkça hüküm kısmında taraf devlete göstermiştir (Cremer, s.53). Tüm bunlara karşılık, Mahkemenin iç hukuktaki bir kanun veya genel düzenleyici işlemi iptal etmesi veya geri almasının söz konusu olamayacağı ittifakla kabul edilmektedir (**Dominik Halder**, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2013, s.140).



AİHM pratiği, Mahkeme'nin kararlarının ana yapısını oluşturmakta ve hakların içeriği bu pratiğe göre adapte edilmeye çalışılmaktadır.

Bu temel açıklamalardan hareketle, çalışmada, bireysel başvuru yolunun Anayasa Mahkemesi'nin diğer yetkilerinden nitelik itibariyle farklı olduğunu ve bu farklılıkların kararların kesinliğine, bağlayıcılığına ve etkisine sirayet ettiğini aşağıda farklı açılardan göstereceğiz.

Bu kapsamda, çalışma içerisinde, üç ayrı başlık oluşturulmuştur. İlk başlık, ihlal kararlarının kesinliğine ayrılmıştır. Kesinlik, maddi ve şekli anlamda kesinlik ayrımları ele alınarak incelenmiştir. Maddi anlamda kesinliğin çeşitli etki ve sınırlarına da bu başlık altında yer verilmiştir.

İkinci ana başlık ise bağlayıcılık ile ilgilidir. Bu başlıkta, kısaca iptal kararlarının bağlayıcılığı hakkında da bilgi verilmiştir. Ayrıca, ihlal kararlarının bağlayıcılığı, kararların gerekçeleri ve hüküm kısmı açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Son olarak, bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararlarının 'emsal bağlayıcılık' etkisine sahip olup olmadığı da tartışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü başlığı, bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararlarının etkisine ayrılmıştır. Bu başlıkta hem kararların *erga omnes* (herkes için) hem de *inter partes* (sadece taraflar için) etkisi incelenmiştir. Kararların zaman bakımından etkisi, geçmişe etki ve geleceğe etki bağlamında yine bu başlık altında ele alınmıştır. Bütün bu incelemelerde, Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarından somut örnekler sunulmuştur.

## Şİ. İHLAL KARARLARININ KESİNLİĞİ

### I. İPTAL KARARLARININ KESİNLİĞİNE GENEL BİR BAKIŞ

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının kesinliği bazı yazarlarca daha önce genel hatlarıyla incelenmiştir. Bu kapsamda şekli ve maddi anlamda kesinlik ayrımı yapılmıştır. Şekli anlamda kesinlik, Mahkemenin verdiği kararlara karşı başvurulabilecek herhangi bir olağan kanun yolunun bulunmaması olarak tanımlanmıştır<sup>2</sup>. Gerçekten de Mahkemenin norm denetimi sonucunda vermiş olduğu kararlara karşı

---

<sup>2</sup> **Kemal Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.1110; **İbrahim Ö. Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018, s.386.

olağan bir itiraz veya temyiz yolu söz konusu olmadığı için, bunların şekli anlamda kesin olduğunu söylemek mümkündür. Maddi anlamda kesinlik ise, hukuk yargılamasındaki teorik ayırmadan esinlenilerek, karar ile sonuca bağlanmış olan uyuşmazlığın bir daha başka bir uyuşmazlığa konu olamayacak şekilde nihayete erdirilmiş olması olarak tanımlanmıştır. Diğer bir deyişle, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yeni bir davanın açılmayacağı şeklinde anlaşılmıştır<sup>3</sup>. Bu kapsamda Mahkemenin norm denetimi sonucunda verdiği iptal kararında, artık iptal edilen hükmün Anayasaya aykırılığı nihayete ermiş ve maddi anlamda kesinleşmiştir. Ret kararları açısından da, Mahkemenin bir kanun maddesinin veya fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığını tespit etmesi, artık bu durumun maddi anlamda kesinleştiği anlamına gelmektedir. Yani, bir daha aynı madde veya fıkranın tekrar dava konusu olmaması sonucu çıkmaktadır. Buna karşılık, Gözler’in ifade ettiği gibi, Anayasa’da sadece on yıllık bir sınır konulduğu için, ret kararlarının maddi anlamda kesinliği zaman bakımından sınırlandırılmıştır<sup>4</sup>.

Norm denetiminde verilen kararların kesinliği ile ilgili olarak doktrinde benimsemediğimiz daha detaylı ayrımlar da yapılmıştır. Şimdilik sadece şunu belirtmekle yetinelim ki, kararların kesinliği, bağlayıcılığı ve etkisi birbirinden ayrı şeylerdir. Bu ayrımların eleştirisi bir alt başlıkta yapılacaktır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Yüce Divan sıfatı ile verilen kararlara karşı Mahkemeden yeniden inceleme istenebilmesinin yolu açılmıştır. Bunlar ancak, bu incelemenin sonucunda verilen karar ile şekli anlamda kesinleşebilecektir (Ay. m. 48)<sup>5</sup>. Yüce divan yolunda, maddi kesinlik ise, bir kişi hakkında verilen beraat veya mahkumiyet gibi kararların, o davada failin ilgili fiilleri işlediğinin veya işlemediğinin bir daha uyuşmazlığa konu edilemeyecek şekilde bitirilmesidir. Siyasi parti kapatma davası sonucunda verilen kararlar, bunlara karşı bir olağan başvuru yolu mümkün olmadığı için verildiği anda şekli olarak kesindir<sup>6</sup>. Maddi anlamda kesinliği ise, partinin kapatıldığının veya devlet

---

3 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1110.

4 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1111.

5 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1028.

6 **Ayhan Döner/İsmail Köküsarı**, “AİHM Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olup Olmayacağı Sorunu”, *Gazi ÜHFD*, C. XII, Sayı 1-2, Ankara, 2008, s.667 vd.

yardımdan yoksun bırakıldığının maddi olarak kesinleştiğini ve bu hususun bir daha uyumsuzluk konusu olamayacağını ifade eder<sup>7</sup>.

## **II. İHLAL KARARLARININ KESİNLİĞİ**

### **A. Şekli Anlamda Kesinlik**

Anayasa'daki bir hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, ihlalin varlığına karar verilir. Eğer söz konusu işlem veya eylem bir hakkı ihlal etmemişse, o zaman ihlalin yokluğuna hükmedilir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu bir ihlal veya ihlalin yokluğu kararının kesinliğini de şekli ve maddi anlamda kesinlik olarak ikiye ayırabiliriz. Şekli anlamda kararın kesinliği, mahkemenin vermiş olduğu kararın (ihlalin varlığı veya yokluğu) herhangi bir olağan kanun yolu başvurusuna konu olmamasıdır. Tıpkı norm denetiminde verilen kararlardaki gibi, Anayasa Mahkemesi bölümlerinin ve genel kurulunun bireysel başvuru yolunda verdiği kararlara karşı olağan bir kanun yolu söz konusu olmadığı için, bunların şekli anlamda kesin olduğunu söyleyebiliriz<sup>8</sup>. Mahkemenin ihlal kararının bir mahkeme veya kurum tarafından gereği gibi veya hiç icra edilmemesi nedeniyle tekrar bireysel başvuruda bulunulması, şekli anlamda kesinliğe aykırı bir durum doğurmayacaktır. Keza, bu kararlara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmak da, olağan bir iç hukuk yolu olmadığı için şekli anlamda kesinliğe engel teşkil etmez.

### **B. Maddi Anlamda Kesinlik**

Bireysel başvuru yolunda verilen ihlalin varlığı veya yokluğu ile ihlalin varlığı halinde bunların giderilmesi yönünde verilen kararların maddi anlamda kesinliği, mahkemenin ihlalin varlığı veya yokluğuna dair tespitinin içeriksel olarak kesinleştiğini, bir daha aynı kişinin aynı olay veya işlemde kaynaklanan aynı hakka yönelik bir hak ihlali iddiasında bulunamayacağını göstermektedir. Daha somut bir örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararını ele alabiliriz. Boşanma davasına dayanan ihlal iddiasında öncelikle, yerel

---

<sup>7</sup> **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.435.

<sup>8</sup> Bkz. aynı yönde **Ulaş Karan**, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s.128.

mahkemede cereyan eden olaylardan bahsederek, oradaki hükmün şekli ve maddi anlamda kesinliğinden, bireysel başvurudaki görünümüne geçeceğiz. Olayda, yerel mahkemede davalı eşi bayan B ile evliliğinin çekilmez hale geldiğini ve şiddetli geçimsizlik yaşadıklarını iddia eden davacı M, eşi B'nin evlilikten önce giydiği ve evlendikten sonra değiştirmeye söz verdiği dini giysiyi (çarşaf) bir türlü değiştirmeye yanaşmadığını, oysa kapalı olarak hayatına devam etse de daha modern giymesini istediğini, bu nedenle aralarında sürekli tartışma ve geçimsizlik yaşandığını iddia etmiştir. Yerel mahkeme, davacının davasını haklı bularak boşanmaya karar vermiş, davalının açtığı karşı davadaki tazminat ve nafaka taleplerini de kendisi kusurlu olduğu için reddetmiştir<sup>9</sup>. Bu dava temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek şekli olarak kesinleşmiştir. Maddi anlamda, B ile M'yi evli statüsünden çıkararak hüküm kısmı ile nafaka ve tazminat talebinin reddedildiğine dair hüküm kısmı bir daha uyuşmazlık konusu olamayacak derecede nihayete ermiştir. Bu konuda, olağan bir başvuru yolu ve herhangi yeni bir uyuşmazlık söz konusu olamayacaktır.

Davalı B, yerel mahkemenin, dini saiklerle giydiği giysi nedeniyle boşanma davasını kabul ettiğini ve bunun din hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürerek Mahkemeye bireysel başvuru yapmıştır<sup>10</sup>. Mahkeme incelemesi sonucunda, başvurucunun dini giysisinin, sadece boşanma davasında yerel mahkemece boşanmanın somut sebebi (ortak hayatı kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsan olgu) olarak tespit edilmesinin, din hürriyetini ihlal etmediği kanaatine ulaşmıştır. Bu nedenle din hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu hükme bağlanmıştır<sup>11</sup>.

Mahkemenin bu kararı açısından, herhangi bir olağan başvuru yolunun bulunmaması onun şekli anlamda kesinliğini gösterir. Maddi

<sup>9</sup> *Asiye Lekesiz Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2015/6064, Karar tarihi 13 Eylül 2018.

<sup>10</sup> Bkz. başvuru gerekçesi ve ihlal iddiası şu şekildedir: “*Başvurucu; yaşam tarzının ve bu kapsamda çarşaf giydiğinin davacı tarafından evlilik birlikteliği öncesinde bilindiğini, nişanlılık döneminde de çarşaf konusundaki ihtilaf nedeniyle nişanlılığın sonlandığını ancak davacının daha sonra bu hususu kabul ettiğini beyan etmesi üzerine evlendiklerini belirtmiştir. Başvurucu, buna rağmen derece mahkemelerinin -hatalı olarak- geçimsizlik kaynağı olarak çarşaf giymesini gösterdiklerini ileri sürmüştü; bu suretle davacının kıyafetini yönlendirmesinin derece mahkemelerince de benimsendiğini ve giydiği kıyafet kusur gibi gösterilerek davacının davasının kabulü ile kendi davasının reddine karar verildiğini ifade etmiştir*”.

<sup>11</sup> *Asiye Lekesiz Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2015/6064, Karar tarihi 13 Eylül 2018.

anlamda kesinlik açısından bakılırsa, A'nın M ile boşanma davasında, yerel mahkemenin kararının din hürriyetini ihlal etmediğine dair hüküm kısmı (her ne kadar hüküm de açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik olarak ifade edilse de), kesin hüküm mahiyetindedir. Bir daha taraflardan herhangi birisi, somut boşanma davasındaki mahkeme kararından kaynaklı bir din hürriyeti ihlalinin varlığını uyumsuzluk konusu yapamayacaktır. Bu örneği, aşağıda göreceğimiz maddi anlamda kesin hükmün etkileri açısından da kullanmaya devam edeceğiz.

Ceza ve medeni yargılama hukukunda kesin hükmü inceleyenler, genellikle aşağıdaki ayrımlar üzerinden konuyu incelemişlerdir. Bu nedenle bu ayrımlardan da bahsetmek yerinde olacaktır.

### 1. Maddi Anlamda Kesinliğin Olumsuz Etkisi

Medeni usul hukukunda, maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi, kesinleşen bir meselenin konusu, sebebi ve tarafları aynı olan başka bir davaya konu olamaması anlamına gelmektedir<sup>12</sup>. Bu etki başka şekillerde de ifade edilmiştir. Örneğin, Gözler “res Judicata”nın (kesin hükmün) “tekrar yargılama yasağı” şeklinde bir sonucu olduğunu ifade ederek, bu başlık altında hükmün olumsuz etkisini incelemiştir<sup>13</sup>. Genelde öğretilerde maddi anlamda kesinlik bu şekilde ifade edilmektedir.

Ceza hukukunda “nebis in idem” ilkesi kapsamında incelenen maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi, bir fiil nedeniyle yargılanan veya mahkum olan bir kimsenin aynı fiili nedeniyle bir daha yargılanamayacağı veya mahkum edilemeyeceği anlamına gelmektedir<sup>14</sup>. Burada *Akkaş*'ın belirttiği gibi, hukuk muhakemesinde konusu, tarafları ve sebebi aynı olma şartı değişim göstererek, failin ve failin aynılığı ortaya çıkmaktadır<sup>15</sup>.

*Akkaş*'a göre kesin hükmün olumsuz etkisi, aynı muhakeme alanındaki mahkemeler arasında olur<sup>16</sup>. Yani hukuk muhakemesinde

---

12 **Ahmet Hulusi Akkaş**, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet, Ankara, 2016, s.74.

13 **Kemal Gözler**, “Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara ÜHFD*, C. 56, Sayı 2, Y. 2007, s.48.

14 **Akkaş**, s.75; **Gözler**, “Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine”, s.48.

15 **Akkaş**, s.75.

16 **Akkaş**, s.77.

hakkında hüküm verilen tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir meselenin, ceza mahkemesinde de görülmesine bir engel yoktur. Bu doğrultuda, hukuk mahkemeleri açısından hukuk mahkemelerinde, ceza mahkemeleri açısından ceza mahkemelerinde olumsuz etki söz konusudur<sup>17</sup>.

Bu kapsamda bireysel başvuru yolunda kesin hükmün olumsuz etkisini, aynı işleme veya mahkeme kararına (sebebe) dayanılarak aynı kişi (taraf) tarafından aynı hakkın (konu) ihlal edildiğinin ileri sürülememesi olarak ifade etmek mümkündür. Örnek olayda, Başvurucu A'nın din hürriyetinin ihlal edilmediğinin tespiti halinde, bir daha boşanma davasındaki hakimin kararından kaynaklanan bir din hürriyeti ihlalinin olduğu A tarafından ileri sürülemeyecektir.

## 2. Maddi Anlamda Kesinliğin Olumlu Etkisi

Maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisi, daha önceki bir davada kesinleştiği ileri sürülen meselenin veya talebin tamamının veya bir kısmının daha sonraki davadaki hakim tarafından nazara alınması gereğini ifade etmektedir<sup>18</sup>. Bu anlamda olumlu etkinin, bir mahkemenin daha önceki bir davadaki tespitinin, bu dava ile ilgili olan bir başka davada göz önünde tutulması anlamında kullanıldığı görülmektedir. Maddi anlamda kesin hükmün olumlu etkisi, olumsuz etkiden farklı olarak, farklı muhakeme alanına dahil olan mahkemeler arasında da cereyan edebilir<sup>19</sup>. Örneğin trafik kazasında zarar görenler hukuk mahkemelerinde tazminat davası açtığı halde, ceza mahkemesinde de ceza yargılamasının yapılması mümkündür.

Olumlu etkide, tarafları ve sebebi aynı fakat konusu farklı olan bir davanın olması gerekmektedir<sup>20</sup>. Oysa olumsuz etkide her üçünün de aynı olması şarttır. Örneğin idare mahkemesinde bir yapının imara aykırı yapıldığı hüküm altına alınmışsa, ceza mahkemesinde imara aykırılık nedeniyle verilecek kararda, idare mahkemesinin 'hukuka aykırılık tespiti' nazara alınmak durumundadır<sup>21</sup>.

---

17 Akkaş, s.77.

18 Akkaş, s.77-78.

19 Akkaş, s 77.

20 Akkaş, s.78.

21 Akkaş, s.80.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu kararlarda ihlalin varlığının veya yokluğunun, diğer mahkemelerde olumlu etkisi nasıl olabilir? Örneğin ihlalin varlığını tespit ettikten sonra, bu ihlali gidermek için yerel mahkemeye dosyayı yeniden yargılamak üzere göndermesi halinde, yerel mahkemenin ihlalin varlığını kabul ederek yeniden yargılama yapmak zorunda olması olumlu etkidir. Ayrıca uzun tutukluluğun kişi hürriyetinin ihlali olarak görüldüğü bir davada, yerel mahkemenin, 'ihlalin varlığının tespiti' ile bağlı olması da olumlu etkiye örnektir.

### 3. Maddi Anlamda Kesinliğin Objektif Sınırı

Maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırı, kararın hangi kısmının kesinlik niteliğini haiz olduğu ile ilgilidir<sup>22</sup>. Bu konuda Savigny'in başını çektiği, fakat günümüz Almanya'sında yaygın olmayan görüş, kararın hüküm kısmının yanında onun ispatına yarayan diğer bazı unsurların da (gerekçe gibi) maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür<sup>23</sup>.

Kesin hükmün objektif sınırları Alman medeni usul hukukunda, eskiye nazaran az da olsa halen tartışmalıdır<sup>24</sup>. Medeni usul hukukunda Alman Medeni Usul Kanunu ile kesin hükmün sadece tarafların talepleri ile sınırlı olduğu açıkça belirtilerek, gerekçe kısmı dışarıda tutulmuş ve böylece tartışmaların harareti biraz olsun dinmiştir. Bu kapsamda, *Göztepe*, Almanya'da, Alman Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin kesin hükmün objektif etkisi kapsamında olduğu noktasında uzlaşma olduğunu, buna karşılık kararın gerekçesinin hangi kısmının (ratio decidendi veya orbiter dictum) bu niteliği haiz olduğu konusunda tartışma olduğunu belirtmiştir<sup>25</sup>.

---

22 **Hamide Özden Özkaya-Ferendeci**, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, Oniki Levha, İstanbul, 2009, s.7.

23 **Özkaya-Ferendeci**, s.7-8, 60, 22 vd.; **Arwed Bloomeyer**, "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", (Çev. İrfan Yazman), *Ankara ÜHFD*, C. 25, Sayı 3-4, Y. 1968, s.229.

24 **Özkaya-Ferendeci**, s.7-8, 60. Bkz. benzer ifadenin daha eskiden de başka bir Alman yazar tarafından ifadesi için **Bloomeyer**, "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", s.226 vd.

25 **Ece Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Y. 2016, s.97, dn.5. Oysa *Göztepe*, Anayasa Şikayeti adlı 1998 yılında yayımlanan başka bir eserinde, Alman Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararlarının sadece

Özetle kesin hükmün objektif sınırı biraz aşağıda tartışılacak olan ihlal kararlarının bağlayıcılığının gerekçeyi de kapsayıp kapsamadığı ile doğrudan ilgilidir. Çünkü kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kısmı bağlayıcıdır<sup>26</sup>. Maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırına gerekçeleri dahil edip etmemek, bu kararların diğer mahkemeler açısından emsal bağlayıcılığına da doğrudan etkilidir. Bu husus aşağıda detaylı bir şekilde ele alınmıştır<sup>27</sup>. Her ne kadar Gözler, maddi anlamda kesin hükmün (res judicata) sonuçlarından olan kararların bağlayıcılığını, nispi (inter partes) ve mutlak (erga omnes) bağlayıcılık olarak ikiye ayırarak, ‘kararların kişi bakımından etkisini’ de bağlayıcılığa ve dolayısıyla maddi anlamda kesin hükme dahil etse de<sup>28</sup> biz aşağıda görüleceği üzere bu görüşe katılmıyoruz.

#### 4. Maddi Anlamda Kesinliğin Sübjektif Sınırı

Maddi anlamda kesin hükmün sübjektif etkisi, Alman öğretisinde hükmün etkilediği kişiler kapsamında ele alınmıştır<sup>29</sup>. Diğer bir deyişle, maddi anlamda kesin hükmün sadece taraflara etkili olarak mı hüküm doğurduğu yoksa üçüncü kişileri de mi kapsayacağı meselesi, bu etki altında incelenmektedir<sup>30</sup>.

Kararların kimler açısından etkili olduğu, kesin hükmün kimleri kapsadığı açısından ele alınabilirse de, bağlayıcılığı ‘inter partes’ ve ‘erga omnes etki’ olarak ele almak, kanaatimizce kabul edilemez.

---

hüküm fıkrasının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıdığını belirtmiştir (**Ece Göztepe**, Anayasa Şikayeti, Ankara ÜHFY, Ankara, 1998, s.95). Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin de bu yönde uygulaması ve görüşleri bulunmaktadır. Tabii ki bu durumda gerekçelerin bağlayıcılığı da, Mahkeme tarafından savunulmuştur (**Alfred Rinken**, “Federal Constitutional Court and the German Political System”, iç. (Editörler: Ralf Rogowski, Thomas Gawron) *Constitutional Courts in Comparison: The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Berghahn books, 2002, s.71).

26 **Özkaya-Ferendeci**, s.6. Benzer yönde bkz. **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1110. Bkz. aksi yönde, **Göztepe**, Anayasa Şikayeti, s.95. Göztepe, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece hüküm kısmının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğini, buna karşılık gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu aktarmıştır.

27 Bkz. aşağıda başlık III, B.

28 **Gözler**, “Judicata’nın Türkçesi Üzerine”, s.48-49.

29 **Bloomeyer**, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, s.233; **Özkaya-Ferendeci**, s.6.

30 **Bloomeyer**, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, s.233; **Özkaya-Ferendeci**, s.6.



Biz kararın kişi bakımından ve zaman bakımından etkisini ayrı bir başlık altında aşağıda inceleyeceğimiz için, burada sadece şunu belirtmekle yetiniyoruz, kural olarak bireysel başvuru neticesinde verilen kararlar sadece başvuranları ve aleyhine başvurulana, yani tarafları etkilemektedir. Eğer pilot karar usulü veya toplu olarak karar verme usulü kullanılırsa, bu durumda tarafların dışındakileri de etkileyebilecektir.

## §2. İHLAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

### I. İPTAL KARARLARININ BAĞLAYICILIĞINA GENEL BİR BAKIŞ

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, Anayasa'nın 153. maddesi gereğince bütün devlet organları, kamu ve özel hukuk tüzel kişiler açısından bağlayıcıdır. İptal kararlarının bağlayıcılığı, iptal kararına uyulması, onun gereklerinin yerine getirilmesi ve iptal edilen kuralın bir daha uygulanmaması anlamında kullanılmaktadır. Bu konudaki en önemli tartışma, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı ile ilgilidir. Hüküm kısmının bağlayıcı olduğu ittifakla kabul edilen bir husus olmakla birlikte, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda lehte<sup>31</sup> ve aleyhte<sup>32</sup> görüşler mevcuttur. İptal kararları

31 **Servet Armağan**, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, Cezaevi Matbaası, İÜ Yayını (No: 1245), İstanbul, 1967, s.149; **Yılmaz Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.294; **Turan Yıldırım**, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, Sayı 4, Y. 1993, s.74; **Attila Özer**, *Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.248; **Korkut Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, 2004, s.274-277; **M. Merdan Hekimoğlu**, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, s.269-270; **Fazıl Sağlam**, "Anayasa Yargısının Bazı Sorunları", *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul, 2004, s.540; **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.386; **Tolga Şirin**, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, Oniki Levha, İstanbul, 2013, s.662 vd.

32 **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 418-419; **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119 vd.; **Ayhan Döner**, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.221; **Ömer Anayurt**, *Anayasa Hukuku (Genel Kısım)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.718; **Zühtü Arslan**, "Anayasa Mahkemesi'nin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.64; **Yavuz Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018, s.359; **Yusuf Şevki**

açısından Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı, yorumlu ret kararları bağlamında tartışılmıştır. Özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin 1990 yılındaki YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddesindeki bir hükmü iptal etmeyip, yorumlayarak bu yoruma göre bir uygulama tesis etmeye çalışması, bu tartışmayı başlatmıştır<sup>33</sup>. Karar gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını savunlar özetle şu gerekçelere dayanmışlardır: Kararların sadece hüküm kısmının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği<sup>34</sup>; gerekçelerin bağlayıcı olduğunu savunmanın, Mahkemenin yasama, yürütme ve yargı organlarına emir ve talimat vermesine neden olacağı<sup>35</sup>, bu durumun hâkimlerin bağımsızlığına aykırılık teşkil edeceği;<sup>36</sup> Anayasa'da, gerekçelerin bağlayıcı olduğu yönünde açık bir düzenleme olmadığı<sup>37</sup>; gerekçelerin bazen onlarca sayfadan oluşan farklı görüşleri içerdiği, bazen üyelerin farklı gerekçelerle aynı görüşe

---

**Hakyemez**, “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.* (Anayasa Hukuku), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.383 vd.; **Semih Batur Kaya**, *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, Oniki Levha, 2017, s.233 vd.; **İsmail Köküsarı**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, Oniki Levha, 2009, s.232, 286; **Özcan Özbey**, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. İsa Döner), 2012, s.180. Fakat yazar, çalışmasının başka bir yerinde bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir (**Özbey**, s.370). Kanaatimizce iptal ve bireysel başvuru kararları açısından böyle bir ayırım yapılması hatalıdır.

- 33 *Anayasa Mahkemesi*, 9.4.1991 tarihli ve 1990/36 E.-1991/8 K. sayılı karar. Anayasa Mahkemesi de sonrasında yapmış olduğu bireysel başvuru denetiminde, Anayasa Mahkemesinin 1991 yılındaki bu kararının gerekçesinin, haklı olarak, kanunilik şartını taşımayacağına hükmetmiştir. Bu karar başörtülü olduğu için duruşmaya katılmasına izin verilmeyen bir avukatın yaptığı bireysel başvuru sonucunda verilmiştir (*Tuğba Arslan Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/256, Karar tarihi 25 Haziran 2014).
- 34 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119; **Döner**, “...Gerekçelerinin Bağlayıcılığı...”, s.221; **Hakyemez**, “...Gerekçelerin Bağlayıcılığı...”, s.383-384. Hakyemez de yargılama hukukunda karar kavramından kastın uyumsuzluğu nihai olarak çözen mahkeme kararının hüküm kısmı olduğunu ve kesin hükmün sadece hüküm fıkrası ile ilgili olduğunu belirtmiştir (**Hakyemez**, “...Gerekçelerin Bağlayıcılığı...”, s. 383-384); aksi yönde görüş için bkz. **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi*, s.272.
- 35 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119; **Döner**, “...Gerekçelerinin Bağlayıcılığı...”, s.223.
- 36 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1120; **Döner**, “...Gerekçelerinin Bağlayıcılığı...”, s.223; Yargı bağımsızlığına aykırılığı bağlamında bkz. **Anayurt**, *Anayasa Hukuku*, s.718.
- 37 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1119-1120; **Döner**, “...Gerekçelerinin Bağlayıcılığı...”, s.223.

katıldığı, bu durumda gerekçenin hangi kısmının bağlayıcı olduğunu tespit etmenin mümkün olmadığı<sup>38 39</sup>; üyelerin gerekçelerde ideolojik sebeplere dayandığı<sup>40</sup>; bazen gerekçelerin kararlardan yıllarca sonra yazılması nedeniyle hükmün gerekçelerden önce bağlayıcılık kazanacağı ve gerekçelerin bağlayıcı olması için uzun süre onun yazılmasını beklemek gerekeceği<sup>41</sup> ileri sürülmüştür. Son olarak, Anayasa Mahkemesinin yorum yoluyla bir hakkın sınırlarını belirlemesi durumunda gerekçelerin bağlayıcı olduğunu savunmanın, temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlanabileceği ilkesine de aykırılık oluşturacağı<sup>42</sup> da savunulmuştur. Norm denetiminde verilen kararların gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu savunanların argümanları daha kısadır: Bu yazarlar Anayasa'nın 153. maddesinde kararların bağlayıcılığı hususu düzenlenirken hüküm kısmı ile gerekçe ayrımı yapılmadığı gibi Mahkemenin kararının hüküm ile gerekçeden oluştuğunu,<sup>43</sup> Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen “İptal kararları

- 
- 38 **Erdoğan**, Anayasa ve Özgürlük, s.120; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s.418; **Hakymez**, “...Gerekçelerin Bağlayıcılığı...”, s.386; **Arslan**, “...Yorum Tekeli...”, s.64.
- 39 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1120-1121; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 418; Özbudun bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Anayasa Mahkemesinin birçok kararının gerekçesinde uzun felsefi, sosyolojik, tarihsel, siyasal tahliller yer almıştır. Bunların tümünün bağlayıcılığını kabul etmek devlet hayatını 153'üncü maddeye göre karar 'gerçek kişileri' de bağladığına göre, fikir hayatını ve bireysel ifade hürriyetini bir cendere içine sokar” (**Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 418); **Hakymez**, “...Gerekçelerin Bağlayıcılığı...”, s.391.
- 40 **Anayurt**, Anayasa Hukuku, s.718.
- 41 **Ahmet İyimaya**, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.77. İyimaya'ya göre “...Gerekçesi henüz yazılmamış bir iptal kararının açıklanmasını izleyen üç ay içinde, yasama iktidarının isdar edeceği yasa hazırlığında mustakbel ve meçhül gerekçeyi keşfedecek zihni ve mekanik bir araç var mıdır?... Bu pratik gerçek dahi, gerekçe bağlayıcılığının olmazlığına eylemsel vurgudur” (**İyimaya**, *Siyaset Hukuku Sorunları*, s.77).
- 42 **Döner**, “...Gerekçelerinin Bağlayıcılığı...”, s.225.
- 43 **Aliefendioğlu**, Anayasa Yargısı..., s.294; **Armağan**, ...Kazai Murakabe Sistemi, s. 149. Kanadoğlu ise Anayasa Mahkemesi kararlarının tam anlamının ortaya çıkarılabilmesi ve uygulamada da ilgili organların bu gerekçeleri dikkate alması için gerekçelere de bağlayıcılık atfedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak gerekçelerin binlerce sayfa olduğu da göz önünde tutulursa Anayasa Mahkemesinin tüm yorumlarının bağlayıcı olduğunun ileri sürülemeyeceğini ve ancak Anayasa Mahkemesinin karar verirken hangi gerekçenin bağlayıcı olduğunu kendisinin belirlemesi gerektiğini ileri sürmüştür (**Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesi, s.276).

*gerekçesi yazılmadan açıklanamaz*” ifadesinin karar ve gerekçenin bir bütün olduğunu gösterdiğini; gerekçelerinin bağlayıcılığının, Anayasa yargısının doğasının bir gereği olduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>44</sup>.

Bizim de görüşümüz, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı noktasındadır. Buna ilişkin argümanlarımızı aşağıda bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı ile ilgili başlıkta belirteceğiz.

## II. İHLAL KARARLARININ HÜKÜM KISMININ BAĞLAYICILIĞI

Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararları, bir mahkeme kararı olarak iptal kararları gibi bağlayıcıdır. Bu, mahkeme kararının kendisine içkin niteliğidir. Fakat, iptal kararlarından farklı olarak bu kararlar herkes için etkili sonuç doğurmaz. Bu konuyu aşağıda detaylı bir şekilde ele alacağız.

Bireysel başvuru kararları açısından bağlayıcılığa yaklaştığımızda, bu kararların hüküm kısmının bütün diğer mahkeme kararları gibi bağlayıcı olduğunda kuşku yoktur. Zira bağlayıcı olmayan bir kararın mahkeme kararı olmasının bir manası yoktur. Bu sonucu Anayasanın 153. maddesindeki Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının bağlayıcı olması gerektiğinden de çıkararak yazarlar bulunmaktadır<sup>45</sup>. Fakat, bunun hatalı olduğu görüşüdeyiz. Çünkü, bağlayıcılık konusunda 153. maddeye dayanılması, kararların etkisi konusunda da bu maddeye dayanılması gibi bir neticeyi doğurabilir. Biz bireysel başvuru yolunun daha sonradan Anayasaya eklenen bir kurum olduğu için bazı açılardan 153. maddeye dahil edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bireysel başvurunun yukarıda bahsettiğimiz kendine has karakterleri de, bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Şunu da önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin belirli bir ihlal kararının (hüküm kısmının) bağlayıcılığı, o kararın *‘bir konuyu veya ihlal iddiasını’* nihai olarak sonuca bağladığı ve bu sonucun doğası gereği itaati gerektiren bir otoriteye sahip olduğu anlamına gelir. Sadece

<sup>44</sup> **Oya Boyar**, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), YÖK Tez Merkezi, İstanbul, 2008, s.303.

<sup>45</sup> **Ebru Karaman**, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Doç. Dr. Hüseyin Özcan), İstanbul, 2013, s.301.

hüküm kısmı maddi anlamda kesinlik taşımaktadır. Yoksa, bağlayıcılık, mahkemenin bütün kararlarının, sonraki uyuşmazlıkları da çözecek nitelikte genel bir emsal bağlayıcılık taşıdığı anlamına gelmez<sup>46</sup>. Çünkü böyle bir emsal bağlayıcılık otoritesi, sadece kararın belirli bir ihlal iddiasını çözen bir pratik otorite değil aynı zamanda benzer meselelerde ilgili kurum ve mahkemelerce uygulama zorunluluğu doğuran bir niteliktir ki, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi için böyle bir durum kural olarak kabul edilmemektedir.

Pilot kararlar açısından da Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının hüküm kısmı bağlayıcıdır. Tıpkı AİHM'nin pilot kararlar taraf devletlere emrettiği spesifik ve genel tedbirler, onlar için bağlayıcı olduğu gibi<sup>47</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği pilot kararlar da, bağlayıcılık niteliğine sahiptir.

### III. İHLAL KARARLARININ GEREKÇELERİNİN BAĞLAYICILIĞI VE EMSAL GÜCÜ

#### A. BELİRLİ BİR İHLAL KARARININ GEREKÇESİNİN SOMUT İLGİLİLER AÇISINDAN BAĞLAYICILIĞI MESELESİ

Bu başlık altında gerekçelerin bağlayıcılığı, belirli bir kararın icrası anında, o kararın gerekçesinin kararın muhatapları ve tarafları açısından bağlayıcı olup olmadığını ifade etmektedir. Oysa, Mahkemenin genel olarak bütün kararlarının, sonraki benzer bir uyuşmazlıkta veya başvuruda bağlayıcı bir emsal olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususu yine kararların gerekçesinin bağlayıcılığı ile ilgili olduğu için bir alt başlıkta inceleyeceğiz.

---

<sup>46</sup> Bkz. AİHM kararlarının hüküm kısmının bağlayıcı olduğu noktasında **Cremer**, s.46; aynı yönde **Jan Schneider**, *Reparation and Enforcement of Judgments: A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems*, Doctoral Dissertation, Faculty of Law, Management and Economics of the University of Mainz, 2015, s.150. Başka bir yerde, **Schneider**, AİHM kararlarının bağlayıcılığını maddi ve şekli anlamda (*material and formal bindingness*) bağlayıcılık olarak ikiye ayırmışsa da içeriğinde maddi ve şekli anlamda kesinliği (*material and formal finality*) anlatarak, çelişkiye düşmüştür (**Schneider**, s.140).

<sup>47</sup> **Ivanna Ilchenko**, *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*, Yüksek lisans tezi (Danışman: Jeremy McBride), Central European University, Hungary, 2013, s.78; Bkz. aynı yönde **Schneider**, s.150.

Bireysel başvuru yolunda verilen kararların gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı noktasında az sayıda görüş belirtilmiştir. Biz, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı noktasında, iptal kararlarında belirtmiş olduğumuz görüşümüzden ayrılmayı gerektirecek bir durum olmadığı için, hem Anayasa Mahkemesi'nin ve hem de AİHM'nin ihlal kararlarının<sup>48</sup> gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı kanaatindeyiz<sup>49</sup>. Öğretide, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi, ihlal kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>50</sup>.

Biz öncelikle ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını belirten görüşlerimizi özellikle iptal kararlarında belirtilen görüşleri de nazara alarak burada özetlemek istiyoruz. İhlal kararlarının sadece karar (sonuç) kısmı bağlayıcıdır, gerekçe kısmı değil. Çünkü, birincisi, normatif ve inşai bir etki veya sonuç doğuran kısım, kararın sonuç kısmıdır. Gerekçeler ancak bu kısmı ikna edici bir şekilde ispatlamak, muhatapların kararın hukukiliğine ve meşruluğuna inanmasını sağlamak amaçlı bilgi, belge ve mantıksal çıkarımlardır. İkincisi, gerekçelerin,

48 Bu konuda, *Schneider*, Mahkemenin ihlal kararlarının hüküm kısmının gerekçeleri ile birlikte anlaşılabilceği ve anlam ifade edeceği gerekçesiyle, gerekçelerin hüküm kısmı gibi bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca kararın hüküm kısmının icrası için gerekçelerden yol gösterici ve açıklayıcı mahiyette yararlanılmak durumunda kaldığını eklemiştir (*Schneider*, s.150).

49 Bkz. aksi yönde **Sibel İnceoğlu**, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru; Türkiye ve Latin Modelleri*, Oniki Levha, İstanbul, 2017, s.302-303; **Karan**, s.136; **Tolga Şirin**, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 5. Toplantısı*, Ankara, 2015 [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA\\_Bildiri.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf), erişim 30.01.2017, s.50; Yazar, bu görüşüne derece mahkemelerinin yasaların Anayasaya aykırı yorumlarının ayıklanmasını gerekçe göstermiştir (**Şirin**, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço...”, s.50); **Özbey**, s.370. İlginçtir ki, **Özbey**, iptal kararlarının gerekçelerinin *bağlayıcı olmadığı* görüşünü Anayasa'nın 153. maddesine dayandırdığı gibi, ihlal kararlarının gerekçelerinin *bağlayıcı olduğu* görüşünü de aynı maddeye dayandırmıştır (**Özbey**, s.371); **Şirin**, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s.662b. Bkz. farklı bir ülkeden örnek olarak, Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi sonucundaki iptal kararı ile bireysel başvuru denetimi neticesindeki ihlal kararlarının gerekçeleri ile birlikte bağlayıcı olduğu noktasında **Constitutional Court of Czech Republic**, “Report on the Relations between the Constitutional Courts and the Other National Courts Including the Interference in This Area of the Action of the European Courts”, *Conference of European Constitutional Courts XII. Congress*, 2002, s.23-24.

50 **Schneider**, s.150; **Şirin**, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço...”, s.50; **Özbey**, s.370; **İnceoğlu**, s.302-303; **Karan**, s.136.

kendi içerisinde muhtelif ilkeler ve geniş bir malumat içermesi, bazen bu malumat ve ilkelerin birbiriyle çelişmesi onların bağlayıcı olmasına ve bu şekilde ele alınmasına diğer bir engeldir. Üçüncüsü, diğer yerel mahkemeler ve kurumların da belirli oranda takdir yetkisi ve yorum yetkisinin varlığıdır. Gerekçelerin bağlayıcılığı kabul edildiğinde, böyle bir şeyin mümkün olmadığını sadece Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarının geçerli olarak addedildiğini kabul etmek gerekir.

Yukarıda, iptal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda, gerekçeyle temel hakların sınırlanmasının kanunilik ilkesine aykırı olacağı karşı argümanı ileri sürülmüştü<sup>51</sup>. Böyle bir argüman bireysel başvuru yolu için de geçerli midir? Daha açık bir deyişle, bu yolun asli amacı temel hak ve hürriyetleri korumak olduğu için, bireysel başvuruda verilen kararların gerekçelerinin de temel hakları korumaya ve geliştirmeye yönelik olması gerekir. Bu kapsamda gerekçe kısmının bağlayıcı olması temel hakları sınırlamak yerine korumaktadır şeklindeki bir argüman kabul edilebilir mi? Bu soruya da olumsuz cevap verilmelidir. Çünkü bireysel başvuru yolunda, Anayasa Mahkemesi her zaman ihlal kararı vermemektedir. Bazı hallerde hakkın ihlal edilmediğini tespit ettiği için doğal olarak gerekçesi de hakların kapsamını belirlemektedir. Ayrıca, çatışan hakları dengelerken, bir kararında daha üstün görüp tercih ettiği hakkı diğerinde daha az tercih edebilmektedir. Örneğin, başvurucunun, hukuka aykırı idari para cezası verildiği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiası, Mahkeme tarafından 'kanuna ve meşru amaca uygun ölçülü bir sınırlandırmanın' varlığı nedeniyle reddedilmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir<sup>52</sup>. Bu örnekte, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verildiği halde, hakkın kapsamı kamu yararı çerçevesinde daraltılmıştır.

Bunlara ek olarak, gerekçe, hüküm kısmının değil, kararın bir unsurudur. Gerekçe, çeşitli argümantasyon yöntemleri, mantık ve yorum ilkeleri kullanılarak, maddi gerçeğin, mevzuatın ve diğer bütün ispat ve delil mekanizmalarının işletilerek, bir kanaate varma veya varılmış olan

---

51 Bu görüşler için bkz. §2, I. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu bir kararında, doktrindeki eleştiriler kapsamında daha önceki iptal yolunda vermiş olduğu gerekçesinin, temel hakları sınırlandırmada kanunilik şartını taşımadığını ileri sürerek (*Tuğba Arslan Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/256, Karar tarihi 25 Haziran 2014), AİHM'nin Leyla Şahin kararında savunduğu daha geniş kanunilik şartını kabul etmemiştir.

52 *Mustafa Taş Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2017/23968, Karar tarihi 31 Ekim 2018.

kanaati temellendirme ameliyesidir. Normatif bir nitelik arz etmeyen gerekçe, çok çeşitli bilgi yığınıyla dolu olabilmektedir. Fonksiyon itibarıyla, kararın anlaşılmasını, icra ederken karşılaşılan zorlukların çözülmesini, tarafların karar ile ikna olmasını, kanun yolu denetiminde denetim mercilerine yol gösterici olmasını ve nihayet, kararın hukukilik ve meşruiyetini destekleyen bir argümanlar bütünüdür. İster genellikle kolay davalarda kullanılan dedüktif tasımlar zincirinden oluşan birinci düzey gerekçelendirme olsun<sup>53</sup>, isterse zor davalarda kullanılan kuralın ve olayın tespitinde bazı dış unsurları da nazara katan ikinci düzey gerekçelendirme<sup>54</sup> olsun, her halükarda gerekçede, mahkemelerin görüş ve akıl yürütmeleri vardır. Bunların bazıları yanlış da olabilmektedir. Hatta, kendi ideolojik anlayışına göre, toplumsal, iktisadi ve ahlaki görüşlerini delil ve gerekçe olarak kullanan mahkeme üyeleri de bulunmaktadır. Gerekçelerin bağlayıcılığı kabul edilirse, yanlış akıl yürütme ve argümantasyon ile elde edilen bu bilgiler de bağlayıcı olmak zorunda kalacaktır.

Bazı hallerde gerekçede bulunan bilgiler, büyük önermenin yani uygulanacak kuralın tespiti mahiyetindedir ki, bu kural zaten hukuk düzeninde mevcut bir kural olduğu için yerel mahkemelerin gerekçelerin bağlayıcılığını kabul etmeden de bunları uygulaması mümkündür. Diğer yandan, eğer gerekçedeki bilgiler hukuki olayın nasıl cereyan ettiğini ve gerçekleştiğini tespitten ibaret ise, bunlar, başka bir yargılamayla ilişkili olamayacak derece somut ve bireysel olgulardır. Diğer bir gerçek ise, örneğin Almanya’da karar gerekçelerinin kararlara eklenmeye başlanması 19. yüzyıldan itibaren başlamıştır<sup>55</sup>. Osmanlı Devleti’ndeki şeriyeye sicillerine bakıldığında da kararların gerekçesinin genellikle yayımlanmadığını görüyoruz. Bu gibi durumlarda kararları uygulayacak olanların onların gerekçesi ile de bağlı olduğunu söylemek çok mümkün değildir.

İhlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olması gerektiğini ileri sürenlerin argümanlarından birisi, gerekçe olmadan hüküm kısmının

53 Bkz. farklı yazarların bu iç-dış, birinci düzey-ikinci düzey vb. gerekçelendirme ayrımları için **Eveline T Feteris**, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma* (Çev. Ertuğrul Uzun), Paradigma Yayınları, İstanbul 2010, s.210-211, 173 vd., 241.

54 **Feteris**, s.210-211, 173 vd, 241.

55 **Özkaya-Ferendeci**, s.27.



anlaşılamayacağıdır<sup>56</sup>. Oysa gerekçe, onun bağlayıcılığı kabul edilmeden yol göstericilik sıfatıyla da hüküm kısmının anlaşılmasını pekâlâ sağlayabilir. Diğer argüman ise, Anayasa'da kararların bağlayıcı olduğuna dair hükümde, gerekçe ile hüküm kısmı arasında herhangi bir ayırım gözetilmediği<sup>57</sup> ve iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı kuralıdır. Bu argümanın ikinci kısmı sadece iptal kararları ile ilgilidir. Buna karşılık ihlal kararlarını kapsadığı varsayılsa bile, karar gerekçelerinin yazılmadan kararın açıklanmaması, gerekçenin hükmü okuyanları ikna etmesine ve belirlilik sağlanmasına yöneliktir. Ayrıca Anayasa'daki kararların bağlayıcı olduğunu belirten hükümde, gerekçe ile hüküm kısmı arasında ayırım yapılmadığı ileri sürülmüştür. Anayasa'da böyle bir hüküm olmasa bile mahkemelerin yargılama yapmasının bir anlam ifade edebilmesi ve hukuki güvenliğin tesisi için mahkeme kararının hüküm kısmının (tarafaların uyuşmazlık konusunun) maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi ve bağlayıcı olması zorunludur. Ayrıca, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu ileri süren yazarlar, bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesinin kuralların yorumunu yaptığını, bu yorumun, otantik bir yorum olarak insan haklarını korumada objektif bir zemin oluşturmak amacıyla, herkes için bağlayıcı olduğunu savunmuşlardır<sup>58</sup>. Bu görüşün aksinin kabulü, her bir ihlal için ayrı bireysel başvuru ve yargısal süreç gerektireceği için kamuyu zarara uğratmaya ve zaman israfına yol açacağı gerekçesiyle mümkün görülmemiştir<sup>59</sup>. Son iki argümana şu şekilde cevap vermek mümkündür: Anayasa Mahkemesi, elbette ki hem bireysel başvuru yolunda hem de norm denetiminde, kanunların ve Anayasa'nın yorumu açısından otantik yorumcudur. Fakat, bu yorum sadece iptal ettiği kanun hükmü ve ihlal kararı verirken yorumladığı Anayasa hükmü açısından otantiktir. Otantiklik, Mahkemenin nihai yorum mercii olması nedeniyle, yoruma doğruluk ve geçerlilik atfedilmesidir. Bu yorumun kararın gönderildiği mahkeme tarafından veyahut benzer ihlallerinin giderimi için başka mahkemeler açısından bağlayıcı olduğunu göstermez. Çünkü

---

56 **Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...", s.96.

57 Bkz. bireysel başvuru yolunda verilen kararların bağlayıcılığının diğer mahkeme kararlarından ayrı olarak değerlendirmeye gerek olmadığını ve gerekçelerin de bağlayıcı olduğunu savunanlar için **Korkut Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Oniki Levha, 2015, 258-259.

58 **İnceoğlu**, s.303; **Karan**, s.136-137.

59 **İnceoğlu**, s.303.

kararın sadece hüküm kısmı bağlayıcıdır. Kararın gönderildiği mahkeme, kararın hüküm kısmını uygulamakla, gerekçedeki yorumun da otantikliğini ve geçerliliğini kabul eder. Aksi taktirde, bu yorumun anayasa hükmü haline geldiğini kabul etmek gerekir. Örneğin Mahkeme, herhangi bir hakkın içeriğini AİHS uygulaması kapsamında genişletmiş olabilir. Adil yargılanma hakkının içeriğine, gerekçeli karar, makul sürede yargılanma, etkili başvuru, silahların eşitliği gibi alt haklar dahil etmiş olabilir. Bu haklar, bir anayasa hükmü haline gelmiş midir? Gelmiştir demek için, mahkemenin yorumlarının herkes için bağlayıcı olduğun savunmak gerekir. Oysa, bunlar öğreti ve mahkeme kararları ile geliştirilmiş ve geliştirilmeye devam edilecek olan bağlayıcı olmayan yorumlardır. Böyle bir cevap, sanki insan haklarının daha iyi derecede korunmasına muhaliflik gibi algılanabilir. Biz daha ikna edici, hukuki temele sahip ve etkili argüman ve mekanizmalarla insan haklarının korunmasının taraftarıyız. Bunun içerisine halen Mahkemenin kararlarının bağlayıcı olan hüküm kısmını bile uygulamakta tereddüt eden hakimlerin eğitimi de dahil edilebilir.

Bunun yanında, son olarak, gerekçenin hüküm kısmından bağımsız bir şekilde değil onunla birlikte bağlayıcı olduğu savına<sup>60</sup> da katılmıyoruz. Zira, gerekçe bağlayıcı olmadan da hükmün icrası mümkündür.

Bazı örneklerle, bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığını detaylandırmak daha faydalı olabilir:

**Birinci örnek**, kadının evlilik birliği devam ederken evlilik öncesi kızlık soyadı taşıyabilip taşıyamayacağına dairdir. 2011 yılında itiraz yoluyla Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen bu mevzuyu görüşen Anayasa Mahkemesi, oy çokluğu ile ret kararı vermiştir<sup>61</sup>. Bu defa bireysel başvuru yoluyla Mahkemeye intikal eden başvuruda, yerel mahkeme ve Yargıtay aşamasından geçilerek yargısal başvuru yolları tüketilmiş ve başvuran, kızlık soyadı kullanmak konusunda olumlu bir netice alamamıştır. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde, Mahkeme, Anayasanın 17. maddesindeki kişinin manevi varlığını geliştirme hakkının ihlalinin varlığına ve bu ihlalin giderilmesi için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar

---

<sup>60</sup> **Schneider**, s.150.

<sup>61</sup> *Anayasa Mahkemesi*, 10.3.2011 tarihli ve 2009/85 E.- 2011/49 K. sayılı kararı.

vermiştir<sup>62</sup>. Kararın 23. paragrafından 49. paragrafına kadar esas incelemesi adı altında Anayasa Mahkemesi'nin konuya dair gerekçeleri yer almaktadır. Hüküm kısmı ise A harfinden F harfine kadar beş maddeden oluşmaktadır. Burada gerekçenin bağlayıcılığı ile ilgili bir kaç tane tasnif yapılabilir:

**i. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının gerekçesi, gönderilen mahkeme açısından bağlayıcı mıdır?**

Bu sorunun cevabı çok önem arz etmektedir. Kararın gerekçesinden bazı örneklerle inceleme yapabiliriz. Kararın 27. paragrafı şu şekildedir: *“Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslar arası insan hakları belgesinde ‘kişiliğin serbestçe geliştirilmesi’ kavramına yer verilmeyle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir”*. Bu paragrafta, normatif, davranışları yönlendiren ve bir statü değişikliği talep eden ‘hüküm niteliği’ olmadığı ortadadır. O zaman, bu paragrafta ‘dayanarak’ bir şeyler yapılabilir. Yani yerel mahkeme, bu paragraftan gerekçe olarak faydalanabilir. Ya da yerel mahkeme bu ve benzeri diğer paragraflara dayanarak, onları gerekçeye alarak, gönderilen dosyada bu defa davanın başvuran açısından kabulüne veya ihlali giderici başka bir tedbire hükmedebilir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesindeki bir paragrafta dayanmak, onu gerekçe göstermek ise, onun bağlayıcı değil bir yol gösterici, idari ve yargısal diğer işlemlerde gerekçeyi kuvvetlendirici bir unsur olduğunu kanıtlamaktadır<sup>63</sup>. Yoksa, yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesindeki herhangi bir paragrafta dayanma zorunluluğu yoktur. Keza, yerel mahkemenin asıl vazifesi, kararın bağlayıcı olan hüküm kısmını, gerekçelerden de faydalanarak icra etmektir.

Diğer bir örnek olarak 44. paragraf alınabilir: *“Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması*

<sup>62</sup> *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2013/2187, Karar tarihi 19 Aralık 2013.

<sup>63</sup> Bkz. aksi yönde **İsmail Yüksel**, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Adalet, 2013, s.106.

halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır”. Bu paragrafta, Anayasanın 90. maddesinin hükmü neredeyse tekrar ediliyor ve temel haklara ilişkin sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki kanun hükümlerinden üstün ve onları zımnen ilga edici olduğu ifade ediliyor. Yerel mahkemenin hakimi bu gerekçeyi okuduğunda, halihazırda karar kısmının bağlayıcılığı söz konusu olduğu için, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesine ihtiyaç duymadan, o doğrultuda hareket edecektir. Ancak yerel mahkemenin önceki kararındaki hangi noktalarda bir hak ihlali söz konusu olduğunu anlamak ve bu ihlali gidermek için, ihlal kararının gerekçesinden faydalanması kaçınılmazdır.

Ayrıca, gerekçenin hüküm kısmı ile birlikte bütün olarak bağlayıcı olduğu savına karşılık olarak şu cevabı verebiliriz: Hüküm kısmında emredilmeyen bir şeyin ihlal kararının gerekçesinden yerel mahkemenin yorumu yoluyla çıkarılması mümkün olmadığı gibi, hükümde açıkça emredilen bir şeyin gerekçedeki ifadeler ileri sürülerek yok sayılması da mümkün değildir. Ancak, yukarıda gerekçenin fonksiyonlarında da belirttiğimiz gibi, gerekçe hükümdeki muğlaklık ve belirsizliğin giderilmesi ve kararın icrasının layıkıyla yapılabilmesi için önemli bir araçtır.

## **ii. İhlal kararının gerekçesi, bu konuda işlem yapacak olan nüfus idareleri açısından bağlayıcı mıdır?**

Bu şık açısından da aynı karardan örnek almayı uygun görüyoruz. Bu kapsamda, soyadı ile ilgili kararın 47. paragrafında şu şekilde bir gerekçe oluşturulmuştur:

*“Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurusunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır”.*

Bu paragrafta, milletlerarası sözleşmelerin erkek ve kadına soyadı bakımından eşit muameleyi emrettiği, bu nedenle 90. maddenin hükmü

doğrultusunda, ilgili sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ve ihlalin varlığına hükmedilmiştir. Şu halde, nüfus idaresi, bu kararın gerekçesini okuyarak, yukarıdaki paragraftan sadece gerekçe olarak yararlanır ve kararın sonuç kısmına uygun olarak ihlali gidermeye çalışır. Diğer bir deyişle, nüfus idaresi, sadece belirli bir ihlal kararının icrasında muhatap olarak ihlali gidermek için gerekçeden de yararlanarak işlem yapar. Yoksa, gerekçe nüfus idaresi için bağlayıcılık teşkil etmez<sup>64</sup>.

### **iii. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararların gerekçesi kendisi için bağlayıcı mıdır?**

Mahkeme açısından bakıldığında, ne ihlal kararlarının hüküm kısmı ne de gerekçesi kendisi için bağlayıcıdır. Eğer bağlayıcı olduğu savunulursa, hukukun donması, içtihadın sabitleşmesi ve bunun sonucunda da toplumsal değişimin durdurulması gerekmektedir. Böyle bir şey mümkün olmadığı için, gerekçeler kendisi için bağlayıcı değildir. Ayrıca diğer bir ilginç nokta, Mahkeme'nin 2011 yılında Türk Medeni Kanununun 187. maddesinin iptali istemini reddetmesi ve 2013 yılında bu maddenin kişinin manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiğine karar vermesidir. O halde, 2011 yılındaki gerekçesini takip etmek zorunda olan Anayasa Mahkemesi'nin, 2013 yılında böyle bir ihlal kararı vermemesi gerekirdi. Hatta, daha önce de bahsettiğimiz gibi Mahkeme, ilgili kanun maddesini 2015 yılında itiraz denetimi sonucunda iptal etmiştir<sup>65</sup>.

Şunu da önemle vurgulayalım ki, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinin bağlayıcı olmaması, onun gerekçelerinin çok sık bir şekilde değiştirebileceği anlamına gelmemektedir. Mahkeme kararlarında makul bir istikrarın bulunması için, mahkemenin daha önceki kararlarından farklı bir karar ve gerekçe oluştururken, bu yeni durum ikna edici bir şekilde temellendirilmelidir<sup>66</sup>.

---

64 Bkz. aksi yönde **İnceoğlu**, s.303-304.

65 *Anayasa Mahkemesi*, 27.5.2015 tarihli ve 2014/36 E.- 2015/51 K. sayılı karar.

66 Bkz. benzer yönde **Aharon Barak**, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, s.158-162.

### iii. İhlal kararlarının gerekçesi hükmedilen tazminatı ödemesi gereken Maliye Bakanlığı için bağlayıcı mıdır?

Tazminata hükmetmek de, ihlalin giderilme yöntemlerinden birisidir. Konumuz açısından harç ve vekalet ücretlerinin ödenmesinde de muhatap kurum Maliye Bakanlığı'dır. Maliye Bakanlığı'na yapılan başvuru neticesinde, Bakanlık birimleri, Anayasa Mahkemesinin gerekçesine bakmak yerine doğrudan hüküm kısmını icra edip ödeme yapabilir. Bir varsayım olarak düşündüğümüzde, Bakanlık için, ihlal kararının gerekçesinin bağlayıcı olduğunu ve Bakanlığın kararın gerekçesindeki ifadeleri nazara almak zorunda olduğunu iddia edebilir miyiz? Bu soruya da olumsuz cevap vermek durumundayız. Bakanlık hüküm kısmının ne anlama geldiğini tam olarak anlayamaz ise gerekçeye bakar ve muğlaklığı netleştirmeye çalışır. Böyle yapması, gerekçenin, hükmü açıklayıcı ve destekleyici pozisyonda olduğunu göstermektedir. Gerekçenin hüküm kısmı ile bir bütün şeklinde bağlayıcı olduğu iddiasına cevaben, Maliye Bakanlığı'nın böyle bir şeye gerek duymadan hüküm kısmını uygulamakla yetineceğini, gerekçedeki hükmü destekleyen ilke ve çıkarımların davranış yönlendirici (normatif), icra edilebilir ve emredici bir içeriğinin ve niteliğinin söz konusu olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

**İkinci örnek** ise uzun tutukluluk süreleri ile ilgili olacaktır. Kararda, başvuru, uzun süredir tutuklu olduğunu, bu sürenin makul olmadığını ve tutukluluğa karşı yapmış olduğu itirazların gerekçesiz olarak veya kalıp gerekçelerle reddedildiğini iddia etmiştir<sup>67</sup>. Anayasa Mahkemesi esas denetimi adı altında yaptığı incelemesinde, 95. paragraftan 117. paragrafa kadar bilgi, yorum, mevzuat ve AİHM kararlarının içtihatlarından müteşekkil bir gerekçe oluşturmuştur. Nihayet, ihlal kararındaki bu gerekçeye dayanarak, Mahkeme, bir miktar tazminata hükmetmiştir. Yerel mahkemeye kararın bir örneği gönderilmiş olsa da, başvuran, Anayasa Mahkemesi'nin karar tarihinden yaklaşık bir ay önce tahliye olmuştur<sup>68</sup>.

Bu kararda, iki önemli husus bulunmaktadır. Birincisi, tazminat ödemesi yapacak olan kurum ile ihlale sebep olan kararı veren mahkemenin, gerekçeyi tek başına bağlayıcı görüp görmeyeceğidir.

<sup>67</sup> Dursun Çiçek Başvurusu, AYM, Başvuru no. 2012/1108, Karar tarihi 16 Temmuz 2014.

<sup>68</sup> Bkz. tahliye tarihi ile ilgili <http://www.haberturk.com/gundem/haber/959910-dursun-cicek-tahliye-oldu>, erişim 30 Eylül 2016.

Tazminat açısından yukarıdaki örnekte ele aldığımız Maliye Bakanlığı ile ilgili şikâta atıfla yetiniyoruz. Tutukluluğun devamına karar veren yerel mahkeme, eğer tutuklu başvurucu tahliye edilmemiş olsaydı, ihlal kararının kendisine gelmesinden sonra, ihlal kararının gerekçesini değil hüküm kısmını nazara alarak, tutukluyu tahliye etmek durumunda kalacaktı. Yerel mahkeme, ihlal kararının gerekçesini inceleyerek ne tür hatalar yaptığını, ihlalin neden kaynaklandığını öğrenir, bu ve bundan sonraki kararlarda bu gerekçeye uygun hareket etmeye çalışır, fakat uygun hareket etmek zorunda değildir.

## **B. EMSALLERİN İKNA EDİCİ VE BAĞLAYICI GÜCÜ BAĞLAMINDA İHLAL KARARLARI**

### **1. Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Hukukunda Yüksek Mahkeme Kararlarının Emsal Etkisi**

Dünya çapında yaygın olan hukuk sistemlerinden ikisi, mevzuat temelli Kıta Avrupası hukuku ve içtihat temelli Anglo-Sakson hukukudur. Bu sistemler, bir cümle ile ifade edilmek istenirse, Kıta Avrupa'sı hukukunun va'z edilmiş, pozitif düzenlemelere bağlı bir hukuk; Anglo-Sakson kaynaklı hukukun ise, içtihat temelli ve yargıçların takdir yetkisinin genişlediği bir hukuk sistemi olduğu söylenebilir.

Görüldüğü gibi, Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuku, daha çok kanun, yönetmelik, tüzük gibi pozitif düzenlemelere bağlıdır. Bu özelliği itibarıyla, hukukun asli kaynağının mevzuat olduğunu söylemek yanlış değildir. Anglo-Sakson hukukunda ise, mahkeme içtihatları, hukuk sisteminin asli kaynakları içerisinde yer almaktadır. Kıta Avrupası'nda mahkemelerin asli vazifesi hukuk yaratmak değil, var olan hukuku uygulamaktır. Bunun en istisnai durumu, içtihadı birleştirme kararları, Anayasa Mahkemesi'nin negatif yasa koyucu konumunda olması gibi hallerdir.

Bu giriş mahiyetindeki açıklamalardan Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki '*stare decisis*' doktrini etrafında kararların emsal bağlayıcılığından bahsetmek konumuz açısından önemlidir.

Emsal karar doktrini (*stare decisis*), ortak hukukta yer alan ve '*stare decisis et non quieta movere* (kararının arkasında dur ve yerleşik

*durumu bozma*)’ ifadesinden mülhemdir<sup>69</sup>. Emsal karar doktrini, önceki kararlardan çıkarsanan bazı önemli ilkelerin daha sonraki benzer davalarda da uygulanması anlamına gelmektedir<sup>70</sup>. Hukuki uygulamada, daha önceki kararlardan süzülen bu evrensel ilkelerin daha sonraki benzer kararlarda da benzer şekilde uygulanması sonucunu doğurur<sup>71</sup>. Tarihsel anlamda ortak hukuk geleneğinin bir ilkesi olarak Amerika’ya da intikal eden bu doktrin, esasında hukuk sisteminde birlik, devamlılık ve istikrar oluşturma ve böylece eşitliğe hizmet etme amaçlıdır<sup>72</sup>. Daha önceki karar, yani emsal tarafından oluşturulan ilke, sonraki davalarda bir başlangıç noktası mahiyetindedir<sup>73</sup>. Bu başlangıç noktası, yargıcın elinde bulunan karardaki ilkenin kendi davası ile ilişkisini kurmasıdır<sup>74</sup>. Bundan sonraki aşamada, yargıcın, emsalin bağlayıcı mı yoksa yol gösterici mi olduğuna karar vermesi gerekir<sup>75</sup>. Eğer bağlayıcı olduğu kanaatine varırsa, bu durumda önceki davadaki bu ilkenin mevcut davada da uygulanması zorunludur. İkna edici bir emsal ise, o zaman davada uygulanıp uygulanmayacağı diğer bazı faktörlerin varlığına bağlıdır<sup>76</sup>. Yani emsallerin kapsamı sınırlı ve önceki davadaki olay ve şartlara bağlıdır. Ayrıca iki dava arasındaki benzerlikler bu açıdan önemlidir. Yoksa, önceki emsali gelişigüzel bir şekilde bağlayıcı saymak veya saymamak mümkün değildir<sup>77</sup>. Diğer bir önemli nokta, emsalin bütün kısımları değil, kararın belkemiğini oluşturan asıl gerekçe kısmı (*ratio decidendi*) nazara alınmalıdır, yoksa, hakimın çıkarımları veya yorumlarından oluşan tali kısımlar değil (*obiter dicta*). Dicta/dictum

---

69 **Federal Judicial Center**, “Stare Decisis”, *Education and Training Series (Mayıs 13-16)*, 1975, s.1

70 **Federal Judicial Center**, agm, s.2.

71 **Federal Judicial Center**, agm, s.2.

72 **Federal Judicial Center**, agm, s.2.

73 **Federal Judicial Center**, agm, s.3.

74 **Federal Judicial Center**, agm, s.3.

75 Amerika Birleşik Devletleri’nde, emsalin bağlayıcı mı yoksa ikna edici mi olduğunu tespit aşamasında, bölge mahkemesinin üstünde yer alan Yüksek Mahkeme Dairesinin (Federal Temyiz Mahkemesi) önceden konuyla ilgili bir karar vermemeşi olması gerekmektedir. Kendi bağlı olduğu Dairenin bağlayıcı kararı varken, başka dairelerin kararını ikna edici olarak bile nazara alamamaktadır.

76 **Federal Judicial Center**, agm, s.4.

77 **Federal Judicial Center**, agm, s.6.



olarak adlandırılan bu ikinci kısım, yol gösterici mahiyette; ratio desidenti olarak adlandırılan birinci kısım bağlayıcı niteliktedir<sup>78</sup>.

Kıta Avrupası'nda emsal karar (*stare decisis*) doktrini kabul edilmemektedir. Bunun yerine, emsallerin yol gösterici ve ikna edici bir nitelikte olduğu kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Yerleşik içtihat oluşumu gibi bazı istisnai hallerde, bu emsal neredeyse bütün alt derece mahkemeleri tarafından takip edilse bile, bu durum emsalin bağlayıcı olduğunu göstermez<sup>80</sup>.

## 2. Bireysel Başvuru Neticesinde Verilen Kararların Emsal Olarak Bağlayıcı ya da İkna Edici Olup Olmadığı Sorunu

### a. Mahkemenin Kararlarının Emsal Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

Anayasa Mahkemesi'nin emsal kararlarının bağlayıcılığı meselesi, kararların gerekçelerinin ve gerekçelerinden çıkarılacak temel ilkelerin (*ratio decidendi*), sonraki benzer davalarda mahkemeler için bağlayıcı olup olmayacağı ile ilgilidir. Zira, bir kararın hüküm kısmının, -bunlar münferit dava taraflarına ve konusuna ilişkin normatif emirler olduğu için-, emsal bağlayıcılık otoritesine sahip olması çok makul değildir. Çünkü, hüküm kısmındaki bu münferit içerikli normatif emirler, başka bir benzer davada nazara alınarak uygulanamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları açısından, kararların, emsal bağlayıcılığının bulunmadığı meselesi, elbette ki Anglo-Sakson hukukundan farklıdır. Bazen fiiliyatta öncü ve örnek niteliğindeki kararlara emsal adı verilmektedir. Hatta bunlara ilke kararı da denilmektedir. Örneğin, makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak 'Güher Ergun ve diğerleri' kararı, öncü ya da ilke kararı niteliğindedir<sup>81</sup>. Fakat, bunlar emsal bağlayıcılığa sahip olmadığı gibi bağlayıcılık ve

---

78 **David Vong**, "Binding Precedent and English Judicial Law-Making", *Jura Falconis*, C. 21, Sayı 3, Y. 1984-1985, s.323; **Federal Judicial Center**, agm, s.6.

79 **Vincy Fon/Francesco Parisi**, "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis", *International Review of Law and Economics*, Sayı 26, Y. 2006, s.522; **Vong (1984-1985)**, s.319.

80 **Fon/Parisi**, s.522-523.

81 *Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu*, AYM, Başvuru no 2012/13, Karar tarihi 2 Temmuz 2013.

pratik otorite olması bakımından diğer kararlarından farkı yoktur. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin uzun süreli yargılama veya ifade hürriyeti ve uzun tutukluluk süresi ile ilgili oluşturduğu bu tip temel kararlar, alt mahkemeler veya kurumlar açısından bağlayıcı bir emsal niteliği taşır mı? Bu soruya bir alt başlıkta cevap aranacaktır.

### b. Emsal Kararların Bağlayıcı Etkisi Var mıdır?

**(1). Türk Anayasa Mahkemesi kararları:** Bizim ülkemizin dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde, yüksek mahkemelerin kararlarına emsal bağlayıcılık otoritesi vermek için, tıpkı Anglo-Amerikan hukuk sisteminde olduğu gibi, daha önceki kararların gerekçelerinin veya gerekçeden çıkarılan temel kaidelerin (ratio decidendi) bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, yukarıda belirttiğimiz gibi kararların maddi anlamda kesinliğine, hüküm kısmı yanında gerekçeyi de dahil etmek lazımdır. Örneğin konuyla ilgili bütün mahkemeleri bağlayan İçtihadı Birleştirme Kararları'nın bile, tıpkı herkese yönelik etki doğuran Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında olduğu gibi, sadece hüküm/sonuç kısmı bağlayıcıdır, gerekçeleri yardımcı ve açıklayıcı mahiyettedir<sup>82</sup>. Böyle etki alanı geniş kararların bile gerekçeleri bağlayıcı görülemezken, bireysel bir hak ihlali iddiasının gerekçelendirilmesinden ibaret olan ihlal kararlarının gerekçesinin bağlayıcı olduğunu savunmak daha zordur.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları ister temel öncü karar olsun isterse istikrar kazanmamış diğer kararları olsun aynı seviyede etki ve otoriteye sahiptir. Bu kararlar, kararın icrasında muhatap olan mahkeme ve kurumlar hariç, diğer idari ve yargısal kurumlar açısından sadece ikna edici ve yol gösterici niteliktedir. Elbette ki, ihlal kararlarının pratik ve

82 Son dönemde, başvuru konuyla ilgili içtihadı birleştirme kararı verilemeyeceğine dair İBK verilmiş olması manidardır. Bu kararda *"işçilik alacaklarının çok değişik tür ve nitelikte uyumsuzluk olarak mahkemeler önüne gelebileceği, aynı tür ve nitelikteki işçilik alacaklarında dahi her defasında alacağın belirli veya belirsiz olmasında söz edilmesinin mümkün olmadığı, her somut olayın özelliğine göre mahkemelerin alacağın belirli mi yoksa belirsiz alacak mı olduğunu tespit etmeleri gerektiği, alacağın tür itibarıyla bir alacağın belirli veya belirsiz alacak olduğundan söz edilemeyeceği, bu hususta yapılacak içtihadı birleştirmenin, içtihadı birleştirme kararlarının soyut, genel her defasında geçerli normatif yapısıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle, içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına ...karar verilmiştir"*. (Yargıtay İBBGK, Karar no. 2016/6 E.-2017/5 K. Karar tarihi 15 Aralık 2017). Görüldüğü gibi, bazı durumlarda, her olayın kendine özgü durumunun somut olayın özelliklerine göre yerel mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

teorik otoritesinin bulunması halinde ülkemizdeki hak ihlallerinde azalma görülebilir. Buna karşılık, böyle bir durum, hukuk sisteminin niteliği gereği çok zor görünmektedir. Herhangi bir mahkeme, vereceği bir kararda, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarını ve gerekçelerini, tarafları ikna etmek veya gerekçesini kuvvetlendirmek amacıyla kullanabilir, bu kararlara atıf yapabilir. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları ve gerekçeleri, söz konusu yerel mahkeme açısından bağlayıcı değildir. Dolayısıyla, onların bu karara bağlayıcılık atfederek uygulaması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının '*doğrudan*' emsal bağlayıcılık gücüne sahip olmasının bazı sakıncaları bulunmaktadır. Birincisi, Mahkemenin ihlal kararının sonuç kısmı sadece belirli başvurular veya makamlar ile ilgili olduğu için, emsal olarak diğer olaylara uygulamak pek makul görünmemektedir. Örneğin, bir kararda<sup>83</sup> Mahkeme, başvurucuların makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve tazminata hükmetmiştir. Bu hükmün, diğer ihlal olaylarında kamu kurumları ve mahkemeler tarafından nazara alınarak uygulanması mümkün değildir. Sadece gerekçesinden ikna edici bir mahiyette faydalanılabilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi her somut davanın durumuna göre makul bir yargılama süresi belirlemektedir. İkincisi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının gerekçelerinin emsal bağlayıcılık etkisinde olduğunu kabul ettiğimizde, gerekçelerin bağlayıcı olmasının diğer mahsurlarının yanında, gerekçelerin hangi kısmının bağlayıcı olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Anglo-Sakson dünyadaki gibi, gerekçenin genelinden çıkarılabilecek sonuca etkili ölçülülük, kanunilik vb. evrensel ilkeler bağlayıcı olarak görüldüğünde (*ratio decidendi*), zaten bunlar doğrudan veya dolaylı şekilde Anayasa'da yer aldığı için, emsallerin bağlayıcılığı ile hedeflenen amaca Anayasanın bağlayıcılığıyla da ulaşılması gerekir. Son olarak diğer bir mahsur, bu durumda Mahkemenin ihlal kararı ile kural yaratmış olmasıdır. Çünkü, ihlal kararı emsal niteliğinde bütün idari kurumlar ve mahkemeler için takip edilmesi zorunlu bir 'kural' haline gelmektedir.

Şunu da belirtelim ki uygulamada Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının '*dolaylı*' olarak 'de facto emsal etkisi' ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından sonra, eğer ihlalin kaynağı yerel mahkeme kararı ise, ihlalin giderilmesi için kararın bu mahkemeye

---

83 *Faruk Yaman ve diğerleri başvurusu*, AYM, Başvuru no 2014/3543, Karar tarihi 04 Ocak 2017.

gönderilmesi halinde, (örneğin kadının kızluk soyadı ile ilgili kararda, yerel mahkemenin doğrudan Sözleşmeyi uygulayarak, karar vermesi halinde), Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili ihlal kararı Yargıtay açısından da bağlayıcı olduğu için, Yargıtay’ın yerel mahkemenin ihlali gidermek için aldığı kararı onaması da gerekmektedir. Bu durumda, uzun vadede Yargıtay’ın bu içtihadını diğer kararlarda da sürdürmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı, ‘*dolaylı*’ bir şekilde ‘*de facto* emsal gücü’ kazanmış olacaktır. Bu durum, uzun vadede insan hakları ihlallerinin giderilmesi açısından istikrarlı bir pratik de oluşturacaktır. Aynı şekilde Danıştay gibi diğer yüksek mahkemelerin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının icrası yönünde alınan idare ve vergi mahkemeleri kararlarını onaması gerekmektedir. Böylece, idari yargı açısından da insan hakları ihlallerinin giderilmesi için Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları dolaylı bir emsal gücü kazanmış olmaktadır.

*Dolaylı de facto emsal etkiye* bazı somut örnekler de verebiliriz. Yargıtay, evli kadının kızluk soyadını tek başına kullanabilmek amacıyla açılan davanın temyizinde, AİHM’nin konuyla ilgili verdiği kararın (*Tekeli/Türkiye*) bir bağlayıcılık taşımadığını ve Sözleşme’de doğrudan kadının soyadına dair hüküm olmadığını ifade ederek, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Fakat, bozmadan sonra yerel mahkemenin direnme kararı, bu esnada verilen Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının da etkisi ile, Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır<sup>84</sup>. Böylece Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa’nın 90. maddesindeki düzenleme karşısında yerel mahkemelerin AİHS ile çelişen Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesini ihmal etme ve Sözleşme hükümlerini doğrudan olaya uygulama yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kolluk tarafından yapılan aramada tanık bulundurulmamasının, adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu tespit etmesi neticesinde<sup>85</sup>, Yargıtay daireleri de bu yönde içtihatlarını

84 *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, Karar no. 2014/2-889 E.-2015/2011 K., Karar tarihi 30 Eylül 2015, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-2-889.htm>, erişim 01.04.2017). Bkz. kararın değerlendirilmesi için **Hakan Atasoy**, “Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” mı? “Bireysel” mi?”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5, Sayı 5, Y. 2015, s.149.

85 *Yaşar Yılmaz Başvurusu*, Başvuru no. 2013/6183, Karar tarihi 19 Kasım 2014. Karardaki 56. paragrafta bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: “...somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın

değiştirmeye başlamıştır<sup>86</sup>. Yargıtay ve Danıştay gibi üst mahkemelerin daireleri, hukuki istikrar ve insan hakları ihlallerinin giderilmesi için, sonraki benzer yerel mahkeme kararlarını da Anayasa Mahkemesinin söz konusu ihlal kararı yönünde bozmak ya da onamak durumunda kalmaktadır.

**(2). AİHM kararları:** Kanaatimizce, AİHM'nin Türkiye hakkındaki bir ihlal kararı, emsal bir bağlayıcılık otoritesine sahip değildir<sup>87</sup>. AİHM'nin kararlarının emsal bağlayıcılığının iki yönü vardır. Birincisi, bu kararların, kararın tarafı devlet açısından emsal bağlayıcılığı olup olmadığıdır. İkincisi ise, AİHM'nin bir devlet hakkındaki ihlal kararının, başka bir devletteki mahkemeler tarafından benzer olaylarda takip edilme zorunluluğu olup olmadığıdır. Birinci kısım ile ilgili olarak, Türkiye hakkında verilen bir ihlal kararının, kararın kapsamındaki hak açısından benzer davalarda mahkemeler tarafından uygulanmak zorunda olmadığı kanaatindeyiz. Eğer Türk otoriteleri, insan hakları karnesi açısından, spesifik bir ihlal kararında belirtilen ihlal çeşidine benzer diğer ihlalleri gidermek isterse, bu onun açısından takdire şayan önemli bir gelişmedir. Ancak, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, insan hakları ile ilgili bir anlaşma kanunlardan öncelikli olduğu için, AİHS'nin somut olaya uygulanması yoluyla, AİHM kararlarının bir nevi '*dolaylı olarak*' fiili emsal etkisi sağlanmış oluyor. Fakat buna rağmen, AİHM kararlarının '*doğrudan*' ve *hukuki* emsal bağlayıcılık etkisi bulunmamaktadır<sup>88</sup>. İkinci kısma cevaben, AİHM'nin bir devlet

---

icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına [alınan] adil yargılanma hakkını[n] ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir".

<sup>86</sup> **Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan**, "CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm", *Ankara ÜHFD*, C. 65, Sayı 4, Y. 2016, s.2452-2459.

<sup>87</sup> Bkz. Polonya uygulamasında aynı yönde görüş için **Jacek Chlebny**, "How a National Judge Implements Judgments of the Strasbourg Court", iç. (*Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger*), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.240.

<sup>88</sup> İngiltere, İnsan Hakları Kanunu'na hüküm koyarak, Sözleşmedeki hakla ilgili bir meseleyi karara bağlayan ulusal mahkemelerin, konuyla ilgili AİHM'nin kararlarını, görüşlerini, beyanlarını nazara almak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Fakat kanaatimizce, çok geniş bir emsal bağlayıcılık otoritesi gibi görünse de ortak hukuk geleneğine sahip olan İngiltere için sorun teşkil etmez (bkz. İnsan Hakları Kanunu, madde 2, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, erişim,

hakkında vermiş olduğu ihlal kararının, diğer devletlerdeki benzer davalarda mahkemeler tarafından uygulanma zorunluluğu da mümkün değildir<sup>89</sup>. Örneğin Türkiye hakkında verilen yaşam hakkının ihlali yönündeki bir karar ve gerekçesi, Rusya devletindeki yaşam hakkı ile ilgili bir ceza davasında, Rus mahkemeleri tarafından takip edilmek zorunda değildir. Çünkü, mahkemenin kararlarının gerekçesi bağlayıcı olmadığı gibi, onların emsal bağlayıcılık otoritesi de bulunmamaktadır.

Şimdi yukarıda ele almış olduğumuz Anayasa Mahkemesi'nin 'kadının evlendikten sonra kızsılık soyadını taşıyıp taşıyamayacağına' dair karardan hareketle, takip eden sorulara cevap vermek istiyoruz:

**(i). İhlal kararının gerekçesi, bu konuyla ilgili dava gören diğer mahkemeler açısından bağlayıcı mıdır?**

Kadının soyadına dair kararın gerekçesinden hareketle, bir değerlendirme yapabiliriz. Bu kapsamda, kararın gerekçesinde özet olarak, evli kadının evlilik öncesindeki soyadının kullanamamasının AİHM pratiği kapsamında AİHS'ye de aykırı olduğu ve böyle bir hakkın kişinin maddi ve manevi varlığının bir parçası olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesi gereğince davacıya Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddesinin değil, doğrudan AİHS'nin uygulanması gerektiği belirtilmiş, neticede ihlalin varlığına ve giderilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. İhlal kararından sonra, soyadı ile ilgili başka bir davayı gören yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin sitesinde veya Resmi Gazete'de yayımlanmış bu kararı bularak gerekçesine bakması ve gerekçesinden anladığı şeyleri bağlayıcı olarak kabul etmesi, hukuk sisteminde hakimın takdir, muhakeme ve yorumlama yetkisi açısından sorunludur. O halde, mahkemenin bu gerekçeden yararlanması, kendi kararının gerekçesini oluştururken etkilenmesi pekala mümkündür, ancak ona bağlayıcı bir anlam yüklemesi mümkün görünmemektedir. Yerel mahkemelerin, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesini bağlayıcı görmesi halinde, hak ihlallerinin daha da azalacağı veya daha hızlı giderileceği ileri sürülebilir. Böyle bir görüşün avantajları olsa bile,

---

31.01.2017). Bkz. aynı yönde **Özbey**, s.58. Bkz. benzer yönde Polonya uygulaması için **Chlebny**, s.239-240. Yazar Polonya'da 'emsallerin bağlayıcılık otoritesi olmadığı için' mahkemelerin kararlarında gerekçe olarak sadece AİHM'nin kararının kullanılmasının yeterli olmadığını, sözleşmenin spesifik hükmüyle kararın desteklenmesi gerektiğini ifade etmiştir, **Chlebny**, s.239-240).

<sup>89</sup> Bkz. aynı yönde **Abdurrahman Eren**, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta, İstanbul, 2004, s.306.

yukarıda bir çok yerde belirttiğimiz sakıncaları ve teorik engeller nedeniyle kabulü mümkün değildir. Eğer, gerekçeyle hükmün birlikte bağlayıcı olduğu iddiası ileri sürülürse, emsal doktrini ile ilgili kısımda da belirtildiği üzere, Anlgo-Sakson hukuk sistemindeki (içtihat hukuku, ortak hukuk) önceden verilmiş emsal niteliğini haiz kararların katı bağlayıcılığı, Kıta Avrupası'nda (sivil hukuk, mevzuu hukuk) söz konusu değildir. İctihadı birleştirme kararları ya da üst mahkemenin kanun yolu denetimindeki kararlarının hüküm kısmı dışında, herhangi bir şekilde önceki kararların hüküm kısmı ve gerekçesi bağlayıcı değildir, bilakis yol gösterici, istikrar oluşturuca bir karakterdedir.

Diğer bir örnek olarak uzun tutukluluk süresi nedeniyle verilen ihlal kararlarını gösterebiliriz. Somut ve mevcut bir örnek, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutuklunun tahliye talebini reddettiği kararıdır<sup>90</sup>. Bu kararda tutuklular, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce vermiş olduğu 'uzun süreli tutukluluğun ve yetersiz gerekçe ile tutuklu yargılamanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali olduğu' noktasındaki karar gerekçesini<sup>91</sup> emsal göstererek tahliye istemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi haklı olarak, Anayasa Mahkemesi'nin önceki ihlal kararının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını belirtmiştir. Buradaki haklılığı sadece ihlal kararının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı noktasındadır, yoksa bu gerekçeleri ikna edici ve destekleyici argümanlar olarak kararında kullanarak tutukluları salıvermesi, -Anayasa Mahkemesi'nin sonradan ihlal kararında da tanık olduğumuz üzere<sup>92</sup>- elbette hakların korunması açısından daha yerinde olabilirdi. Öğretide, Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu kararını yerinde bulmayan bazı yazarlar, ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı kapsamında emsallerin bağlayıcı otoritesini savunmuşlardır<sup>93</sup>. Bir yazar, emsal kararların bağlayıcı

---

90 Bu kararla ilgili bilgilere Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının gerekçesinden ulaşılmıştır (*Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu*, AYM, Başvuru no 2014/85, Karar tarihi 3 Ocak 2014).

91 *Mustafa Ali Balbay Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2012/1272, Karar tarihi 4 Aralık 2013.

92 Mahkeme, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin tahliye isteminin reddine dair kararının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. *Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/85, Karar tarihi 3 Ocak 2014.

93 **Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...", s.99-100; Şirin, ihlal kararlarının maddi anlamda kesinliği başlığında, bu kararların gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu ve erga omnes etkiye sahip nitelik taşıdığını belirtmiştir, **Şirin**,

otoritesi (yani bir ihlal kararının gerekçesinin bütün diğer mahkeme ve makamlar açısından bağlayıcılığı) savunulmadığında, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamak ve ihlalin sonuçlarını gidermek üzere dosyayı gönderdiği yerel mahkemenin, eski kararında direnmesi ve Anayasa Mahkemesini dinlememesi gibi bir sonucun ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir<sup>94</sup>. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin bir hak ihlali bulduğu ve dosyayı gönderdiği yerel mahkeme bu kararın sonuç kısmının gereğini yerine getirmek zorundadır. Çünkü hem maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden karar bağlayıcıdır hem de kararın icrasında muhatap, o yerel mahkemedir. Kısacası, ihlal kararlarının gerekçelerinin- ihlalin ve ihlal kararının icrasının muhatabı yerel mahkeme hariç- diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olmadığını kabul etmek, hiçbir şekilde, ihlal kararının sonuçlarını gidermekle mükellef yerel mahkeme açısından anayasa mahkemesi kararının '*hüküm kısmının bağlayıcılığına*' halel getirmez. İhlal kararının muhatabı olmayan diğer mahkemelerin, önündeki dosyalarda sunulan tutukluluk süresi itirazlarında, söz konusu ihlal kararının gerekçesini bağlayıcı olarak görmesi ve ona göre hareket etmesi gerekmez. Yerel mahkemelerin önündeki her olayın farklı hususiyetleri ve değişkenleri vardır.

Öğretide *Kanadoğlu*, ihlal kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıdığını ve bu bağlayıcılığın sadece ihlalin muhatabı mahkeme değil diğer mahkemeler için de geçerli olduğunu belirterek, maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırına 'hükmün' yanında gerekçeyi de dahil etmiştir<sup>95</sup>. Oysa bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>96</sup>, hem iptal kararlarında hem de ihlal kararlarında, kararın sadece hüküm kısmı

---

Türkiye'de Anayasa Şikayeti, s.662-663; **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.261-262.

94 **Şirin**, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço...", s.141-142.

95 **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.262-263. Bkz. aynı yönde **Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...", s.100; **Karan**, maddi anlamda kesinliğin gerekçe kısmını kapsayıp kapsamadığını açıkça belirtmiş olmamakla birlikte, bir kararın benzer ihlallerin önlenmesi yönünde diğer idari ve yargısal organları bağladığını belirterek, maddi anlamda kesinliği gerekçeye de teşmil ettirmiştir (**Karan**, s.128). **Karan**, bireysel başvuru kararlarında kabul edilemezlik kararlarının ve tedbir kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımadığını belirtmiştir (**Karan**, s.128). Aslında esas incelemesi olarak nitelendirilebilecek kabul edilemezlik kararlarının varlığını göz önünde tutarsak, bazı kabul edilemezlik kararlarının maddi anlamda kesinlik taşıdığını söylemek mümkündür.

96 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1110-1111.



maddi anlamda kesinlik taşır. Eğer gerekçelerin maddi anlamda kesin hüküm taşıdığı kabul edilirse, aynı gerekçelerin bir daha uyumsuzluk konusu yapılmaması ve yeni bir davaya konu olmaması gerekmektedir. Bu durum Kıta Avrupası hukuk sistemine uygun olmadığı gibi, ihlal kararlarının gerekçelerini kanun hatta Anayasa düzeyinde bir kural haline getirmek olur.

**(ii). Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının gerekçesi, yasama organı açısından bağlayıcı mıdır?**

Yukarıdaki soyadı ile ilgili kararın gerekçesine baktığımızda, Yasama'nın 2001 yılında çıkardığı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin, uluslararası sözleşmelerdeki kadın ve erkeğin eşitliğine dair hükümlere aykırı olduğu ve bu nedenle zımnen ilga edildiği ifade edilmiştir. Şu halde, yasamanın bu kanunun ilgili maddesini değiştirmesi, bu gerekçe doğrultusunda davranması zorunlu mudur? Bu soruya hayır cevabı verilmelidir<sup>97</sup>. Zira, öncelikle pozitif hukuk açısından yasama organının Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve ihlal kararlarının gerekçesi ile bağlı olduğuna dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İkincisi, yasama, ihlalin kaynağı olan hükmü değiştirmeyi düşünürse, bu gerekçeden bir ikna edici araç olarak faydalanabilir. Aksini iddia ederek, ihlal kararlarının gerekçelerinin yasama organı için bağlayıcı olduğunu ileri sürmek, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının gerekçelerinin bile Anayasa ile eş değerde olduğunu iddia etmek olur<sup>98</sup>. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi hukukun tek yorumlayıcısı ve koyucusu olacaktır ki, demokrasilerde

<sup>97</sup> Bkz. aksi yönde **İnceoğlu**, s.303-304. İnceoğlu, Sevim Akat Ekşi başvurusunda verilen ihlal kararının diğer bütün devlet organlarını da bağladığını ifade etmiştir. Kanaatimizce, ihlal kararının muhatabı Yasama organı ise, hüküm kısmı onun için de bağlayıcı olduğu için kanunu değiştirmek zorundadır. Değiştirmese, idari ve yargısal organlar, aynı kanun yerine insan haklarına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeyi (ör. AİHS) olaya uygulayarak benzer ihlalleri önleyebilirler. Yoksa, karar gerekçelerinin bağlayıcılığını veya kararların emsal bağlayıcılığını savunarak benzer ihlalleri çözmeyi savunmak, bizim hukuk sistemimiz açısından mümkün değildir.

<sup>98</sup> Eğer kararın muhatabı doğrudan Yasama organı ise, bu durumda sadece hüküm kısmı onun için bağlayıcıdır ve ilgili yasal düzenlemeyi yapmak zorundadır. Bkz. aksi yönde, önceki bütün kararlarının yasama organının bağladığı yönündeki görüş için **Karan**, s.134. Karan'ın savunduğu bu görüşü kabul etmek için tabii ki, kararların gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu savunmak gerekir. Keza, yazar da gerekçelerin bağlayıcı olduğunu savunmaktadır (**Karan**, s.136).

hukuku koyan asli organ ancak yasama organıdır. Buna ek olarak, yasalara karşı doğrudan bir ihlal başvurusu söz konusu olmadığı için yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının icrasında 'muhatap' konumunda değildir. Diğer bir deyişle, ihlal kararları ancak taraflarla sınırlı bir etki doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin ihlal kararları hem hükümet hem de yasama organları için bağlayıcıdır<sup>99</sup>. Fakat, özellikle yasama her zaman kararın icrasında muhatap değildir<sup>100</sup>. O nedenle, karar kendisi için bağlayıcı olsa da, yasamanın, her karar sonrasında harekete geçmesini beklemek mümkün değildir. Diğer yandan bazı hallerde hak ihlalleri, idari organların kanunilik (kanunla sınırlama) şartına uymadan hakları sınırlaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi kanuna dayanan bir sınırlama olmadığı için ihlal kararı verdiğinde, yasama organı harekete geçerek bu ihlale bir dayanak oluşturmak için kanun mu çıkarmalıdır? Öğretide *Göztepe*, bu gibi olaylarda Yasama'nın karar doğrultusunda kanun çıkararak, hakların sınırlandırılmasına kanuni dayanak oluşturması gerektiğini savunmuştur<sup>101</sup>. Ancak bu görüş kabul edildiğinde, idarenin ihlallerini kanuna dayanan bir sınırlandırmaya

99 Bazı yazarlar AİHM'nin ihlal kararlarının sadece hükümet (*government*) açısından değil, parlamento (*parliament*) açısından bağlayıcı olduğunu ve ihlalin sonuçlarını giderme yükümlülüğü yüklediğini ifade etmişlerdir (**Almut Wittling-Vogel**, "The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights", iç. (*Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger, Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.61-62; **Paul Mahoney**, "Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber", (*Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch*) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17 –18, 2007, s.85).

100 Özellikle Türk Anayasa Mahkemesi açısından, Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndaki hükümler nazara alındığında, yasamanın ihlal kararlarının icrasında muhatap olması da pek mümkün görünmemektedir. Çünkü hem kanunlara karşı doğrudan ihlal başvurusu yasaklanmıştır hem de ihlalin kaynağı kanunun Mahkeme tarafından 'doğrudan' iptali söz konusu değildir.

101 **Göztepe**, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı...", s.107. Kanunilik şartı, ihlali doğuran işlemin kanuna doğrudan veya dolaylı olarak dayanmadığı, diğer bir ifadeyle aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda, yasamanın harekete geçerek ihlalin dayanağını oluşturacak bir kanun çıkarması, bir yönüyle sınırlandırmayı kanunla yapması demektir. Fakat, bu yorum, aslında belki de, kanunla dahi sınırlandırılmaması gereken bir hususun bundan sonra kanuna dayanarak sınırlandırılması sonucunu doğurabilir.

dönüştürmek ve böylece hakları daha fazla sayıda sınırlandırmak gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

### § 3. İHLAL KARARLARININ ETKİSİ

#### I. KİŞİ BAKIMINDAN ETKİSİ

##### A. KISACA İPTAL KARARLARININ KİŞİ BAKIMINDAN ETKİSİNE BAKIŞ

Bireysel başvuru yolunun anayasallaşması öncesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kişi bakımından etkisi, norm denetimi neticesinde verilen iptal kararları ile ilgili ele alınmış ve bu kararların herkese yönelik (*erga omnes*) bir sonuç doğurduğu kabul edilmiştir<sup>102</sup>.

1961 Anayasasının 152. maddesinin son fıkrasında kararların bütün kurum ve kişiler için bağlayıcı olduğu belirtilmiş, buna karşılık aynı maddenin 4. fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin sadece "*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı*" karar verebileceği hususu da hükme bağlanmıştır<sup>103</sup>. Dönemin Anayasası, Anayasa Mahkemesine mahkemenin verdiği kararların etkisinin kapsamını daraltma (*erga omnes* etkiden *inter partes* etkiye indirme) şeklinde bir ek yetki sunmuştur.

1982 Anayasası açısından konuya yaklaşırsa, Anayasanın 153. maddesinde 1961 Anayasasından farklı olarak, taraflar için etkili ve olayla sınırlı bir karar verme yetkisi tanınmamış, Mahkemenin kararlarının bütün kurumlar ve kişiler için etkili sonuç doğuracağı açıkça ifade edilmiştir. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının kimler ve hangi kurumlar açısından bağlayıcı olduğu Anayasanın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iptal kararları bütün kurumları ve bireyleri bağlamaktadır. Aslında bu hüküm, iptal kararlarının bağlayıcılığından ziyade iptal kararlarının etkisini kastetmektedir. Zira, Anayasa'da iptal kararlarının bağlayıcılığından bahsedilmese bile bağlayıcıdır. Bağlayıcılık, kesinleşmiş kararlar ortaya çıkan hukuki duruma kişiler ve idari kurumlar tarafından uyma ve ilgili kararı icra

---

<sup>102</sup> **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.921; **Özbudun**, şekli ve maddi ayrımına girmeden, kesinliği herhangi bir denetim yoluna gidilememesi olarak tanımlamış, fakat bu kesinliğin 'kesin hüküm olma' özelliğini de taşıdığını vurgulayarak, maddi kesinliğe dolaylı vurgu yapmıştır. **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s.413; **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, s.358.

<sup>103</sup> **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s.385.

etme zorunluluğudur. Bir mahkeme kararı her zaman bağlayıcı niteliktedir. Bağlayıcılığı olmayan bir kararı mahkeme kararı olarak ifade etmek, onun bağlayıcılık fonksiyonu ile oluşturacağı hukuki güvenliğin önemini azımsamaktır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ya da diğer denetimleri arasında bir ayırım yapmadan, verilen kararların hepsinin bağlayıcı olduğunu savunabiliriz.

Mahkemenin kararlarının herkes için etkisi, öğretilerde bazı yazarlar tarafından herkes için bağlayıcı etki olarak ifade edilmektedir<sup>104</sup>. Bu tam olarak doğru bir ifade değildir. Zira, ihlal veya iptal kararlarının 'herkes için', 'sadece taraflar için'<sup>105</sup> veya 'belirli bir muhatap çevresi için' etki doğurması, bu kararların kimlerin hukuki statüsünde değişiklik meydana getirdiği ile ilgilidir. Oysa bir kararın bağlayıcılığı söz konusu olduğunda, zaten doğası gereği herkes içindir<sup>106</sup>. Mahkeme kararı bağlayıcı ise, bazıları için bu bağlayıcılıktan sarfı nazar edilemez. Bir hukuk sisteminde, uyuşmazlıkların nihai olarak sona erdirilmesi ve böylece hukuki güvenliğin sağlanması için, mahkeme kararlarının

<sup>104</sup> **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.1111; **Anayurt**, Anayasa Hukuku, s.720; **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s.385; **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, s.360.

<sup>105</sup> Benzer şekilde, Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının '*en azından*' sadece taraflar için etkili olduğu ileri sürülmüştür. (**Constitutional Court of Czech Republic**, s.24).

<sup>106</sup> Nasıl ki bir kanun hükmü veya kural, onun yetki verici, seçenek sunucu, emredici olup olmadığına bakılmaksızın bağlayıcıdır, mahkeme kararı da onun izhari veya inşai, iptal veya ihlal kararı olup olmadığına bakılmaksızın bağlayıcıdır. Mahkemelerin tavsiye görüşlerinin, bir uyuşmazlığı nihayete erdirmeye otoritesi anlamında, mahkeme kararı olup olmadığı tartışılmalı olduğu gibi, AİHS'nin 16. Protokolü'nde düzenlenen 'AİHM'nin tavsiye görüşlerinin' bağlayıcı olmadığına dair hüküm (5. madde) görüşümüzü desteklemektedir (Bkz. tavsiye görüşlerinin (*advisory opinion*) niteliği ile ilgili olarak **Thomas Giegerich**, "The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law", (editörler: *Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger, Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.235-236; **Kanstantsin Dzehtsiarou**, "Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy", iç. (Editörler: *Spyridon Flogaitis/Tom Zwart/Julie Fraser*) *The European Court of Human Rights and its Discontents; Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar, 2013, s.129-132. İngiltere İnsan Hakları Kanunu'nun 4. kısmında düzenlenen aykırılık ihbarı (*declaration of incompatibility*) olarak adlandırılan kurum da, bir nevi yasamaya tavsiyedir. Bu kararlar bağlayıcı değildir, sadece bazı kanuni düzenlemelerin AİHS'ye aykırı olduğunun parlamentoya bildirilmesidir (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>, erişim 01.04.2017).

bağlayıcı olması zorunludur. Oysa, bağlayıcı olan kararın kişi bakımından etkisi davaya göre dar veya geniş olabilir.

Anayasa'nın 153. maddesi nazara alındığında iptal kararlarının herkes için etkili olduğu aşikardır. Herkes için etkililik, kararının açıklanması ile iptal edilen kuralın 'uygulanacağı' herkesin bu karardan etkilenmesidir. Bazı istisnalar hariç, ilgili kuraldan geçmişte 'faydalanan' kimseler, geçmişe yürümezlik ilkesi nedeniyle karardan etkilenmemektedir. İptal kararlarının herkes için etkili olduğunu, sadece bu hükümden değil, iptal kararlarının niteliklerinden de çıkarabiliriz. Yani böyle bir düzenleme olmasa bile, iptal ile ilgili hükmün hukuk düzeninden çıkması ve bütün kişiler açısından sonuç doğurması karşısında, *erga omnes* etkili olmadığını söylemek güçtür.

## B. İHLAL KARARLARININ KİŞİ BAKIMINDAN ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru denetiminin neticesinde, ihlal ve ihlalin giderilmesi için tazminat, yeniden yargılama, ihlale neden olan idari makamın ihlali kaldırması<sup>107</sup> yönünde kararlar vermektedir. Bu sınırlı sayıda karar türleri açısından, kararlar her zaman sadece taraflar için etki doğurur. Kararların icrasında muhatap olan kimseleri, başvuruçular, yani karardan etkilenecek olanlarla karıştırmamak gerekir. Örneğin tazminata hükmedilmesi halinde Maliye Bakanlığı, yeniden yargılama halinde ilgili mahkeme, idari makamın ihlali gidermesine karar verilmesi halinde ise ilgili idari makam, kararın icrasında muhatap organlardır.

### 1. Herkes İçin Etki (Erga Omnes)

Bireysel başvuru kararları için 153. maddeyi gerekçe göstererek, *herkes için* etkili olduğu sonucuna ulaşmak, hatalı bir yöntem olabilir. Zira bu hüküm, iptal kararlarının etkisini açıkladığı gibi, böyle bir hüküm olmasa bile ihmal değil de iptal edilen bir norm, uygulamadan kalktığı için doğası gereği herkesi etkilemektedir. Aynı görüşü bireysel başvuru yolunda ihlal kararları için söylemek mümkün değildir. Birincisi, 153. madde 1982 Anayasası yapılırken Anayasa

<sup>107</sup> Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 65. maddesine göre, Bosna Hersek'te, bir hakkının ihlal edildiğine karar verilen kişi, bu ihlal bir idari işlemden kaynaklanıyorsa, ihlali giderecek şekilde işlemin yenilenmesini idareden talep etme yetkisine sahiptir (Rules of Bosnia and Herzegovina Constitutional Court, <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/pravila-suda/drugi-dio/?title=poglavlje-ii-odluke-i-drugi-akti-ustavnog-suda>, erişim 03 Kasım 2016).

Mahkemesi'nin mevcut yetkileri kapsamında anayasaya konulan bir hükümdür. Diğer bir deyişle, bireysel başvuru yolu 2010 Anayasa değişikliği ile getirilen yeni ve kendine has bir kurumdur. Anayasanın 153. maddesinin bu yeni kurum için hiçbir koşul olmaksızın uygulanması mümkün değildir. İkincisi, ihlal kararının herkes için etkili sonuç doğurduğunu varsaydığımızda, bir hak konusunda bir kere ihlal kararı verilmesi halinde, bu kararın, herhalde başka bir karara gerek kalmadan diğer ihlalleri önlemesi veya bir daha aynı mevzu ile ilgili ihlal başvurusunun gelmemesi gerekirdi<sup>108</sup>.

İhlal kararlarının *erga omnes* veya *inter partes* etkisini AİHM kararları açısından tartışan bazı yazarlar, neredeyse Mahkemenin kararlarının etkisini onların bağlayıcılığı ile özdeşleştirerek bir sonuca varmışlardır. Bu yazarlara göre, Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM'nin diğer devletler için verdiği ihlal kararlarının gerekçesinden faydalanarak ilke kararlar oluşturması, AİHM kararlarının *erga omnes* bir şekilde bağlayıcılığı anlamına gelmektedir<sup>109</sup> veya en azından Türk Anayasa Mahkemesi böyle bir etki doğuracak şekilde uygulama yapmıştır<sup>110</sup>. Biz bu görüşe birkaç açıdan katılmıyoruz. Birincisi, kararların etkisi ile bağlayıcılığı aynı değildir<sup>111</sup>. İkincisi, yazarın ifade ettiği şey *erga omnes* bağlayıcılık, ifade etmek istediği şey ise kararın emsal

<sup>108</sup> Aksi yönde bkz. **Karan**, s.130.

<sup>109</sup> Bkz. Polonya uygulamasında mahkemelerin de facto (fiili) olarak AİHM kararlarının *erga omnes* bir şekilde uyguladığı noktasında **Chlebny**, s.240-241.

<sup>110</sup> Şunu da ekleyelim ki yazar, daha da ileri giderek, Türkiye'deki diğer idari ve yargısal kurumların AİHM'nin Türkiye ile ilgili olmayan kararlarını bile *erga omnes* etkili olarak görüp uygulamaları gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli kararını değerlendiren yazarın konu ile ilgili görüşlerine ulaşmak için bkz. **Kerem Altıparmak**, "Van Depremine Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı", *TESEV Demokratikleşme Programı*, [http://tesev.org.tr/wpcontent/uploads/2015/11/Van\\_Depremine\\_Hukuktaki\\_Artcilar\\_i\\_Anayasa\\_Mahkemesinin\\_Bayram\\_Oteli\\_Karari.pdf](http://tesev.org.tr/wpcontent/uploads/2015/11/Van_Depremine_Hukuktaki_Artcilar_i_Anayasa_Mahkemesinin_Bayram_Oteli_Karari.pdf), erişim 29.01.2017, s.3-4. Bkz. aynı yönde görüşler için **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.262. Bkz. bu tip bir etkiyi, AİHM kararlarının "*geniş anlamda icrası*" olarak adlandırarak, diğer devletlere de teşmil ettirilmesini savunan görüş için **Chlebny**, s.238-239.

<sup>111</sup> Bkz. aksi yönde kararların etkisini, herkes için bağlayıcı etki veya sadece tarafları bağlayıcı etki şeklinde ifade eden yazarlar için **Gözler**, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", s.48-49; **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s.385; **Berkan Hamdemir**, *Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Faruk Bilir), Konya, 2013, s.391.

bağlayıcılık otoritesine sahip olduğudur. Oysa, ne kararların etkisi bağlayıcılığı ifade etmektedir ne de AİHM kararları diğer ülkeler açısından emsal bağlayıcılık otoritesine sahiptir. Üçüncüsü, bir ulusal mahkemenin diğer bir uluslararası mahkemenin başka bir devlet ile ilgili kararının gerekçesinden faydalanarak bir ihlal kararı vermesi, hatta öncü karar oluşturması, emsalin bağlayıcı gücünden ziyade 'ikna edici' gücünü göstermektedir. Dördüncüsü, bırakalım üçüncü devletler açısından emsal bağlayıcılık otoritesini, aynı devletteki benzer başvurular için bile emsal bağlayıcılık otoritesi bulunmamaktadır. Çünkü, olağan kararlarında olmayan benzer bir *erga omnes* etkiyi sağlamak için AİHM ve Bakanlar Komitesi 'pilot karar' uygulamasını başlatmıştır. Bu durum, böyle bir etkinin pilot karardan önce söz konusu olmadığını göstermektedir.

## 2. Sadece Taraflar İçin Etki (İnter Partes)

Tıpkı AİHM kararları gibi<sup>112</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları da sadece taraflar için etkili sonuç doğurmaktadır<sup>113</sup>. İhlal

<sup>112</sup> AİHM'nin kararları sadece kararın tarafı devletler ve başvuruçular açısından etki doğurmaktadır. Yoksa diğer devletleri kapsayıcı bir sonuç doğurmamaktadır (Matthias Hartwig, "Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Review*, C. 6, Sayı 5, Y. 2005, s.880. AİHM kararları, en azından teorik olarak *inter partes* (sadece taraflar için) etki doğurmaktadır (Giuseppe Martinico, "National Court and Judicial Disobedience to the ECHR: A Comperative Overview", iç. *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders* (editörler: Oddný Mjöll Arnardóttir/Antoine Buyse), Taylor&Francis Ltd., 2016, s.73; Bkz. benzer yönde Schneider, s.153-154. Gün geçtikçe, başvuru sayısını azaltma amaçlı olarak AİHM'nin kararlarının üçüncü devletler açısından *erga omnes* etkili olması gerektiği savunulmaya başlanmaktadır, Mark E. Villiger, "Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview", iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.34. Fakat böyle bir görüş, devletler arasındaki hukuki, kültürel, siyasal ve toplumsal farklılıkları göz ardı etmektedir. Öğretide Eren, mahkemenin bu kararlarının etkisinin "sadece tarafları" kapsadığını belirtmiştir (Eren, s.306).

<sup>113</sup> Bkz. benzer yönde Karaman, s. 301; Sami Sezai Ural, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Bahri Öztürk), 2013, s.304; Özbey, s.370. Bir yazar, bireysel başvuru kararlarının hüküm kısmının sadece taraflar için bağlayıcı etki doğuracağını, gerekçelerinin ise yasama gibi diğer organları da bağlayacağını belirtmiştir (Hamdemir, s.392).

kararı, herkes için etkili bir sonuç doğurmuyorsa, o zaman her hâlikârda *inter partes* etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşmak gerekmemektedir. Zira sadece taraflar için etki, kararın sadece başvuruçular açısından etki doğurmasıdır. İhlal kararlarının büyük bir çoğunluğunda sadece taraflar için etki söz konusudur. Henüz pratikte verilmemiş olmakla birlikte pilot kararlarda sadece taraflar için etkiyi aşan bir etki söz konusu olabilecektir<sup>114</sup>. Bunun detayını bir alt başlıkta ele alacağız.

### 3. Belirli Bir Çevre İle Sınırlı Etki

Bu etki hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM'nin verdiği/vereceği pilot kararlar açısından mümkün olabilir. Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'nin verdiği ihlal kararları, sadece ihlalin tarafı için etkili sonuç doğurur (*inter partes*) fakat benzer ihlaller için sonuç doğurmaz<sup>115</sup>. Oysa pilot karar, benzer ihlaller yani yapısal sorundan kaynaklanan ihlaller için de sonuç doğurma özelliğine sahip olabilir. Pilot karar, sayıca artan ve yapısal bir idari veya hukuki sorundan kaynaklanan ihlalleri gidermek için verilen bir karardır<sup>116</sup>. Pilot kararın hüküm kısmında somut başvuru ismi zikredilse bile, karar benzer durumdakileri kapsar. Pilot kararın herkes için etkili sonuç doğurmayacağını, belirli muhataplarla (burada ihlal kaynağı işlem den etkilenen kişiler başvuru yapmamış olsa bile muhatap kapsamına dahildir) sınırlı bir şekilde, başvuranın ihlal edilen hakkının telafisini sağlayabileceğini düşünüyoruz. Ayrıca, AYM İçtüzüğü'nün 75.

<sup>114</sup> Bkz. AİHM kararları için benzer bir görüş **Jochen Abr. Frowein**, "Discussion Following the Presentation by Jochen Abr. Frowein", iç. (*Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch*) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007, s.59.

<sup>115</sup> Ancak, AİHM'nin pilot kararlar dışındaki normal kararlarında verdiği genel tedbirler yoluyla, benzer başvuruçuların da korunması sağlandığı için '*dolaylı*' bir *erga omnes* etki doğurduğu söylenebilir (**Schneider**, s. 151).

<sup>116</sup> Bkz. pilot karar ile yarı-pilot karar ayrımı ve tanımı için **Linus-Alexander Sicilianos**, "The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR", iç. (*Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger*), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015, s.288. Bkz. pilot karar uygulaması hakkında **Yeşim Çelik**, *Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Adalet, 2016, s.221.



maddesine göre benzer başvuruları “toplu olarak karara bağlama”<sup>117</sup> usulünde de kararlar sadece kararın ekinde listelenen başvuruçuların hukuki statüsünü etkileyebilecektir.

AİHM açısından pilot kararların diğer taraf devletler için de etkili (*erga omnes*) sonuç doğurması mümkün değilse de<sup>118</sup>, kararın muhatabı olan taraf devletteki benzer başvurular açısından ‘*erga omnes*’ etkili bir sonuç doğurduğundan kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar vermesi halinde, sadece başvuruçularla sınırlı bir etki doğmamaktadır. Pilot kararda, ihlal yapısal bir sorundan kaynaklandığı için, ihlalin giderilmesi ve muhtemel ihlallerin önlenmesi bu yapısal sorunun çözümüne bağlıdır. Mahkemenin kararda ihlali ve yapısal sorunların çözümüne yönelik tedbirleri belirtmesi veya bütün gerekli tedbirlerin ilgili kurumlarca alınmasına hükmetmesi halinde, karar, sadece kararda belirtilen başvuruçuları değil diğer müstakil başvuruçuları ve muhtemel başvuruçuları da etkileyebilmektedir. Diğer bir deyişle, ihlalin kaynağı yapısal sorundan etkilenen benzer kişilerin muhtemel/potansiyel muhatap ya da başvuruçuların olmasıdır. Görüldüğü gibi, pilot karar, benzer başvuruçuların ihlal iddialarını da kapsayabildiği için sadece taraflar, yani başvuruçular için etki doğurucu nitelikte değil, daha geniş bir etki alanına sahiptir.

---

<sup>117</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. maddesine göre, pilot kararın devlet organları tarafından yerine getirilmemesi halinde, Mahkemenin bu başvuruları toplu olarak karara bağlayacağı belirtilmiştir. Mahkeme uygulamada bazen, benzer başvuruları tek bir karar olarak listeleyerek karar vermektedir. Örneğin, bkz. *Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru no 2012/928, Karar tarihi 11 Aralık 2014.

<sup>118</sup> **Rudolf Bernhardt**, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, iç. (Editörler: *Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch*) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007, s.88; Bkz. aynı yönde **Wittling-Vogel**, s.67-68; **Derek Walton**, “Subsidiarity and the Brighton Declaration”, iç. (Editörler: *Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch*) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop, Heidelberg, December 17–18, 2007, s.200. Buna ek olarak, Walton, diğer devlet otoritelerinin belirli bir ihlal kararını, kendi ülkesindeki ihlalleri azaltmak veya önlemek için, uygulamasında yarar olacağını ifade etmiştir. Fakat bunun, AİHM'nin ihlal kararlarına emsal bağlayıcılık otoritesi vermek anlamına gelmediğini ifade etmiştir (**Walton**, s.200).

## II. ZAMAN BAKIMINDAN ETKİSİ

### A. İPTAL KARARLARININ ZAMAN BAKIMINDAN ETKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

Zaman bakımından etki, Mahkemenin kararlarının geçmişe yürümezliği kapsamında ele alınmaktadır. Daha doğrusu, kararın hangi zamandaki vakaları veya kişileri etkileyeceği bu başlıkla ilgilidir. Kural olarak, Anayasanın 153. maddesinde belirtildiği gibi, Mahkemenin iptal kararları geçmişe yürümemektedir<sup>119</sup>. Bu durumun mutlak olmadığı, bazı hallerde adaletin, hukuki güvenliğe tercih edilmesi ve böylece kararların geçmişe yürümesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>120</sup>.

Bilindiği gibi kararların geçmişe yürümezliği, hukuki güvenliğin bir gereğidir ve iptal edilen karara dayanılarak geçmişte yapılan işlemlerin ve elde edilen hakların ortadan kaldırılmaması anlamına gelmektedir<sup>121</sup>. O nedenle kararlar, prensip olarak, Resmi Gazete’de yayımlandığı anda yürürlüğe girer ve o andan sonraki vakalara teşmil ettirilir.

Anayasa koyucu, bazı hallerde, yine hukuki güvenliğin başka bir yönünü oluşturan, “kural yokluğu” halinde oluşan hukuki boşluktan kaynaklanabilecek sorunları çözmek amacıyla, “iptal kararının yürürlüğe girişi tarihinin bir yıla kadar ertelenebileceğini” hüküm altına almıştır<sup>122</sup>. Fark edileceği üzere, böyle bir kural ile, iptal kararının geçmişe yürümesi amacının da ötesinde, gerektiğinde kural boşluğu doğmasını önlemek amacıyla, karar ileriye de yürütülebilmektedir.

<sup>119</sup> **Erdoğan Teziç**, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017, s.264; **Hasan Tunç**, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi, Ankara, 2018, s.386.

<sup>120</sup> **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, s.264; **Burhan Kuzu**, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *İstanbul ÜHF M*, C. 52, Y. 1987, s. 223; **Faruk Erem**, “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası”, *Adalet Dergisi*, Sayı 5-6, Y. 1962, s.469; Gözler, itiraz yolunda iptalin yerel mahkemenin önündeki davayı etkilemesini ve ceza hukukunda iptal kararıyla doğan lehe durumun mahkumun durumunu etkilemesini geçmişe yürümezliğe aykırı görmemiştir, **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1114-1115; **Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı...*, s. 306; **Hasan Tunç**, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, AÜEHF Yayını (No 1), Erzincan 1992, s.74; **Köküsarı**, s.201-202; Bkz. yasal istisnaların yanında içtihatla oluşturulmuş istisnalar için **Özen Ülgen**, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s.90 vd.

<sup>121</sup> **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, s.264.

<sup>122</sup> **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.390; Bkz. daha detaylı bir inceleme için **Ülgen**, s.59. vd.

## B. İHLAL KARARLARININ ZAMAN BAKIMINDAN ETKİSİ

### 1. İhlal Kararları Geçmişe Yürür mü?

Bireysel başvuru neticesinde verilen kararların zaman bakımından etkisi, iptal kararlarından nitelik itibariyle farklı addedilebilir. İptal kararlarının, yürürlüğün durdurulması halinde dolaylı bir şekilde geçmişe yürümesi gibi istisnai haller haricinde, Anayasa'nın da açıkça belirttiği gibi geçmişe yürümediğini biliyoruz. Hatta, lehe ceza kanunların geçmişe yürümesi ve idam gibi tafisi imkânsız durumların varlığı da, bazen bu kuralı esnetmeyi gerektirmektedir<sup>123</sup>. İptal kararlarının geçmişe yürümezliğinin savunulmasında en büyük etkenlerden birisi, iptal edilen kanuna dayanılarak elde edilen kazanılmış haklar ve haklı beklentileri ve böylece hukuki güvenliği temin etmektir<sup>124</sup>.

Bireysel başvuru kararlarında, nitelik itibariyle, muayyen başvuru tarafından getirilen somut bir vaka söz konusu olduğu için, iptal edilen genel düzenleyici bir işlem ve buna dayanılarak elde edilen kazanılmış hak ve haklı beklentiler de söz konusu değildir. Bu gerçekten hareketle, bireysel başvuru neticesinde verilen kararların iptal kararlarından farklı bir mahiyette olduğu ileri sürülebilir<sup>125</sup>. Zira, Mahkeme'nin 'ihlal' ve 'ihlalin giderilmesi' noktasındaki kararları, bir durumun tespiti ve çözüm yollarının gösterilmesi şeklindedir. Kısacası, ortada, iptal edilen ve bu iptal hükmünün geçmişe yürümesinden olumsuz etkilenecek herhangi bir kazanılmış hak söz konusu değildir.

O halde, Anayasa'nın 153. maddesinde, 2010 Anayasa değişikliği öncesinde iptal kararları için açıkça ifade edilen geçmişe yürümezlik ilkesinin, ihlal kararlarını kapsamadığını veya nitelik olarak kapsar bir şekilde yorumlanamayacağını söylemek mümkündür<sup>126</sup>. Bu görüşe karşı, anayasa değiştiricinin böyle bir niyeti olsa, açıkça ifade edebileceği savı ileri sürülebilir. Fakat, kanaatimizce bu görüşün doğru olmadığı, ülkemiz Anayasa yapma ve değiştirme tarihine de dikkatle bakıldığında, fark edilecektir. Maalesef, anayasa değiştirme ve yapma yetkisi uzun tartışma ve mütalaaların neticesi olmadığı için, tepkisel

---

123 Bkz. aynı yönde **Teziç**, Anayasa Hukuku, s.264; Ceza hukuku açısından bkz. **Kuzu**, "...Geriye Yürümezliği...", s.210-211.

124 Bkz. benzer yönde **Teziç**, Anayasa Hukuku, s.264.

125 Benzer yönde bkz. **Karan**, s.130.

126 Benzer yönde bkz. **Karan**, s.130.

sâiklerle hareket etmenin doğurduğu bu tür maddi ve şekli hatalara rastlamak olağandır. Anayasayı değiştiren organın, her ihtimali detaylı bir şekilde düşünerek bu süreci gerçekleştiremediği gerçektir. Kısacası, 1982 Anayasa'sının 153. maddesindeki iptal kararlarının geçmişe yürümezliğine dair hüküm, ihlal kararlarına teşmil ettirilemez. Esasında, 1982 Anayasası'nın doğrudan bireysel başvuru ile ilgili olan hükümleri hariç, diğer hükümler ancak bu yolun doğasına uygun olduğu oranda uygulanabilir.

Nihayet, bu başlıkla ilgili kanaatimiz, ihlal kararlarının belirli kişiler için etki doğuran ve özü gereği başvurunun yapıldığı hatta ihlalin gerçekleştiği ana kadar geçmişe yürüyen bir nitelik arz ettiği yönündedir. Örnek vermek gerekirse, Twitter'a erişimin engellenmesine dair idari karara karşı yapılan bireysel başvuruda, Mahkeme, ihlalin varlığına ve bu ihlalin giderilmesi için kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ve Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na gönderilmesine karar vermiştir<sup>127</sup>. Bu olayda, ihlalin geçmişte vuku bulduğunun tespiti ve erişimin tekrar açılarak ihlalin giderilmesi durumunda, kararın, ihlalin yapıldığı tarihe kadar etkili olduğunu yani geçmişe yönelik etki doğurduğunu anlıyoruz.

## 2. İhlal Kararları İleriye Yürür mü veya Ertelenebilir mi?

Bireysel başvuru kararları neticesinde verilen ihlal kararının, ihlalin tespiti anlamında geçmişe yürüdüğünü yukarıda ifade etmeye çalıştık. Burada ileri yürüme, yani ihlal kararının, kararın verildiği tarihten sonra veya daha ileri bir tarihte hüküm doğuracağı Mahkemece karara bağlanabilir mi, sorusuna cevap arayacağız.

Örneğin, yerel mahkemenin bir davada verdiği tutuklama tedbirinin gerekçesinin veya süresinin kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal ettiğine dair bir karar verildiğinde, yerel mahkemenin bu kararı verdiği tarihe kadar ihlalin gerçekleştiği tespit edilmiş ve geriye yürümüş olmaktadır. Fakat, bu ihlalin tazmin yoluyla giderilmesine de karar verilirse, karar ileri yürümüş olur mu? Bu soruya da verilecek cevap olumsuzdur. Çünkü, tazminat, ihlalin varlığına dayanmakta ve tazminat miktarının tayininde tutuklulukta geçen süre nazara alınmaktadır.

Başka tür ihlal kararlarından da örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararından sonra dava mahkemesine tekrar

<sup>127</sup> *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, AYM, Başvuru no. 2014/3986, Karar tarihi 2 Nisan 2014.

yargılatmak üzere dosyayı göndermesi halinde, yerel mahkemenin bu ihlali yeniden yargılayarak gidermesi de, geçmişteki hatanın tekrar telafi edilmesi niteliğinde olduğu için, bir ileriye yürümeden söz edemeyiz.

Süregelen ihlaller açısından bakıldığında, Mahkemenin ihlal kararları, ihlalin varlığını tespit açısından, ihlalin başladığı ana kadar geriye yürümektedir. Fakat ihlalin varlığını sona erdirmek açısından, eğer ek bir yerel mahkeme kararı ya da idari karar gerekiyorsa, bu kararların alınmasına kadar ileriye de yürüyebilecektir.

Eğer, aksi görüşte olsak da, öğretide bazı yazarların kabul ettiği gibi, ihlal kararlarının gerekçesinin ve kendisinin herkes için etki doğurduğunu veya bu kararların bütün mahkeme ve idari kurumlarca bağlayıcı emsal karar olarak takip edilmesi gerektiğini kabul edersek, o zaman bütün kararların ileriye etkili bir sonuç doğurduğunu da kabul etmek gerekir.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının kesinliği, bağlayıcılığı ve etkisi ile ilgili metin içindeki düşüncelerimizi, bir örnek etrafında burada özetlemek istiyoruz. Mahkeme, evli kadının kızlık soyadını kullanamamasını hak ihlali olarak görmüştür. Kararların kesinliği bakımından yaklaştığımızda, başvurucağınun gidebileceği herhangi bir olağan hukuki yol olmadığı için bu karar şekli anlamda kesindir. Karar, başvurucağınun 'manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğinin tespiti' açısından maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Hüküm kısmı sadece bu başvurucağınun ile ilgilidir. Gereğesi ise maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için bağlayıcı da değildir. İhlal kararlarının bağlayıcılığı açısından bakıldığında, bütün mahkeme kararları gibi bu karar da herkes için bağlayıcıdır ama herkesi etkilemez. Birincisi, mahkeme kararları özü itibariyle bağlayıcıdır. İkincisi, Anayasa Mahkemesi kararları Anayasanın 153. maddesi gereğince bağlayıcıdır. Buradaki bağlayıcılık elbette ki, kararın sonuç kısmı için geçerlidir. Kararın etkisi açısından yaklaşıldığında, bu karar iptal kararlarından farklı olarak sadece taraflar için etki doğurmaktadır. Diğer bir deyişle, bu ihlal kararı, sadece başvurucağınun hukuki durumunu etkilemekte ve onlar için geçerli bir hukuki sonuç doğurmaktadır. Kararın emsal etkisi olup olmadığı açısından yaklaşıldığında, bu kararın gerekçelerinin veya kararın gerekçesinden çıkarılabilen ilkelerin bağlayıcı olmadığı için emsal bir bağlayıcılık otoritesi bulunmamaktadır. Ayrıca, Kıta Avrupa'sı sisteminde emsallerin sadece ikna edici bir gücü vardır. Son olarak kararın emsal bir bağlayıcılık otoritesi olmamasının diğer bir mantıki gerekçesi ise, kararın hüküm kısmının sadece başvurucağınun kızlık soyadını kullanmamasını bir ihlal olarak görmesidir. Kısacası bu kararın hüküm kısmının icrası ve etkisi ancak belirli bir başvurucağınun açısından söz konusudur, diğer benzer başvuru ve yargılamaları etkilemesi mümkün değildir.

Parlamento bu kararın icrasında, harekete geçmesi gereken organ mıdır? Bu spesifik ihlal kararı, kuşkusuz parlamento açısından da bağlayıcıdır. Çünkü belirttiğimiz gibi bağlayıcı olmayan mahkeme kararı olamaz. Bağlayıcılık, parlamentonun, ihlalin asıl kaynağı olan Medeni Kanunu değıştirmesini gerektirir mi? Bu soruya iki açıdan olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Birincisi, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda belirtildiği üzere düzenleyici işlemlere karşı doğrudan ihlal başvurusu yapılamamaktadır. İhlalin kaynağı bir kanun hükmü olsa bile, 'itiraz yolu ile başvurulmaması' halinde, Mahkemenin bu hükmü iptal etmesi

mümkün değildir. Bu nedenle kararın hüküm kısmında bir ihlalin olduğu belirtilse de, Parlamento icranın muhataplarından değildir. İnsan hakları açısından kanunu değiştirmek '*gerekli*' bile olsa, '*zorunlu*' değildir.

Son olarak, bu örnekteki kararın zaman bakımından etkisine değinmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarından farklı olarak, ihlal kararları geçmişe yürümektedir. Ayrıca bu kararların ileriye yürütmesi veya Mahkemece ertelenmesi de söz konusu değildir.

Kanaatimizce, yeterli bir temel olmadığı halde, Mahkemenin ihlal kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığını ve bu bağlamda emsal bağlayıcı otoriteye sahip olduğunu savunmak yerine, kararların icrasını izleme birimi kurmak, yasama, yürütme ve yargıyı bu şekilde takip ederek, kararın gereklerini yerine getirerek ihlali giderip gidermediği noktasında raporlar hazırlayıp bunları Mahkemenin sitesinde yayımlamak çok daha yerinde ve etkili bir araç olabilir. Uygulamada dosyanın gönderildiği yerel mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının bağlayıcı olan hüküm kısmının bile '*hukuka aykırı bir şekilde*' uygulamadığına şahit olmaktayız. Bu mahkemelere, ihlalin giderilmesi açısından doğrudan muhatap olmadığı kararların gerekçesini uygulamaya zorlamak ve önceki kararlara '*emsal bağlayıcılık otoritesi*' tanımak, uygulamada ters tepki yaratarak daha da bir gevşekliğe yol açabilir.

## KAYNAKLAR

### Makale ve Kitaplar

**Akkaş, Ahmet Hulusi**, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet, Ankara, 2016.

**Aliefendioğlu, Yılmaz**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

**Altıparmak, Kerem**, “Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Oteli Kararı”, *TESEV Demokratikleşme Programı*, [http://tesev.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/Van\\_Depreminin\\_Hukuktaki\\_Artcilari\\_Anayasa\\_Mahkemesinin\\_Bayram\\_Oteli\\_Karari.pdf](http://tesev.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/Van_Depreminin_Hukuktaki_Artcilari_Anayasa_Mahkemesinin_Bayram_Oteli_Karari.pdf), erişim 29.01.2017, s.3-4.

**Anayurt, Ömer**, *Anayasa Hukuku (Genel Kısım)*, Seçkin, Ankara, 2018.

**Armağan, Servet**, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, Cezaevi Matbaası, İÜ Yayını (No: 1245), İstanbul, 1967.

**Arslan, Zühtü**, “Anayasa Mahkemesi’nin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

**Atar, Yavuz**, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018.

**Atasoy, Hakan**, “Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” mı? “Bireysel” mi?”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5, Sayı 5, Y. 2015.

**Barak, Aharon**, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.

**Bernhardt, Rudolf**, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, iç. (*Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch*) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007.

**Bloomeyer, Arwed**, “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, (Çev. İrfan Yazman), *Ankara ÜHFD*, C. 25, Sayı 3-4, Y. 1968.

**Boyar, Oya**, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), YÖK Tez Merkezi, İstanbul, 2008.

**Chlebny, Jacek**, “How a National Judge Implements Judgments of the Strasbourg Court”, iç. (*Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger*),



*Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

**Constitutional Court of Czech Republic**, “Report on the Relations between the Constitutional Courts and the Other National Courts Including the Interference in This Area of the Action of the European Courts”, iç. *Conference of European Constitutional Courts XII. Congress*, 2002.

**Cremer, Hans-Joachim**, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond *res judicanda*?”, iç. (*editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger*), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

**Çelik, Yeşim**, Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, Adalet, 2016

**Döner, Ayhan**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II.*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

**Döner, Ayhan/Köküarı, İsmail**, “AİHM Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olup Olmayacağı Sorunu”, *Gazi ÜHFD*, C. XII, Sayı 1-2, Ankara, 2008.

**Dzehtsiarou, Kanstantsin**, “Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy”, iç. (*Editörler: Spyridon Flogaitis/Tom Zwart/Julie Fraser*) *The European Court of Human Rights and its Discontents; Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar, 2013.

**Erem, Faruk**, “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası”, *Adalet Dergisi*, Sayı 5-6, Y. 1962.

**Eren, Abdurrahman**, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, Beta, İstanbul, 2004.

**Federal Judicial Center**, “Stare Decisis”, *Education and Training Series (Mayıs 13-16)*, 1975.

**Feteris, Eveline T.**, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma* (Çev. Ertuğrul Uzun), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2010.

**Fon, Vincy/Parisi, Francesco**, “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, *International Review of Law and Economics*, Sayı 26, Y. 2006.

**Frowein, Jochen Abr.**, “Discussion Following the Presentation by Jochen Abr. Frowein”, iç. (*Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch*) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007.

**Giegerich, Thomas**, “The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law”, iç. (*editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger*), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

**Gözler, Kemal**, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara ÜHFD*, C. 56, Sayı 2, Y. 2007.

**Gözler, Kemal**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.1110;

**Göztepe, Ece**, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Y. 2016.

**Göztepe, Ece**, *Anayasa Şikayeti*, Ankara ÜHFY, Ankara, 1998

**Hakyemez, Yusuf Şevki**, “Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. (Anayasa Hukuku)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

**Halder, Dominik**, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2013.

**Hamdemir, Berkan**, *Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Faruk Bilir), Konya, 2013.

**Hartwig, Matthias**, “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Review*, C. 6, Sayı 5, Y. 2005.

**Hekimoğlu, M. Merdan**, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.

**Ichenko, Ivanna**, *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*,

Yüksek lisans tezi (Danışman: Jeremy McBride), Central European University, Hungary, 2013.

**İnceoğlu, Sibel**, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru; Türkiye ve Latin Modelleri*, Oniki Levha, İstanbul, 2017.

**İyimaya, Ahmet**, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

**Kaboğlu, İbrahim Ö.**, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal, İstanbul, 2018.

**Kanadoğlu, Korkut**, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, 2004.

**Kanadoğlu, Korkut**, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Oniki Levha, 2015.

**Karaman, Ebru**, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman Doç. Dr. Hüseyin Özcan), İstanbul, 2013.

**Karan, Ulaş**, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Oniki Levha, İstanbul, 2018.

**Kaya, Semih Batur**, *Anayasa Mahkemesi Karar Gereçlerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, Oniki Levha, 2017.

**Köküsarı, İsmail**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, Oniki Levha, 2009.

**Kuzu, Burhan**, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *İstanbul ÜHFM*, C. 52, Y. 1987.

**Mahoney, Paul**, "Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber", iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop Heidelberg, December 17 –18, 2007.

**Martinico, Giuseppe**, "National Court and Judicial Disobedience to the ECHR: A Comparative Overview", iç. (editörler: Oddný Mjöll Arnardóttir/Antoine Buyse) *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders*, Taylor&Francis Ltd., 2016.

**Özbey, Özcan**, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. İsa Döner), 2012.

**Özbudun, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2017.

**Özer, Attila**, *Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma*, Turhan, Ankara, 2012.

**Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden**, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, Oniki Levha, İstanbul, 2009.

**Rinken, Alfred**, “Federal Constitutional Court and the German Political System”, iç. (Editörler: Ralf Rogowski, Thomas Gawron) *Constitutional Courts in Comparison: The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Berghahn books, 2002.

**Sağlam, Fazıl**, “Anayasa Yargısının Bazı Sorunları”, *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul, 2004.

**Schneider, Jan**, *Reparation and Enforcement of Judgments: A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems*, Doctoral Dissertation, Faculty of Law, Management and Economics of the University of Mainz, 2015.

**Sicilianos, Linos Alexander**, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

**Şirin, Tolga**, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 5. Toplantısı*, Ankara, 2015  
[http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA\\_Bildiri.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf), erişim 30.01.2017.

**Şirin, Tolga**, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, Oniki Levha, İstanbul, 2013.

**Taner, Fahri Gökçen/Öntan, Yaprak**, “CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm”, *Ankara ÜHFD*, C. 65, Sayı 4, Y. 2016.

**Teziç, Erdoğan**, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017.

**Tunç, Hasan**, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi, Ankara, 2018.

**Tunç, Hasan**, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, AÜEHF Yayını (No 1), Erzincan 1992.

**Ural, Sami Sezai,** *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Bahri Öztürk), 2013.

**Ülgen, Özen,** *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, XII Levha Yayinevi, İstanbul, 2016.

**Villiger, Mark E.,** “Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview”, iç. (editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

**Vong, David,** “Binding Precedent and English Judicial Law-Making”, *Jura Falconis*, C. 21, Sayı 3, Y. 1984-1985.

**Walton, Derek,** “Subsidiarity and the Brighton Declaration”, iç. (Editörler: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop, Heidelberg, December 17–18, 2007.

**Wittling-Vogel, Almut,** “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights”, iç. (Editörler: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation*, Asghate, 2015.

**Yıldırım, Turan,** “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, Sayı 4, Y. 1993.

**Yüksel, İsmail,** *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Adalet, 2013.

### **Kararlar, Mevzuat ve İnternet Kaynakları**

*Anayasa Mahkemesi*, 10.3.2011 tarihli ve 2009/85 E.- 2011/49 K. sayılı karar.

*Anayasa Mahkemesi*, 27.5.2015 tarihli ve 2014/36 E.- 2015/51 K. sayılı karar.

*Anayasa Mahkemesi*, 9.4.1991 tarihli ve 1990/36 E.-1991/8 K. sayılı karar.

*Asiye Lekesiz Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2015/6064, Karar tarihi 13 Eylül 2018.

*Dursun Çiçek Başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2012/1108, Karar tarihi 16 Temmuz 2014.

*Faruk Yaman ve diğeri başvurusu*, AYM, Başvuru no 2014/3543, Karar tarihi 04 Ocak 2017.

*Güher Ergun ve Diğeri başvurusu*, AYM, Başvuru no 2012/13, Karar tarihi 2 Temmuz 2013.

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/959910-dursun-cicek-tahliye-oldu>, erişim 30 Eylül 2016.

Human Rights Act, madde 2, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, erişim, 31.01.2017.

*Kemal Aktaş ve Selma Irmak başvurusu*, AYM, Başvuru no 2014/85, Karar tarihi 3 Ocak 2014.

*Mustafa Ali Balbay başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2012/1272, Karar tarihi 4 Aralık 2013.

Rules of Bosnia and Herzegovina Constitutional Court, <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/pravila-suda/drugi-dio/?title=poglavlje-ii-odluke-i-drugi-akti-ustavnog-suda>, erişim 03 Kasım 2016.

*Sevim Akat Eşki başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2013/2187, Karar tarihi 19 Aralık 2013.

*Tuğba Arslan başvurusu*, AYM, Başvuru no. 2014/256, Karar tarihi 25 Haziran 2014.

*Ülkü Tunca ve Diğeri başvurusu*, Başvuru no 2012/928, Karar tarihi 11 Aralık 2014.

*Yaman Akdeniz ve diğeri*, AYM, Başvuru no. 2014/3986, Karar tarihi 2 Nisan 2014.

*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, Karar no. 2014/2-889 E.-2015/2011 K., Karar tarihi 30 Eylül 2015, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-2-889.htm>, erişim 01 Nisan 2017.

*Yargıtay İBBGK*, Karar no. 2016/6 E.-2017/5 K. Karar tarihi 15 Aralık 2017.

*Yaşar Yılmaz başvurusu*, Başvuru no. 2013/6183, Karar tarihi 19 Kasım 2014.

# ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİREYSEL BAŞVURUYA KONU OLAN HAKLAR\*

*Öğr. Gör. Seyithan KAYA\*\**

## Özet

Türkiye’de bireysel başvurunun kabul edilmesinin temel amacı, temel hak ve hürriyetlerin Anayasa Mahkemesi tarafından korunmasını sağlamaktır. Ayrıca bireysel başvurunun anayasa hukukunu geliştirme, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılacak başvuruları azaltmak gibi başka işlevleri de vardır. Başvurunun Anayasa Mahkemesi tarafından etkili bir biçimde uygulanması ile bireylerin demokratik bilinçlerinin gelişmesine, temel hak ve hürriyetlerin kamu gücüne karşı korunmasına da katkı sağlayacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 6216 sayılı Kanun, Temel Hak ve Hürriyetler, Hukuk Devleti.

## Abstract

The main purpose of the adoption of individual applications in Turkey is to ensure the protection of fundamental rights and freedoms by the Constitutional Court. Additionally, the individual application has other functions such as improving constitutional law and decreasing applications to European Court of Human Rights against our country. The implementation of the institution by the Constitution Court through effective exploitation, helps to act on the individuals' democratic awareness augmentation and for protection of fundamental rights and freedom against public prowess.

---

\* Bu çalışma, Prof. Dr. M. Tevfik Gülsoy’un danışmanlığında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde, savunulmuş olan “Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru” adlı yüksek lisans tez çalışmasındaki ilgili bölümün özeti olarak hazırlanmış, güncelleştirilmiş ve geliştirilmiştir.

\*\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Adalet MYO Öğretim Görevlisi, EBYÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

Makale Geliş Tarihi:01/11/2018 / Makale Kabul Tarihi:07/12/2018

**Key words:** Constitutional Court, Individual Application, The Law no 6216, Basic Rights and Liberties, State of Law.

## I. GİRİŞ

Bireysel başvuruya konu edilebilecek haklar meselesi, ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Her ülke kendi iç hukukuna uygun bir biçimde ve farklı usullerle bireysel başvuruyu kabul etmiştir. Ancak gelinen noktada artık bireysel başvuruya ilişkin genel kabul gören usul ve ilkeler ortak bir görünüm kazanmaya başlamıştır. Bu husus Venedik Komisyonu tarafından da rapor edilmiştir.<sup>1</sup> Fakat buna rağmen hâlâ başvuruya konu edilebilecek haklar konusunda tam anlamı ile kabul edilen ortak ve genel bir uygulamanın olduğunu söylemek güçtür.

Bireysel başvuru konusunda, Federal Almanya, gerek kapsam bakımından gerekse uygulama bakımından iyi bir örnektir. Bireysel başvuru kurumunu kabul eden ülkelerin çoğu da Almanya uygulamasını örnek almıştır. Çünkü Federal Almanya anayasa şikâyetini, bütün kamu gücü işlemlerine karşı,<sup>2</sup> diğer bir ifadeyle başvuruyu objektif ve sübjektif işlevleri bakımından kabul etmiştir.<sup>3</sup> Dolayısıyla Almanya, başvuruya konu edilecek temel haklar konusunda da iyi bir örnektir. Zira Almanya’da anayasa şikâyetinin konusunu, Bonn Anayasasında belirtilen temel hak ve hürriyetler ile “*adalet hakları*” olarak isimlendirilen temel hak ve hürriyetlere özdeş haklara yönelik ihlal iddiaları oluşturmaktadır.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Venedik Komisyonu’nun 85. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen Anayasa Yargısına Bireysel Erişime İlişkin Raporu’nda bireysel başvuru hakkının tanınmasının önemi belirtilmiştir. Gerçekten de istatistikî bilgilere bakıldığında da görüleceği üzere, bireysel başvuruyu kabul eden ülkelerde temel hak ve hürriyetler daha etkili olarak kullanılmaktadır ve ülke aleyhinde AİHM tarafından verilen ihlal kararı sayısı da azalmaktadır. (Hüseyin Ekinci, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Musa Sağlam (Edt.), Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, HUKAB Sempozyum Serisi, HUKAB Yayınları, Ankara 2011, s. 137-159.)

<sup>2</sup> Zafer Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, SÜHFD, C. 5, S. 1-2, Konya 1996, s. 315.

<sup>3</sup> Almanya’da bireysel başvurunun sübjektif ve objektif işlevleri için detaylı bilgi için bkz.; Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, İstanbul 2013, s. 67-71.

<sup>4</sup> Şirin, s. 441-442; Bahadır Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2008, s. 30.



Ülkemizde bireysel başvuru, Anayasa, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerin ortak korumasında olan haklardan dolayı yapılabilmektedir.<sup>5</sup> Bu açıdan temel hak ve hürriyetleri iç hukukta anayasa yargısı ile güvenceye kavuşturan bireysel başvuru mekanizmasının kabul edilmiş olması demokratik hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi bakımından olumlu bir gelişmedir. Zira bu mekanizma ile temel hak ihlallerinin iç hukukta giderilmesi ve netice olarak AİHM'ye yapılacak başvuru sayısının orantılı bir biçimde azalacağı beklenilmektedir. Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerden, bireysel başvuru mekanizmasını kabul eden ülkeler aleyhine, AİHM'de açılan dava sayısının daha az olduğu görülmektedir. Avrupa Konseyi de bu doğrultuda çeşitli tavsiye kararları almakta ve üye ülkeler de buna ilişkin taahhütlerde bulunmaktadır. Bireysel başvuruya ilişkin gerek anayasal düzenlemeler gerekse yasal düzenlemeler, bilhassa usul açısından, Avrupa ülkelerindeki uygulamalar örnek alınarak yapıldığından, başvurunun Avrupa Konseyi tarafından da uygunluğu rapor edilmiştir.<sup>6</sup>

Temel hak ve hürriyetlerin etkin olarak korunması, hukuk ve demokrasi ilkelerinin standartlarının yükseltilmesi bakımından bireysel

---

5 **AY m. 148/3**; *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”*

**6216 sayılı Kanun m. 45/1**; *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”*

6 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2004/6 sayılı tavsiye kararında, AİHM'deki dava sayısının azaltılması, iş yükünü hafifletilmesi için üye ülkelerinin kendi iç hukuklarında bireysel başvuru hakkını tanımalarının gerekliliği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda 19 Şubat 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Interlaken Deklarasyonu ile taraf devletler, iç hukuklarında Sözleşmeyi uygulayıcı ve temel hak ihlallerini etkin bir şekilde ortadan kaldıracak mekanizmaları en kısa sürede kurma taahhüdünde bulunmuşlardır. Bu yolların başında ise bireysel başvuru gelmektedir. Yine aynı bildiriye ülkemiz açısından bireysel başvuru kurumunun kabul edilmesine paralel olarak AİHM'ye götürülecek başvuru sayısının azalacağı ve bireysel başvurunun bir “ön filtre” işlevi göreceği vurgulanmıştır. Zira AİHM'nin iş yükü gün geçtikçe artmakta ve artık mahkemenin altında kalmayacağı bir hal almış bulunmaktadır. Bu nedenle bireysel başvuru mekanizmasının kabulü, temel hak ve hürriyetlerin iç hukukta etkili kullanılmaya başlanması ile beraber hem bu haklar iç hukukta anayasa yargısı yolu ile en üst seviye korunmuş olacak hem de AİHM yolunun ikincil bir yol olarak kullanılması ile AİHM'nin iş yükü periyodik olarak azalacağı Interlaken Bildirisi'nde belirtilmiştir.

başvuru yolu önemli bir işlev üstlenmektedir. Bireysel başvuruya ilişkin anayasa değişiklikleri<sup>7</sup> ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla<sup>8</sup> yapılan düzenlemeler Venedik Komisyonu tarafından da değerlendirilmiş ve bu düzenlemelerin Avrupa standartlarına uygun olduğu belirtilmiştir.<sup>9</sup> Çalışmamızda bireysel başvuruya konu edilebilecek ve edilemeyecek haklar, mukayeseli hukuktaki örnekler dikkate alınarak incelenmiştir.

## II. BAZI ÜLKE UYGULAMALARINDA BİREYSEL BAŞVURU KONUSUNU OLUŞTURAN HAKLARIN GENEL GÖRÜNÜMÜ

Bireysel başvuruya konu edilebilecek haklar konusunda mukayeseli hukukta değişik düzenlemeler görülmektedir. Her ülke bireysel başvuruyu farklı haklara, kararlara ve işlemlere karşı kabul etmiştir. Bu ülkelerin ortak özelliği; ülkelerin bu mekanizmayı kamu gücü işlemlerine ve kararlarına karşı kabul etmeleridir. Zira temel haklar doğası gereği kamu gücüne karşı korunmayı gerektirir. Tarihsel süreçteki gelişmeler de bu doğrultuda olmuştur. Devlet (kamu gücü) karşısında daha zayıf konumda olan bireyin, kamu gücü işlem, eylem ve kararlarına karşı korunması, hukuk devleti ve demokrasi ilkelerinin standartlarının yükselmesiyle yerleşik hale gelmiştir. Temel hakların son gelişme safhâlarından birinin de anayasalar ile güvenceye alınan bu hakların anayasa yargısı ile en üst düzeyde korunmasının zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle zamanla yaygınlaşan bireysel başvuru mekanizması geliştirilmiş ve temel haklar doğrudan yapılan bireysel başvurularla anayasa yargısının güvencesine kavuşturulmuştur. Burada bazı örnek ülke uygulamalarını kısa bir biçimde inceleyeceğiz.

Federal Almanya'da ortaya çıkan bireysel başvuru, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kararları ile başlamış ve sonrasında anayasa ile

<sup>7</sup> Anayasa değişiklikleri 13/05/2010 tarih ve 27580 sayılı R.G.de yayımlanmıştır. YSK'nin, 13/05/2010 tarih ve 317 sayılı Kararıyla halkoylaması 12 Eylül 2010 Pazar günü yapılmıştır.

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, çalışmamızda 6216 sayılı olarak kısaltılmıştır.

<sup>9</sup> Venedik Komisyonu'nun 29.06.2004 tarih ve 296/2004 sayılı görüşü, 18.10.2011 tarih ve 612/2011 sayılı görüşleri hakkında bkz.; **Hüseyin Ekinci/Musa Sağlam**, 66 *Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, www.anayasa.gov.tr, (3.5.2018).

kurumsallaşmıştır.<sup>10</sup> Bu nedenle temel haklar, kapsam olarak da en iyi biçimde Federal Almanya’da uygulanmaktadır. Federal Alman Anayasasına göre, bireysel başvurunun konusunu, Anayasada belirtilen bütün haklar değil sadece temel hak ve hürriyetler ile “*adalet hakları*” olarak isimlendirilen temel hak ve hürriyetlere özdeş haklara yönelik ihlal iddiaları oluşturmaktadır.<sup>11</sup> Bireysel başvuruya konu edilebilecek bu haklara örnek olarak insan onurunun korunması, kanun önünde eşitlik hakkı, inanç, din ve mezhep hürriyeti gibi temel haklar gösterilebilir.<sup>12</sup> Dolayısıyla Federal Almanya’da sosyal ve ekonomik haklar bireysel başvurunun konusu yapılamaz.<sup>13</sup> Federal Almanya’da bireysel başvuru, anayasada belirtilen bütün haklar için değil sadece temel haklar ile bu haklara özdeş olan haklar için öngörölmüş hususi bir başvuru yolu olduğu ifade edilebilir.<sup>14</sup>

İspanya’da, anayasada belirtilen hakların tamamından “*amparo başvuru*”nun<sup>15</sup> yapılması mümkün değildir. İspanyol Anayasa’nın 53. maddesinin 2. fıkrasına göre “*her yurttaş, Anayasa’nın 14. maddesi ile güvence altına alınan hakları ile Temel Haklara İlişkin Kısım’ın İkinci Bölümünün Birinci Alt Bölümü’nde düzenlenen haklarının korunmasını*

10 **Ece Göztepe**, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları No: 530 – AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998, s. 26-27.

11 **Göztepe**, *Anayasa*, s. 26-27; **Bahadır Kılınç**, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2008, s. 30.

12 **Winfried Hassemer**, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, Y. 2004, s. 2.

13 **Kılınç**, s. 24.

14 **Mellinghof**, bu hakları şu şekilde tasnif etmektedir; “*Anayasa’nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 4a bendinde sayılan haklar için Anayasa Şikâyeti yoluna gidilebilir. Bu haklar Anayasa’nın ilk 19 maddesinde sayılan temel haklar ile hak arama özgürlükleri olarak da nitelendirilen kanuni hakim güvencesi (101. madde), 103. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen mahkeme önünde savunma hakkı ile 103. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen geçmişe etki yasağı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ve aynı fiil nedeniyle iki kez cezalandırma yasağıdır*”, **Mellinghof, Rudolf**, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 35.

15 “*Amparo başvurusu, Anayasa’nın 53. maddesinin 2. fıkrasında işaret edilen temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlali halinde bireylere kanunla düzenlenecek durumlarda ve şekillerde Anayasa Mahkemesi’ne başvuru hakkı veren bir yargı yoludur.*” **Maria Emilia Casas Baamonde**, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 101.

genel mahkemelerden talep etme ve gereği halinde amparo yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahiptir. 30. maddede düzenlenen vicdani red hakkı için de “amparo başvurusu yapılabilir”.<sup>16</sup> İspanyol Anayasası'nın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, sosyal ve ekonomik haklardan dolayı “amparo başvurusu” yapılamamaktadır. “Amparo başvurusu” mekanizması sayesinde, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve hürriyetler konusundaki kararları ile genel mahkemelerin anayasal ilkelere uygun hareket etmesi sağlanır.<sup>17</sup> Ayrıca yine Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasada belirtilmeyen haklar da, diğer haklarla organik bir bağlantı içinde oldukları gerekçesi ile, “amparo başvurusu”nun kapsamına alınmıştır. Bu şekilde “amparo başvurusu”nun güvencesine alınmak istenilen temel hak ve hürriyetlerin kapsam ve güvence alanı zamanla tevsî edilmiştir.<sup>18</sup> Aslında bu durum temel hak ve hürriyetlerin yapısından kaynaklanmaktadır.

Avusturya'da anayasa ile güvenceye alınan bütün temel hak ve hürriyetler için herkes bireysel başvuru yoluna başvurabilir. Bu husus Avusturya Federal Anayasasının 144. maddesinin birinci fıkrasında; “...başvuru sahibinin anayasal haklarını ihlal ettiği...”<sup>19</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Anayasada düzenlenen bütün haklardan dolayı bireysel başvuru yapılabilmektedir.<sup>20</sup> Zira madde temel haklar bakımından herhangi bir sınırlama getirmemektedir.

16 Burada belirtilen haklar şunlardır; “Eşitlik; ırk, cinsiyet, din, düşünce ya da başka herhangi bir gerekçeyle ayırım yasağı; yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü, işkence ve kötü muamele yasağı; düşünce, inanç ve ibadet özgürlüğü; kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, bilgi edinme hakkı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, ülke dışına çıkma ve ülkeye serbestçe giriş hakkı; bilim ve sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğü; barışçıl amaçlarla silahsız olarak toplantı ve gösteri özgürlüğü; dernek kurma özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkı; kamu hizmetine girme hakkı; hak arama özgürlüğü, kanuni hakim güvencesi, kişisel olarak ya da bir avukat yardımıyla savunma hakkı, kendisine yöneltilen iddialar hakkında bilgi alma hakkı, kendisi aleyhine ifade vermeye zorlanmama hakkı; masumiyet karinesi, suç ve cezaların kanuniliği; eğitim hakkı, araştırma özgürlüğü; üniversite özerkliği, sendika ve grev hakkı; bireysel ve toplu dilekçe hakkı; vicdani red hakkı.” **Baamonde**, s. 101-102.

17 **Baamonde**, s. 101-102.

18 **Selin Esen Arnwine**, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *AÜHFD*, Cilt: 52, 2003, s. 249 vd.

19 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/04-AVUSTURYA%201-98.pdf> (15.10.2018).

20 **Göztepe**, *Anayasa*, s. 30.

Meksika’da “*amparo başvurusu*”, yaşam hakkı ve kişisel özgürlüğün korunması hakkına (*habeas corpus*), karşı yapılabilmektedir.<sup>21</sup> Amparo, kamu gücü tarafından temel haklarının (ya da insan haklarının) ihlal edildiğini düşünen bireylerin başvurabileceği bir tür anayasal denetim yoldur.<sup>22</sup> Meksika’da amparonun konusunu “*garantias individuales*” olarak anılan ve Meksika Anayasasının birinci başlığının birinci kısmında yer alan haklar oluşturmaktadır.<sup>23</sup>

### III. TÜRKİYE’DEKİ UYGULAMA

#### A. Genel Olarak

Bireysel başvuruya konu olan temel hak ve hürriyetlere ilişkin mevzuatımızdaki düzenleme aslında çalışmamızda örnek olarak verdiğimiz ülkelerin hiçbirine tam anlamı ile benzememektedir. Anayasanın ve 6216 sayılı Kanunun ilgili hükümleri birlikte incelendiğinde, sadece pozitif statü hakları olarak tasnif edilen sosyal ve ekonomik hakların bireysel başvurunun konusu dışında bırakıldığı izlenimi oluşmaktadır.<sup>24</sup> Ancak konu daha detaylı olarak incelendiğinde görüleceği üzere; sadece sosyal ve ekonomik haklar değil aynı zamanda başka bazı temel hak ve hürriyetlerin de konunun dışında bırakılmış olduğu görülmektedir. Bireysel başvurunun kapsamı Anayasadaki genel haklar sistematiğine uygun olarak değil, AİHS ile Türkiye’nin taraf olduğu Ek Protokollerde belirtilen haklar bakımından belirlenmiştir. Diğer bir ifade ile Anayasada belirtilen bazı temel hak ve hürriyetler bireysel başvurunun konusu dışında bırakılmıştır. Mamafih AİHS’de düzenlenip de Anayasamızda yer almayan temel hak ve hürriyetlerden dolayı da Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Bunun en iyi örneği “*evlenme hakkı*”dır. Bu hak,

---

21 **Genaro David Gongora Pimentel**, “Amparo Ne İçindir?”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 164.

22 **Pimentel**, s. 163-164.

23 **Göztepe**, *Anayasa*, s. 37.

24 **Atilla Güngör**, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Denetim Yolu: Bireysel Başvuru”, *Fasikül Dergisi*, Y. 2, S. 13, Ankara, Aralık 2010, s. 27.

AIHS’de düzenlenmiş ancak Anayasamızda düzenlenmediğinden bireysel başvuruya konu edilememektedir.<sup>25</sup>

Anayasamızın 148. maddesinde bireysel başvuruya konu edilecek haklara ilişkin düzenleme şu şekildedir; “(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerinden, AIHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”. Anayasanın bu hükmüne baktığımızda bireysel başvurunun kapsamının klasik haklarla sınırlandırıldığını söylemek mümkündür. Zira AIHS de bu tür haklara yer vermektedir. Salt bu madde metninin incelemesinde sadece sosyal ve ekonomik haklardan dolayı başvuru yapılamayacağı söylenebilir. Ancak bu yanıltıcıdır. Zira Anayasanın bu hükmünü daha da somutlaştıran 30/03/2011 kabul tarihli 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45/1 maddesi ile bireysel başvurunun kapsamını biraz daha somutlaştırılmıştır. Kanunun ilgili maddesindeki düzenleme de aynen şu şekildedir; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerinden, AIHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”. Dolayısıyla Anayasamızda belirtilen temel hak ve hürriyetlerin tamamı bireysel başvuruya konu edilememektedir. Anayasada teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerden, AIHS<sup>26</sup> ve Türkiye’nin taraf olduğu Ek Protokoller ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerden, sistematik olarak ortak güvenceye alınan haklar başvurunun kapsamındadır.

25 **Öykü Didem Aydın**, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(4), Ankara, 2011, s. 134.

26 Bireysel başvurunun kapsamına alınacak hakların belirlenmesinde AIHS’nin kapsamına alınan hakların esas alınması önemli bir ölçüttür. Zira AIHS temel hak ve hürriyetleri evrensel düzeyde belirleyen ve bu hakları uluslar üstü düzeyde koruyan insanlık tarihinin ortak ve önemli bir belgesi olduğu neredeyse tüm dünya tarafından kabul edilmiştir. Bu nedenle Anayasamızda da bireysel başvurunun kapsamına alınacak hakların belirlenmesinde AIHS’e atıfta bulunulmuş olması önemli bir ölçüttür. Ancak Anayasada belirtilen bazı hakların kapsam dışında bırakılmış olması ise önemli bir eksiklik olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.; **Ömer Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, 2004, s. 15 vd.; **Özcan Özbey**, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara, Eylül 2012, s. 172-186.

AİHS'ye Ek Protokollerin tamamında belirtilen haklardan dolayı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Zira Türkiye Ek Protokollerin tamamına taraf değildir. Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerde belirtilen haklar bireysel başvurunun konusuna dahil edilecek mi, edilmeyecek mi sorusunu uluslararası hukuka göre cevaplamamız gerekir. Çalışmamızın kapsamının sınırlı olmasından dolayı, konuyu sadece AİHS'in ek protokolleri açısından kısaca inceleyeceğiz.<sup>27</sup>

### B. AİHS'nin Ek Protokolleri

AİHS'in Ek Protokolleri 14 tane olup, bu protokollerden 9 tanesi ülkemiz tarafından imzalanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Bu protokollerden 4 tanesi (4 No'lu Protokol<sup>28</sup>, 7 No'lu Protokol<sup>29</sup>, 9 No'lu Protokol, 12 No'lu Protokol)<sup>30</sup> Türkiye tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır. 10 No'lu Protokol, Türkiye tarafından henüz imzalanmamıştır. Gerçi 10 No'lu Protokol, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile önemini yitirmiştir. 11 No'lu

- 
- 27 Türkiye'nin taraf olduğu sözleşme ve protokoller hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Mesut Gülmez**, "2000'in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 33, S. 1, Mart 2000, s. 1-26; **Özcan Özbey**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Yöntemleri*, Ankara 2008, s. 391-430.
- 28 İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Birinci Protokol'de Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlükler Tanıyan 4 Numaralı Protokol."4 Numaralı Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 7. madde uygun olarak 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 4 Numaralı Protokol'ü 19 Ekim 1992'de imzalamış ve 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. 3975 Sayılı Onay Kanunu 26 Şubat 1994 gün ve 21861 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır", E. T. 05.01.2013, www.tbmm.gov.tr.
- 29 AİHS 7 Numaralı Protokol, 22.11.1984 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokol'ü 19 Ekim 1992'de imzalamış ve 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. 3975 Sayılı Onay Kanunu 26 Şubat 1994 gün ve 21861 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır ve 09 Haziran 1994 tarihinde de Bakanlar Kurulunca onaylanmıştır", E. T. 05.01.2018, www.tbmm.gov.tr.
- 30 AİHS 12 Numaralı Protokol, 04.11.2000 tarihinde Strasbourg'da imzalanmış ve 01/04/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 12 Numaralı Protokol'ü 18 Nisan 2001'de imzalamış ancak henüz onaylamamıştır, www.tbmm.gov.tr (E.T., 05.01.2018). Bu protokolü Türkiye onaylayıp, Resmi Gazete yayınlamadığından, Türkiye bu protokole taraf değildir. Dolayısı ile bu protokol kapsamındaki haklar bakımında bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.; **Özbey**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne*, s. 391-430.

Protokol ise yürürlüğe girdiği tarihten itibaren AİHS'nin ayrılmaz parçası olduğu için artık imza ve onaya açık değildir.<sup>31</sup> Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerinin konusunu belirlemek için, Türkiye'nin imzalamasına rağmen, yürürlüğe koymadığı 4 No'lu Protokol, 7 No'lu Protokol, 9 No'lu Protokol, 12 No'lu Protokoller açısından bir değerlendirme yapmadan önce uluslararası sözleşmelerinin yürürlüğe girme usulünü özet olarak aktarmakta fayda vardır.

Hukukumuzda uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girmelerine ilişkin olarak önce müzakereler yapılır, sonra sözleşme metni oluşturulur ve akabinde de bu metin yetkililerce imzalanır. Devamında ise sözleşme, kural olarak,<sup>32</sup> TBMM tarafından bir uygun bulma kanunu ile uygun bulunur.<sup>33</sup> Uygun bulma kanunu Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır ve Resmi Gazete'de yayımlanır. Dolayısıyla iç hukukumuz açısından bir uluslararası sözleşmenin müzakere, imza, uygun bulma ve onay aşamalarından sonra yürürlüğe girebilmesi için; onay belgelerinin ikili sözleşmeler için değişim, çok taraflı sözleşmeler için ise kararlaştırılan yere tevdi gerekir.<sup>34</sup>

Bu bağlamda 4 No'lu Protokol ile 7 No'lu Protokol Türkiye tarafından onaylanmış ancak onay belgeleri değiştirilmediği için bu protokollere taraf değiliz ve bizim açımızdan bu protokoller bağlayıcı değildir. Zira her iki protokolün “*imza ve onay*”<sup>35</sup> maddeleri gereğince, andlaşmaların uluslararası alanda bağlayıcı olabilmeleri için taraf belgelerinin değişimi gereklidir.<sup>36</sup> 12 No'lu Protokol, 04.11.2000

31 Aydın, s. 130.

32 “*Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygAun bulunması zorunluğA yoktur...*” (AY m. 90/3)

33 “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*” (AY m. 90/1)

34 Bu konuda detaylı bilgi için bkz.; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2010, s. 58 vd.; İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Ankara 2013, s. 99 vd.

35 “*Protokol beş onaylama belgesinin verilmesinden sonra yürürlüğe girecektir.*” (4 No'lu Protokol'ün 7. maddesi). “*Onay, kabul ya da uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilecektir.*” (7 No'lu Protokol'ün 8. maddesi). [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf) (E.T. 13.08. 2018)

36 Yeşim Çelik, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Ankara 2016, s. 137.



tarhinde Strasbourg'da imzalanmış ve 01/04/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 12 Numaralı Protokol'ü 18 Nisan 2001'de imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Bu protokolü Türkiye onaylayıp, Resmi Gazete yayınlamadığından, Türkiye bu protokole taraf değildir. Dolayısı ile bu protokol kapsamında haklar bakımından da bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir.

Uluslararası kuruluşlara üye olmak, üye devlet açısından bazı sorumluluklar getirmektedir. Bu yükümlülükler bu tür kuruluşların kurucu belgelerine dayanmaktadır. Bilhassa Avrupa Konseyine üyelik, üye devletlere sözleşme ve ek protokollerine uyma yükümlülüğünü getirmektedir.<sup>37</sup> Üye olunan kuruluşun sözleşme ve ek protokollerine taraf olunmaması üye devleti, üyelik ilişkisinden doğan yükümlülükleri yerine getirmekten kurtarmaz. “İnsan haklarına ve temel hak ve hürriyetlere saygı” ilkesi gereği üye devletlerin bu tür sorumlulukları yerine getirmeleri kaçınılmazdır.<sup>38</sup>

AİHS'in Ek Protokolleri konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bunları özet olarak ifade etmekte fayda mülâhaza edilmiştir. İlk olarak Göztepe'ye göre, yukarıda zikrettiğimiz protokoller (4, 7, 9 ve 12 No'lu Protokoller) Türkiye tarafından onaylanıp yürürlüğe konulmadığından, Türkiye bu protokollere taraf değildir. Dolayısı ile bu protokollerde belirtilen haklardan dolayı bireysel başvuru yapılamaz.<sup>39</sup>

Bu konu öğretilde Aydın tarafından da şu şekilde ifade edilmektedir; “Anayasasının 148. maddesinin 3. fıkrasında ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesinde geçen “Türkiye'nin taraf olduğu” ifadesini referans alarak bir değerlendirmeye varmaya çalışmak gerektiği kanısındayız. Türkiye, mezkûr protokolleri, henüz onaylayıp yürürlüğe koymamış olsa da uluslararası hukuka göre o protokollere “taraf” olmuştur”<sup>40</sup>.

Aydın'a benzer olarak Sabuncu/Esen Arnwine de bireysel başvurunun konusunun geniş tutulması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>41</sup>

37 **Mehmet Tevfik Gülsoy**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Türkiye ile ilgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İçtihatları”, *AÜEHFD*, VI (1-4), Erzincan 2002, s. 133-146.

38 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.; **Gülmez**, s. 2-3; **Süheyl Donay**, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru”, *Suç ve Ceza Dergisi*, Ekim-Kasım-Aralık 2010, Sayı: 4, İstanbul 2011, s. 15-27.

39 **Göztepe**, “Türkiye'de”, s. 34-37.

40 **Aydın**, s. 131.

41 Bu konudaki tartışmalar için bkz.; **Göztepe**, “Türkiye'de”, s. 34-37; **Yavuz Sabuncu/Selin Esen Arnwine**, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de

Zorkin de aynı şekilde Rusya Anayasa Mahkemesi'nin genişletici yorumunun koruma kapsamındaki haklar ve dava ehliyeti konusu ile sınırlı olmadığını, bireysel başvuru davasına konu edilebilecek temel haklar ve işlemlerde de genişletici yorumun yapılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>42</sup> Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesine göre, yurttaşların bütün anayasal haklarının, hiçbir istisna gözetilmeksizin, koruma yetkisi içindedir.<sup>43</sup>

Biz de bireysel başvurunun konusuna dâhil edilecek haklar kategorisinin geniş olarak yorumlanması gerektiği inancındayız. Zira ancak bu yolla temel hak ve hürriyetler tam anlamıyla güvenceye alınabilir. Aksi takdirde “*haksız bir biçimde, hukuka aykırı olarak hüküm giyen kişinin (adli hata durumunda) tazminat*” hakkına ilişkin talebinden dolayı bile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmasına imkân tanınmamış olunur. Zira bu hak AİHS Ek 7 No'lu Protokol'ün 3. maddesinde<sup>44</sup> düzenlenmiştir. Aynı şekilde “*aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama*” AİHS Ek 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinde<sup>45</sup>, “*bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma*

---

Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, C. 21, Y. 2004, 229-246; **Aydın**, “Türk Anayasa Yargısında”, s. 128-133; **Özbey**, *Türk Hukukunda Anayasa*, s. 164-186; **Selin Esen**, “Türkiye’de Anayasa Şikâyeti”, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), Tartışma Paneli, (Av. Özdemir Özok anısına) *TBB Yayınları*, Ankara, Ekim 2011, s. 44-55.

42 **Valery Zorkin**, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, C. 26, s. 286.

43 **Zorkin**, s. 284.

44 AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 3, adli hata halinde tazminat hakkı: “Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkûm edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkûmiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir”.

45 AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m.4, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı; “1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez. 2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez. 3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınamaz”.

*hakki (iki dereceli yargılanma hakkı)*” AİHS Ek 7 No’lu Protokol’ün 2. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>46</sup> Bu nedenle bu kadar önemli olan temel hak ve hürriyetlerin korunma alanının geniş tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.<sup>47</sup> Ancak pozitif hukuk açısından süreci tamamlanmamış Ek Protokoller kapsamındaki haklardan dolayı bireysel başvurunun yapılması da mümkün değildir.

Bu konudaki çalışmalardan hareketle,<sup>48</sup> sistematik bir biçimde, bireysel başvurunun konusuna dâhil olan ve olmayan hakları başlıklar halinde inceleyeceğiz.

### C. Bireysel Başvuru Konusu Yapılabilecek Temel Hak ve Hürriyetler

Aşağıda belirtilen hakların bireysel başvurunun konusuna dâhil olduğu hususunda tartışma yoktur. Anayasa, AİHS ve Ek Protokollerinin ortak korumasında olan haklardan dolayı AYM’ye bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Burada bu hakların neler olduğunu kısa bir şekilde inceleyeceğiz.

#### 1. Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı,<sup>49</sup> Anayasamızın 15. maddesinin ikinci fıkrası,<sup>50</sup> 17. maddesinin birinci fıkrası<sup>51</sup> ile 38. maddesinin dokuzuncu fıkrasında<sup>52</sup>

<sup>46</sup> AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 2, Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı;“1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir. 2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir”.

<sup>47</sup> AYM, 2018 tarihli bir kararında bu durumu şöyle ifade etmiştir; “Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinde aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı tanınmış ise de başvuruya konu ihlal iddiasının tarihi itibarıyla anılan Protokol yürürlüğe girmemiştir. Bu itibarla başvurunun hak iddiasının Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanının dışında kaldığı anlaşılmaktadır.” AYM, B. No: 2015/17259, K. T. 28/6/2018, §. 34. AYM’nin aynı yöndeki başka bir kararı için bkz.; B. No: 2013/9585, 9/3/2016, § 42.

<sup>48</sup> Bu konuda bkz.; **Göztepe**, “Türkiye’de”, s. 35; **Sabancı/Esen Arnwine**, s. 229-246; **Aydın**, “Türk Anayasa Yargısında”, s. 128; **Özbey**, Türk Hukukunda Anayasa, s. 172-186; **Selami Turabi**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara 2013, s. 43-44.

düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, herkesin yaşama, maddi ve manevini varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ve bu hakka dokunulamayacağı açıktır.

Yaşam hakkı, AİHS'nin “yaşam hakkı” kenar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasında da; “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.”<sup>53</sup> şeklinde düzenlenmiştir.

Yaşam hakkı, Anayasa ile AİHS'nin ortak koruma alanında olduğundan, kamu gücü ihlallerinden dolayı, iç hukuk yolları tüketildikten sonra, AYM'ye bireysel başvuru yapmak mümkündür.

Yaşam hakkının ihlali iddiası ile ilgili, 1 Ocak 2011 ile 30 Haziran 2018 tarihleri arasında, AYM'ye toplam 7704 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan sadece 64'ü hakkında ihlal kararı verilmiştir.<sup>54</sup> Bu da aslında yaşam hakkına yönelik ihlallerin, diğer hak ihlallerine nazaran, düşük olduğunu göstermektedir.<sup>55</sup>

49 Yaşam hakkı hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Turabi**, s. 46-51; **Sami Sezai Ural**, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, Ankara 2013, s. 161-163.

50 AY m. 15/2; “...kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz...”

51 AY m. 17/1; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

52 AY m. 38/9; “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.”

53 AİHS m. 2/2; “Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasya uygun olarak bastırılması”

54 İstatistiki veriler için bkz.; <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik-30Haziran.pdf> (E.T. 01/10/2018)

55 Yaşam hakkının ihlaline ilişkin bkz.; AYM, B. No: 2014/13765, K. T. 9/1/2018; B. No: 2014/19077, K. T. 18/4/2018; B. No: 2014/1982, K.T. 9/11/2017.

## 2. İşkence,<sup>56</sup> İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muameleye Tabi Tutulmama Hakkı (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı)<sup>57</sup>

Bu hak, Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında şöyle düzenlenmiştir; “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” AİHS’in “*işkence yasağı*” başlıklı 3. maddesi “*hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” şeklindedir. İşkence ve kötü muamele yasağı hakkı bakımından da bireysel başvuru açısından herhangi bir problem yoktur. Zira bu hak Anayasa ile AİHS’nin ortak korumasındadır. Bu nedenle bu hakka yönelik kamu gücü ihlallerinden dolayı, adli veya idari bakımından öngörülen bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra, AYM’ye başvurmak mümkündür.

İşkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasıyla 30 Haziran 2018’e kadar AYM’ye toplam 3.578 bireysel başvuru yapılmış ve bu başvurulardan 59’u hakkında ihlal kararı verilmiştir.<sup>58</sup> Ülkemizde işkence ve kötü muamele ile ilgili yapılan başvuru sayısı ile ihlal kararlarının düşüklüğü, insan onurunun korunmasına verilen değer bakımından umut vericidir.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> İşkence, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşmenin 1. maddesinde şöyle tanımlanmıştır; “*İşkence*” terimi, *bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir.*” [http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence\\_ve\\_diger\\_zalimane\\_gayri\\_insani\\_veya\\_kucultucu\\_muamele\\_veya\\_cezaya\\_karsi\\_sozlesme.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf) (20.10.2018).

<sup>57</sup> İşkence, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muameleye Tabi Tutulmama Hakkı (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı) hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Turabi**, s. 51 vd.; **Ural**, s. 163-164.

<sup>58</sup> AYM, B. No: 2014/13044, 11/112015.

<sup>59</sup> AİHM şu sorgulama tekniklerini insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele olarak kabul etmektedir; tutuklunun başına torba geçirme, sürekli gürültüye maruz bırakma, uykusuz bırakma, yiyecek kısıtlama ve duvara karşı uzun süre ayakta bekletme (AİHM kararı için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167). Bu hakka yönelik olarak AİHM tarafından verilen kararlar için bkz.; **Gilles Dutertre**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf), s. 69 (20.10.2018); **Turabi**, s. 54-60.

### 3. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı

Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, AY m. 18<sup>60</sup> ile AİHS'in 4. maddesinde<sup>61</sup> benzer olarak düzenlenmiştir ve her iki düzenleme ile kölelik ve zorla çalıştırma yasaklanmıştır. Anayasa ile AİHS'in düzenlenmelerinin içerik itibariyle benzer olduğu görülmektedir.

AİHS'in 4. maddesinin ikinci fırcasında kölelik ve zorla çalıştırma yasağının istisnaları dört başlık halinde düzenlenmiştir. AHİM de askerlik hizmetinin yetişkinler ve çocuklar (ebeveynlerin rızası satıyla) için kulluk durumu teşkil etmediğine karar vermiştir.<sup>62</sup> Ayrıca Mahkeme, Belçika'da bir stajyer avukatın müdafisi olarak görevlendirildiği davada kendisine ücret ödenmemesini, zorla çalıştırma yasağına aykırı görmemiştir. Zira Mahkeme bu kararında avukatın, avukatlık mesleğini serbest iradesiyle seçtiği, bu nedenle bir meslek çerçevesinde talep edilen ücretsiz yardımın (hukuki yardımın) zorla çalıştırma sayılmayacağı sonucuna varmıştır.<sup>63</sup>

Kölelik, kulluk<sup>64</sup> ve zorla çalıştırma yasağının ihlali iddiasıyla toplam olarak, Anayasa Mahkemesine, 774 başvuru yapılmış ancak Yüksek Mahkeme, 30 Haziran 2018 tarihi itibariyle, bu başvurularla ilgili herhangi henüz bir ihlal kararı vermemiştir.

<sup>60</sup> AY m. 18/1, “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.”

<sup>61</sup> AİHS m. 4/1-2; “1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz. 2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz. 3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz: a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş; b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; d) Olağan yurtaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.”

<sup>62</sup> Dutertre, s. 44-66.

<sup>63</sup> Dutertre, s. 70-71.

<sup>64</sup> Kulluk, ağır bir biçimde “özgürlükten yoksun bırakma” durumunun varlığı olarak ifade edilmektedir. Dutertre, s. 68.

#### 4. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı

AY m. 19 ve AİHS m. 5<sup>65</sup> ile güvenceye altına alınmıştır. Öneme binaen, bu hak, Anayasa ve Sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa ve Sözleşmede belirtilen düzenlemelere aykırı tutulmalar, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlalinin oluşturur.<sup>66</sup> Diğer bir ifadeyle Anayasa ve Sözleşmede belirtilen istisnalar dışında,<sup>67</sup> bir kişinin tutulması, yakalanması veya tutuklanması yani hürriyetinden yoksun bırakılması kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlalinin oluşturur.<sup>68</sup>

30 Haziran 2018'e kadar AYM'ye yapılan 296.426 başvurudan 13.439'u kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlaline ilişkindir. Bu da toplam başvurunun % 5'ini oluşturmaktadır. AYM, 13.439 başvurudan 103'ü hakkında ihlal kararı vermiştir. Bu da toplam 2.853 ihlal kararının % 4'ünü teşkil etmektedir.

#### 5. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, Anayasanın 36.,<sup>69</sup> 38., 138., ve 142. maddeleri ile AİHS'in 6. maddesinde<sup>70</sup> ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hakkın kapsamı ayrıntılıdır ve hak AİHM tarafından da gereğince incelenmektedir. Ancak çalışmamızın kapsamının sınırlı olmasından mütevellit AİHM kararları incelenmemiştir.<sup>71</sup>

65 AİHS m. 5/1; *"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz..."*

66 Bu konudaki AİHM kararları için bkz.; **Dutertre**, s. 74 vd.

67 AİHS'in 5. maddesinin birinci fıkrasının a, b, c, d, e ve f bentlerinde belirtilen haller dışındaki tutulmalar kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali olur.

68 AYM, B. No: 2017/5845, K. T. 4/7/2018; B. No: 2016/50972, K. T. 11/1/2018; B. No: 2017/5974, K.T. 21/12/2017; B. No: 2014/13044, K.T. 11/11/2015.

69 AY m. 36/1; *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

70 AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrasında adil yargılanma hakkı şöyle tanımlanmıştır; *"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."*

71 Adil yargılanma hakkına ilişkin detaylı bilgi ve AİHM uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Dutertre**, s. 141 vd.

Adil yargılanma hakkının önemi AYM'ye yapılan başvurulardan ve ihlale ilişkin verilen kararların sayısından anlaşılmaktadır. Adil yargılanma hakkının ihlali iddiası ile 30 Haziran 2018'e kadar Yüksek Mahkeme'ye toplam 176.951 başvuru yapılmıştır. Bu da toplam başvuruların % 60'ını oluşturur. Bu oranlar AYM'ye en fazla başvurunun, adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapıldığını göstermektedir. Mahkeme, 176.951 başvurudan 2.182 başvuru hakkında ihlal kararı verilmiştir. Bu da toplam ihlal kararlarının % 76'sının adil yargılanma hakkının ihlaline yönelik olduğunu göstermektedir.

AYM, 2018 tarihli bir kararında, müdafî yardımdan yararlandırılmamayı, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme kararında bu hususu şöyle açıklamıştır: “*Şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması, kendisini suçlamama ve susma hakları yanında genel olarak da adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir.*”<sup>72</sup> Bu kararda AYM, adil yargılanma hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere, kararın bir örneğinin ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

## 6. Suç ve Cezaların Kanuniliği

Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası<sup>73</sup> ile 38. maddesinin birinci fıkrasında<sup>74</sup>, AİHS'nin 7. maddesinde<sup>75</sup> ve 5237 sayılı TCK'nın “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesinde<sup>76</sup> düzenlenmiştir.

<sup>72</sup> AYM, B. No: 2014/16277, K. T. 13/9/2018, § § 52, 53, 54. Aynı yönde bkz.; AYM, B. No: 2014/16277, K. T. 13/9/2018; AYM, B. No: 2015/964, K. T. 12/6/2018.

<sup>73</sup> AY m. 15/2; “...suç ve cezalar geçmişe yürütülemez...”

<sup>74</sup> AY m. 38/1; “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.”

<sup>75</sup> AİHS m. 7/1; “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

<sup>76</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 2; “(1) 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 hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3)



Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, AYM’ce adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Yüksek Mahkeme, suçta ve cezada kanunilik ilkesini, 2017 yılında verdiği bir kararında şöyle açıklamaktadır; “Somut olayda ceza tutanağının kanuni dayanağını teşkil eden 5549 sayılı Kanun’un 12. maddesinin (2) numaralı fıkrası 28/6/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarih itibarıyla kimlik tespiti yükümlülüğü bir kabahat olma niteliğini kaybetmiş olduğundan başvurusunun idari yaptırım kararının kesinleşmesini önleyen itirazının yürürlükte olmayan bir kanun hükmüne dayanılarak reddedildiği anlaşılmaktadır.”<sup>77</sup> AYM, yukarıda belirtilen gerekçe ile başvuru hakkında, Anayasa’nın 38. maddesi ile teminat altına alınan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

### 7. Özel Yaşama, Aile Yaşantısına, Konut ve Haberleşme Hürriyetine Saygı

Bu hak, AY m. 20,<sup>78</sup> 21,<sup>79</sup> 22<sup>80</sup> ve 26/2<sup>81</sup> ile AİHS m. 8’de<sup>82</sup> düzenlenmiştir. Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkının ihlali iddiasıyla AYM’ye, 30 Haziran 2018’e kadar toplam 4.275 başvuru

---

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

77 AYM, B. No: 2014/20188, K. T. 6/12/2017, § §, 31, 32; B. No: 2014/2033, 26/10/2017.

78 AY m. 20/1; “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Buna ilişkin 2018 tarihli AYM kararı için bkz.; AYM, B. No: 2014/4686, K. T. 1/2/2018.

79 AY m. 21; “Kimsenin konutuna dokunulamaz...”

80 AY m. 22; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”

81 AY m. 26/1; “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...”

82 AİHS m. 8; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”

yapılmış ve Yüksek Mahkeme, bu başvurulardan 112’si hakkında ihlal kararı vermiştir.

AYM, 19 Eylül 2018 tarihli kararında, haberleşme hürriyetinin ihlalini şöyle açıklamıştır: “...başvurucunun göndermek istediği mektuba el konulması suretiyle haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin amaçlanan hedefler açısından aşırı, dolayısıyla orantısız olduğu ve bu bağlamda toplum gereklerine uygun olma ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu gerekçelerle başvuruçuların Anayasa’nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”<sup>83</sup> Yüksek Mahkeme, haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğinin tespitine ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Zira ihlal sonuçları ancak bu şekilde, kısmen de olsa, giderilmiş olur.

### 8. Din, Düşünce, Vicdan ve İfade Hürriyeti

Anayasa’nın “kanun önünde eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasına göre; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Anayasa’nın bu hükmü ile herkesin kanun önünde eşitliği teminat altına alınmıştır. Her türlü ayrımcılık açık bir biçimde yasaklanmıştır.

Anayasa m. 15/2’de de hiç kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 24. maddesi din ve vicdan hürriyetine, 25. maddesi düşünce ve kanaat hürriyetine, 26. maddesi düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkindir. Bu maddelerde din, düşünce, vicdan ve ifade hürriyeti düzenlenmiştir. Bu hürriyetler AİHS m. 9 ve 10’da da güvenceye alınmıştır. AİHS’in 9. maddesinde düşünce, vicdan ve din hürriyetleri, 10. maddesinde ise ifade hürriyeti düzenlenmiştir. Din, düşünce, vicdan ve ifade hürriyeti önemine binaen gerek Anayasa’da gerekse AİHS’te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

AYM’ye, 01 Ocak 2012 ile 30 Haziran 2018 arasında toplam olarak, din ve vicdan hürriyeti ile alakalı 1.316, ifade hürriyeti ile alakalı olarak da 5.250 başvuru yapılmıştır. Aynı tarihler arasında din ve vicdan

<sup>83</sup> AYM’nin, B. No: 2015/17260, 19/9/2018 tarihli kararı, §§, 36, 37. Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkının ihlali için bkz.; AYM, B. No: 2015/17260, K. T. 19/9/2018.

hürriyetleri hakkında 3<sup>84</sup>, ifade hürriyeti hakkında ise 84<sup>85</sup> hak ihlali kararı vermiştir.

### 9. Örgütlenme ve Toplantı Hürriyeti (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı)

Örgütlenme ve toplantı hürriyeti ile ilgili olarak; AY m. 33'te dernek kurma hürriyeti, m. 34'te toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, m. 51'de sendika kurma hakkı, m. 53'te toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı, m. 54'de grev hakkı ve lokavt, m. 68'de parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma, m. 69'da siyasi partilerin uyacakları esaslar düzenlenmiştir. Örgütlenme ve toplantı hürriyeti AİHS m. 11'de toplantı ve dernek kurma hürriyeti başlığı altında ifade edilmiştir.

01 Ocak 2012 ile 30 Haziran 2018 arasında AYM'ye; örgütlenme hürriyeti ile ilgili toplam 1.161, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile ilgili olarak da 2.613 başvuru yapılmıştır. Yüksek Mahkeme; örgütlenme hürriyeti ile ilgili 36, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı hakkında da 10 ihlal kararı vermiştir. AYM, hak ihlallerinin giderilmesi için bazen manevi tazminata, bazen yeniden yargılama yapılması için kararın ilk derece mahkemesine gönderilmesine, bazı kararlarında da her ikisine birlikte karar vermektedir.<sup>86</sup>

### 10. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı

Ailenin korunması ve çocuk hakları kenar başlıklı Anayasa'nın 41. maddesi; *“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (Ek fıkra:*

84 Din ve vicdan hürriyeti hakkında bkz.; AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2016 karar tarihli kararı.

85 İfade hürriyeti hakkında bkz.; AYM, B. No: 2015/18100, 12/9/2018 karar tarihli kararı; B. No: 2013/7443, 20/05/2015 karar tarihli kararı.

86 AYM, B. No: 2014/10626, K. T. 18/4/2018; B. No: 2014/17391, K. T. 19/4/2018; B. No: 2014/15627, K. T. 5/10/2017.

7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” şeklindedir.

Bu hak, AİHS'nin 12. maddesinde de şöyle düzenlenmiştir; “Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

“Ailenin korunması” Anayasamızın 41. maddesinde, AİHS'den farklı olarak, düzenlenmiş ancak “evlenme hakkı” Anayasamızda düzenlenmemiştir.

AYM, 2016 tarihli bir kararında, “...veraset ilamının iptali ile murisin mirasçıları arasında gösterilme talebinin reddedilmesi nedeniyle aile yaşamına saygı hakkının...”<sup>87</sup> ihlal edildiğine karar vermiştir.

### 11. Etkili Başvuru Hakkı

Hak arama hürriyeti başlığı altında hak arama hürriyeti; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. (1) Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunması kenar başlıklı 40. maddesinde de etkili başvuru hakkı şöyle düzenlenmiştir; “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

Etkili başvuru hakkı AİHS'in 13. maddesinde; “Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Etkili başvuru hakkı ile ilgili, 1 Ocak 2012 ile 30 Haziran 2018 tarihleri arasında AYM'ye, toplam olarak 3.334 adet başvuru yapılmıştır. AYM, bu başvurulardan sadece 8'i hakkında ihlal kararı vermiştir.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> AYM, B. No: 2013/2758, K. T. 17/2/2016.

<sup>88</sup> AYM, B. No: 2014/13044, 11/11/2015.

## 12. Mülkiyet Hakkı

Anayasanın 35. maddesi,<sup>89</sup> doğrudan mülkiyet hakkına ilişkindir ve maddenin kenar başlığı da “*mülkiyet hakkı*” şeklindedir. Anayasanın 46. maddesi kamulaştırmaya, 47. maddesi<sup>90</sup> ise devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkindir. Mülkiyet hakkı, AİHS Ek 1 No’lu Protokolün 1. maddesi<sup>91</sup> ile güvenceye alınmıştır.

AYM, mülkiyet hakkının ihlal edilmesini 2018 tarihli bir kararında; “*kamulaştırma işlemi sonucu mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle malike yüklenen külfet ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulamadığı ve başvuruca yüklenen külfetin aşırı ve ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmak*”<sup>92</sup> başvuruca, Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

1 Ocak 2012 ile 30 Haziran 2018 tarihleri arasında AYM’ye, mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla toplam 37.294 başvuru yapılmış ve AYM, bu başvurulardan 133 tanesi hakkında ihlal karar vermiştir. AYM’nin ihlal kararları ile Anayasa ve AİHS ile güvenceye alınan temel haklar, kamu gücüne karşı daha iyi korunmaktadır.

## 13. Eğitim ve Öğrenim Hakkı

Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi Anayasa’nın 42.<sup>93</sup> maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Anayasamızda üçüncü bölümde, sosyal ve

<sup>89</sup> AY m. 35; “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*”

<sup>90</sup> AİHM kamulaştırma bedelinin geç ödenmesini bile mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendiği nazara alındığında Anayasa m. 46’da düzenlenen “*kamulaştırma*” ile AY. m. 47’de düzenlenen “*devletleştirmenin*” de mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilmesi ve herhangi bir hak ihlali durumundan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunması gerekir.

<sup>91</sup> AİHS Ek 1 No’lu Protokol m. 1; “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.*”

<sup>92</sup> AY, B. No: 2015/18943, K. T. 19/9/2018, §§, 50,51.

<sup>93</sup> Türkiye, Anayasa m. 174’e göre Tevhid-i Tedrisat Kanunu’nun hükümlerini mahfuz tutarak mezkur protokolü onaylamıştır.

ekonomik haklar ve ödevler kısmında, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi olarak düzenlenen bu hak, AİHS’de eğitim hakkı başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hak, AİHS Ek 1 No’lu Protokolü’nün 2. maddesinde, “Eğitim hakkı Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili 1 Ocak 2012 ile 30 Haziran 2018 tarihleri arasında AYM’ye, 3.002 başvuru yapılmış ve AYM, bu başvurulardan sadece 2 tanesi hakkında ihlal kararı vermiştir. Aslında eğitim ve öğrenim hakkının ihlaline yönelik AYM’ce verilen ihlal kararının sayısının azlığı, ülke olarak bu konudaki hassasiyetin bir ifadesi olarak değerlendirilebilir.

AYM, 2018 tarihinde verdiği bir kararında; “konusu yaptırım derece mahkemeleri tarafından iptal edilmesine rağmen disiplin cezasının verildiği tarihte Fen Edebiyat Fakültesi dördüncü sınıf öğrencisi olan başvuru, yaklaşık yedi yıl süresince Üniversite imkanlarından ve eğitiminden mahrum kalmıştır.”<sup>94</sup> diyerek başvurunun, Anayasa’nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim ve öğrenim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca ihlalin kısmen de olsa giderilebilmesi için, başvuru lehine manevi tazminata hükmetmiştir.

#### 14. Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı (Serbest Seçim Hakkı)

Serbest seçim hakkı, Anayasa’da siyasi hak ve ödevler başlıklı dördüncü bölümde düzenlenmiştir. Anayasanın “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67. maddesi ile güvence altına alınan seçme ve seçilme hakkı, “vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

AİHS Ek 1 No’lu Protokolün “serbest seçim hakkı” kenar başlıklı 3. maddesinde bu hak şu şekilde düzenlenmiştir: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” Sözleşmedeki bu hüküm, Anayasanın 67. maddesinin ikinci fıkrasında da benzer olarak, “seçimler

<sup>94</sup> AYM, B. No: 2014/9074, K. T. 10/5/2018, §§, 49, 50.

ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 75., 76., 77., 78. ve 79. maddeleri, TBMM ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerine, TBMM’nin kuruluşuna, milletvekili seçilme yeterliliği ve seçimlerin genel yönetim ve denetimine ilişkindir. Bu düzenlemelerden serbest seçim hakkının, önemine binaen, Anayasada detaylı olarak düzenlendiği ve AİHS’in bu hakka ilişkin hükmü ile uyum içinde olduğu görülmektedir. Burada düzenlemelerle ilgili hak ihlalleri durumunda bireysel başvurunun yapılması konusunda herhangi bir problem yoktur. Diğer bir ifadeyle serbest seçim hakkının kamu gücü tarafından ihlali durumunda, iç hukuk yolları tüketildikten sonra, AYM’ye bireysel başvuru yapmak mümkün olduğu kanaatindeyiz.<sup>95</sup>

Serbest seçim hakkına ilişkin olarak, 1 Ocak 2012 ile 30 Haziran 2018 tarihleri arasında, AYM’ye 667 başvuru yapılmıştır. Yüksek

<sup>95</sup> **Göztepe**, Anayasa’nın TBMM’nin iç işleyişine ilişkin hükümlerinden dolayı bireysel başvuruya konu olmalarının olanaklı olmadığını ifade etmiştir. **Göztepe**, “Türkiye’de”, s. 35-36. Ancak **Sabuncu/Esen Arnwine**, AİHS Ek 1 No’lu Protokolünün 3. maddesine göre “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler*” hükmünden hareketle, Anayasa’nın TBMM’nin iç işleyişine ilişkin hükümlerinden dolayı da bireysel başvurunun yapılabilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bundan anlaşılacağı üzere aslında serbest ve gizli oyla seçim yapılması ile bireysel seçim hakkı güvence altına alınmıştır. Bu nedenle Anayasanın seçme ve seçilme hakkı (67. madde.) ile TBMM seçimlerinin genel oyla yapılmasını (75. madde) öngören hükümlerinin, bu maddenin 1982 Anayasasındaki karşılığı olduğunu beyan etmişlerdir. Dolayısı ile bu maddelerin de aslında bireysel başvuru konusuna dahil olması gerektiği fikrine iştirak etmekteyiz. Ayrıca bunlara ilaveten, “milletvekili seçilme yeterliliği (76. madde), TBMM’nin seçim dönemini (77. madde); seçimlerin geriye bırakılması ve ara seçim usulü (78. madde), seçimlerin genel yönetimini (79. madde), TBMM başkanlık divanının kuruluşu ve işleyişi (94. madde), Cumhurbaşkanının adaylık ve seçimi yeterliliği (101. madde), ve seçimi (102. Madde/Mülga: 21/1/2017-6771/16 md.), CB’nin görev ve yetkileri (104. madde), yapılacak genel seçimler öncesinde geçici bakanlar kurulu oluşturulmasını (114. Madde/Mülga: 21/1/2017-6771/16 md.) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin yenilenmesi(116. madde) düzenleyen hükümleri de söz konusu serbest seçim hakkına ilişkindir. Anayasanın 67. maddesinin 2. fıkrası “*yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının*” oy hakkını garanti etmektedir. Dolayısı ile burada belirttiğimiz maddelerin tamamından dolayı, bireysel başvurunun yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira mümkün olduğunca bireysel başvurunun konusuna girecek haklar konusunun geniş yorumlanması gerekir. Ancak bu şekilde temel hak ve hürriyetlerin güvence alanı genişleyecektir. Bireysel başvuruya konu olan temel hak ve hürriyetler konusundaki tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz.; **Aydın**, “Türk Anayasa Yargısında”, s. 127-133; **Ekinci-Sağlam**, s. 12-13.

Mahkeme, bu başvurulardan sadece 6 tanesi hakkında ihlal kararı vermiştir.

### 15. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı, AİHS'in 14. maddesi<sup>96</sup> ile 12 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi<sup>97</sup> ile güvence altına alınmıştır. Anayasa. m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine karşılık gelen ayrımcılık yasağı, Anayasamızda doğrudan düzenlenmemiş olmakla beraber, diğer bazı hakların ihlali iddialarıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilir.

Öğretide, bu hakkın, AİHS Ek Protokollerinde düzenlenmiş olan diğer haklarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.<sup>98</sup> Bu çerçevede Anayasa'da doğrudan düzenlenmemiş olmakla beraber, ayrımcılık yasağının Anayasanın 10. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi ve bu hakka yönelik ihlallerden dolayı AYM'ye bireysel başvurunun yapılabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu çerçevede 30 Haziran 2018 tarihine kadar, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla 26.358 başvuru yapılmış olmasına rağmen, AYM sadece 9 başvuru hakkında ihlal kararı vermiştir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı, her ne kadar Anayasa'da doğrudan düzenlenmemiş olsa da, AYM bu yasağın ihlaline dair yapılan bireysel başvuruları inceleyebilmektedir.

AYM, 2018 tarihli bir kararında mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde teminat altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini şöyle açıklamaktadır; *“Buna göre olayda objektif ve makul bir gerekçesi gösterilmeden mülkiyet hakkına yapılan ayrımcı müdahalenin sonuçlarının giderilmediği, müdahalenin boyutu ve sonuçlarının ağırlığı ile bu sonuçlara yol açan idarenin işlemlerinin başvuruca aşırı bir külfet yüklenmesine yol açtığı kanaatine*

<sup>96</sup> Ayrımcılık yasağı başlıklı AİHS'in 14. maddesi; *“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”*

<sup>97</sup> 12 No'lu Ek Protokol'ün *“ayrımcılığın genel olarak yasaklanması”* başlıklı 1. maddesi; *“1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*

*2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”*

<sup>98</sup> **Sabuncu/Esen Arnwine**, s. 235-240; **Göztepe**, “Türkiye’de”, s. 35-36.



ulaşmıştır. Dolayısıyla bu gerekçelerle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir.”<sup>99</sup>

#### **D. Bireysel Başvuru Konusu Yapılamayacak Temel Hak ve Hürriyetler Sorunu**

Anayasa m. 148/3'e göre; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” 6216 sayılı Kanunun 45. maddesine göre de; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerinden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” Anayasa ve 6216 sayılı Kanunun bireysel başvurunun konusunu oluşturan temel haklara ilişkin bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşmamız mümkündür; Anayasa, AİHS ile Sözleşmenin Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerinin ortak korumasında olmayan haklardan dolayı AYM'ye bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle sadece Anayasa'da, sadece AİHS'te ya da sadece Türkiye'nin taraf olmadığı Ek Protokollerinden birinde düzenlenmiş bir haktan dolayı bireysel başvuru yapılamaz. Bu nedenle Türkiye'nin imzalayıp da hâlâ yürürlüğe koymadığı 4 No'lu Protokol, 7 No'lu Protokol, 9 No'lu Protokol, 12 No'lu Protokoller kapsamındaki haklar bakımından da bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir.<sup>100</sup> Burada bu hakları kısaca inceleyeceğiz.

<sup>99</sup> AYM, B. No: 2015/17259, K. T. 28/6/2018, §§§, 48, 49, 51; B. No: 2015/5293, K.T. 28/6/2018.

<sup>100</sup> AYM bu hususu 2018 tarihli bir kararında şöyle ifade etmiştir; “Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45 . maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.” AYM, B. No: 2015/17259, K. T. 28/6/2018, §, 33.

### 1. Seyahat ve Yerleşme Hürriyeti

Seyahat ve yerleşme hürriyeti, Anayasa m. 23'te düzenlenmiştir. Ancak bu hak ihlali iddiasıyla AYM'ye başvurmak mümkün değildir. Zira seyahat ve yerleşme hürriyeti, Türkiye'nin taraf olmadığı Sözleşmeye ek 4 nolu Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenmiştir. Pozitif hukuk açısından Türkiye'nin taraf olmadığı bir haktan dolayı AYM'ye başvurulamaz.

AYM, 17 Temmuz 2018 tarihli bir kararında, bu hak ile ilgili şöyle karar vermiştir; *“Anayasa'nın 23. ve Sözleşme'ye ek (4) numaralı Protokol'ün 2. maddesinde, ülke içinde seyahat özgürlüğü bulunmakla birlikte kişilerin bulunduğu ülkeden ayrılma özgürlüğü de bulunmaktadır. Ancak anılan Protokol'e Türkiye taraf olmadığından Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik başvurular bireysel başvuru kapsamında değildir. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”*<sup>101</sup>

### 2. Vatandaşların Sınır Dışı Edilmesi ve Ülkeye Girmelerinin Engellenmesi Yasağı

Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı, Anayasamızın 23. maddesinin altıncı fıkrasında, *“Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu husus, Sözleşmeye Ek 4 Nolu Protokol'ün 3. maddesinde de şöyle düzenlenmiştir: *“Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyuğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez. Hiç kimse, uyuğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.”* Anayasa ile mezkur Protokol hükmünün benzer olduğu görülmektedir.

4 No'lu Protokol Türkiye tarafından onaylanmış ancak onay belgeleri değiştirilmediği için bu protokole taraf değiliz ve bizim açımızdan bu protokol bağlayıcı değildir. Protokolün *“imza ve onay”*<sup>102</sup> maddeleri gereğince, taraf belgelerinin değişimi gereklidir. Bu nedenle bu yasağın ihlali durumunda, bireysel başvuruda bulunulamaz.

<sup>101</sup> AYM, 2015/10826, 17/7/2018, §§, 56, 57.

<sup>102</sup> *“Protokol beş onaylama belgesinin verilmesinden sonra yürürlüğe girecektir.”* (4 No'lu Protokol'ün 7. maddesi). *“Onay, kabul ya da uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilecektir.”* (7 No'lu Protokol'ün 8. maddesi). [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf) (E.T. 13. 08. 2018).

01/10/2018 tarihi itibarıyla AYM de, bu yasağın ihlaline ilişkin olarak herhangi bir karar vermemiştir.

### 3. Eşler Arasında Eşitlik

Anayasanın 41. maddesinin birinci fıkrasında “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” denilerek eşler arasında eşitlik hakkı düzenlenmiştir. Bu hak AİHS’in 7 No’lu Ek Protokolün 5. maddesinde düzenlenmiştir<sup>103</sup>. Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmediğinden süreç tamamlanmamıştır.<sup>104</sup> Türkiye 7 Numaralı Protokole taraf değildir. Bu nedenle bu haktan dolayı bireysel başvuru yapılamaz

### 4. Yabancıların Toplu Sınır Dışı Edilme Yasağı

Anayasanın 16. maddesinde yabancılara ilişkin temel hak ve hürriyetlerin milletlerarası hukuka uygun olma koşulu ile kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. 4 No’lu Protokolün 4. maddesinde, “*yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesinin*” yasak olduğu ifade edilmiştir. 7 No’lu Protokolün 1. maddesinde de yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler düzenlenmiştir. Ancak bu yasağın Türkiye’de kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda, hakkı ihlal edilen kişinin, AYM’ye bireysel başvuru yapması mümkün değildir. Zira Türkiye, 4 ve 7 No’lu Protokollere taraf değildir.

### 5. Bireysel Başvuru Konusu Yapılamayacak Diğer Haklar

- Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı (iki dereceli yargılanma hakkı), Anayasanın 36. maddesinin birinci

---

<sup>103</sup> 7 No’lu Protokol’ün eşler arasında eşitlik başlıklı 5. maddesi; “*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.*”

<sup>104</sup> 7 No’lu Protokol’ün imza ve onay başlıklı 8. maddesi; “*Bu Protokol, Sözleşme’yi imza eden Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin imzasına açıktır. Bu Protokol onaylama, kabul ya da uygun bulma ile yürürlüğe girecektir. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet aynı anda ya da daha önceden Sözleşme’yi onaylamadan bu Protokol’ü onaylayamaz, kabul edemez ya da uygun bulamaz. Onay, kabul ya da uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tevdi edilecektir.*” [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf) (E.T. 13.08.2018).

fıkrası adil yargılanma hakkına,<sup>105</sup> 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ise temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkindir.<sup>106</sup> Cezaî konularda iki dereceli yargılanma hakkı, 7 No’lu Protokolün 2. maddesinde<sup>107</sup> ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

- Haksız hüküm giyen kişiye (adli hata durumunda) tazminat hakkı, Anayasanın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hak, 7 No’lu Protokolün 3. maddesinde<sup>108</sup> de, “*adli hata halinde tazminat hakkı*” başlığı altında düzenlenmiştir.

- Aynı suçtan iki kez yargılanamama ve cezalandırılmama, 7 No’lu Protokolün “*aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*” başlıklı 4. maddesinde düzenlenmiştir.

Türkiye’nin taraf olmadığı 4, 7, 9 ve 12 No’lu Protokollerde düzenlenmiş olan haklardan, AYM’ye bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. AYM, 2018 tarihli bir kararında bu durumu açık bir şekilde şöyle ifade etmiştir; “*Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol’ün 4.*

105 Anayasa m. 36/1; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”

106 Anayasa m. 40/1 ve 2; “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*

*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*”

107 7 No’lu Protokol m. 2; “*Bir mahkeme tarafından cezaî bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.*

*Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.*”

108 7 No’lu Protokol m. 3; “*Bir kişinin, kesin bir kararla cezaî bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezaî kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmaması olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir.*”

*maddesinde aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı tanınmış ise de başvuruya konu ihlal iddiasının tarihi itibarıyla anılan Protokol yürürlüğe girmemiştir. Bu itibarla başvurucunun hak iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının dışında kaldığı anlaşılmaktadır.*"<sup>109</sup>

## SONUÇ

Çalışmamızın “*Bireysel Başvuru Konusu Yapılabilecek Temel Hak ve Hürriyetler*” başlığı altında incelediğimiz on beş haktan dolayı AYM’ye bireysel başvuru yapma konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Burada belirtilen haklara ilişkin olarak yapılan başvurular, Yüksek Mahkemece incelenmektedir. Ancak çalışmamızın “*Bireysel Başvuru Konusu Yapılamayacak Temel Hak ve Hürriyetler Sorunu*” başlığı altında incelediğimiz haklardan dolayı bireysel başvuru yapmak mümkün değildir. Zira ancak Anayasa, AİHS veya Türkiye’nin taraf olduğu Sözleşme’ye Ek Protokollerin ortak koruma kapmasında olan haklardan dolayı bireysel başvuru yapılabilir.

Türkiye, AİHS’ye Ek 4, 7, 9 ve 12 Numaralı Protokollere taraf değildir. Bu nedenle bu protokollerde düzenlenmiş olan haklardan dolayı, maalesef, bireysel başvuru yapılamamaktadır. Kanaatimizce bireysel başvurunun konusuna dâhil edilecek haklar kategorisinin geniş olarak yorumlanması gerekir. Zira ancak bu yolla temel hak ve hürriyetler tam anlamıyla güvenceye alınabilir. Aksi takdirde “*haksız bir biçimde, hukuka aykırı olarak hüküm giyen kişinin (adli hata durumunda) tazminat*” hakkına ilişkin talebinden dolayı bile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunması mümkün değildir. Zira bu hak AİHS Ek 7 No’lu Protokol’ün 3. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde “*aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama*” AİHS Ek 7 No’lu Protokol’ün 4. maddesinde, “*bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı (iki dereceli yargılanma hakkı)*” AİHS Ek 7 No’lu Protokol’ün 2. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu nedenle bu kadar önemli olan temel hak ve hürriyetlerin korunma alanının geniş tutulması gerektiğini önemli ifade etmeliyiz. Ancak bu gerekliliğe rağmen, pozitif hukuk açısından süreci tamamlanmamış Ek Protokoller kapsamındaki haklardan dolayı, halihazırda bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir. Bu husustaki temennimiz mezkur protokollere yönelik sürecin bir an önce tamamlanması ve

<sup>109</sup> AYM, B. No: 2015/17259, K. T. 28/6/2018, §, 34. AYM’nin aynı yöndeki başka bir kararı için bkz.; B. No: 2013/9585, 9/3/2016, § 42.

başvuru kapsamının temel hak ve hürriyetler lehine genişletilmesidir. Dolayısıyla olabildiğince bireysel başvuru kurumunun güvence alanının geniş tutulması ve AYM'nin de yorumlarını hak lehine genişletmesi, temel hak ve hürriyetlerin, hukuk devletinin ve demokrasinin standartlarının yükseltilmesine katkı sağlayacaktır. Hukukumuzda yeni olan bireysel başvuru kurumunun etkili bir iç hukuk yolu olarak kullanılabilmesi için kapsamının temel haklar lehine genişletilmesi ve bu şekilde etkili kılınması gerekir.

Anayasamızda güvence altına alınmasına rağmen AİHS ile Ek Protokollerinde yer almayan; çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi (m. 48, 49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (m. 50), sosyal güvenlik hakkı (m. 60, 61), kamu hizmetine girme hakkı (m. 70) gibi haklardan dolayı da bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Diğer bir ifade ile bazı negatif statü hakları ile sosyal ve ekonomik haklar, bireysel başvurunun kapsamının dışında tutulmuş ve bu haklardan dolayı bireysel başvuruda bulunma imkanı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce sosyal ve ekonomik hakların, kişi hakları ile irtibatının yüksek olduğu durumlarda, bireysel başvurunun konusuna dâhil edilmesi gerekir. Anayasa mahkemesi hâkimleri de AİHM içtihatlarına paralel olarak yorum tekniklerini geliştirerek temel hak ve hürriyetlerin gelişmesine katkıda bulunabilmelidirler.<sup>110</sup> Aynı şekilde AİHS'te düzenlenip de Anayasada yer almayan temel hak ve hürriyetlerden dolayı da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.<sup>111</sup> Diğer bir ifadeyle temel hak ve hürriyetlerden herhangi biri, Anayasa tarafından güvenceye alınan ve bireysel başvuruya konu olabilen başka bir hakkın koruma alanı içinde yer alıyorsa bireysel başvuru yolunun o hak için de açık olması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>110</sup> Bertil Emrah Oder, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları", Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru "Anayasa Şikâyeti", (Edt. Musa Sağlam), HUKAB, Ankara 2011, s. 99; Deynekli, s. 82-83. Bireysel başvuru kurumunun ülkemizde başarılı olması, bir yandan Anayasa Mahkemesinin muhtemel iş yükü altında ezilmesini önleyecek tedbirlerin alınmasına bir yandan da Yüksek Mahkemenin temel hak ve hürriyetlere yönelik yaklaşım tarzına ve bu konuda oluşturacağı içtihatlarına bağlı olacaktır. Mahkemenin hak eksenli bir yaklaşımı benimsemesi, içtihatlarını bu yönde oluşturması ve Anayasanın 90/5. maddesini kararlarında göz önünde bulundurması büyük önem arz etmektedir. Aksi durumda bireysel başvuru yolu etkisiz iç hukuk yolu tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir, Esen, s. 44-55.

<sup>111</sup> "Evlence hakkı" AİHS m. 12'de düzenlenmesine rağmen Anayasamızda düzenlenmemiş olduğundan bu haktan dolayı bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında bu hususta gerekli hassasiyeti göstermesi temenni edilir. Aksi takdirde bireysel başvuru kurumundan beklenen beklentiler karşılanamaz ve bireysel başvurunun etkili bir iç hukuk yolu olma işlevini kaybetme riski ile karşılaşılabilir.

## KAYNAKÇA

**Anayurt, Ömer;** *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, 2004.

**Aydın, Öykü Didem;** “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV (4), Ankara, 2011.

**Baamonde, Maria Emilia Casas;** “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 101-110.

**Çelik, Yeşim;** *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Ankara 2016.

**Deynekli, Adnan;** “Yargıtay’ın Anayasa Şikâyetine Bakışı”, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti*, (Edt. Musa Sağlam), Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Sempozyum Serisi, *HUKAB Yayınları*, Ankara 2011, 77-88.

**Doğan, İlyas;** *Devletler Hukuku*, Ankara 2013.

**Donay, Süheyl;** “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru”, *Suç ve Ceza Dergisi*, Ekim-Kasım-Aralık 2010, Sayı: 4, Beta, İstanbul 2011, 15-27.

**Dutertre, Gilles;** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf), (20.10.2018).

**Ekinci, Hüseyin;** “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Musa Sağlam (Edt.), *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti*”, HUKAB Sempozyum Serisi, *HUKAB Yayınları*, Ankara 2011, s. 137-159, (Ekinci, “Anayasa Mahkemesi Kanunu”).

**Ekinci, Hüseyin/Sağlam, Musa;** *66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), (3.5.2018).

**Esen Arnwine, Selin;** “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *AÜHFD*, Cilt: 52, 2003, 249-271.

**Esen, Selin;** “Türkiye’de Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, Tartışma Paneli, (Av. Özdemir Özok anısına) *TBB Yayınları*, Ankara, Ekim 2011, s. 44-55.

**Gülmez, Mesut;** “2000’in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye’nin Onay Durumu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 33, S. 1, Mart 2000.

**Gülsoy, Mehmet Tefrik;** “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Türkiye ile ilgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İçtihatları”, *AÜEHFD*, VI(1-4), Erzincan 2002, 133-146.



**Güngör, Atilla;** “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Denetim Yolu: Bireysel Başvuru”, *Fasikül Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 13, Ankara Aralık 2010, s. 26-28.

**Göztepe, Ece;** *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları No: 530 – AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998, (Göztepe, *Anayasa*).

**Göztepe, Ece;** “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, Cilt: 95, Ankara 2011, s. 13-40, (Göztepe, “Türkiye’de”).

**Gören, Zafer,** “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *SÜHFD*, C. 5, S. 1-2, Konya 1996, s. 299-340.

**Hassemer, Winfried;** “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt : 21, Yıl : 2004, 1-13.

**Holzinger, Gerhart;** “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, C. 26, Y. 2009, 61-79.

**Kılınc, Bahadır;** “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2008, 19-59.

**Mellinghof, Rudolf;** “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, 31-44.

**Oder, Bertil Emrah;** “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları”, *HUKAB*, Ankara 2011, 91-103.

**Özbey, Özcan;** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuru Yöntemleri*, (2. Baskı), Ankara 2008 (Özbey, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne*).

**Özbey, Özcan;** *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara, Eylül 2012 (Özbey, *Türk Hukukunda Anayasa*).

**Pazarıcı, Hüseyin;** *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2010.

**Sabuncu, Yavuz/Esen Arnwine, Selin;** “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, C. 21, Y. 2004, 229-246.

**Şirin, Tolga;** *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, İstanbul 2013.

**Turabi, Selami;** *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Ankara Ocak 2013.

**Ural, Sami Sezai;** *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, Ankara 2013.

**Zorkin, Valery;** “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 26, Yıl: 2009, 283-292.

# BİREYSEL BAŞVURUDA İHLALİN ORTADAN KALDIRILMASININ BİR ARACI OLARAK “YENİDEN YARGILAMA” KARARI VE İCRASI\*

*Arş. Gör. Ramazan GÜMÜŞAY\*\**

## Özet

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesi sonucunda ihlalin varlığına veya yokluğuna hükmetmektedir. İhlalin varlığı durumunda, söz konusu ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla farklı karar türleri öngörülmüştür. Bu çalışmada ihlal kararlarından birisi olan “*yeniden yargılama*” kararı ve bu kararın icrası tartışılacaktır. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararının derece mahkemesi tarafından icra edilmesi süreci incelenecektir. Daha sonra ise Anayasa Mahkemesi’nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararı örneklerine yer verilecektir. Son kısımda, benzerlik nedeniyle AİHM kararları kapsamında yargılamanın yenilenmesine de değinilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Yeniden yargılama, icra, ihlal, bireysel başvuru

## Abstract

After ruling out the existence or non-existence of violation of a right, the Constitutional Court may choose a remedy to redress the violation. In this paper, one of the remedies, called “retrial” and its enforcement will be discussed. In other words, it will be assessed the process by which first instance court will enforce the judgment of the Constitutional Court. Furthermore, some leading cases held by the Constitutional Court will be evaluated in terms of “retrial” of matter in order to redress the violation. In the last part of the paper, I touched upon the relevant case law of the European Court of Human Rights for the similarities with Turkish Constitutional Court judgment.

---

\* Bu makale, yüksek lisans tezi olarak kabul edilen “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

\*\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

**Key words:** Retrial, enforcement, violation of a right, individual application

## GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi’nce yapılan bireysel başvuru incelemesi sonucunda, Anayasa tarafından güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği sonucuna varılırsa “*ihlal kararı*” verilir. Böylece, kamu gücünün söz konusu davranışının Anayasa’ya aykırı olduğu tespit edilmiş olur ve bu karar ile bireysel başvuru süreci sona erer.

“*İhlal kararı*” bir tespit niteliğinde olduğu için, ihlali meydana getiren bir idari işlemleri iptal etme veya derece mahkemeleri tarafından verilen hükmü kendiliğinden ortadan kaldırma gücüne sahip değildir.<sup>1</sup> Ancak, tek başına verilecek bir “*hakkin ihlal edildiğini*” tespit kararı başvurucaı tatmin etmeyebilir. Nitekim kanun koyucu, başvurucaı bakımından ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için Anayasa Mahkemesi’ne, “*ihlal kararı*” ile birlikte bazı başka kararlara da hükmedebilme imkânı vermiştir.<sup>2</sup> Bu kapsamda Mahkeme, tespit niteliğindeki “*ihlal kararı*” ile birlikte şu kararlara da verebilir (6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun* m. 50 ve *Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü* m. 79):

- Yeniden yargılama
- Tazminata hükmetme veya tazminat miktarının belirlenmesi amacıyla genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterme
- İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme.

Anayasa Mahkemesi, bir başvurudaki “*ihlal kararı*”na ek olarak yukarıdaki kararlardan sadece birisine değil birden fazlasına da hükmedebilir.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> **Osman Doğru**, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 92.

<sup>2</sup> **Doğru**, *Bireysel Başvuru*, s. 92.

<sup>3</sup> Örneğin, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, ihlal kararı ile birlikte hem yeniden yargılama yapılmasına hem de başvurucaıya manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir: “... *İfade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden*

İhlal kararının muhatabı olan kamu gücünün, bu kararlarla birlikte; ihlal devam ediyorsa ihlali durdurması, ihlal tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş ise bu olumsuz sonuçları ortadan kaldırması ve mümkünse eski hale getirmesi gerekir.<sup>4</sup> Kamu güçleri ayrıca ilerleyen süreçte aynı türden bir ihlalin meydana gelmesini önlemekle yükümlüdür.<sup>5</sup>

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılmasının bir aracı olarak “*yeniden yargılama*” kararı ve bu kararın icrası ele alınacaktır. Bu doğrultuda öncelikle, tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması noktasında Anayasa Mahkemesi'nin verebileceği kararlara kısaca değinilecektir. Sonrasında “*yeniden yargılama*” kararına ve Anayasa Mahkemesi'nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararı örneklerine yer verilecektir. Daha sonra ise “*yeniden yargılama*” kararlarının icrası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılmasının bir aracı olarak “*yargılamanın yenilenmesi*” kurumu incelenecektir. Son olarak “*yeniden yargılama*” kararlarının icra edilmesini kolaylaştırabilecek bazı öneriler ileri sürülecektir.

---

*yargılama yapılmak üzere Ankara (Kapatılan) 9. Sulh Ceza Mahkemesinin E.2014/201 ve K.201/362 sayılı dosyasının devredildiği mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi ... İfade özgürlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 6.750 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.”* Bkz. Selçuk Kozağaçlı Başvurusu, 10.01.2018 tarih, 2014/10715 Başvuru Numaralı Karar, § 55-56. Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. Elif Aydın Dost Başvurusu, 12.06.2018 tarih, 2014/19954 Başvuru Numaralı Karar, § 72-73, R.G., S. 30496, 01.08.2018; Ömer Faruk Akyüz Başvurusu, 04.04.2018 tarih, 2015/9247 Başvuru Numaralı Karar, § 84-85; Binnaz Demirbaş ve Haydar Ceylan Başvurusu, 07.03.2018 tarih, 2014/13419 Başvuru Numaralı Karar, § 68-69.

4 “*Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hale getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.”* Bkz. Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 55, R.G., S. 30496, 01.08.2018. Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 48; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayım Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 63.

5 **Doğru**, Bireysel Başvuru, s. 92.

## I- İHLALİN VARLIĞI DURUMUNDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN VEREBİLECEĞİ KARARLARA GENEL BAKIŞ

### A. Yeniden Yargılama Kararı

6216 sayılı “*Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*”un 50. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir... Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*”

Bireysel başvuru incelemesi sonucunda tespit edilen ihlale herhangi bir kamu gücü sebebiyet vermiş olabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin “*yeniden yargılama*” kararı verebilmesi için söz konusu ihlalin herhangi bir kamu gücü tarafından değil bizzat mahkemeler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla mahkeme dışındaki başka bir organın hak ihlalini gerçekleştirme durumunda yeniden yargılamaya hükmedilemez.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığını tespit edince, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yerine başka tedbirlere de hükmedebilir.<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ancak yapılacak olan yeni bir yargılama ile ortadan kaldırılabileceğini düşünüyorsa, yeniden yargılama kararı verecektir. Ancak yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa, söz konusu ihlal diğer tedbirlerle ortadan kaldırılmalıdır.

Yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın gönderildiği mahkeme, “*ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde*” ve “*mümkünse dosya üzerinden*” karar verecektir (6216 sayılı Kanun m. 50/2).

<sup>6</sup> Daha önce de ifade edildiği üzere 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinde bu tedbirler belirtilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama dışında, tazminata hükmetme veya tazminat miktarının belirlenmesi amacıyla genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterme ve ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme kararlarından birisini verebilir.

### **B. Tazminata Hükmetme veya Tazminat Miktarının Belirlenmesi Amacıyla Genel Mahkemelerde Dava Açılması Yolunu Gösterme Kararı**

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir.”

Anayasa Mahkemesi, tespit ettiği ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasını gerekli, yeterli veya elverişli görmez ise, başvurunun hak ihlalinin tazminat ile giderilmesine karar verebilir.<sup>7</sup> Hak ihlalinin tazminat ile giderilmesi noktasında Anayasa Mahkemesi'nin önünde iki seçenek vardır: Öncelikle, Mahkeme, tazminat miktarını kendisi belirleyebilir. İkinci olarak ise, Mahkeme, tazminat miktarının belirlenmesi hususunda başvurucuya “genel mahkemelerde dava açılması yolu”nu gösterilebilir. İkinci durumda tazminat miktarı Anayasa Mahkemesi tarafından değil genel bir mahkeme tarafından belirlenmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu iki seçenekten hangisine karar vereceği hususu ise İçtüzük'te açıklığa kavuşturulmuştur. İçtüzük'ün 79. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre; “Tazminat miktarının tespitinin, **daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde**, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir.”

Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğü tazminat miktarı, dört ay içerisinde Maliye Bakanlığı tarafından hakkı ihlal edilen başvurucuya ödenmektedir.

### **C. İhlalin ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması İçin Yapılması Gerekenlere Hükmetme Kararı**

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve

<sup>7</sup> **Işık Önay**, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Tazminata Hükmetme Yetkisi ve Mahkemenin Bu Konudaki Uygulamaları Üzerine Düşünceler”, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/09/Is%CC%A7%C4%B1k-O%CC%88nay-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Maddi-Tazminata-Hu%CC%88kmetme-Yetkisi-ve-Mahkemenin-Bu-Konudaki-Uygulamalar%C4%B1-U%CC%88zerine-Du%CC%88s%CC%A7u%CC%88nceler.pdf>, s. 6. (E. T. 10.11.2018).

*sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.”*

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesi neticesinde tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için “*yeniden yargılama*” ve “*tazminat*” kararları dışında başka tedbirlere de ihtiyaç vardır. Örneğin; herhangi bir tutuklama sebebi yokken tutuklanan birisinin “*kişi hürriyeti ve güvenliği*” hakkının ihlal edildiği tespit edilirse, söz konusu ihlalin ortadan kaldırılması için, kişinin tutukluluk haline son verilmesi gerekmektedir. Yine bireysel başvuru incelemesi sonucunda “*makul sürede yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğinin tespit edildiği ve derece mahkemesinde yargılamanın hala derdest olduğu bir durumda, ihlalin ortadan kaldırılması için yargılamanın bir an önce bitirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda “*yeniden yargılama kararı*” veya “*tazminat*” kararı tek başına ihlali ortadan kaldırmak için yeterli değildir. İhlalin ve sonuçlarının tam olarak ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesi'nin başka bazı tedbirlere hükmedebilmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne geniş bir hareket alanı sağlanması amacıyla “*yapılması gerekenlere hükmetme kararı*” şeklinde bir karar türü<sup>8</sup> öngörülmüştür (6216 sayılı Kanun m. 50/1).

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Anayasa Mahkemesi bu yetkisini kullanırken iki sınırlandırmaya uygun bir şekilde hareket etmelidir. Mahkeme, yapacağı incelemede “*yerindelik denetimi*” yapmamalı ve “*idari eylem ve işlem niteliğinde karar*” vermemelidir.

---

8 Göztepe'ye göre, Anayasa Mahkemesi'nin “*yapılması gerekenlere hükmetme*” yetkisi kapsamındaki verebileceği kararlar, “*yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye*” gönderilmesiyle sınırlandırılmıştır. Bkz. **Ece Göztepe Çelebi**, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33, Y. 2016, s. 98. Ancak uygulamada, haklı olarak, Anayasa Mahkemesi “*yapılması gerekenlere hükmetme*” yetkisi kapsamında, “*yeniden yargılama*” dışında ilgili makamların (mahkemeler, savcılıklar ve idari organlar gibi) ihlali ortadan kaldırması için yapması gerekli olan işlemleri belirtmektedir. Bkz. **Ramazan Gümüşay**, “*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*”, (Danışman: Prof. Dr. Ayhan Döner), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2018, s. 145 vd.



## II. YENİDEN YARGILAMA KARARI

### A. Kavramsal Olarak Yeniden Yargılama Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesinden Farkı

“Yeniden yargılama” kavramı, teknik olarak dilimize 6216 sayılı Kanun ile birlikte girmiştir. İsim olarak bu kavrama benzer olmakla birlikte, çok daha önceden yasal düzenlemelerde yerini alan ve günümüzde de mevcut olan müessese “yargılamanın yenilenmesi”dir. Yargılamanın yenilenmesi yolu Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 311 ila 323. maddeleri, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)’nın 53. ve 55. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aynı kurum Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)’nın 374 ila 381. maddeleri arasında “yargılamanın iadesi”<sup>9</sup> şeklinde düzenlenmiştir. “Yeniden yargılama” kavramı ile “yargılamanın yenilenmesi” kavramı, günlük konuşma dilinde aynı anlama gelecek şekilde birbirinin yerine kullanılmaktadır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; hem Anayasa Mahkemesinin “yeniden yargılama”ya hükmettiği durumlarda hem de “yargılamanın yenilenmesi” sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi durumunda, derece mahkemesi, kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele almaktadır.<sup>10</sup> Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen “yargılamanın yenilenmesi” müessesesi ile Anayasa Mahkemesi’nce “yeniden yargılama”ya hükmedilmesi arasında bir benzerlik bulunmaktadır.

Ancak, kanımızca, “yargılamanın yenilenmesi” ile “yeniden yargılama” arasındaki fark sadece kavram farkı değildir. Bu kavramlar birbirinden farklı iki müesseseyi ifade etmektedir.<sup>11</sup> Çünkü ilk olarak,

<sup>9</sup> Her ne kadar HMK’da farklı bir ifade kullanılsa da, ifadeler aynı anlamı içermektedir. Bkz. **Ramazan Çağlayan**, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 429.

<sup>10</sup> **Ulaş Karan**, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 56; **Nur Centel/Hamide Zafer**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 879; **Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 992 vd.

<sup>11</sup> Karşı görüş için bkz. **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes**, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 556; **Süha Tanrıver**, “Tabîî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, Y. 25, Ocak-Şubat 2013, s. 32; **Bahadır Kılınç**, “Bireysel Başvuruda

yukarıda saydığımız usul kanunlarının (CMK, İYUK, HMK) hiçbirisinde “yargılamanın yenilenmesi (iadesi)” sebepleri arasında, Anayasa Mahkemesi’nce bireysel başvuru sonucu verilen “yeniden yargılama” kararları yer almamaktadır.<sup>12</sup> İkinci olarak, usul kanunlarında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak için farklı süreler öngörülmüştür. Tarafların bu süre içinde “yargılamanın yenilenmesi” talebiyle başvuruda bulunması gerekir. Ancak bireysel başvuru neticesinde verilen “yeniden yargılama” kararları açısından, başvurucağının uyması gereken herhangi bir süre mevcut değildir.<sup>13</sup> Üçüncü olarak, usul kanunlarında “yargılamanın yenilenmesi” sebepleri gerçekleşince, yapılması gereken bazı usuli işlemler öngörülmüştür. Örneğin, CMK’nın 318. maddesinin 1. fıkrasına göre, hükmü veren mahkeme, “yargılamanın yenilenmesi” isteminin kabule değer olup olmadığına karar verir. Derece mahkemelerinin bu yetkisi, Anayasa Mahkemesi’nin tespit ettiği ihlal sonucu “yeniden yargılama” kararı vermesi durumunda mevcut değildir. Çünkü bu durumda, yeni bir yargılama yapılması hususundaki sebebin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması konusunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Zira ihlal kararı verilen hallerde, yeni bir yargılama yapılması hususundaki takdir, derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.<sup>15</sup>

---

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi”, *Haşim Kılıç’a Armağan*, C. II, Ankara 2015, s. 1576; **Berkan Hamdemir**, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 352; **Karan**, *Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası*, s. 56.

- 12 **İbrahim Şahbaz**, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2011, s. 114.
- 13 **Korkut Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 241.
- 14 Bkz. Hüseyin Karaca Başvurusu, 19.09.2018 tarih, 2015/6160 Başvuru Numaralı Karar, § 50; Yılmaz Çelik Başvurusu, 19.07.2018 tarih, 2014/13117 Başvuru Numaralı Karar, § 67, R.G., S. 30577, 26.10.2018; Ayhan Karagedik Başvurusu, 20.09.2018 tarih, 2015/1704 Başvuru Numaralı Karar, § 39.
- 15 Bkz. Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 59, R.G., S. 30496, 01.08.2018; Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 52; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş

## B. Yeniden Yargılama Kararı ve İlgili Mahkemenin Tutumu

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu bireysel başvuru incelemesi sonucunda, başvuru temeli hak ve hürriyetinin bir mahkeme kararı<sup>16</sup> ile ihlal edildiği sonucuna varırsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla dosyayı yeniden yargılama yapmak üzere ilgili mahkemeye gönderebilir. Nitekim bu husus 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir... Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*” Yine Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde de aynı yönde bir hüküm öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama yapmasına hükmedebilmesi için başvuru talepte bulunmuş olmasını aramamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasına re'sen karar verebilir.<sup>17</sup>

---

Basım Yayım Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 67; Hamdullah Aktaş ve Diğerleri Başvurusu, 19.07.2018 tarih, 2015/10945 Başvuru Numaralı Karar, § 72, R.G., S. 30556, 05.10.2018; Ebru Bilgin Başvurusu, 19.07.2018 tarih, 2014/7998 Başvuru Numaralı Karar, § 99, R.G., S. 30547, 26.09.2018; Abdullah Altun Başvurusu, 17.07.2018 tarih, 2014/2894 Başvuru Numaralı Karar, § 53, R.G., S. 30542, 21.09.2018.

<sup>16</sup> 1982 Anayasası'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimi dışında kalan konular haricinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin kabul, bireysel başvuru yolunun kabul edilebilirlik şartları arasında yer alan başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ile birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi önüne gelen temel hak iddialarına yönelik taleplerin büyük çoğunluğunun mahkeme kararından kaynaklanması sonucunu da beraberinde getirecektir. Bkz. **Şebnem Nebioğlu Öner**, “İkincilik İlkesi Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Denetim Organları ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması Usulleri”, *Haşim Kılıç'a Armağan*, C. II, Ankara 2015, s. 1673.

<sup>17</sup> **Doğru**, Bireysel Başvuru, s. 94.

### 1. Yeniden Yargılama Kararı Verilebilmesinin Bir Şartı Olarak “Hukuki Yarar”

6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin 2. fıkrasından da anlaşılacağı üzere, yeniden yargılama yapılmasına hükmedilebilmesi için ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması yeterli değildir. Ayrıca başvuruçunun yeniden yargılama yapılmasında “*hukuki yarar*”ının da bulunması gerekir.<sup>18</sup>

Hukuk düzeninde, “*hukuki yarar*” kavramı ile genellikle usul kanunlarında karşılaşırız. Nitekim “*hukuki yarar*”, HMK’nın 114. maddesinin 1 fıkrasının h bendinde dava şartlarından birisi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla davacının davayı açmakta hukuki yararı bulunmalıdır. Aksi takdirde kişi, derece mahkemelerini gereksiz yere uğraştırmış olacaktır.

Davacının davayı açmakta hukuki yararının bulunduğundan söz edebilmesi için, öncelikle, davacının hakkına kavuşması için mahkeme kararına muhtaç bulunması gerekir.<sup>19</sup> Davacının hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı yoksa hukuki yararı da yoktur.<sup>20</sup> Ayrıca, bir kimsenin hakkına ulaşması için mahkeme kararına o an için muhtaç olması gerekir.<sup>21</sup> Şüpheli ya da ileride ortaya çıkacak belirsiz bir yarar, “*hukuki yarar*” kapsamında değerlendirilemez. Bir konuda mahkemeye başvurup karar almadan, daha basit ve daha kolay başka bir yolla aynı sonuca ulaşılabiliriyorsa, bu konuda mahkemeye başvurmakta hukuki yararın olduğu söylenemez.<sup>22</sup>

Bir kişinin dava açmakta hukuki yararının bulunduğundan söz edilebilmesi için, ikinci olarak, yararın hukuken korunmaya değer olması, doğrudan ve kişisel bir nitelik taşıması, doğmuş ve güncel olması

18 **Doğru**, Bireysel Başvuru, s. 94; **Yeşim Çelik**, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 208.

19 **Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz**, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 285; **Abdurrahim Karşlı**, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012, s. 463.

20 **Arslan/Yılmaz/Ayvaz**, s. 285.

21 **Ali Cem Budak/Varol Karaaslan**, *Medenî Usul Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 147.

22 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 248.

gerekir.<sup>23</sup> Yapılan bu tespit çerçevesinde, her şeyden önce, dava açmaktaki yarar hukuki olmalıdır. İdeal ya da ekonomik yararın varlığı tek başına yeterli değildir. Yararın doğrudan ve kişisel olmasının temelinde yatan etken ise, kişinin, kural olarak ancak kendi adına, doğrudan ve kişisel yararını gerçekleştirmek için dava açabilecek olmasıdır.<sup>24</sup> Dolayısıyla kolektif ve genel bir menfaat için bu çerçevede dava açılmaz.

Usul hukukunda hukuki yarar, dava konusuna ilişkin dava şartları arasında yer alır. (HMK m. 114/1,h). Bu şartın yokluğunun mahkemece tespiti halinde, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir.<sup>25</sup> Ayrıca hukuki yararın davanın açıldığı tarihte var olması gerekir. Aksi takdirde dava yine usulden reddedilecektir.<sup>26</sup>

Dikkat edilecek olursa, “*hukuki yarar*” şartı, usul hukukunda dava açılabilmesi için davayı açacak kişinin sağlaması gereken şartlardan birisidir. Ancak bireysel başvuruda bu şart, kişinin dava açabilmesinin değil, Anayasa Mahkemesi’nin ihlalin giderilmesinde hangi aracı (yeniden yargılama, tazminat, yapılması gerekenlere hükmetme) seçeceğine dair karar vermesinin bir şartıdır. Zira bu şart, bireysel başvuruda, hak ihlali sonucunda “*yeniden yargılama*” kararı verecek olan Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı verebilmesinin koşullarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Olaya bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi’nin yeniden yargılama kararı verebilmesi için; ihlalin giderilmesinde derece mahkemesinin o an için yeniden karar vermesine ihtiyaç bulunması gerekir. Örneğin; “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlaline karar verilen bir başvuruda, adil yargılanma hakkı zedelenmemiş olsaydı derece mahkemeleri tarafından farklı bir hüküm verilebilirdi denebiliyorsa, yeniden yargılama yapılmasına hükmedilecektir.<sup>27</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi, yeniden yapılacak olan yargılamanın ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı kanaatinde ise, en azından başvuruçunun ihlalden doğan zararlarını (maddi veya manevi) ortadan kaldırmak

---

23 **Süha Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 470.

24 **Tanrıver**, *Medeni Usul Hukuku*, s. 470.

25 **Tanrıver**, *Medeni Usul Hukuku*, s. 471.

26 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 248.

27 **Doğru**, *Bireysel Başvuru*, s. 94; **Çelik**, s. 208.

amacıyla, ya tazminata hükmedecek ya da tazminat miktarının belirlenmesi amacıyla genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterecektir.<sup>28</sup> Diğer bir ifade ile hukuki yarar yokluğu nedeniyle tazminata hükmetmek veya genel mahkemelerde dava açılması yolunu göstermek, yeniden yargılama yapılarak ihlalin giderilemeyeceğinin kabul edildiği durumlarda söz konusu olacaktır.<sup>29</sup> Ayrıca yapılacak yeniden yargılamanın ortaya çıkan ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte olması gerekir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu ihlalin yeniden yargılama ile ortadan kaldırılabilmesine, yani yeniden yargılama yapılmasında “*hukuki yarar*”ın mevcut olduğuna karar verirse, artık derece mahkemesi, dava şartı olan “*hukuki yarar*”ın gerçekleşmediğini ileri süremez.

Uygulamada Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda “*hukuki yarar*”ın hangi durumlarda mevcut olduğuna ya da hangi durumlarda mevcut olmadığına ilişkin herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Sadece, ihlal kararlarında hukuki yararın mevcut olduğu gerekçesiyle yeniden yargılama yapılmasına<sup>30</sup> yahut hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle yeniden yargılama taleplerinin reddine veya yeniden yargılama dışındaki diğer tedbirlere<sup>31</sup> karar vermektedir.

28 Nitekim başvuru bireysel başvurusunda yeniden yargılama yapılmasını talep etse bile, Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görmezse söz konusu talebi reddedebilmektedir. Örneğin Mahkeme bir kararında; “... *Başvurucular tarafından uyumsuzluk hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talep edilmiş olup, tespit edilen ihlal açısından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru sahiplerinin yeniden yargılama yapılması hususundaki taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir*” diyerek, yeniden yargılama yapılması talebini, “*hukuki yarar*” bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 04.12.2013 tarih, 2013/1213 Başvuru Numaralı Karar, § 65.

29 **Şahbaz**, s. 116.

30 “*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Adana 4. Çocuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.*” Bkz. Umut Şimşek ve Diğerleri Başvurusu, 12.06.2018 tarih, 2015/14310 Başvuru Numaralı Karar, § 76, R.G., S. 30484, 20.07.2018.

31 “*Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığından yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 4.000*

## 2. Yeniden Yargılama Kararının İlgili Mahkemeye Gönderilmesi

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bireysel başvuruda bir temel hakkın ihlal edildiğini tespit eder ve ihlalin yapılacak olan yeniden yargılama ile ortadan kaldırılabilmesine hükmederse, dosyayı yeniden yargılama yapmak amacıyla ilgili mahkemeye gönderecektir. Peki ilgili mahkeme hangisidir? Dosya ilk derece mahkemesine mi yoksa üst mercilere mi gönderilecektir? Bu tespit nasıl yapılacaktır?

6216 sayılı Kanun'da ilgili mahkemenin nasıl tespit edileceğine ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Doktrinde de görüş farklılıklarının olduğunu belirtmemiz gerekir. Bir görüşe göre,<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'yı ihlal ettiği sonucuna varılan karar, ilk derece mahkemesi kararını Anayasaya uygun duruma getirmeyen üst derece mahkemesinin verdiği karardır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararı, başvurucağının başvuru yollarını tüketmesini sağlayan nihai kararı vermiş olan mahkemeye gönderilmelidir. Böylece nihai kararı veren mahkeme, Anayasa'yı hangi yönlerden ihlal ettiğini resmen öğrenmiş olacaktır.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre;<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi, dosyayı, hak ihlaline yönelik olarak esas incelemeyi yapan ilk derece mahkemesine göndermelidir. Bu görüşe göre temyiz mahkemesi sınırlı bir inceleme yaptığı için, yapacağı yeniden yargılama, daha öncesinde hak ihlaline neden olan kararın özünün değişmemesine yol açabilir. Fakat ilk derece mahkemesinin yapacağı inceleme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararına paralel olarak, vermiş olduğu eski kararın olumsuzluklarını ortadan kaldırmaya yönelik olacaktır.

Üçüncü bir görüşe göre;<sup>34</sup> ihlal kararı hangi mahkemenin kararından kaynaklanmışsa dosyanın da o mahkemeye gönderilmesi gerekir. Yani,

---

*TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.” Bkz. AYM, 23.05.2018 tarih, 2015/13431 Başvuru Numaralı Karar, § 51-52, R.G., S. 30445, 08.06.2018.*

32 **Doğru**, Bireysel Başvuru, s. 94-95.

33 **Ramazan Korkmaz**, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 197-198.

34 **Hamdemir**, s. 353; **Şahbaz**, s. 78. Özbey ise daha farklı bir kriter getirmektedir. Yazara göre, ihlal, bir usul hukuku hatası sonucu meydana gelmiş ise yeniden yargılama kararı en alt derece mahkemesine; içerik olarak yanlış bir hukuki değerlendirmeden meydana gelmiş ise yargı yolundaki üst düzey temyiz merciine gönderilmelidir. Ancak yazar, somut durumun özelliğine göre tam tersi ihtimallerin de gerçekleşebileceğini dile getirmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. **Özcan**

dosyanın, ihlale neden olan karar ilk derece mahkemesinin kararından kaynaklanmışsa ilk derece mahkemesine; temyiz mahkemesinin kararından kaynaklanmışsa temyiz mahkemesine gönderilmesi gerekir. Eğer ihlal hem ilk derece mahkemesinin hem de temyiz mahkemesinin kararından kaynaklanıyorsa dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir.<sup>35</sup>

Anayasa Mahkemesi ise, bireysel başvuruları incelediği ilk zaman diliminde, “*ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili Mahkemeye gönderilmesine*” şeklinde kararlar veriyordu.<sup>36</sup> Ancak daha sonraki süreçte, “*İhlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ... Mahkemesine gönderilmesine*”<sup>37</sup> şeklinde, yeniden yargılama yapacak mahkemeyi somutlaştıracak biçimde kararlar vermiştir ve vermeye de devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, ilgili mahkemenin seçimi konusunda, yani dosyanın ilk derece mahkemesine mi yoksa üst derece mahkemesi mi gönderileceği konusunda bir değerlendirme yapmamaktadır. Sadece ilgili mahkemenin hangi mahkeme olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin kararları incelendiğinde, genellikle, ilgili mahkeme olarak dosyanın yargılamayı yapan ilk derece mahkemesine gönderildiği görülmektedir. Ancak, az sayıda da olsa, yeniden yargılama yapması amacıyla dosyanın üst derece mahkemesine gönderildiği kararlar da vardır. Örneğin; bireysel başvuruya konu olan bir olayda, bir kişinin yetkili idari makama yaptığı başvuru ilgili makam tarafından reddedilmiş ve bu idari makam, gereksiz yazışmaya

---

**Özbe**, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 424-426.

<sup>35</sup> **Hamdemir**, s. 353.

<sup>36</sup> “*Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal mahkemenin duruşmayı belirlediği gündün başka bir günde yapmasından kaynaklandığından ve başvurucuya bilirkişi raporlarına itiraz etme imkânı verilecek şekilde yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan, 6216 sayılı Kanun’un (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine...*” Bkz. Faik Gümüş Başvurusu, 20.02.2014 tarih, 2012/603 Başvuru Numaralı Karar, § 69.

<sup>37</sup> “*Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine...*” Bkz. Osman Sofu Başvurusu, 08.11.2017 tarih, 2014/208 Başvuru Numaralı Karar, § 51.



sebebiyet verdiği gerekçesiyle kişiyi yazılı bir şekilde uyarmıştır. Bu kişi ise, uyarılmasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle Sakarya 2. İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır. Sakarya 2. İdare Mahkemesi, kişinin yazılı olarak uyarılmasına ilişkin işlemi iptal etmiştir. Davalı idare, bu karara karşı Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nde itiraz başvurusunda bulunmuştur. Bölge İdare Mahkemesi, kişinin yazılı olarak uyarılmasına ilişkin işlemin disiplin cezası mahiyetinde olmadığını, kişinin mevcut hukuksal durumunu etkileyen, kesin sonuç doğuran ve yürütülmesi zorunlu bir başka ifadeyle icrai işlem niteliği taşımadığını, dolayısıyla iptal davasına konu edilemeyeceğini belirtmiş ve derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Söz konusu olayda Anayasa Mahkemesi, “*Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini*” tespit etmiş ve “*Mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) Sakarya Bölge İdare Mahkemesinin dosyalarının devredildiği İstanbul Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir*” şeklinde hüküm kurarak Bölge İdare Mahkemesi'nin yeniden yargılama yapmasına karar vermiştir.<sup>38</sup>

Kanımızca bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karardan da anlaşılacağı üzere, önceden bir kural koymak mümkün değildir. Nitekim, kanunda geçen “*dosya ilgili mahkemeye gönderilir*” ibaresi ile bu konuda önceden bir belirleme yapılamayacağı da vurgulanmıştır. Dolayısıyla yeniden yargılama kararı ile, ilgili yargı yoluna ve somut olayın kendi özelliklerine göre ilgili mahkeme belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken, incelenen somut olay özelinde başvuruçunun en çok yararına olan, yeniden yargılamayı etkisiz bırakmayacak ve uzatmayacak mahkemenin seçimine özen gösterilmelidir.<sup>39</sup>

### 3. İlgili Mahkemenin “Yeniden Yargılama”yı Yapma Süreci

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesi sonucunda derece mahkemelerinin kararlarını bozması ve onların yerine geçerek

<sup>38</sup> Ali Diren Başvurusu, 18.04.2018 tarih, 2015/13108 Başvuru Numaralı Karar, § 73-74, R.G., S. 30418, 11.05.2018.

<sup>39</sup> Özbey, s. 425.

yeni bir karar vermesi mevcut yasal düzenlemelere göre mümkün değildir.<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yetkisi, bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilip edilmediğinin tespiti ve bu ihlalin nasıl giderileceğinin gösterilmesinden ibarettir.

Yukarıda açıklandığı üzere, usul kanunlarında olağanüstü kanun yolları arasında öngörülen “*yargılamanın yenilenmesi*” kurumu, talep halinde ve başvurunun yapıldığı derece mahkemesinin kararına bağlı olarak gerçekleşebilmektedir.<sup>41</sup> İhlal tespiti sonucunda, “*yeniden yargılama*” yapılmasına karar veren makam ise derece mahkemeleri değil Anayasa Mahkemesi'nin kendisidir. Derece mahkemelerinin yeniden yargılama kararına uyması gerekir.<sup>42</sup> Talep konusunda ise ne 6216 sayılı Kanun'da ne de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla derece mahkemelerinin herhangi bir talebe gerek olmaksızın re'sen yeniden yargılama yapması ve Anayasa Mahkemesi kararına uygun bir şekilde ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir.<sup>43</sup> Ancak uygulamada yeniden yargılama, derece mahkemeleri tarafından re'sen değil talep üzerine yapılmaktadır.<sup>44</sup>

Yine usul kanunlarında yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması için farklı süreler öngörülmüştür.<sup>45</sup> Ancak yeniden yargılama başvurusunda süre açısından, talepte olduğu gibi, herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun uymakla yükümlü olduğu bir süre söz konusu değildir. Ayrıca burada yine belirtmemiz gerekir ki yeniden yargılama hususunda süreden bahsedilmemesi de

---

40 **Ulaş Karan**, *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar (Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme)*, Anayasa Mahkemesi Kararlarının İzlenmesi Yoluyla Bireysel Başvuru Usulünün Güçlendirilmesi Projesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, İstanbul 2017, s. 30.

41 HMK, m. 378-379; CMK, m. 318; İYUK, m. 55/2; 6216 sayılı Kanun, m. 67/3.

42 **Ayhan Döner**, “Anayasa Mahkemesi'nde Görülen Davalar”, *Hukuk Davaları*, C. 1, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 516; Karan, *Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar*, s. 29.

43 **Doğru**, *Bireysel Başvuru*, s. 94; **Karan**, *Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar*, s. 30.

44 **Karan**, *Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası*, s. 191.

45 İYUK ve HMK'da yargılamanın yenilenmesi sebebine göre talep süreleri de değişebilmektedir. Ancak CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının f bendi dışındaki diğer yargılamanın yenilenmesi sebepleri açısından herhangi bir başvuru süresi aranmamaktadır.

yeniden yargılamanın talep üzerine değil re'sen yapılması gerektiğini göstermektedir.

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.” Dolayısıyla, yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkemenin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermesi gerekir.<sup>46</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında;<sup>47</sup> “Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır” şeklinde hüküm kurarak bu durumu vurgulamıştır. Dolayısıyla yargı yerlerinin “yeniden yargılama” kararına direnmesi veya aksi yönde karar vermesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının bir sonucu olarak, yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan merci Anayasa Mahkemesi kararının yanlış olduğunu düşünse bile, ihlal kararına paralel bir hüküm kurmalıdır.<sup>48</sup>

Burada akla gelen soru şudur: Yeniden yargılama yapacak olan mahkeme, istisnasız olarak bütün durumlarda, ilk verdiği kararın aksi yönünde karar vermek zorunda mıdır? Bu soruya “evet” dememiz mümkün değildir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkeme, somut olayın özelliklerine göre, yeniden yargılama sonucunda ilk kararının aynısını veya benzerini verebileceği gibi ilk kararının aksine de hüküm kurabilir.<sup>49</sup> Özellikle bu çerçevede ihlal, ilk yargılama yapılırken

<sup>46</sup> **Doğru**, Bireysel Başvuru, s. 95; **Özbey**, s. 522.

<sup>47</sup> Bkz. Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 60, R.G., S. 30496, 01.08.2018. Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 53; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayımları Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 68.

<sup>48</sup> **Korkmaz**, s. 199.

<sup>49</sup> Uygulamada Anayasa Mahkemesi kararlarının çoğu, yeniden yargılama yapacak olan mahkemenin belirli bir yönde karar vermesini zorunlu kılmamaktadır. Dolayısıyla esas mahkemesince yapılacak olan yeniden yargılama üzerine öncekine benzer veya aksi yönde yeni bir karar verilebilir. Ancak somut durumun

gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemde veya yerine getirilmeyen usuli bir eksiklikten kaynaklanıyorsa, yeniden yargılama sırasında derece mahkemesinin hak ihlalini giderecek şekilde usuli işlemleri yerine getirmesi halinde, ilk kararının aynısını veya benzerini vermesi muhtemeldir. Örneğin; bir ceza davasında sanığın savunma hakkı ihlal edilmiş ve yargılama sonucunda mahkûmiyet kararı verilmiş olabilir. Daha sonra hükümlü Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini ileri sürebilir. Anayasa Mahkemesi, başvurucağının “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini tespit etse ve “*yeniden yargılama*” kararı verse bile, yerel mahkeme savunma hakkını ihlal etmeden yapacağı “*yeniden yargılama*” sonucunda kişiye yine aynı cezayı verebilir. Eğer aksi kabul edilecek olsaydı, yani yeniden yargılama sırasında ilk verilen kararının aksi yönünde karar verileceği ileri sürülebilseydi, yeniden yargılama yapılmasına gerek kalmaksızın esas hakkındaki kararı da Anayasa Mahkemesi'nin vermesi gerekirdi.<sup>50</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında; “*Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. İşbu ihlal kararı başvuruya konu dokümanların başvurucağına verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. İlgili derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan kriterler ve gösterilen yöntemle yeniden yargılama yaparak yargılamanın sonucuna göre bahse konu yayınların başvurucağına verilmesine veya verilmemesine karar vermelidirler*”<sup>51</sup> şeklinde hüküm kurarak, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasında alınacak tedbirler noktasında takdir hakkının derece mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir.<sup>52</sup>

---

özelliklerine göre, esas mahkemesince Anayasa Mahkemesi'nin kararları doğrultusunda hüküm vermek zorunlu olabilir. Örneğin, derece mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda Anayasa Mahkemesi “*ifade özgürlüğü*”nün ihlal edildiğini saptarsa, derece mahkemesi yapacağı yeniden yargılamada eski karardan farklı bir karar vermek hatta bazen beraat kararı vermek zorundadır. Bkz. **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 30.

50 **Şahbaz**, s. 114.

51 Bejdar Ro Amed (2) Başvurusu, 30.11.2017 tarih, 2014/10257 Başvuru Numaralı Karar, § 58.

52 Ancak Anayasa Mahkemesi bir kararında, ihlalin esasa ilişkin bir işlemde kaynaklandığı durumlarda derece mahkemesinin aksi yönde karar vermek zorunda olduğuna hükmetmiştir. “... *ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da ( derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi*

Yeniden yargılama yapması amacıyla dosya kendisine gönderilen mahkeme üç farklı şekilde hareket edebilir.<sup>53</sup>

Birinci ihtimalde, Anayasa Mahkemesi'nin tespit etmiş olduğu hak ihlalini ve sonuçlarını yapacağı yeniden yargılama ile tamamen ortadan kaldıracaktır. Bu durumda ortada herhangi bir sorun kalmaz.

İkinci ihtimalde, yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararına uymayıp kendi kararında direnebilir. Bu durumda, daha önceden tespit edilen ihlal ve sonuçları ortadan kaldırılmadığı gibi yeni bir hak ihlali de meydana gelmiş olacaktır.<sup>54</sup> Böyle hallerde, Anayasa Mahkemesi'nin tekrar “*yeniden yargılama*” kararı vermesi yerine, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için diğer tedbirlere (örneğin tazminata) hükmetmesi gerektiği öne sürülmüştür.<sup>55</sup> Kanımızca burada, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararına direnme yetkisi söz konusu olmadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan başvurucu lehine sadece tazminata karar vermesi yerinde değildir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararına direnmesi yeni bir hak ihlali meydana getirdiği için,<sup>56</sup> Anayasa Mahkemesi'nin tekrar “*yeniden yargılama*” kararı vermesi ve koşulları oluşuyorsa ayrıca “*tazminat*”a da hükmetmesi gerekir.

Üçüncü ve son ihtimalde ise, “*yeniden yargılama*” sonucunda yeni olgular ve deliller ortaya çıkabilir. Bu durumda yeniden yargılama yapan mahkeme önceki kararından farklı bir sonuca ulaşabilir. Bu sonuç başvurucuyu tatmin ederse süreç bitmiş olacaktır. Ancak başvurucu bu

---

*yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir.” Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 60, R.G., S. 30496, 01.08.2018. Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 53; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayıncılık Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 68; Y.G Başvurusu, 18.07.2018 tarih, 2015/11208 Başvuru Numaralı Karar, § 32.*

53 **Hamdemir**, s. 354.

54 **Döner**, Anayasa Mahkemesi, s. 516; **Hamdemir**, s. 354.

55 **Özbey**, s. 422; **Hamdemir**, s. 355.

56 **Seyithan Kaya**, *Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru*, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013, s. 119.

farklı karardan da tatmin olmaz ise, yeniden bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>57</sup>

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasında “*yeniden yargılama*”nın “*mümkünse dosya üzerinden*”, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde ise, “*mümkünse dosya üzerinden ivedilikle*” yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böylece, duruşmalı olarak yapılan “*yeniden yargılama*”nın süreci uzatacağı dikkate alınmış ve mümkünse duruşmasız bir şekilde dosya üzerinden karar verilmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla “*yeniden yargılama*”nın dosya üzerinden yapılması kural, duruşmalı yapılması ise istisnai niteliktedir.<sup>58</sup> Bu kuraldan yola çıkılarak, “*yeniden yargılama*” yapacak olan mahkemelerin, yargılamanın ve ihlalin ortadan kaldırılması süresini uzatacak “*gerekli olmayan*” usuli işlemleri yapmaması gerektiği ileri sürülebilir.<sup>59</sup> Özellikle ihlal, usuli işlemlerden kaynaklanmamışsa, derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan dosya üzerinden ivedilikle esasa ilişkin karar vermesi gerektiği söylenebilir.

#### **4. Yeniden Yargılama Yapan Mahkemenin İhlali ve Sonuçlarını Ortadan Kaldırmaması Durumu**

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı üzerine “*yeniden yargılama*” yapan mahkeme, meydana gelen hak ihlalinin ve bu ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmayacak şekilde karar vermiş olabilir. Mahkemenin bu kararı farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

Öncelikle derece mahkemesi, yeni bir vakıya ortaya çıkmaksızın, eski kararında direnebilir veya Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmayacak şekilde karar verebilir. Derece mahkemesinin bu kararı yeni bir hak ihlalinin de beraberinde getirecektir. Her ne kadar 6216 sayılı Kanun'da yeniden yargılama sonucu verilen kararlara karşı bireysel başvuruda bulunup

---

<sup>57</sup> **Handemir**, s. 355.

<sup>58</sup> **Ebru Karaman**, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 305.

<sup>59</sup> **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 30; Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 60, R.G., S. 30496, 01.08.2018; Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 53; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayımları Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 68.

bulunulamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm olmasa da, söz konusu durumda tekrar istinaf ve temyize başvurmaksızın **doğrudan** bireysel başvuruda bulunulabileceği ileri sürülmüştür.<sup>60</sup> Ancak mevcut düzenlemeler çerçevesinde böyle bir yorumda bulunmak kanımızca güçtür. Çünkü bireysel başvuruda bulunmak için idari ve yargısal bütün başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur (6216 sayılı Kanun m. 45/2). Bu zorunluluğa herhangi bir istisna da getirilmiş değildir. Dolayısıyla, kanımızca, derece mahkemeleri Anayasa Mahkemesi'nin kararına aykırı şekilde hareket etmiş olsa bile, olağan kanun yolları tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunulması gerekir. Bu durum süreci uzatsa da, üst derece mahkemesinin, Anayasa Mahkemesi kararına uygun bir şekilde hareket etmeyen alt derece mahkemesinin kararını bozma ihtimali her zaman vardır.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne tekrar gelen başvuru hakkında yeni bir “*yeniden yargılama*” kararı verilmesi ve dosyanın yeniden derece mahkemesine gönderilmesi süreci kısır bir döngüye sokacağı için, bu tür durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için diğer tedbirlere hükmetmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>61</sup> Ancak kanımızca, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararına direnmesi yeni bir hak ihlali meydana getirdiği için, Anayasa Mahkemesi'nin tekrar “*yeniden yargılama*” kararı vermesi ve koşulları oluşuyorsa ayrıca “*tazminat*”a da hükmetmesi gerekir.

Bir diğer ihtimalde, derece mahkemesinin yapacağı yeniden yargılama incelemesi sona ermeden önce, yeni deliller ve olgular ortaya çıkabilir. Derece mahkemesi, sonradan ortaya çıkan bu delillere ve olgulara dayanarak, Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğünden farklı bir sonuca ulaşabilir. Ancak başvuru, ulaşılan bu yeni sonucun da hak ihlalini ortadan kaldırmadığını düşünebilir. Başvurucunun bu ihtimalde, öncelikli olarak yine (varsa) kanun yollarını tüketmesi gerekir. Kanun yollarından da umduğu sonucu alamaması durumunda yeniden bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek makul gözükmektedir.<sup>62</sup>

Bir diğer ihtimalde ise, temel hak ihlali derece mahkemesinin olaya uygulamak zorunda olduğu kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığından

---

60 **Hamdemir**, s. 354.

61 **Hamdemir**, s. 355.

62 **Hamdemir**, s. 355.

ileri gelmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu olaya uygulanabilecek ve ilgili kanun hükmünden farklı bir hüküm içeren temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşmanın olup olmamasına göre iki farklı durum ortaya çıkacaktır. Eğer olaya uygulanabilecek bir milletlerarası andlaşma varsa, Anayasa Mahkemesi “*yeniden yargılama*” yapması amacıyla dosyayı derece mahkemesine gönderecektir. Dosya kendisine gelen derece mahkemesi ise, Anayasa’ya aykırılığı tespit edilen ve milletlerarası andlaşma ile çatışan kanun hükmünü değil milletlerarası andlaşmayı uyuşmazlığa uygulayarak ihlali ve sonuçlarını gidermeye çalışacaktır. Burada vurgulamamız gerekir ki, derece mahkemelerinin, bireysel başvuru süreci öncesinde de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak aynı konuda kanundan farklı bir hüküm içeren milletlerarası andlaşma hükmü olduğu sürece, milletlerarası andlaşma hükmünü uygulamaları gerekir. Çünkü Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına göre; “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Ancak her zaman aynı konuda kanunlarımızdan farklı hüküm içeren ve olaya uygulanabilecek temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma hükmü olmayabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi “*yeniden yargılama*” yapması amacıyla dosyayı derece mahkemesine göndermiş olabilir. Bu ihtimalde derece mahkemesi ne kadar “*yeniden yargılama*” yaparsa yapsın, kanun hükmü yürürlükten kaldırılmadığı sürece ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıramayacaktır. Bireysel başvuruların incelenmesi sırasında, bölümler ihlale neden olan kanun veya kanun hükmünde kararnamenin iptali istemiyle genel kurula başvuramayacağı için,<sup>63</sup> “*yeniden yargılama*” yapan derece

63 “*Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı*”nın 49. maddesinin 6. fıkrasının gerekçesinde; “*Bölgümlere, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varmaları durumunda, bu düzenlemelerin iptali istemiyle konuyu itiraz yoluyla Genel Kurula götürme imkânı tanınmıştır*” denilerek Genel Kurul’un iptal yetkisinden bahsedilmiştir. Ancak Komisyon görüşmeleri sırasında; “*Anayasa Mahkemesi’nin hem hâkim hem savcı konumunda olacağı*”, “*bölgümlerde görev yapan üyelerin genel kurula da katılmalarının sakıncalı olduğu*”, “*yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapması gerektiği*” gibi gerekçelerle Genel Kurul’un iptal yetkisi kaldırılmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile



mahkemesinin “*itiraz*” yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurusu -bu ihtimalde- ihlalin giderilmesinde en makul çözüm yolu olarak gözükmektedir.<sup>64</sup>

## II. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN YENİDEN YARGILAMA KARARI ÖRNEKLERİ

İhlal tespit edilmesi durumunda, genellikle, yeniden yargılama kararı verilen hak türlerinden birisi, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan “*mahkemeye erişim hakkı*”dır. Örneğin Mahkeme’nin önüne gelen bir olayda; yabancı uyruklu biri, bir trafik kazasına karışmış ve süresinde Türkiye’den çıkış yapamamıştır. Bunun üzerine Gümrük Müdürlüğü bu kişiye para cezası kesmiştir. Bu kişi öncelikle para cezasına karşı idareye başvurmuş fakat idare tarafından başvurusu reddedilmiştir. Sonrasında, idari işlemin iptali ile ödediği meblağın kendisine ödenmesi amacıyla idare mahkemesinde dava açmış fakat mahkeme görevsizlik gerekçesiyle dosyayı vergi mahkemesine göndermiştir. Vergi mahkemesi, 30 günlük yasal sürede açılmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Kişinin temyiz talebi üzerine karar Danıştay tarafından onanmış, karar düzeltme talebi ise reddedilmiştir. Daha sonrasında bu kişi, “*etkili başvuru hakkı*”nın ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur; “*Somut olayda Derece Mahkemesi, son derece karışık ve dağınık olan gümrük mevzuatına ilişkin ve başvurulacak kanun yolları ve merciler ile süresi belirtilmemiş bir idari işleme karşı açılan davayı süre aşımı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucunun yabancı uyruklu oluşu dikkate alınmamış; Danıştayın, başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalardaki genel uygulamalarıyla da uyuşmayan bir biçimde dava açma süresine ilişkin kurallar katı yorumlanmıştır. Somut olayın özel koşullarında, Derece Mahkemelerinin bu tutumunun **başvurucunun mahkemeye erişim hakkını ihlal eder** nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.*”<sup>65</sup> Sonuç olarak Mahkeme, “*Mahkemeye erişim hakkının ihlalinin*

---

Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993), TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 696, s. 20.

<sup>64</sup> **Karaman**, Bireysel Başvuru, s. 308; **Çelik**, s. 210-211; **Öykü Didem Aydın**, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Y. 2011, s. 141.

<sup>65</sup> Mohammed Aynosah Başvurusu, 23.02.2016 tarih, 2013/8896 Başvuru Numaralı Karar, § 42, R.G., S. 29663, 24.03.2016.

sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin **yeniden yargılama** yapılmak üzere Gaziantep Vergi Mahkemesine gönderilmesine...”<sup>66</sup> karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı sonucunda derece mahkemesinin görevi, 1982 Anayasası’nın 153. maddesinin son fıkrası<sup>67</sup> ve 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin 2. fıkrası<sup>68</sup> gereğince yeniden yargılama yapmaktır. Derece mahkemesi yeniden yargılama yapmakla ihlali de ortadan kaldırmış olacaktır. Ayrıca, derece mahkemesinin yeniden yargılama sonucunda başvuru taleplerini kabul etme yükümlülüğü yoktur. Yapacağı “*yeniden yargılama*” sonucunda red kararı verebileceği gibi kabul kararı da verebilir.

İhlal tespit edilmesi durumunda, genellikle, yeniden yargılama kararı verilen hak türlerinden birisi de adil yargılanma hakkının unsurlarından bir diğeri olan “*gerekçeli karar hakkı*”dır. Anayasa Mahkemesi birçok durumda “*gerekçeli karar hakkı*”nın ihlal edildiğine ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için “*yeniden yargılama*” yapılmasına karar vermiştir.<sup>69</sup> Örneğin; Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen bir başvuruda, başvuru, terör olayları neticesinde köyünün boşaltılmasıyla yerleşim yerinden göç etmek zorunda kalmış ve 5233 sayılı Kanun kapsamına giren zararlarının karşılanması talebiyle Tunceli Valiliği Zarar Tespit Komisyonu’na başvurmuştur. Komisyon toplam 15.039,78 TL’nin başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Başvurucu söz konusu miktarın gerçek zararını karşılamadığı gerekçesiyle idare mahkemesinde iptal davası ve maddi ve manevi tazminat istemli tam yargı davası açmıştır. İdare mahkemesi, maddi tazminat miktarına ilişkin dava konusu Komisyon kararının iptaline ve 5233 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmediği gerekçesiyle başvuru talebinin

<sup>66</sup> Mohammed Aynosah Başvurusu, 23.02.2016 tarih, 2013/8896 Başvuru Numaralı Karar, § 47, R.G., S. 29663, 24.03.2016.

<sup>67</sup> Anayasa m. 153/son: “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*”

<sup>68</sup> 6216 sayılı Kanun m. 50/2: “*Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*”

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.06.2018 tarihi itibarıyla, 106 başvuruda “*gerekçeli karar hakkı*”nın ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik-30Haziran.pdf>, s. 11. (E.T. 15.10.2018).

reddine karar vermiştir. Söz konusu karar temyiz merciince de onanmış ve karar düzeltme talebi reddedilmiştir. Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi; “... başvuruçunun 1994 yılında terörle mücadelede dolayı köyünün boşaltılması neticesinde manevi zarara uğradığından bahisle açtığı tam yargı davasında, ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyumsuzluğun çözümü için esaslı bir iddia olan manevi tazminat talebine ilişkin şikayetlerin sadece 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip gerekçelendirilmesi yeterli görülmemektedir. Anılan iddianın AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarında da belirtildiği üzere 2577 sayılı Kanun kapsamında usul kurallarına ve esasa yönelik değerlendirilmesi yapılarak başvuruçuların manevi tazminatı hak edip etmediğinin tartışılması gerekirken 5233 sayılı Kanun'da manevi zararların karşılanmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuruçunun **gerekçeli karar hakkının** ihlal edildiği sonucuna varılmıştır”<sup>70</sup> şeklinde değerlendirmelerde bulunmuş ve “Gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama hukuki yarar bulunduğundan ihlal kararının bir örneğinin **yeniden yargılama** yapılmak üzere Elazığ 1. Idare Mahkemesine (E.2012/537, K.2012/1444) gönderilmesine...” karar vermiştir.<sup>71</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının bir sonucu olarak, burada, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, derece mahkemesinin “yeniden yargılama” yapması ve başvuruçunun manevi zarara uğrayıp uğramadığını tespit etmesi gerekir. Derece mahkemesi yapacağı yargılama sonucunda başvuruçunun manevi zararının söz konusu olduğuna karar verebileceği gibi, manevi zarara uğramadığına da karar verebilir. Ancak her iki durumda da, kararındaki sonuca nasıl ulaştığını gerekçeleriyle ortaya koymalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi, yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, ihlali tespit etmek ve ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için en uygun tedbiri (yeniden yargılama, tazminat vs.) belirlemektir. İhlalin ve sonuçlarının nasıl kaldırılacağı hususunda derece mahkemelerine emir ve talimat veremeyeceği gibi, onların yerine

<sup>70</sup> Celal Asan Başvurusu, 27.12.2017 tarih, 2014/15507 Başvuru Numaralı Karar, § 42.

<sup>71</sup> Celal Asan Başvurusu, 27.12.2017 tarih, 2014/15507 Başvuru Numaralı Karar, § 54.

geçerek yeni bir karar verme yetkisi de yoktur. Ancak bazı durumlarda, Anayasa Mahkemesi'nin ihlali tespit etmesi ve “yeniden yargılama” kararı vermesi halinde, derece mahkemelerinin belli bir yönde karar vermesi zorunlu olabilir. Örneğin, ulusal düzeyde yayın yapan bir gazetede yazmış olduğu bir yazıdan dolayı bir gazeteci hakkında kamu davası açılmış ve hakaret suçunu işlediği gerekçesiyle 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezası verilmiştir. Sanık hakkında verilen bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Karara karşı yapılan itiraz ise reddedilmiştir. Olay bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili olarak; “Başvurucu yazdığı makale nedeniyle 1 yıl 2 ay 17 günlük hapis cezası ile cezalandırılmıştır. İlk Derece Mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile başvurucu 5 yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır ve bir yazar olan başvurucunun bu süre içerisinde cezasının infaz edilmesi riski her zaman vardır. Yaptırma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratici bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almada geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır. Sonuç olarak başvurucunun gelecekte cezasının infaz edilebileceği olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilmelidir. Bu sebeplerle, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ‘başkalarının şöhret ve haklarının’ korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır”<sup>72</sup> değerlendirmesinde bulunmuş ve ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için ise; “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine...”<sup>73</sup> karar vererek, derece mahkemesinin “yeniden yargılama” yapmasına hükmetmiştir.

Son karar özelinde ifade etmemiz gerekir ki; Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının tam olarak ortadan kaldırılması için, derece mahkemesinin “yeniden yargılama” yapması yeterli değildir. Ayrıca gerçekleştirilen eylemi “ifade ve basın

<sup>72</sup> Bekir Coşkun Başvurusu, 04.06.2015 tarih, 2014/12151 Başvuru Numaralı Karar, § 70-71, R.G., S. 29403, 01.07.2015.

<sup>73</sup> Bekir Coşkun Başvurusu, 04.06.2015 tarih, 2014/12151 Başvuru Numaralı Karar, § 75, R.G., S. 29403, 01.07.2015.

özgürlüğü” kapsamında değerlendirip, suç oluşturmadığı sonucuna ulaşması gerekir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, söz konusu eylemlerin “*ifade ve basın özgürlüğü*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, bu eylemler sebebiyle başvurunun cezalandırılmayacağını, hatta cezalandırma bir tarafa başvuru üzerinde baskı oluşturabilecek bir kararın dahi alınamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla derece mahkemesi, yapacağı “*yeniden yargılama*”da, başvurunun eylemlerinin “*ifade ve basın özgürlüğü*” kapsamında kaldığını, suç olarak değerlendirilemeyeceğini ve başvurucuya ceza verilemeyeceğini belirtecek ve başvuru hakkında beraat kararı verecektir. Aksi bir tutum Anayasa Mahkemesi kararının gereği gibi icra edilmediği anlamına gelir. Ancak şu husus vurgulanmalıdır ki; Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, derece mahkemesinin yapacağı “*yeniden yargılama*”da farklı delillere dayanarak başvuru hakkında başkaca bir hüküm kurmasına engel değildir.

### **III. ANAYASA MAHKEMESİ’NCE VERİLEN YENİDEN YARGILAMA KARARLARININ İCRASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÖRNEĞİ**

Bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi’nce yapılan incelemenin temel amacı, ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ve hürriyet hakkında bir karar vermek ve ihlal tespitinde bulunduğu takdirde söz konusu hakkın ya da hürriyetin sahibine iadesini sağlamaktır. Ancak Mahkeme, söz konusu hakkı ya da hürriyeti bizzat kendi eliyle sahibine iade edemez. Bunun için, Mahkeme kararına uygun başka bir işlemin gerçekleştirilmesi yani Mahkeme kararının icra edilmesi gerekir.

Hukuk sistemimizdeki mahkemeleri, tâbi oldukları yargılama usullerini dikkate alarak; hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri ve idare mahkemeleri şeklinde üçe ayırabiliriz. Bahsettiğimiz bu üç mahkeme çeşidinin de, vermiş olduğu kararların icrasını ve infazını düzenleyen hükümler mevcuttur. Örneğin; hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararların icrası, 2004 sayılı “*İcra ve İflas Kanunu*” hükümleri çerçevesinde yerine getirilmektedir. Ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlar ise, 5275 sayılı “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*” hükümleri çerçevesinde icra edilmekte, kararların

icrası Cumhuriyet Savcısı tarafından izlenmekte ve denetlenmektedir.<sup>74</sup> Yine idare mahkemeleri tarafından verilen kararların icrası ise, 2577 sayılı “*İdari Yargılama Usulü Kanunu*”nun 28. maddesinde düzenlemiştir.<sup>75</sup>

Hukuk, ceza ve idare mahkemeleri tarafından verilen kararların nasıl icra edileceği hususu mevzuatımızda açıkça düzenlenmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin gerek bireysel başvuru sonucu verdiği “*yeniden yargılama*” kararlarının icrasına gerekse diğer kararlarının icrasına ilişkin mevzuatımızda ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Anayasa Mahkemesi’nce verilen kararların icrasına dair tek düzenleme, 6216 sayılı Kanun’un 23. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde ve İçtüzük’ün 35. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde yer alan “*Genel Sekreterlik*”e ilişkin düzenlemedir. Her iki düzenleyici işlemde de aynı şekilde ifade edilen hükme göre; “*Genel Sekreter, Başkanın gözetim ve denetimi altında;... Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi... konularında görevli ve yetkilidir.*” Bu hüküm dışında gerek “*yeniden yargılama*” kararlarının icrası gerekse diğer kararların icrası hakkında herhangi bir hüküm öngörülmemiştir.

Her ne kadar “*yeniden yargılama*” kararlarının icrası hakkında yasal mevzuatımızda boşluklar olsa da, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen “*yeniden yargılama*” kararlarının büyük çoğunluğunun diğer mahkemeler tarafından yerine getirildiği gözlemlenmektedir.<sup>76</sup> Ancak bütün “*yeniden yargılama*” kararlarının istisnasız olarak yerine getirildiğini söylemek de mümkün değildir. İlerleyen kısımlarda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bazı durumlarda derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen “*yeniden yargılama*” kararlarını gereği gibi yerine getirmedikleri gözlemlenmiştir.

<sup>74</sup> 5275 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre; “*Mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Bu hükme göre cezanın infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir.*”

<sup>75</sup> Bu maddeyle, idare mahkemeleri tarafından verilen kararların icrası “*idare*”ye göre ve sorumluluk olarak yüklenmekte ve ayrıca kararın gereğini yerine getirmeyen kamu görevlisinin şahsi sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bkz. **İbrahim Pınar**, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması*, 1. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2008; **Sami Sezai Ural**, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 304-305.

<sup>76</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Karan**, *Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar*, s. 32-36.

Yapılan gözlemlerden yola çıkılarak, “*yeniden yargılama*” kararlarının icrasında şu üç noktada sıkıntıların yaşandığını söylemek mümkündür: Yeniden yargılama kararlarının hiç icra edilmemesi, yeniden yargılama kararlarının gereği gibi icra edilmemesi ve yeniden yargılama kararlarının icrasının uzun sürmesi. Dolayısıyla burada öncelikle yeniden yargılama kararlarının icrasına kısaca değinilecek, sonrasında ise yeniden yargılama kararlarının icrasında meydana gelen sorunlardan bahsedilecektir.

### **A. Yeniden Yargılama Kararlarının Gereği Gibi İcra Edilmesi**

Anayasa Mahkemesi, ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklandığı ve *yeniden yargılama* yapılması gerektiği değerlendirilmesinde bulunursa; ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için kararın bir örneğini ilgili mahkemeye gönderecektir.

Anayasa Mahkemesi, bazı ihlal kararlarında<sup>77</sup> ilgili mahkemenin yeniden yargılamayı nasıl yapacağını ve söz konusu ihlali ve sonuçlarını nasıl ortadan kaldıracığını göstermektedir. Bu kararlarda da ifade edildiği üzere; Anayasa Mahkemesi’nin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.

Bu doğrultuda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada, Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemde veya yerine

---

<sup>77</sup> Bkz. Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 59, R.G., S. 30496, 01.08.2018; Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 52; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayım Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 67.

getirilmeyen usuli bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin, hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması gerekmektedir. Buna karşılık ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde, derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekmektedir.<sup>78</sup>

Derece mahkemesi, yaptığı yeniden yargılama üzerine bu şekilde bir karar verdiğinde, Anayasa Mahkemesi kararının gereği gibi icra edildiğini söyleyebiliriz. Örneğin; ihlal, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eylem sonucunda, derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararından kaynaklanıyorsa, yeniden yargılama sırasında derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan beraat kararı vermesi gerekmektedir.

### **B. Yeniden Yargılama Kararlarının Hiç İcra Edilmemesi**

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bazı “*yeniden yargılama*” kararlarının derece mahkemeleri tarafından farklı gerekçeler ileri sürülerek hiç icra edilmediğine şahit olunmaktadır. Yani derece mahkemelerinin, istisnai nitelikte de olsa, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen “*yeniden yargılama*” kararını reddettiği birkaç vakıa mevcuttur. Böyle vakıaların meydana gelmesinin temel nedenlerinden birisi de, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasına yönelik yasal boşluğun mevcudiyetidir.

Örneğin; bir hükümlünün, ceza infaz kurumunda görevli infaz koruma memurları tarafından darbedildiğini, sakalının zorla kesildiğini ve şikâyetle bulunmaması için tehdit edildiğini ileri sürmesi üzerine, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, ilgili memurlar aleyhine ceza davası açılmıştır. Söz konusu ceza davasına bakan Şanlıurfa 3. Ağır Ceza

<sup>78</sup> Mehmet Doğan Başvurusu, 07.06.2018 tarih, 2014/8875 Başvuru Numaralı Karar, § 60, R.G., S. 30496, 01.08.2018; Sinan Baran Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11494 Başvuru Numaralı Karar, § 53; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayım Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 11.06.2018 tarih, 2015/11961 Başvuru Numaralı Karar, § 68; Seyhan İlğaz Başvurusu, 17.07.2018 tarih, 2014/7475 Başvuru Numaralı Karar, § 49; Ebru Bilgin Başvurusu, 19.07.2018 tarih, 2014/7998 Başvuru Numaralı Karar, § 100, R.G., S. 30547, 26.09.2018.



Mahkemesi, şüphelilerden birisi hakkında “*düşme*”, sekizi hakkında “*beraat*” ve diğer birisi hakkında ise “*hükümün açıklanmasının geri bırakılması*” kararı vermiştir. Verilen bu kararların Yargıtay tarafından onanması ve kesinleşmesi üzerine bireysel başvuruda bulunulmuştur.<sup>79</sup> Bireysel başvuru sonucunda ise, Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 17. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen “*eziyet yasağının*” ve “*devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün*” ihlal edildiğini tespit ederek, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın bir örneğini “*yeniden yargılama*” yapmak amacıyla Şanlıurfa 3. Ağır Ceza Mahkemesi’ne göndermiştir. Şanlıurfa 3. Ağır Ceza Mahkemesi, kamu görevlileri ile ilgili, “*beraat*” ve “*hükümün açıklanmasının geri bırakılması*” kararları ile ilgili olarak CMK’da “*yeniden yargılama*” sebeplerinin bulunmadığı, ayrıca CMK’da Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların “*yargılamanın yenilenmesi*” sebepleri arasında sayılmadığı gibi gerekçelere dayanarak “*yeniden yargılama*” yapmamıştır.<sup>80</sup> Daha sonra bu karara karşı itiraz edilmiş ve itirazın kabul edilmesi üzerine “*yeniden yargılama*” yapılmaya başlanmıştır.<sup>81</sup>

Yine Anayasa Mahkemesi, önüne gelen “*Aligül Alkaya ve Diğerleri*”<sup>82</sup> başvurusunda, “*avukat yardımından yararlandırılma hakkının ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*”nın, “*Delil İldan*”<sup>83</sup> başvurusunda, “*hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*”nın ve “*Saniye Çolakoğlu*”<sup>84</sup> başvurusunda “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini tespit ederek, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için “*yeniden yargılama*” yapılması amacıyla dosyanın bir örneğini ilgili mahkemelere göndermiştir. Fakat bu üç kararda da, derece mahkemelerinin, “*Sanıkların ceza alması için yeterli delilin olduğu*” gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararını yerine getirmedikleri ifade edilmiştir.<sup>85</sup>

79 Süleyman Deveci Başvurusu, 16.12.2015 tarih, 2013/3017 Başvuru Numaralı Karar, R.G., S. 29615, 05.02.2016.

80 **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 30.

81 **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 30.

82 Aligül Alkaya ve Diğerleri Başvurusu, 27.10.2015 tarih, 2013/1138 Başvuru Numaralı Karar, R.G., S. 29557, 09.12.2015.

83 Delil İldan Başvurusu, 12.07.2016 tarih, 2014/2498 Başvuru Numaralı Karar.

84 Saniye Çolakoğlu Başvurusu, 12.07.2016 tarih, 2014/5702 Başvuru Numaralı Karar.

85 **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 35.



Bir başka örnek olayda,<sup>90</sup> bir sendikanın tüm Türkiye’de yaptığı göreve gelmeme çağrısı üzerine, Tarsus’ta görev yapan 37 kişi iki gün boyunca görev yerine gitmemiştir; bunun üzerine idare bu kişilere disiplin cezası vermiştir. Disiplin cezası alan bu kişiler, önce idare mahkemesinde iptal davası açmıştır. Davalarının reddedilmesi üzerine bireysel başvuruda bulunan bu kişiler lehine Anayasa Mahkemesi tarafından “*yeniden yargılama*” kararı verilmiş ve yapılan “*yeniden yargılama*” sonucunda 36 kişinin aldığı disiplin cezası iptal edilirken sadece bir kişinin iptal talebi reddedilmiştir.<sup>91</sup> “*Yeniden yargılama*” kararına rağmen hakkındaki disiplin cezası iptal edilmeyen başvuru, derece mahkemesinin kararını temyiz etmiş ve bu karar Danıştay tarafından bozulmuştur. Derece mahkemesinin, Danıştay’ın da bozma kararına karşı direnmesi üzerine dava dosyasının Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu önüne geldiği ifade edilmiştir.<sup>92</sup>

İdari makamlar da, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararlarının gereği gibi icra edilmesi hususunda direnç gösterebilmektedirler. İdari makamların direnç gösterme şekli ise, bireysel başvuru sonucunda lehine “*yeniden yargılama*” kararı verilen başvuru derece mahkemesine yaptığı taleplerin reddini talep etme ya da Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yapılan “*yeniden yargılama*” kararını temyiz etme veya bu karar kısmen yerine getirme şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>93</sup> Böylece derece mahkemesi, yaptığı “*yeniden yargılama*”da Anayasa Mahkemesi kararına uygun yeni bir karar vermiş olsa bile, idarenin söz konusu dirençleri dolayısıyla süreç uzamakta veya başvuru ihlali tam olarak giderilememektedir.

Örneğin; Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda; bir belediyede çalışan kamu görevlisi, belediyeye başvurarak, belediyedeki diğer çalışanlara ödenen “*sosyal denge yardımı*”nın kendisine de ödenmesini talep etmiştir. Belediye ise bu talebi reddetmiştir. Bu ret kararı üzerine başvuru idare mahkemesinde dava açmıştır. Ancak mahkeme de başvuru talebini reddetmiştir. Temyiz talebi de Danıştay tarafından reddedilerek hüküm onanmış ve olay Anayasa

---

90 **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 36.

91 AYM’nin “*yeniden yargılama*” kararına rağmen hakkındaki disiplin cezası iptal edilmeyen başvuru Tayfun Cengiz’dir. Bkz. Tayfun Cengiz Başvurusu, 18.09.2014 tarih, 2013/8463 Başvuru Numaralı Karar, R.G., S. 29195, 04.12.2014.

92 **Karan**, Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası, s. 205.

93 **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 37.

Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, tüm deliller değerlendirilmeden ve tartışılması gereken bazı hususlar tartışılmadan ret kararının verildiği sonucuna ulaşmış, başvurusunun “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini tespit ederek “*yeniden yargılama*” yapılmasına hükmetmiştir.<sup>94</sup> İhlal kararı sonrasında “*yeniden yargılama*” yapılmış ve idari işlem iptal edilmiş olmasına rağmen, belediye tazminatın küçük bir kısmını ödemekle yetinmiştir.<sup>95</sup> Ödenmeyen kısım için yeniden dava açılmış fakat bu dava idare lehine sonuçlanmış ve kesinleşmiştir.<sup>96</sup> Böylece “*yeniden yargılama*” kararı, dolaylı olarak, idari makam tarafından etkisizleştirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin “*yeniden yargılama*” kararlarının gereği gibi icra edilmesi noktasında yargı organları ve idare dışında direnç gösteren bir diğer makam da savcılıklardır. Savcılıklar da zaman zaman Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yapılan “*yeniden yargılama*” neticesinde verilen kararlara itiraz edebilmekte ya da temyize başvurabilmektedirler. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, Mahkeme; “*İlk Derece Mahkemesinin tanık beyanlarına karşı ileri sürülen hususları araştırmaması ve gerekçeli kararında da tanık beyanlarını ve başvuru tarafından yapılan itirazları yeterince ve makul bir biçimde değerlendirmemesi nedeniyle yargılamanın hakkaniyete uygun gerçekleştiği söylenemez. Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekir*” diyerek, ihlalin ortadan kaldırılması için “*yeniden yargılama*” yapılmasına hükmetmiştir.<sup>97</sup> Daha sonra derece mahkemesi tarafından yapılan “*yeniden yargılama*” sırasında, Cumhuriyet Savcısı Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda beraat kararı talep etmiş ve mahkemece sanığın beraatine karar verilmiştir. Fakat bu beraat kararının yine Cumhuriyet

<sup>94</sup> Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, 16.10.2014 tarih, 2013/5447 Başvuru Numaralı Karar, R.G., S. 29232, 10.01.2015.

<sup>95</sup> **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 35.

<sup>96</sup> **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 35.

<sup>97</sup> Sebahat Tuncel (2) Başvurusu, 26.02.2015 tarih, 2014/1440 Başvuru Numaralı Karar, § 113, R.G., S. 29294, 14.03.2015. Aynı kararda AYM; “*Başvurucunun tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin yaklaşık yedi yıllık yargılama süresi nazara alındığında, yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine*” de karar vermiştir.

Savcısı tarafından temyiz edildiği ve dosyanın hali hazırda Yargıtay önünde derdest olduğu bilgisi verilmiştir.<sup>98</sup>

#### D. Yeniden Yargılama Kararlarının İcrasının Uzun Sürmesi

“Yeniden yargılama” kararlarının icra edilmesinde yaşanan sıkıntılardan bir diğeri de, “yeniden yargılama” kararlarının icrasının uzun sürmesi mevzusudur. Bu kararların icrası ne kadar uzun sürerse, başvurunun bireysel başvurudan beklediği tatminin değeri de o derecede düşecektir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda,<sup>99</sup> başvuru; “Süresi içerisinde, havale yoluyla gönderdiği temyiz posta masrafının kalemde teslim edilmediği gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddedildiğini, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini” ileri sürmüştür. Mahkeme ise, “Temyiz yoluna müracaat hakkı, aşırı şekilci ve öngörülebilir nitelikte olmayan uygulama ile kısıtlanan başvuru, bu müdahale sonucunda İlk Derece Mahkemesinin nihai kararının hukukiliğini denetleme imkanından mahrum kalmış olup, bu müdahalenin başvurunun mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği” gerekçesiyle, “yeniden yargılama” kararı vermiştir. “Yeniden yargılama” talebinde bulunulan mahkemenin kapatılması üzerine dosya bir başka mahkemeye devredilmiş fakat sonrasında dosya bulunamamıştır. Yapılan aramalar sonucunda dosyanın Yargıtay’da olduğu bilgisine ulaşılmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararının üzerinden yaklaşık üç yıl geçmesine rağmen hâlâ “yeniden yargılama”nın başlamadığı ifade edilmiştir.<sup>100</sup>

#### E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi Aracı Olarak Yargılamanın Yenilenmesi ve İcrası

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının icrası bağlamında “yargılamanın yenilenmesi” yolunu kısaca incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira, her ne kadar Anayasa Mahkemesi ile AİHM arasında; birinin ulusal diğerinin uluslararası mahkeme olmasından kaynaklanan farklılıklar olsa da, temel hak ve özgürlüklerin

<sup>98</sup> **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 68’deki 115. dipnot.

<sup>99</sup> Neriman Polat Başvurusu, 05.11.2014 tarih, 2012/1223 Başvuru Numaralı Karar, R.G., S. 29252, 30.01.2015.

<sup>100</sup> **Karan**, Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, s. 37.

güvencesi olmaları bakımından birbirlerine benzeyen yönler de vardır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal tespiti neticesinde verilen “*yeniden yargılama*” kararı ile AİHM’nin ihlal tespit etmesi üzerine bazı durumlarda yerel mahkemelerce “*yargılamanın yenilenmesi*” yoluna gidilmesi bakımından da benzerlikler olduğunu ve bu açıdan bakıldığında “*yargılamanın yenilenmesi*” bağlamında AİHM kararlarının icrasını kısaca incelemenin isabetli olacağını söyleyebiliriz.

### 1. Genel Olarak

AİHM’nin vermiş olduğu kararlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan devletler bakımından bağlayıcıdır.<sup>101</sup> AİHM kararlarının bağlayıcılığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 46. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme’nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.*”

AİHM kararları bağlayıcı olmakla birlikte “*tespit kararı*” niteliğindedir.<sup>102</sup> Diğer bir ifadeyle AİHM kararları, beyan edici ve

<sup>101</sup> **Abdurrahman Eren**, *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması; Uluslararası Koruma Mekanizması ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, 596; **Ayhan Döner/İsmail Köküsarı**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 672; **Ömer Gedik**, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Danışman: Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 106.

<sup>102</sup> **İlyas Doğan**, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 559; **Kadir Yıldırım**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1997, s. 15-16. Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru incelemesi sonucunda verdiği ihlal kararları da “*tespit edici*” niteliktedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, ihlali “*tespit*” etmekle birlikte, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla ilgili kurumun/organın alması gereken tedbirlere de hükmedebilir.

belirleyici niteliktedir; kurucu bir karar değildir.<sup>103</sup> AİHM kararı ile sadece bir ihlalin varlığı tespit edilir.<sup>104</sup>

AİHM'nin ihlal kararları, iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikte olan kararlardan olmadığı için, kararın yerine getirilmesi bakımından gerekli önlemleri almak davalı devletin yükümlülüğündedir. Kararı yerine getirecek olan devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir.<sup>105</sup> Dolayısıyla, ihlali gidermekle yükümlü olan devlet, ihlali ortadan kaldırmak için ne yapması gerektiğini ilgili AİHM kararının gerekçesini okuyarak kendisi bulacaktır.<sup>106</sup> Bunun tek istisnası Mahkeme'nin tazminata hükmetmesidir. Zira tazminat, Mahkeme

<sup>103</sup> **Mehmet Handan Surlu**, “Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 636.

<sup>104</sup> **Şeref Ünal**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, Y. 2000, s. 63; **Bahri Öztürk**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Sonra İç Hukukta Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Konferansı*, 2. Baskı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2007, s. 341.

<sup>105</sup> **Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 133; **Burhan Caner Hacıoğlu**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004, s. 94.

AİHM'de birçok kararında, devletin ihlali giderme yol ve yöntemini seçmekte serbest olduğunu belirtmiştir. Örneğin, Yağcı ve Sargın/Türkiye davasında, başvurucular, “Devletin Sözleşmeyi imzalarken kabul etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirmesinin talep edilmesini” ve “Türk hukukunda mevcut olan problemleri sona erdireceğine inandıkları çözüm önerilerinin kabulünü” talep etmişlerdir. Mahkeme ise bu taleplere şu cevabı vermiştir: “Mahkeme Sözleşme'nin kendisine anılan türden bir istemi onaylama yetkisi vermediğine işaret etmektedir. Sözleşme hükümlerine uygunluk sağlanması ve Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet veren durumların ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak yerel hukuk sisteminde kullanılacak olan yöntemleri seçme yetkisinin devlete ait olduğunu hatırlatır.” Bkz. Yağcı ve Sargın/Türkiye, Başvuru No: 16426/90, 08.06.1995, s. 20, § 81. Mahkeme'nin aynı yönde verdiği diğer kararlar için bkz. Marx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, s. 25, § 58; Belilos/İsviçre, Başvuru No: 10328/83, 29.04.1988, s. 33, § 78.

<sup>106</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 134. Ancak Mahkeme'nin, bazı istisnai durumlarda davalı devlet için bağlayıcı olmamakla birlikte yol gösterici telkinlerde bulunduğu görülmektedir. Bkz. Zimmerman ve Steiner/İsviçre, Başvuru No: 8737/79, 13.07.1983, § 29.

tarafından devlete buyurulabilecek tek önlemdir.<sup>107</sup> Nitekim bu durum, devlet egemenliğinin geçerli kural olduğu bir hukuk alanında bulunulmasından ve bu hukukun az ya da çok belirli ölçülerde devletlerin egemen iradesine bağımlı olmasından ileri gelmektedir.<sup>108</sup> Dolayısıyla uluslararası hukukta “*cebri icra*”nın yeri yoktur.<sup>109</sup>

Ancak bazı durumlarda, AİHM’nin tespit ettiği ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasının tek aracı “*yargılamanın yenilenmesi*” yolu olabilir. Örneğin, tabii hâkim ilkesinin ihlal edildiği bir durumda, AİHM’nin sadece ihlali tespit etmesi ya da tespit ile birlikte başvurucu lehine tazminata hükmetmesi ihlali ortadan kaldırmayacaktır. İhlalin ortadan kaldırılması için, tabii hâkim ilkesine uygun yeni bir yargılamanın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İşte bu ve buna benzer durumlarda tek çözüm yolu yargılamanın yenilenmesidir. Dolayısıyla AİHM kararlarının yerine getirilmesi aracı olarak “*yargılamanın yenilenmesi*” müessesini ve bu müessesenin icrasını ele alırken; devletlerin egemenliği ilkesini ve bazı durumlarda ihlalin ortadan kaldırılmasının tek aracı olmasını birlikte göz önünde bulundurmamak gerekmektedir.

AİHM, her ne kadar ihlale sebep olan devlete, yeniden yargılama yapması hususunda bir karar veremez ise de, bağlayıcı olmayan fakat yol gösterici ve ışık tutucu nitelikte tavsiyelerde bulunabilir.<sup>110</sup> Örneğin Mahkeme, *Gurov/Moldova* davasında, başvurucunun ulusal düzeydeki talebinin, kanunla kurulmuş bir mahkeme tarafından incelenmemesi nedeniyle Sözleşme’nin 6. maddesindeki hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve bu durumda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasındaki en uygun aracın başvurucunun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından

<sup>107</sup> **Elisabeth Lambert Abdelgawad**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*, Strasbourg Üniversitesi, (Çev. İnan Sevinç), 2. Basım, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012, s. 14; **Serkan Cengiz**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin AİHS m. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin (Adil Karşılık) Mahiyeti ve Unsurları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 24; **Faruk Bilir**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, Kayseri 2006, s. 6.

<sup>108</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 133.

<sup>109</sup> Bu anlayışın çerçevesi “*yargılamanın yenilenmesi*” ile sınırlı değildir. Diğer karar türlerinde de kendisini göstermektedir. Devletlerin egemenliği ile insan haklarının korunması arasındaki ilişkiyi de ele alan bir çalışma için bkz. **Ayhan Döner**, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

<sup>110</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 133.



yeniden yargılanması olduğunu belirtmiştir.<sup>111</sup> Ayrıca bu karar, Moldova hukukuna göre başvuruçunun Mahkeme kararının ardından yeniden yargılanmayı talep etme hakkının varlığıyla desteklenmiş ve bu sebeple tazminata hükmedilmemiştir.<sup>112</sup>

AİHM'nin ihlal kararlarının ilgili devlet tarafından yerine getirilmesini gözetmekle görevlendirilmiş olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 19 Ocak 2000 tarihinde kabul ettiği R (2000) 2 sayılı tavsiye kararında,<sup>113</sup> ihlal öncesi durumu sağlamaya en elverişli önlemlerden birisinin yargılamanın yenilenmesi veya dosyanın yeniden

111 **D.J. Harris/M.O'Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi, s. 887.

112 **D.J. Harris/M.O'Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley**, s. 887. Örneğin Mahkeme başka bir kararında; “Başvuran tarafından talep edilen özel tedbirlere ilişkin olarak, AİHM, kararlarının esas itibarıyla tespit edici nitelikte olduğunu ve genelde, AİHM'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü ifa etmek için iç hukukunda kullanacağı araçları seçmenin, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olmak koşuluyla, öncelikle ilgili Devlet'e ait olduğunu yineler... Ancak, istisnai olarak, savunmacı Devlet'in 46. maddede çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak amacıyla, AİHM, varlığını tespit ettiği sistemik bir duruma son vermek için alınabilecek tedbir türünü belirtmeye çalışacaktır. Böyle durumlarda, çeşitli seçenekler önerebilir ve tedbirin seçimini ve uygulanmasını ilgili Devlet'in takdirine bırakır... Diğer bazı istisnai durumlarda, tespit edilen ihlal, ihlali gidermek için alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak seçenek bırakmayacak özellik sergileyebilir ve AİHM, sadece bir tedbir belirtmeye karar verebilir... Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak Türkiye'ye karşı açılan davaların özel durumu çerçevesinde, AİHM Daireleri, bu başvuruda verilen Daire kararından sonra verdikleri bazı kararlarda, prensip olarak en iyi tazmin şeklinin, talep etmesi halinde başvuranın gecikmeksizin yeniden yargılanması olacağını belirtmiştir (bkz. diğerlerinin yanı sıra, Gençel/Türkiye, no. 53431/99, § 27, 23 Ekim 2003)... Savunmacı Devlet'ten AİHM'nin 46. maddesi çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesini teminen talep edilen özel tedbirler, davanın özel koşullarına bağlı olmalı, bu davaya ilişkin AİHM kararında belirtilenler ışığında ve AİHM'nin yukarıda kayıtlı içtihadı dikkate alınarak belirlenmelidir” diyerek, Türkiye'nin yeniden yargılama yapması tavsiyesinde bulunmuştur. Bkz. Öcalan/Türkiye, Başvuru No:46221/99, 12.05.2005, § 29.

113 Bakanlar Komitesi'nin bu tavsiye kararı için bkz. “Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights”, [http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/Recommendation\\_No\\_R\\_2000\\_2\\_eng.htm](http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/Recommendation_No_R_2000_2_eng.htm), (E. T. 04.08.2018).

incelenmesi<sup>114</sup> olduğunu belirtmiş ve Sözleşme’ye üye devletleri mevzuatlarında yargılamanın yenilenmesi kurumunu düzenlemeye davet etmiştir.<sup>115</sup>

## 2. Kararların İcrasında Bakanlar Komitesi’nin Rolü

AİHM’nin verdiği ihlal kararları kendiliğinden icra edilebilir olmadığı gibi, Mahkeme’nin kararlarını kendisinin de icra etme yetkisi yoktur. Mahkeme kararlarının icrasını denetlemek, siyasi bir organ olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin görevidir.<sup>116</sup> Ancak dikkat edilmesi gerekir ki Komite, ihlal kararlarını yerine getirmekle değil, yerine getirilmesini gözetlemekle görevlendirilmiştir.<sup>117</sup>

AİHS’nin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Mahkeme’nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi’ne gönderilir.*” Kararın gönderilmesi ile birlikte Komite, kararı gündemine kaydeder ve kararın gereğini yerine getirecek olan devleti karar sonrasında almış olduğu tedbirler hakkında bilgi vermeye davet eder.<sup>118</sup> Komite kural olarak, Mahkeme kararının yerine getirilmesi amacı ile davalı devlete bir bildirimde bulunurken herhangi bir öneride bulunmaz; kararın yerine getirilmesindeki yol ve yöntemin takdiri ve seçimi davalı devlete aittir. Ancak ifade etmemiz gerekir ki;

114 Yeniden yargılama ile dosyanın yeniden incelenmesi farklı anlamlar taşıyan kavramlardır. Kılınç’a göre; “*Yeniden yargılama sadece yargısal kararlar için söz konusu olduğu halde, yeniden inceleme hem yargısal hem de yargısal olmayan iç hukuk kararları içindir.*” Bkz. **Bahadır Kılınç**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 253.

115 **Kılınç**, *Kararların İnfazı*, s. 252; **Bilir**, s. 11.

116 **Eren**, s. 596; **Döner/Köküsarı**, s. 673; **D.J. Harris/M.O’Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley**, s. 895.

117 **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 134; **Eren**, s. 599.

118 **Kemal Gözler**, *İnsan Hakları Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Yayımevi, Bursa 2017, s. 545; **Yasemin Özdek**, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, Ocak 2004, s. 73; **Ebru Karaman**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1. Baskı, C. LXXII (72), S. 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 424.

yargılamanın yenilenmesine yönelik tavsiyeler daha çok Komite'nin kararları gözetmesi aşamasında alınmaktadır.<sup>119</sup>

Nihai çözüm sağlanıncaya kadar dava, Komite'nin her toplantısına kaydedilmektedir. Bu süreçte davalı devletin, Mahkeme kararının gereğinin yerine getirildiğinin Bakanlar Komitesi'nce saptanabilmesi için, aldığı önlemleri ayrıntılı olarak Bakanlar Komitesi'ne bildirmesi gerekir.<sup>120</sup> Komite, davalı devlete yönelik olarak verdiği, tavsiye niteliğindeki yeniden yargılama kararlarının icrasında iki farklı şekilde hareket edebilmektedir. Eğer ihlal, ulusal hukuktaki kararın Sözleşme'nin esasına ilişkin bir aykırılığından meydana geliyorsa, Komite, başvurucuya yeniden yargılama imkânının tanınmasını yeterli bulmamakta ve başvurucunun Sözleşme'den doğan haklarının korunması hususunda ihlalin olmadığı “yeni” bir sonuç istemektedir.<sup>121</sup> Örneğin *Avusturya'ya karşı Unterpertinger* davasında, başvurucunun, eşine ve kızına müessir fiillerde bulunduğu iddia edilmiştir. Davaya bakan mahkeme, mağdurların hazırlık soruşturmasında polise verdikleri ifadelerle dayanarak başvurucuyu altı ay hapse mahkum etmiştir. Bu karar üst derece mahkemesi tarafından da onanmıştır. Olayın AİHM'nin önüne gelmesi üzerine, AİHM, açık duruşmada tanıkları sorgulama imkânı verilmeden hüküm kurulmasını “*adil yargılanma hakkı*”na aykırı görmüştür. Daha sonra ulusal mahkeme, AİHM kararı ışığında, yeniden yargılama yapmış ve başvurucunun beraatına karar vermiştir.<sup>122</sup>

Eğer ihlal, iç hukukta verilen kararın sonucu hakkında şüphe doğuracak ağır usul hatalarından ve eksikliklerinden meydana geliyorsa, Komite, AİHM kararının yerine getirilmesi için, yeniden yargılama imkânının verilmesini yeterli görmekte ve bir sonuç yükümlülüğü

119 **Karaman**, Kararların Yerine Getirilmesi, s. 417. Örneğin *Türkiye'ye karşı Hulki Güneş* davasında, AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan “*İşkence Yasağı*”nın ve yine Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan “*Adil Yargılanma Hakkı*”nın ihlal edildiğine ve bu ihlalin bir sonucu olarak başvurucuya tazminat ödenmesine karar vermiştir. Kararın icrası sırasında Bakanlar Komitesi, mağdurun müebbet hapis cezasını çekmekte olduğunu da göz önünde bulundurarak, Sözleşme'nin 46. maddesine “*açık*” aykırılık söz konusu olduğundan hareketle yargılamanın yenilenmesini talep etmiştir (4 Nisan 2007 tarihli Bakanlar Komitesi ara kararı CM/Res DH (2007) 26). Bkz. **Abdelgawad**, s. 22.

120 **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 138; **Eren**, s. 600-601.

121 **Kılınç**, Kararların İnfazı, s. 254.

122 **Osman Doğru**, “İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, Y. 2000, s. 201.

aramamaktadır.<sup>123</sup> Örneğin *Fransa'ya karşı Hakkar* davasında, başvuru, hakkında ileri sürülen iddiaları reddetmiş ve bir avukatla temsil edilmeden ve gıyabında yargılanmıştır. Başvuru AİHM'nin önüne gelmiş ve Mahkeme ihlal kararı vermiştir. Mahkeme tarafından verilen kararın icra edilmesi sürecinde, savunma için yeterli süre ve fırsat verilmeyerek başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunun, yeniden yargılama ile düzeltilebileceğine karar verilmiştir. Fransa mahkemelerinin yeniden yargılama imkânını başvuruçuya tanınması ile birlikte, Bakanlar Komitesi, yargılamanın sonucunu beklemeden dosyayı kapatmıştır.<sup>124</sup>

### 3. Ülkemizde Yargılamanın Yenilenmesi Sebeplerinden Birisi Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal Kararı

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin birçoğu,<sup>125</sup> AİHM tarafından verilen ihlal kararlarını “*yargılamanın yenilenmesi*” sebebi olarak tanımıştır.<sup>126</sup> Ülkemizde de farklı tarihlerde yapılan düzenlemelerle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na,<sup>127</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu'na,<sup>128</sup>

---

123 **Kılınç**, Kararların İnfazı, s. 254-255.

124 **Kılınç**, Kararların İnfazı, s. 255; **Doğru**, Kararların İç Hukuka Etkileri, s. 203.

125 Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Belçika, Danimarka, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsviçre, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Macaristan, Moldova, Norveç, Polonya, Slovakya, Slovenya, Yunanistan gibi ülkeler, AİHM'nin ihlal kararları sonrasında “*yargılamanın yenilenmesi*” imkânı tanıyan özel düzenlemeler yapmışlardır.

126 **Döner/Köküsarı**, s. 673.

127 HMK'nın 375. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Aşağıdaki sebeplere dayanılarak yargılamanın iadesi talep edilebilir:... (i) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.*”

128 CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:... (f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.*”

İdari Yargılama Usulü Kanunu'na<sup>129</sup> ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a<sup>130</sup> AİHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarının “yargılamanın yenilenmesi” sebebi oluşturacağı hükümleri eklenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kesinleşmiş ihlal kararları sebebiyle ülkemizde yargılamanın yenilenmesi için genel hatlarıyla şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:<sup>131</sup>

1- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya Ek Protokollerden birinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmalıdır.

2- İhlal, kesinleşmiş bir ceza, hukuk, idare (vergi mahkemesi de dahil) veya Anayasa Mahkemesi kararından kaynaklanmalıdır. Belirtmemiz gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin bütün kararları için yargılamanın yenilenmesi söz konusu değildir. Sadece siyasi parti kapatma veya yüce divan sıfatıyla verdiği kararlar için yargılama yenilenebilir (6216 sayılı Kanun m. 67).

3- İhlal, alınabilecek başka bir tedbirle ortadan kaldırılamamalıdır. Örneğin; sonradan yürürlüğe giren maddi ceza hukukuna ilişkin bir hüküm, başvurusunun durumunda lehe bir değişiklik getirmişse, başvuru bu hükümden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın

---

129 İYUK'un 53. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir... (t) Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.*”

130 6216 sayılı Kanun'un 67. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği bir kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğine hükmetmesi hâlinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Anayasa Mahkemesinden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilir.*”

131 **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 144; Bilir, s. 20 vd.; **Mustafa Ruhan Erdem/Ömer Korkmaz**, “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 5, S. 2, Y. 2003, s. 205 vd.

kendiliğinden yararlanacağı için *yargılamanın yenilenmesi* yoluna gidilemeyecektir.<sup>132</sup>

4- İhlal, *yargılamanın yenilenmesi* yoluyla ortadan kaldırılabilir bir niteliğe sahip olmalıdır.

5- Başvurucu tarafından *yargılamanın yenilenmesi* yolu talep edilmiş olmalıdır. Kanaatimizce, her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *yeniden yargılama* kararlarının diğer mahkemeler tarafından yerine getirilmesi hususunda başvurunun talebine gerek olmasa da (uygulama aksi yöndedir), AİHM tarafından verilen kesinleşmiş ihlal kararı sonucunda *yargılamanın yenilenmesi* için başvurunun talebi zorunludur.

6- *Yargılamanın yenilenmesi* talebi, süresi içerisinde ileri sürülmüş olmalıdır. Mevcut düzenlemelere göre bu süre; ceza, idare ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl, hukuk davalarında ise AİHM'nin kesinleşmiş kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay ve her hâlde yargılamanın yenilenmesine konu olan hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıldır.<sup>133</sup>

Koşulları olduğu takdirde mahkemeler yeniden yargılama yapacak ve yargılama işlemlerini baştan itibaren tekrarlayarak yeni bir karar vereceklerdir.<sup>134</sup> Yargılama sonucunda verilen karar, önceki kararla aynı doğrultuda olabileceği gibi farklı da olabilir.<sup>135</sup> Yargılama sonucunda verilen kararın başvurucaı tatmin etmemesi durumunda, başvurunun ikinci kez AİHM'ye başvurusu zor gözükmektedir. Çünkü AİHS'nin 35. maddesinin 2. fıkrasının b bendi gereğince, bir başvurunun Mahkemece daha önce incelenmemiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu durumda, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için Bakanlar Komitesi denetim sistemini devreye sokacaktır.<sup>136</sup>

---

132 Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 145.

133 Bkz. HMK, m. 377/1,e; CMK, m. 311/1,f; İYUK, m. 53/3; 6216 sayılı Kanun m. 67/2.

134 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 883.

135 Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 147.

136 Erdem/Korkmaz, s. 210-211.

## SONUÇ VE BAZI ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararlarının genellikle gereği gibi icra edildiğini söyleyebiliriz. Ancak çalışmada bahsedilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, bazı istisnai hallerde, “*yeniden yargılama*” kararları gereği gibi icra edilmemektedir. İşte bu noktada, aşağıda yer verilen önerilerin hayata geçirilmesi ile birlikte, “*yeniden yargılama*” kararlarının icrasının kolaylaşabileceğini söylememiz mümkündür.

➤ Usul kanunlarına “*yeniden yargılama*” ile ilgili hüküm konularak (AİHM'nin verdiği kararlarda olduğu gibi), Anayasa Mahkemesi'nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararı üzerine mahkemelerin yeni bir yargılama yapmalarının zorunlu olduğu hususu açıkça zikredilebilir.

Ancak burada şu notu da düşmek gerekir ki; her ne kadar usul kanunlarında “*yeniden yargılama*” ile ilgili herhangi bir hüküm mevcut olmasa da, Anayasa Mahkemesi'nin “*yeniden yargılama*”ya hükmetmesi durumunda, derece mahkemeleri yine de Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeni bir yargılama yapmak zorundadır.

Kanaatimizce “*yeniden yargılama*” kavramı ile “*yargılamanın yenilenmesi*” kavramı birbirinden farklı kavramlardır.<sup>137</sup> Anayasa Mahkemesi'nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararları derece mahkemeleri tarafından “*yargılamanın yenilenmesi (iadesi)*” niteliğinde kabul edilse bile, usul kanunlarında “*yargılamanın yenilenmesi*” sebepleri arasında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği “*yeniden yargılama*” kararlarının sayılmadığı, oysaki “*yargılamanın yenilenmesi*” sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu hususu da ileri sürülemez. Nitekim bu durumda bile, hukukta çok genel bir yorum yöntemi olan “*genel kanun-özel kanun*” kuralı ile sorun çözüme kavuşturulur. Bu konuda, 6216 sayılı Kanun usul kanunlarına göre özel kanundur. Dolayısıyla *yeniden yargılama* kavramı *yargılamanın yenilenmesi* olarak kabul edilse de edilmese de, derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeni bir yargılama yapmak zorundadır.

➤ Yine usul kanunlarında “*yeniden yargılama*”nın hangi usuli kurallar çerçevesinde yapılacağı (örneğin; öncelik verilip verilmeyeceği, yeniden karar verme usulü ve adli tatilde görülüp görülmeyeceği vb.) ile hangi durumlarda duruşma açılacağı gibi hususlar belirtilmelidir.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> Yeniden yargılama kararının ve yargılamanın yenilenmesinden farkı için Bkz. **II. A.**

<sup>138</sup> Ural, s. 312.

➤ Anayasa Mahkemesi tarafından verilen “yeniden yargılama” kararı sonucunda, derece mahkemelerinin bu kararı hiçbir şekilde yerine getirmemeleri ya da “yeniden yargılama” yapmakla birlikte başvurucuyu tatmin etmeyen bir sonuca ulaşmaları durumunda başvurucunun nasıl hareket edeceğine yönelik bir düzenlemenin yapılması gereklidir. Örneğin bu durumda başvurucu, kanun yoluna mı gidecek, doğrudan bireysel başvuruda mı bulunacak yoksa doğrudan AİHM’ye gidebilecek midir?

➤ “Yeniden yargılama” yapmakla yükümlü olan derece mahkemesinin, “belli bir zaman dilimi içerisinde” yeniden yargılama yapması öngörülebilir. Zira bireysel başvuru kapsamında ülkemizde en fazla ihlal edilen hak türü “makul sürede yargılanma hakkı”dır. Böylece “yeniden yargılama” evresinde yeni ihlallerin de önüne geçilebilir.

➤ “Yeniden yargılama” sonucunda ve Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda verilen kararın kesin olduğuna yönelik bir düzenleme getirilebilir. Böyle bir hüküm öngörülmesi bile, bu kararın bir an önce kesinleşmesini sağlayacak usuli kurallara yer verilebilir. Böylece söz konusu ihlal bir an önce giderilebilecektir.

➤ “Yeniden yargılama” kararlarının icrasını gözetleyecek ve gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini denetleyecek (Bakanlar Komitesi gibi) bir icra organı oluşturulabilir veya bu tarz bir yetki Genel Sekreterlik’e verilebilir. Böylece “yeniden yargılama” kararlarının gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, başvurucunun yeni bir başvuru yapmasına gerek olmaksızın harekete geçilebilir.



### YARARLANILAN KAYNAKLAR

**ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert;** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*, Strasbourg Üniversitesi, (Çev. İnan Sevinç), 2. Basım, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993), TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 696.

**ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ Ejder/ AYVAZ, Sema Taşpınar;** *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

**AYDIN, Öykü Didem;** “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Y. 2011. (121-170).

**BİLİR, Faruk;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, Kayseri 2006. (3-29).

**BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol;** *Medenî Usul Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

**CENGİZ, Serkan;** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AIHS m. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin (Adil Karşılık) Mahiyeti ve Unsurları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

**CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide;** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

**ÇAĞLAYAN, Ramazan;** *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

**ÇELİK, Yeşim;** *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

**D.J. Harris/ M.O'Boyle/ E.P. Bates/ C.M. Buckley,** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi.

**DOĞAN, İlyas;** *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2013.

**DOĞRU, Osman;** “İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, Y. 2000. (Kararların İç Hukuka Etkileri). (194-225).

**DOĞRU, Osman;** *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012. (Bireysel Başvuru).

**DÖNER Ayhan/KÖKÜSARI, İsmail;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, Y. 2008. (663-686).

**DÖNER, Ayhan;** “Anayasa Mahkemesi’nde Görülen Davalar”, *Hukuk Davaları*, C. 1, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016. (Anayasa Mahkemesi). (467-556).

**DÖNER, Ayhan;** *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

**ERDEM, Mustafa Ruhan/ KORKMAZ, Ömer;** “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 5, S. 2, Y. 2003. (182-212).

**EREN, Abdurrahman;** *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması; Uluslararası Koruma Mekanizması ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

**GEDİK, Ömer;** *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Danışman: Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013.

**GÖZLER, Kemal;** *İnsan Hakları Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.

**GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz;** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

**GÜMÜŞAY, Ramazan;** “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası”, (Danışman: Prof. Dr. Ayhan Döner), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2018.

**HACIOĞLU, Burhan Caner;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004. (93-113).

**HAMDİMİR, Berkan;** *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

**KANADOĞLU, Korkut;** *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.

**KARAMAN, Ebru;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1. Baskı, C. LXXII (72), S. 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014. (Kararların Yerine Getirilmesi). (411-434).

**KARAMAN, Ebru;** *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013. (Bireysel Başvuru).

**KARAN, Ulaş;** *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar (Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme)*, Anayasa Mahkemesi Kararlarının İzlenmesi Yoluyla Bireysel Başvuru Usulünün Güçlendirilmesi Projesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, İstanbul 2017. (Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar).

**KARAN, Ulaş;** *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018. (Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası).

**KARSLI, Abdurrahim;** *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012.

**KAYA, Seyithan;** *Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru*, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Tefrik Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013.

**KILINÇ, Bahadır;** “Bireysel Başvuruda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi”, *Haşim Kılıç'a Armağan*, C. II, Ankara 2015. (1557-1582).

**KILINÇ, Bahadır;** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006. (Kararların İnfazı).

**KORKMAZ, Ramazan;** *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.

**ÖNER, Şebnem Nebioğlu;** “İkincillik İlkesi Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Denetim Organları ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması Usulleri”, *Haşim Kılıç'a Armağan*, C. II, Ankara 2015. (1635-1691).

**ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ Tepe, İlker;** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

**ÖZBEY, Özcan;** *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

**ÖZDEK, Yasemin;** *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, Ocak 2004.

**ÖZTÜRK, Bahri;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Sonra İç Hukukta Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Konferansı*, 2. Baskı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2007. (335-359).

**PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet;** *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

**PINAR, İbrahim;** *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması*, 1. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2008.

**SURLU, Mehmet Handan;** “Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004. (633-677).

**ŞAHBAZ, İbrahim;** “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2011. (71-127).

**TANRIVER, Süha;** “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, Y. 25, Ocak-Şubat 2013. (11-35).

**TANRIVER, Süha;** *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018. (Medeni Usul Hukuku).

**TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz;** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

**URAL, Sami Sezai;** *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

**ÜNAL, Şeref;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, Y. 2000. (63-85).

**YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe;** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

**YILDIRIM, Kadir;** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1997.

#### **İNTERNET KAYNAKLARI**

“Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights”, [http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/Recommendation\\_No\\_R\\_2000\\_2\\_eng.htm](http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/Recommendation_No_R_2000_2_eng.htm), (E. T. 04.08.2018).

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik-30Haziran.pdf>, s. 11. (E.T. 15.10.2018).

**ÖNAY, Işık;** “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Tazminata Hükmetme Yetkisi ve Mahkemenin Bu Konudaki Uygulamaları Üzerine Düşünceler”, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/09/Is%CC%A7%C4%B1k-O%CC%88nay-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Maddi-Tazminata-Hu%CC%88kmetme-Yetkisi-ve-Mahkemenin-Bu-Konudaki-Uygulamalar%C4%B1-U%CC%88zerine-Du%CC%88s%CC%A7u%CC%88nceler.pdf>.



**Özel Hukuk**

---





# ALMAN ARABULUCULUK KANUNU (MEDIATIONSGESETZ; MEDIATION ACT)<sup>1</sup>

*Çevirenler: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY\**

*Arş. Gör. Damla Özden ÇELT\*\**

## Özet

21.07.2012 tarihinde kabul edilen “Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun” üst başlıklı Kanun’un 1. maddesi ile Alman hukukunda ilk defa Arabuluculuk Kanunu düzenlenmiş, bu Kanun ise 26.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk Kanununda, arabuluculuk kavramı ve uygulama alanı, arabulucunun görevleri, açıklama yapma zorunluluğu ve görev sınırları, sır saklama yükümlülüğü, arabulucunun eğitimi ve sertifikalı arabulucu, son olarak da mevzuat oluşturma yetkisi olmak üzere altı temel hususa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Arabuluculuk, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları.

## Abstract

The article 1 of the “Act on Encouragement of Mediation and Out-of-Court Dispute Resolution Ways” enacted on 21.7.2012 and came into force on 26.07.2012 regulated the Mediation Act for the first time in

---

<sup>1</sup> **Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577), das durch Artikel 135 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist**; **Mediation Act of 21 July 2012 (Federal Law Gazette I, p. 1577)**. [Çevirenin Notu (Ç.N.): Alman Arabuluculuk Kanunu’nun çevirisinde, Türk Hukuku ile mukayese edebilmek amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (kısaca HUAK; RG. 22.06.2012, Sa. 28331) ilgili hükümlerine de ilgili dipnotlarda yer verilmiştir].

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

German Law. The Mediation Act includes six main issues: the concept and scope of the mediation process, tasks of the mediator, disclosure obligations; limitations on practice, duty of confidentiality, training of the mediator, certified mediator and finally the authorisation to issue statutory instruments.

**Key words:** Mediation, out-of-court dispute resolution ways.

## § 1- Tanımlar

(1) Arabuluculuk, tarafların bir veya birden fazla arabulucunun yardımıyla isteğe bağlı ve bağımsız olarak aralarındaki uyuşmazlığı anlaşarak (dostane bir şekilde) çözmek istedikleri gizli ve sistemli bir süreçtir<sup>2</sup>.

(2) Arabulucu, tarafları arabuluculuk ile yönlendirecek şekilde karar verme yetkisi olmayan bağımsız ve tarafsız bir kişidir<sup>3</sup>.

## § 2- Süreç; Arabulucunun Görevleri

(1) Arabulucu taraflarca seçilir<sup>4</sup>.

(2) Arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecinin esaslarını ve işleyişini anladıklarından ve rızai olarak arabuluculuğa katıldıklarından emin olmalıdır.

(3) Arabulucu, her bir taraf karşısında eşit ölçüde sorumludur<sup>5</sup>. Arabulucu tarafların birbirleriyle iletişim kurmasını destekler ve

<sup>2</sup> Karş. HUAK m. 2/ 1-b hükmünde ise *arabuluculuk*, “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.

<sup>3</sup> Karş. HUAK m. 2/ 1-a hükmünde arabulucu “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>4</sup> Karş. HUAK m. 14: “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir*”.

<sup>5</sup> Karş. HUAK m. 3/ 2: “*Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler*”. Ayrıca karş. HUAK m. 9/ 3: “*Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür*”.

tarafların uygun ve adil bir arabuluculuk sürecine katılmasını temin eder. Arabulucu, tarafların tamamının onayını almak şartıyla taraflarla ayrı ayrı görüşmeler yapabilir<sup>6</sup>.

(4) Üçüncü kişiler yalnızca tarafların onay vermesi halinde arabuluculuk sürecine dâhil edilebilir.

(5) Taraflar, arabuluculuğu istedikleri her an sona erdirebilirler<sup>7</sup>. Arabulucu da özellikle bağımsız olarak iletişim kurmanın veya tarafların anlaşmasının beklenemeyeceği kanaatinde ise arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilir<sup>8</sup>.

(6) Arabulucu, taraflarca çözüme ulaşılması halinde, tarafların mevcut durumun farkında olarak anlaşma yapmalarını ve anlaşmanın içeriğini anlamalarını sağlar. Arabulucu, uzman desteği almaksızın arabuluculuk faaliyetine katılan tarafların, ihtiyaç halinde anlaşmanın dışarıdan bir uzman kişi<sup>9</sup> tarafından incelenmesini isteme imkânına dikkat çekmelidir. Tarafların onayı üzerine, yapılmak istenen anlaşma nihai anlaşma olarak belgelenir.

### § 3- Açıklama Yapma Zorunluluğu, Görev Sınırları

(1) Arabulucu, tarafsızlığını ve bağımsızlığını engelleyebilecek her durumu taraflara açıklamak zorundadır. Arabulucu, böyle durumların varlığı halinde, ancak tarafların açıkça onay vermeleri halinde, arabulucu olarak faaliyet gösterebilir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Karş. HUAK m., 8/ 1: “*Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir*”.

<sup>7</sup> Karş. HUAK m. 17: “(1) *Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:*

a) *Tarafların anlaşmaya varması....*”

<sup>8</sup> Karş. HUAK m. 17: “(1) *Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:*

b) *Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi ...*”

<sup>9</sup> Karş. HUAK m. 15/ 6 : “*Değişik: 12/10/2017-7036/22 md.) Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir*”.

<sup>10</sup> Karş. HUAK m. 9: “ (1) *Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. (2) Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte*

(2) Arabuluculuk faaliyetinden önce aynı olay için taraflardan birisi için faaliyet göstermiş olan kimse, arabulucu olarak faaliyet gösteremez. Aynı şekilde arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında veya sonrasında da aynı olayda taraflardan birisi için faaliyette bulunamaz.

(3) Bir kimse, birlikte çalıştığı veya aynı büroda çalıştığı kimse arabuluculuk faaliyetinden önce taraflardan biri için aynı uyuşmazlığa ilişkin çalışmış ise, arabulucu olarak görev alamaz. Böyle bir kimse ayrıca, arabuluculuk esnasında veya sonrasında taraflardan biri için görev alamazlar.

(4) Üçüncü fıkradaki sınırlamalar, taraflara söz konusu durum hakkında kapsamlı bilgi verilmesi ve tarafların rıza göstermesi halinde, sınırlamaların uygulanmayışı adalete aykırı bir durum yaratmayacaksa bireysel dosyalarda uygulanmaz.

(5) Arabulucu, tarafların talepleri üzerine, arabuluculuk alanındaki mesleki geçmişi, eğitimi ve tecrübeleri hakkında taraflara yükümlüdür.

#### § 4- Sır Saklama Yükümlülüğü

Kanunda aksi öngörülmedikçe, arabulucu ve arabuluculuk faaliyetine dâhil olan kimseler, sır saklamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, söz konusu faaliyette bulunulurken öğrenilen her türlü bilgiyi kapsar<sup>11</sup>.

Sır saklama yükümlülüğüne ilişkin diğer kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, bu yükümlülük aşağıdaki hallerde uygulanmaz:

1. Arabuluculuk faaliyetinde ulaşılan anlaşmanın içeriğinin açıklanması, anlaşmanın uygulanması veya icra edilebilirliği için gerekli ise,

2. Kamu düzeni sebebiyle açıklama yapılması gerekliyse; özellikle çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesinin veya bir kimsenin maddi ve manevi bütünlüğünün etkilenmesinin engellenmesinde veya

3. Herkesçe bilinen vakıalar söz konusuysa veya önemleri gereği gizli kalmaları gerekmiyorsa.

---

*talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürülebilir”.*

<sup>11</sup> Karş. “Gizlilik” başlıklı HUAk m. 4 : “(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar”.

Arabulucu taraflara sır saklama yükümlülüğünün kapsamı hakkında bilgi vermelidir<sup>12</sup>.

### § 5- Arabulucunun Başlangıç ve İleri Düzeyde Eğitimi; Sertifikalı Arabulucu

(1) Arabulucu, uygun başlangıç eğitimi ve düzenli ileri eğitim sayesinde, tarafların arabuluculuk yoluyla yetkili bir şekilde rehberlik yapmasını sağlayabilecek teorik bilgi ve pratik tecrübelerle bizzat sahip olmakla (bunu sağlamakla) yükümlüdür.

Uygun bir arabuluculuk başlangıç eğitimi özellikle şunları sunmalıdır<sup>13</sup>:

1. Arabuluculuğun esasları ve hatta arabuluculuk süreci ve çerçevesi hakkında bilgileri,

2. Müzakere ve iletişim teknikleri,

3. Uyuşmazlık çözme becerisi

4. Arabuluculuk hukuku ve hukukun arabuluculuktaki rolü hakkındaki bilgileri ve

5. Pratik alıştırmalar, rol oyunları ve denetim

(2) 6. maddeye göre öngörülen mevzuatın gereklerine uygun bir arabuluculuk eğitimini tamamlayan kimse kendisini sertifikalı arabulucu olarak tanıtabilir.

(3) Sertifikalı arabulucu, 6. maddeye göre öngörülen mevzuatın gereklerine uygun olarak kendisini geliştirmelidir.

### § 6- Mevzuat Oluşturma Yetkisi

Federal Adalet Bakanlığı, Federal Konsey'in onayı gerekmeksizin, sertifikalı arabuluculuk eğitimi ve sertifikalı arabulucuların gelişimi ve hatta eğitim ve gelişim kurumların standartları hakkında başka

---

12 Karş. "Tarafların aydınlatılması " başlıklı HUAK m. 11: " (1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür".

13 Karş. "Arabuluculuk eğitimi" başlıklı HUAK m. 22: "Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder".

düzenlemeler yapmaya yetkili kılınmıştır. Düzenlemede birinci cümleye göre özellikle aşağıdaki hususlar yer alabilir:

1. 5. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde geçen hususları içermesi gereken eğitimin içeriği hakkında ve gerekli uygulama hakkında ayrıntılı düzenlemeler;

2. Geliştirme eğitiminin içeriği hakkında ayrıntılı düzenlemeler;

3. Eğitim ve gelişim programları için asgari öğrenim saatleri;

4. Geliştirme eğitiminin tamamlanması gereken zaman aralıkları;

5. Eğitim ve gelişim programlarını yürüten kurumlarda istihdam edilen eğitimcilere ilişkin hususlar;

6. Bir eğitim ve gelişim programı kurumunun bir eğitim ve gelişim faaliyetine katılmayı nasıl sertifikalandırması gerektiğine dair düzenlemeler;

7. Eğitimin tamamlanması hakkındaki kuralları;

8. Bu kanun yürürlüğe girmeden evvel arabulucu olanlar bakımından geçiş hükümleri.

### **§ 7- Bilimsel Araştırma Projeleri; Arabuluculuğun Mali Açından Desteklenmesi**

(1) Federasyon ve eyaletler, eyaletler için arabuluculuğun mali açıdan desteklenmesinin sonuçlarını tespit etmek için, bilimsel araştırma projeleri bakımından anlaşma yapabilirler.

(2) Araştırma projesi kapsamında, kişisel ve mali şartlardan dolayı, arabuluculuk masraflarını karşılayamayan, kısmen karşılayabilen veya sadece taksitle karşılayabilen bir tarafın talebi üzerine, iddia edilen hak veya savunma zarar verme kastıyla yapılmış gibi görünmüyorsa, destekte bulunulabilir. Dava bakımından yetkili ve görevli mahkeme, bu mahkemede araştırma projesinin yürütülmesi şartıyla, talep hakkında karar verir. Karara karşı başvuru yolu yoktur. Bu konudaki ayrıntılar, 1. fıkra gereği Federasyon ve Eyaletler arasında yapılmış anlaşma ile düzenlenir.

(3) Federal hükümet, bilimsel araştırma projesi yapıldıktan sonra toplanan tecrübeler ve edinilen bilgiler hakkında Federal Meclis'i bilgilendirir.

### § 8- Değerlendirme

(1) Federal Hükümet, (Alman) Federal Meclis'e 26 Haziran 2017 tarihine kadar, eyaletlerin masraflara ilişkin yasal düzenlemelerini de dikkate alarak, bu Kanun'un Almanya'da arabuluculuğun gelişmesine etkileri ve arabulucuların eğitimi ile gelişmesi durumu hakkında rapor verir. Raporda, özellikle kalite kontrolü ve tüketicinin korunması sebeplerinden dolayı arabulucuların başlangıç ve ileri eğitimi hakkında başka kanuni önlemlerin gerekli olup olmadığı incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

(2) Rapordan kanuni önlemlerin alınması gerekliliği ortaya çıkarsa, Federal Hükümet bunlar hakkında tavsiyede bulunmalıdır.

### § 9- Geçici Hüküm

(1) Hukuki bir meselede 26 Temmuz 2012'den önce teklif olunan ve bu hususta karar verme yetkisi bulunmayan bir hâkim tarafından yargılama esnasında icra edilen arabuluculuk, bu zamana kadar tahsis edilen mahkeme arabulucusu ile 1 Ağustos 2013'e kadar devam ettirilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü, idari yargı, sosyal güvenlik yargısı, mali yargı ve iş yargısındaki arabuluculuk için de geçerlidir.





# KAT MALİKLERİ KURULU

*Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR\**

## Özet

Kat Mülkiyeti Kanunu kat maliklerinin yönetime etkin bir şekilde katılması ve çıkarlarının korunması için kat malikleri kurulunun oluşturulmasını öngörmüştür. Çalışmada kat malikleri kurulunun oluşumu, görev ve yetkileri, toplanması, karar alma süreci ve alınan kararlara karşı kat maliklerin hukuki başvuru yolları incelenmiştir. Bu kapsamda, özellikle, bağımsız bölümden kişisel ya da sınırlı aynı hak sahibi sıfatı ile yararlanan kişilerin kat malikleri kurulunda yer alıp alamayacaklarına ilişkin ortaya çıkan görüş ayrılıkları değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Kat malikleri, toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı, oy hakkı, iptal davası.

## Abstract

The Commonhold Act creates the unit-holder board in order to protect unit-holder's interests and make unit-holders more active in the administration.

In this study, it is studied the composition of the unit-holder board, its powers and responsibilities, decision making and meeting quorum, and legal remedies against decisions held by the unit-holders board. In this context, particularly, it is analyzed that whether those who enjoy with the independent unit as a limited real right holder or personal right holder have a right to join the board.

**Key words:** Unit holders, meeting quorum, decision making quorum, right to vote, nullity suit.

## I. GİRİŞ

Kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Makale Geliş Tarihi:06/11/2018 / Makale Kabul Tarihi:22/11/2018

kullanılmaya elverişli olanları üzerinde taşınmazın malik veya malikleri tarafından Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre kurulan mülkiyet hakkıdır (KMK.m.1/f.1, 2/b.a)<sup>1</sup>. KMK'nın hükümlerinin tamamı dikkate alınır, kat mülkiyeti ile arsa payı ve anataşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı özel bir paylı mülkiyet ilişkisinin kurulduğu görülür (KMK.m.3/f.1)<sup>2</sup>. Kat mülkiyeti sisteminde konu ve içerik itibarıyla birbirinden farklı fakat birbirine bağlı olan iki hak iç içe geçmiş durumdadır. Bağımsız bölüm malikleri bağımsız bölümlerinden ferdi mülkiyet, ortak yerlerden ise paylı mülkiyet hükümleri kapsamında yararlanmaktadır.

Kuşkusuz, özel bir paylı mülkiyet ilişkisi içinde bu şekilde yaşama maliklerin örgütlenmesini gerektirir. Örgütlenme ile malikler arasında bir düzenin sağlanması ve maliklerin çıkarlarının tam olarak korunması mümkün olur. Bu nedenle, Kat Mülkiyeti Kanunu kat maliklerinin yönetime etkin bir şekilde katılması ve çıkarlarının korunması için kat malikleri kurulunun oluşturulmasını öngörmüştür.

Kat maliklerinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini tam olarak kullanabilmeleri ve malikler arasındaki uyumsuzlukların olabildiğince azaltılması için kat malikleri kurulunun görevlerini Kanun'a uygun bir şekilde yerine getirmesi önemlidir. Bu amaçla, çalışmamızda toplu yapılara ilişkin hükümler saklı tutularak kat mülkiyetinde yönetiminin iskeletini oluşturan kat malikleri kurulunun oluşumu, görev ve yetkileri, toplanması, karar alma süreci ve alınan kararlara karşı kat maliklerin hukuki başvuru yolları incelenmiştir.

---

<sup>1</sup> Jale G. **Akipek/Turgut Akıntürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 416; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), İstanbul 1991, s. 3–4; Safa **Reisoğlu**, Kat Mülkiyeti, Ankara 1967, s. 43; Kat mülkiyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Ebul'ula **Mardin**, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1948; Abdulkadir **Arpacı**, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyeti, İstanbul 1984; Şeref **Gözübüyük**, Yeni Kat Mülkiyeti Sistemleri Hakkında Mukayeseli İnceleme, AD., 1952, s. 1055 vd.; Kemal **Oğuzman**, Kat Mülkiyeti Meseleleri ve Hal Çareleri, Ankara 1958; Ali **Arcak**, Kat Mülkiyeti, Ankara 1973.

<sup>2</sup> Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2016, s. 609–610; Turhan **Esener/Kudret Güven**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 295; **Akipek/Akıntürk**, s. 417; Mehmet **Ayan**, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 452.

## II. KAT MALİKLERİ KURULUNUN OLUŞUMU

Kat malikleri kurulu, kat maliklerinden oluşan ve tüzel kişiliği bulunmayan bir kuruldur<sup>3</sup>. Kurul, her bir bağımsız bölüm malikinin katılımı ile oluşmaktadır. Kurulun üyesi olma bakımından bağımsız bölümün niteliği ve arsa payının büyüklüğü herhangi bir önem taşımamaktadır<sup>4</sup>. Kat malikleri kurulunda her bağımsız bölümü bir kat maliki temsil etmektedir. Bağımsız bölüme toplu mülkiyet kuralları çerçevesinde birden fazla kişi birlikte malik ise, bunların kat malikleri kurulunda bir temsilci aracılığıyla temsil edilmesi gerekir (KMK.m.31/f.3, c.1). Bu hüküm dolayısıyla bağımsız bölüme gerek paylı mülkiyet gerekse elbirliği mülkiyeti şeklinde malik olan birden fazla kişi varsa bunların tamamının kat malikleri kuruluna katılması söz konusu olmayıp, sadece belirleyecekleri temsilcileri kurulda yer alabilir. Bu temsilci, bağımsız bölüm maliklerinin içlerinden seçecekleri bir kişi

<sup>3</sup> Peter **Breitschmid**/ Alexandra **Jungo**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Erbrecht - Art. 641-977 ZGB, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, ZGB Art 712l, N. 1; Heinz **Rey**/Lukas **Maetzke**, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3. Auflage, 2009, N. 224; Stephan **Wolf**/Jonas **Mangisch**, Stockwerkeigentum in der Schweiz / III. - VII., 50 Jahre Schweizerisches Stockwerkeigentum Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 12./13. November 2015, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 18, 2016, s. 54; Arthur **Meier-Hayoz**, Heinz **Rey**, Berner Kommentar Band/Nr. IV/1/5, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum IV, 1988, N. 51; Heinz **Rey**/Lukas **Maetzke**, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3. Auflage, Zürich 2009, N. 224; Amédéo **Wermelinger**, Das Stockwerkeigentum Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, 2014, ZGB Art. 712m, N. 1; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 672; Aydın **Aybay**/Hüseyin **Hatemi**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 234; **Esener/Güven**, s. 310; **Ayan**, s. 517; Yarg., 1. HD., T. 29.03.2004, E. 2004/3091, K. 2004/3556 “Davada gerçek ve tüzel kişiler ya da bunların yasal temsilcileri taraf olma ehliyetine sahiptir. Apartman kat malikleri kurulunun (Yönetiminin) tüzel kişiliği ve bu nedenle taraf ehliyeti yoktur” (**Yargı Dünyası e- İçtihat**).

<sup>4</sup> Kemal T. **Gürsoy**/Fikret **Eren**/Erol **Cansel**, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 458; **Arpacı**, s. 85; **Tekinay**, s. 108; **Reisoğlu**, s. 113; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 678-679; Mehmet **Şengül**, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, s. 475-476; Güneş **Ayyıldız**, Kat Mülkiyetinde Yönetim Düzeni ve Uygulama, İBD., C. 80, S. 2, Y. 2008, s. 682; Yaren **Seçer**, Toplu Yapılarda Kat Malikleri Kurulu, İBD., C. 83, S. 5, Y. 2009, s. 2523.

olabileceği gibi, malik olmayan üçüncü bir kişi de olabilir (KMK.m.31/f.2)<sup>5</sup>.

Kat malikleri kurulunda yer alacak bağımsız bölüm malikinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bağımsız bölüm maliklerinden biri velayet veya vesayet altında ise, onu kurulda yasal temsilcisi temsil eder (KMK.m.31/f.3, c.2). Tüzel kişinin bağımsız bölüm maliki sıfatına sahip olması durumunda da, tüzel kişi kurulda yetkili temsilcisi tarafından temsil edilir<sup>6</sup>. Bu durumda temsilci, tüzel kişinin yetkili organı ya da tüzel kişinin yetkili organı tarafından atanan iradi temsilci olabilir<sup>7</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki, kat maliklerinin kurulda temsilci tarafından temsil edildiği olasılıkların tamamında kurul üyeliği sıfatı, temsilciye değil, kat mülkiyeti kütüğünde bağımsız bölüm adına kayıtlı bulunan malike/maliklere aittir<sup>8</sup>.

Kanun, kat malikleri kurulunda yer almayı mülkiyet hakkı sahipliğine bağlı kılmıştır. Bu nedenle, bağımsız bölümden gerek kişisel (örneğin kira sözleşmesi) gerekse sınırlı ayni hak (örneğin oturma, intifa hakkı) sahibi sıfatıyla yararlanan kişilerin kat malikleri kurulunda yer almaları mümkün değildir<sup>9</sup>.<sup>10</sup> Bu kişiler, anataşınmazın yönetimine

<sup>5</sup> Arpacı, s. 102; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 679; Tekinay, s. 109; İpek Sağlam, Kat Mülkiyeti Kanunu'na Göre Toplanma ve Karar Alma Esasları, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, İstanbul 2009, s. 1361; Ayyıldız, s. 682. KMK.m.31/f.2'de bir bağımsız bölümün birden ziyade maliki varsa, içlerinden vekâlet verecekleri belirtilmişse de KMK.m.31/f.4 göz önünde bulundurulursa üçüncü bir kişiye de vekâlet verebilecekleri ortaya çıkacaktır.

<sup>6</sup> Wermelinger, ZGB Art. 712m, N. 24.

<sup>7</sup> Arpacı, s. 86; Şengül, s. 476.

<sup>8</sup> Arpacı, s. 85-86; Şengül, s. 477.

<sup>9</sup> Ayan, s. 517. Belirtmek gerekir ki, kurula sadece kat maliklerinin katılacağına ilişkin bu sistem eleştiriye açıktır. Zira kurulun aldığı kararların çoğunluğu bağımsız bölümü uzun süre kullanan veya bağımsız bölümden uzun süre yararlanan kişisel ya da sınırlı ayni hak sahiplerinin hukuki durumunda değişiklik meydana getirmektedir. KMK.m.22/f.1'de ortak gider, avans borcu ve gecikme tazminatından, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananların da müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Her ne kadar hükümde kiracının sorumluluğunun ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olduğu ve yaptığı ödemeyi kira borcundan düşeceği belirtilmişse de kiracılar dışındaki devamlı bir şekilde yararlanacak kişilerin sorumluluğu sınırlanmamıştır. Bağımsız bölümden oturma hakkı, intifa hakkı veya kullanım ödünçü sözleşmesi kapsamında faydalanan kişilerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu kişiler, katılımları olmadan gerçekleştirilen kat malikleri kurulunda alınan kararlar

ilişkin taleplerini ancak bağımsız bölüm maliki aracılığıyla kat malikleri kurulunda ortaya koyabilirler. Bağımsız bölüm malikinin bu talepleri kat malikleri kurulunun gündemine getirmesi zorunlu değildir. Bağımsız bölümü kullanan veya bağımsız bölümden yararlanan kişilerin, malikin bu davranışına karşı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri çerçevesinde başvurabileceği bir hukuki imkân bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, bağımsız bölüm malikine karşı ancak aralarındaki hukuki ilişkiye dayalı olarak talepte bulunabileceklerdir.

### III. KAT MALİKLERİ KURULUNUN GÖREV VE YETKİLERİ

Kat malikleri kurulu, kat mülkiyeti sisteminde temel karar alma organıdır<sup>11</sup>. Anataşınmazın yönetimine ilişkin bütün kararlar kat malikleri kurulunda alınır (KMK.m.27)<sup>12</sup>. Bu kararlar, bağımsız bölümün niteliğinin değiştirilmesine, ortak yerlere, yönetim planına, yöneticinin ve denetçinin seçimine ilişkin olabileceği gibi anataşınmaz üzerindeki tasarruf işlemlerine yönelik de olabilir. Kat malikleri kurulunun görevleri sadece yönetime ilişkin değildir. Anataşınmazın kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri, yönetici ve denetçiler arasında çıkan anlaşmazlıklar da kat malikleri kurulunca çözülür ve karara bağlanır (KMK.m.32/f.3). Ortaya çıkan anlaşmazlıklar kat malikleri kurulunda çözülmekle birlikte bağımsız bölüm maliklerinin

---

dolayısıyla borç altına girmekte ve bu kararlara karşı itiraz etme hakkına sahip olmamaktadır. Bu nedenledir ki, bağımsız bölümden uzun süreli faydalanan kişisel veya sınırlı aynı hak sahiplerinin, kendilerini ilgilendiren konularda bağımsız bölüm maliki yerine kurulda yer almasını sağlayacak ZGB Art. 712o'ya benzer bir yasal düzenlemenin hukuk sistemimiz bakımından da hayata geçirilmesi yerinde olacaktır. Aynı kanaatte **Arpacı**, s. 91-98; **Ayyıldız**, s. 683-684

- 10 Kişisel veya sınırlı aynı hak sahibi sıfatıyla bağımsız bölümden yararlanan kişilerin kat maliki toplantılarına katılması mümkün değilse de, malik tarafından verilecek bir temsil yetkisi ile kurulda temsilci sıfatıyla yer alması mümkündür.
- 11 **Breitschmid/Jungo**, Handkomm., ZGBArt. 712m, N. 1; **Wolf/Mangisch**, s. 56; **Aybay/Hatemi**, s. 234.
- 12 **Meier-Hayoz/Rey**, ZGB Art. 712m, N. 12; **Rey/ Maetzke**, N. 290, s. 77; **Aybay/Hatemi**, s. 234. Kural, taşınmazın yönetimine ilişkin bütün kararların kurul tarafından alınmasıdır. Ancak kat malikleri kurulu alacağı kararlar, bazı kararların alınmasını yöneticiye, yönetim kuruluna veya üçüncü bir kişiye devredebilir. Bkz. **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 12.

öncelikle kurula başvurmaları zorunlu olmayıp, doğrudan mahkemeye başvurmaları da mümkündür<sup>13</sup>.

Anataşınmaz, kat malikleri kurulunca kanun hükümlerine ve yönetim planına göre yönetilmektedir. Bu nedenle kurul, hangi konuda olursa olsun yönetime ilişkin alacağı kararlarda kanunun emredici hükümlerine ve bütün kat malikleri için bağlayıcı nitelik taşıyan yönetim planına uygun hareket etmek zorundadır (KMK.m.32/f.1)<sup>14</sup>.

Kat malikleri kurulunun gerek yönetime gerekse kat malikleri, yönetici ve denetçiler arasında çıkan anlaşmazlıklara ilişkin vereceği kararlar bütün kat malikleri, külli ve cüzi halefler, yönetici ve denetçiler, intifa ve oturma hakkı sahipleri ve kiracılar açısından bağlayıcı niteliktedir (KMK.m.32/f.2)<sup>15</sup>. Kanun'da, alınan kararların cüz'i halefler bakımından da bağlayıcı olacağı bir ayırım yapılmaksızın düzenlemiştir. Alınan kararların cüz'i halefleri bağlayıcılığı bakımından bir ayırımın yapılması yerinde olacaktır. Bağlayıcı nitelik taşıyan kararların bağımsız bölüm maliklerinin mülkiyet haklarına ilişkin olmayan hususlara yönelik olduğu kabul edilmelidir<sup>16, 17</sup>. Bu nedenle, yönetim konusu yerlerden yararlanma ile ilgili olan ve yönetim düzenine ilişkin kararların cüz'i halefleri bağlaması anlaşılabilir. Çünkü her yeni mülkiyet devrinde yönetim düzeninin veya yönetim konusu yerlerden yararlanmaya ilişkin hususların tekraren kurul kararına konu edilmesi kat mülkiyetinin

13 **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 457; **Ayan**, s. 519; Yarg. 5. HD., T. 28.01.1985, E. 1985/529, K. 1985/835 "Hakimin müdahalesini isteyebilmek için önce kat malikleri kuruluna başvurulması zorunluluğunu öngören bir hüküm bulunmamaktadır" (YKD., C. 11, S. 6, 1985, s. 808-809).

14 **Akıpek/Akıntürk**, s. 425; **Ayan**, s. 518-519; Mahir Ersin **Germeç**, Kat Mülkiyeti Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 800.

15 **Tekinay**, s. 106; YHGK., T. 2.3.2005, E. 2005/18-59, K. 2005/130 "Kat malikleri kurulu kararları iptal edilmedikçe Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının buyurucu hükmü gereği bütün kat maliklerini bağlayıcı niteliktedir" (**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı**).

16 Faruk **Acar**, 5711 Sayılı Yasa ile Değişik Kat Mülkiyeti Kanununa Göre Kat Malikinin Bağımsız Bölüm Üzerindeki Mülkiyetini Devir Borcu, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 72, Şubat 2008, dpn 23. **Arpacı**, s. 130.

17 Kat malikleri kurulu, görevlerini sadece kurulu oluşturan topluluğun amacı bağlamında gerçekleştirebilir. Bu nedenle, kurulun kararları ortak yerlerin ve ana taşınmazın yönetimi ile ilgili olmak zorundadır. Kurul, kanunda öngörülen istisnai durumlar hariç, kat malikinin bağımsız bölümündeki mülkiyet hakkına ilişkin bir karar alamaz (**Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 13).

işleyişini aksatacaktır. Buna karşın, kat maliklerinin tasarruf yetkilerine ilişkin (ki bu yetki malik olmaya bağlıdır) konularda kurul kararlarının cüz’i halefleri bağlaması kabul edilemez. Örneğin, kat maliklerinin paylı mülkiyetine dâhil bahçenin satılması yönünde oybirliği ile aldığı kararın yeni maliki bağlayacak olmasında durum böyledir. Nitekim ZGB Art.649a’da, yönetim düzeni, kullanım düzeni ve yönetime ilişkin kararların külli ve cüz’i halefleri bağlayacağı belirtilerek, tasarruf yetkisi gibi mülkiyet hakkının özüne ilişkin konular dışta tutulmuş gözükmektedir. O halde, alınan kararların cüz’i halefleri bağlayabilmesi için kararın yararlanma ve yönetim düzenine ilişkin olması gerekmektedir. Bu nedenle, yapılacak yeni yasal düzenlemede alınan kararların cüz’i halefleri bağlaması yönünden ayrıma gidilmeli ve KMK.m.32/f.2 açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, kararların bağlayıcı nitelikte olması kat maliklerinin söz konusu kararın iptalini dava etme imkânını elinden almaz. Alınan karara karşı süresi içinde dava açma hakları bulunmaktadır.

#### IV. KAT MALİKLERİ KURULUNUN TOPLANMASI VE KURULDA OY KULLANMA

##### A. Genel Olarak

Kat Mülkiyeti Kanunu kat malikleri kurulunun gerçekleştirecekleri toplantıları olağan toplantı ve olağanüstü toplantı olmak üzere ikili bir ayırım yaparak düzenlemiştir. Toplantının türüne göre toplantı çağrısında bulunacak kişiler, toplantı çağrı usulü, toplantı zamanı ve toplantıda uyulacak esaslar bakımından farklı hükümler öngörmüştür. Toplantıda alınan kararların hukuken beklenen etkiyi ortaya çıkarması için, o toplantı için öngörülen usul ve esasların yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde toplantıda alınan kararların kat malikleri tarafından KMK.m.33 çerçevesinde iptalinin talep edilmesi mümkün olacaktır.

##### B. Olağan Toplantı

Kat malikleri kurulunun, kanunda veya yönetim planında önceden açıkça gösterilen zamanlarda gerçekleştirdiği toplantıya, “*olağan toplantı*” denilmektedir<sup>18</sup>. KMK.m.29/f.1’de kat malikleri kurulunun

<sup>18</sup> Germeç, s. 809.

karar alabilmesi için belirli zamanlarda olağan toplantısını yapması öngörülmektedir. Bu hükme göre, kurul, yılda bir defadan az olmamak üzere yönetim planında gösterilen zamanlarda toplanır (KMK.m.29/f.1). Yönetim planında olağan toplantının yeri<sup>19</sup> ve zamanı açıkça belirtilmelidir. Örneğin, birden fazla kurul toplantısı yapılacaksa kurul toplantısının her yılın Haziran ayının ilk Pazar günü saat 13.00’de ve Şubat ayının ilk Pazar günü saat 13.00’de zemin kattaki yönetici odasında yapılacağı yönetim planında gösterilmesi yeterlidir. Yönetim planında sadece toplantının yapılacağı ay belirtilmiş, zamanı ve yeri belirtilmemişse yer ve zaman önceden kat maliklerine bildirilmelidir.

Yönetim planında kat malikleri kurulunun toplanma zamanına ilişkin böyle bir hüküm yoksa kurul, her takvim yılının ilk (ocak) ayı içinde toplanır (KMK.m.29/f.1). Bu halde toplantının yapılacağı yer ve zaman kat maliklerine önceden bildirilmelidir<sup>20</sup>. Yönetim planındaki kat malikleri kurulunun olağan toplanma zamanına yönelik yer alan hükümler bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, kurulun yönetim planında gösterilen zamanlar dışında olağan toplantı usullerine göre aldığı kararlar geçersiz olacaktır<sup>21</sup>. Belirlenen zaman dışında alınan kararlar aleyhine kat malikleri iptal davası açma yoluna başvurabileceklerdir.

Önemle belirtmek gerekir ki, yönetim planında veya yasada belirtilen zamanda (ocak ayında) yapılmayan toplantıyı olağan toplantı olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu toplantılar için olağanüstü toplantının yapılması usulüne uygun hareket etmek gerekir<sup>22</sup>. Örneğin her yılın

<sup>19</sup> Kat malikleri kurulunun toplantısının yapılacağı yer hususunda Kanun’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Toplantının yapılacağı yer yönetim planında belirlenmişse, toplantı o yerde yapılır. Yönetim planında da bu konuda bir düzenleme bulunmuyorsa, toplantının yapılacağı yeri toplantı çağrısında bulunanlar belirleyebilirler. Bkz. **Ayan**, s. 520.

<sup>20</sup> Yarg. 18. HD., T. 23.10.1995, E. 1995/9430, K. 1995/10522 “Yönetim borcunun ödenmesine dair ihtar, toplantıya çağrı kağıdı değildir. Özel yetki yoksa, genel vekaletnameye sahip avukata yapılan tebligat, kat malikleri kurulu toplantıları için yeterli değildir” (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**).

<sup>21</sup> **Ayan**, s. 378.

<sup>22</sup> **Germeç**, s. 858. Yarg. HGK., T. 26.3.2014, E. 2013/632, K. 2014/394 “Dava konusu anataşınmazın yönetim planı bulunmadığından toplantı zamanları hususunda kanun uygulanacaktır. Bu durumda yıllık olağan toplantı zamanı Ocak ayı içi olup, bunun dışındaki zamanlarda yapılacak olan tüm toplantılar ve bu bağlamda davaya konu edilen 04.11.2009 tarihli kat malikleri kurulu toplantısı olağanüstü toplantı



Haziran ayının ilk Pazar günü saat 13.00'de yapılması gereken toplantı Temmuz ayında yapılacaksa KMK.m.29/f.2'ye uygun hareket etmek gerekir<sup>23</sup>.

Olağan toplantıya çağrı usulü bakımından, olağanüstü toplantı için öngörülmüş olan usule uyulabileceği gibi toplantının ilan tahtasında bildirilmiş olması da yeterlidir<sup>24</sup>. Toplantı bildiriminde birinci toplantıda yeter sayı sağlanamaması halinde ikinci toplantının nerede ve ne zaman yapılacağı da kat maliklerine duyurulacaktır (KMK.m.29/f.3). İlk toplantı ile ikinci toplantı arasında bırakılacak süre yedi günden az olamayacağı gibi onbeş günden fazla da olamaz (KMK.m.29/f.3, m. 30/f.2).

### C. Olağanüstü Toplantı

Kat malikleri kurulu, yukarıda belirtilen olağan toplantısı dışında önemli bir sebebin ortaya çıkması durumunda olağanüstü de toplanabilir. Önemli sebeplere yöneticinin görevden ayrılması, anayapıda çok masraf gerektiren bir onarım işinin ortaya çıkması veya hukuki nedenler dolayısıyla belirli kararların alınması örnek gösterilebilir.

Olağanüstü toplantının yapılmasını yönetici, denetçi veya kat maliklerinin üçte biri isteyebilir (KMK.m.29/f.2). Bu hüküm dolayısıyla her bir kat malikinin tek başına olağanüstü toplantıyı talep edebilmesi mümkün olmadığı gibi, toplantının yapılması için mahkemeye başvurması da mümkün değildir<sup>25</sup>. Kat malikleri kurulunu toplantıya çağırma yöneticinin görevi olduğu için (KMK.m.35) denetçi ve üçte bir oranındaki kat maliki olağanüstü toplantı taleplerini yöneticiye iletecekler ve toplantıya çağırma yönetici gerçekleştirecektir. Yönetici bu

---

niteliğindedir ve geçerliliği kanun maddesinde belirtilen koşullara bağlıdır.” (Lexpera); Yarg. 18. HD., T. 17.4.2002, E. 2002/3259, K. 2002/4425 “Ocak ayının içinde ancak gecikmeli yapılan toplantının olağan bir toplantı olarak kabulü gerekir” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>23</sup> Yarg. 18. HD., T. 26.06.2014, E. 2014/8333, K. 2014/11444 “Yönetim planının 10. maddesine göre kat malikleri kurulunun her yılın Nisan ve Ekim aylarında toplanacağı belirtilmiştir. Yönetime ait karar defteri incelendiğinde toplantının ... Ocak ayında yapılacağına dair bir kat malikleri kurulu kararı olmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle, 17.01.2013 günlü toplantı olağanüstü kat malikleri toplantısı niteliğindedir” (Legal Bank).

<sup>24</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 677.

<sup>25</sup> Mustafa Reşit Karahasan, Mülkiyet Kat Mülkiyeti Hukuku 3, İstanbul 1999, s. 322.

talebe rağmen kurulu toplantıya çağırılmazsa denetçi veya üçte bir kat maliki toplantı çağırısında bulunabilecektir<sup>26</sup>.

Olağanüstü toplantı, olağan toplantı gibi belirli bir zamanda yapılmadığı için toplantının sebebi<sup>27</sup>, yeri ve zamanı kat maliklerine bildirilmelidir. KMK.m.29/f.2'ye göre, olağanüstü toplantının yapılacağı tarih, toplantının yapılacağı tarihten en az onbeş gün önce bütün kat maliklerine bildirilir. Yapılacak bildiri kat maliklerine imzalatırlacak bir çağrıyla veya taahhütlü mektupla gerçekleştirilir. Bu usuli işlemlere uygun hareket edilmemesi durumunda kat malikleri toplantıda alınan kararların iptalini mahkemeden talep edebilirler<sup>28</sup>.

## D. Toplantı Yeter Sayısı

### 1. Birinci Toplantı Yeter Sayısı

Kat malikleri kurulu olağan ve olağanüstü toplantıda, kat maliklerinin sayısı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır

<sup>26</sup> **Arpacı**, s. 119; **Germeç**, s. 858. **Sağlam**, s. 1354. Yöneticinin talebe rağmen kurulu olağanüstü toplantıya çağırılmaması halinde, talepte bulunanların nasıl hareket edeceğine ilişkin Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, iki farklı usul izlenebilir. Birinci usul, toplantı talebinde bulunanların toplantı çağırısında da bulunmaya yetkili olduğunun kabulüdür. İkinci usul ise, derneklerin olağanüstü toplantıları için öngörülen "*Yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya çağırılmazsa; üyelerden birinin başvurusu üzerine, sulh hakimi, üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırarak görevlendirir*" hükmüne benzer şekilde, başvuru üzerine hakim talepte bulunanlardan birini kurulu toplamakla görevlendirebilir. Aynı uygulamanın yöneticinin bulunmadığı durumlar içinde geçerli olduğu kabul edilmelidir. Zira KMK.m.34/f.2'ye göre anagayrimenkulde sekizden az bağımsız bölüm varsa yönetici atanması zorunlu değildir. Böyle bir olasılıkta da, olağanüstü toplantı çağırısı için aynı usullerin izlenmesi mümkündür.

<sup>27</sup> Yarg. 18. HD., T. 27.3.1992, E. 1992/985, K. 1992/2006 "29. maddenin 2. fıkrasında olağanüstü toplantının sebebinin de bildirilmesi şart koşulduğuna göre toplantıda alınacak kararların bildirilen sebeplerle sınırlı olması gerektiği kabul edilmelidir. ... Bu durumda, olağanüstü toplantı sebepleri arasına dahil edilmeyen yönetim planındaki değişiklik ve ona dayanılarak düzenlenen işletme projesinin iptali gerektiğinin düşünülmemekle davanın tamamının reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**).

<sup>28</sup> Yarg. 18. HD., T. 17.6.2010, E. 2010/2228, K. 2010/9145 "Kat malikleri kurulunun olağan zamanı dışında yapılan toplantının olağanüstü toplantı niteliğinde olduğu açıktır. Kat maliki olan davacıya yasaya uygun olarak olağanüstü toplantı çağırısı yapılmamış, toplantı davacının yokluğunda yapılmıştır. Davacının kiracısına yapılan çağırının kat maliki davacıya yapılmış sayılması mümkün bulunmadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekir" (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**).

(KMK.m.30/f.1). Kanun, toplantı yeter sayısı bakımından pay ve paydaş çoğunluğunu (çifte çoğunluğu) aramaktadır. Buna göre, bağımsız bölüm maliklerinin yarısından fazlasının toplantıda hazır bulunması yeterli olmayıp, ayrıca toplantıda hazır bulunan bu kat maliklerinin arsa payı bakımından da toplam arsa payının yarısından fazlasına sahip olması gerekir<sup>29</sup>. Örneğin, 16 bağımsız bölümün bulunduğu bir anayapıda toplam arsa payı 100 olarak kabul edilirse, toplantı yeter sayısının sağlanabilmesi için 9 bağımsız bölüm malikinin toplantıya katılması ve bu maliklerin arsa payı toplamının da 51 olması gerekir. Bir kişi birden fazla bağımsız bölüme malik ise, toplantı yeter sayısının “kat maliki sayısına ilişkin çoğunluğu”nun belirlenmesi bakımından her bağımsız bölümü için ayrı ayrı hesaba katılmamalı ve tek kişi olarak kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Aksi takdirde bağımsız bölümlerin yarısından fazlasına sahip olan kat maliki arsa payının da yarısından fazlasına sahip ise anataşınmazın yönetimine ilişkin kararları tek başına alabilecektir. Bu durum ise, Kanun’un kat malikleri kurulunun oluşumunu öngören hükümlerinin amacına aykırı olacaktır. Birden fazla bağımsız bölüme

29 **Breitschmid/Jungo**, Handkomm., ZGBArt. 712p, N. 2; Yarg. 18. HD., T. 10.9.2013, E. 2013/9292, K. 2013/11153 “... Davaya konu toplantının anataşınmaz kat malikleri kurulunun olağanüstü nitelikte 1. toplantısı olduğu, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 30. maddesi gereğince 1. toplantı ( 147 kat malikinden asaleten ve vekaleten 86 kişi, 3000 arsa payından ise 1830 arsa payı ) nisabının sağlandığı, ... anlaşılacakla Kanunun aradığı koşullara uygun olarak alınan bu kararların iptali hakkındaki istemlerin reddi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmüştür”. **(Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası)**.

30 **Arpacı**, s. 141; **Germeç**, s. 870; **Sağlam**, s. 1356. Yarg. 18. HD., T. 4.6.1998, E. 1998/5357, K. 1998/6652 “Anagayrimenkulde 22 bağımsız bölüm ile oniki adet kat maliki bulunmaktadır. İlk toplantı günü olarak belirlenen 14.2.1996 günü toplantıya her biri altışar bağımsız bölüm maliki olan Fikriye ve S.Seydi Ulus, kat maliki olmayan ancak Nurhan Aktar ve Bülent Dağdelen adına vekaleten Tahsin Ulus katılmıştır. Bu durumda toplantıya katılan kat maliklerinin sayısı dörttür. Oysa kat maliki sayısı bakımından toplantı nisabı yedidir” **(Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası)**. Yarg. 18. HD., T. 21.9.1995, E. 1995/8160, K. 1995/8940 “Anagayrimenkulde 12 bağımsız bölüm mevcut olup bağımsız bölüm malikleri 8 kişiden ibarettir. Davacı 12 bağımsız bölümün beşinin maliki ise de, maliki olduğu her bir bağımsız bölüm için ayrı bir kişilik taşımaz. Bağımsız bölüm malikleri arasında kendisi tek kişidir. Bu sebeple 11.5.1989 tarihli toplantıda malik sayısı bakımından da (8 malikin 6’sı) arsa payında olduğu gibi çoğunluğun mevcut olduğunun kabulü gerekir” **(Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası)**. Aksi kanaate alanlara göre ise, bir kişi birden fazla bağımsız bölüme malik ise toplantı yeter sayısının belirlenmesi bakımından her bağımsız bölümü için ayrı ayrı hesaba katılmalıdır. Bkz. **Reisoğlu**, s. 114; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 678; **Ayan**, s. 522.

sahip kat maliki, yeter sayının belirlenmesinde tek bir kişi gibi dikkate alınmakla birlikte, arsa payı çoğunluğunun belirlenmesinde ise sahip olduğu arsa paylarının tamamı dikkate alınacaktır.

Kanun'da öngörülen toplantı yeter sayısının nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir<sup>31</sup>. Bu nedenle, yönetim planında yer alacak düzenleme ile yeter sayı ağırlaştırılabilir. Ancak söz konusu yeter sayının azaltılmasına ilişkin bir düzenleme yapılması mümkün değildir.

## 2. İkinci Toplantı Yeter Sayısı

Gerek olağan gerekse olağanüstü toplantı için öngörülen toplantı yeter sayının sağlanamaması nedeniyle ilk toplantının yapılamaması halinde, ikinci toplantı, en geç onbeş gün sonra yapılır. Kanun, ikinci toplantı için özel bir toplantı yeter sayısı belirlememiştir<sup>32</sup>. Bu nedenle, ikinci toplantıda pay ve paydaş çoğunluğu aranmaksızın toplantıya katılan kat malikleri ile ikinci toplantı yapılacaktır<sup>33, 34</sup>.

31 **Breitschmid/Jungo**, Handkomm., ZGBArt. 712p, N. 1.

32 ZGB Art. 712p'de ikinci toplantı yeter sayısı özel olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, ikinci toplantının yapılabilmesi için tüm kat maliklerinin üçte birinin toplantıda hazır bulunması gerekmektedir. Ayrıca ikinci toplantıya katılan kat maliki veya temsilci sayısı da en az iki kişi olmalıdır.

33 İkinci toplantı için her hangi bir toplantı yeter sayısının aranmaması, kurulda diğer kat maliklerinin çoğunluğunun karşı çıkacağı kararların alması ihtimalini ortaya çıkaracaktır. Ancak, kat malikleri toplantısının uzun süre yeter sayı sağlanamadığı için yapılamaması da olağan nitelikte sayılan yönetim işlerinin aksamasına sebep olacaktır. Ayrıca, ikinci toplantının birkaç kat malikinin katılımıyla yapılması durumunda dahi, özel karar yeter sayılarının arandığı hallerde karar yeter sayısı sağlanamadığı için kararların alınması da mümkün olmayacaktır. Olumsuz sonuçlar ortaya çıkarma ihtimali bulunsa da, kat mülkiyeti sisteminin işlerliğini sağlamak için ikinci toplantıda yeter sayı aranmadan toplantının yapılması yerinde olacaktır. Bu yönde karar için bkz. Yarg. 18. HD., T. 14.9.2009, E. 2009/978, K. 2009/6862 "Emredici nitelikte olan bu hükümler, toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan ikinci toplantılarda da 30.maddenin son fıkrası hükmü uyarınca uygulanmalıdır. Başka bir söyleyişle, toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan kat malikleri kurulu toplantısında, katılanların çoğunluğunun oyları ile genel idari konularda karar alınabilir ise de yasal koşul olan ikili çoğunluk sağlanmadıkça yönetici ve denetçi atamasıyla ilgili karar alınmaz. Ana gayrimenkulde 62 bağımsız bölüm bulunmakta olup davaya konu edilen kat malikleri kurulu toplantısı 5'i vekaleten olmak üzere toplam 19 kat malikinin katılımıyla yapılmış ve iptali istenen kararlar katılanların oybirliğiyle alınmıştır. Mahkemenin, ikinci toplantı olduğundan toplantı yeter sayısının bulunduğu ve aşağıda açıklananlar dışında kalan hususlarda karar alınabilmesi için nitelikli çoğunluk aranmayacağına ilişkin kabulünde bir isabetsizlik yoktur" (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**).

*Germeç*'e göre, Kanun hükümlerinde alınacak karar için belirli bir çoğunluk öngörülmüş ise (örneğin yönetici seçimi için sayı ve arsa payı çoğunluğu gibi) toplantı yeter sayısı bakımından da bu sayıya uyulması gerekir. Aksi takdirde ikinci toplantı da olsa kat malikleri kurulu toplanamaz ve karar veremez<sup>35</sup>. Kanaatimizce, bu yöndeki bir düşünce kanunun farklı toplantı ve karar yeter sayısı öngörmesindeki amaca uygun düşmez. Kanunun özel karar yeter sayısı aradığı durumlarda toplantı yeter sayısının karar yeter sayısının altında olamayacağını kabul etmek KMK.m.19/f.2'ye ilişkin karar alınacaksa beşte dört çoğunlukla, KMK.m.24'e ilişkin karar alınacaksa oy birliği ile toplanmayı gerekli kılar. Ayrıca bu yorum tarzı, kurulda değişik karar yeter sayıları aranan birden fazla karar alınacak ise, toplantı yeter sayısının hangi çoğunluk esas alınarak belirleneceği sorununu da gündeme getirecektir. Böyle bir düşünce, hem ikinci toplantı yeter sayısını birinci toplantı yeter sayısından daha ağır bir duruma getirmekte hem de karar yeter sayısını toplantı yeter sayısı olarak kabul etmek anlamına gelmektedir<sup>36</sup>. Bu durumda ise, kat malikleri kurulunda toplantı yeter sayısı çoğu zaman sağlanamayacak ve oy çokluğunu gerektiren yönetime ilişkin kararlar dahi alınmayacaktır. KMK.m.30/f.3'teki "*Bu kanunda yeter sayı için ayrıca konulmuş olan hükümler saklıdır*" hükmü toplantı yeter sayısı açısından değil karar yeter sayısı açısından öngörülmüştür. Bu nedenle, birinci toplantıda çifte çoğunlukla, ikinci toplantıda gelenlerin katılımı ile toplanılmalı ve gündem görüşülmelidir. Toplantı yeter sayısının sağlanmasına rağmen özel karar nisabının arandığı durumlara ilişkin karar yeter sayısı sağlanamamışsa o konular hakkında karar alınamamalıdır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> **Reisoğlu**, s. 114; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 678; **Tekinay**, s. 106; A. Lale **Sirmen**, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 445; **Ayan**, s. 522. Kanun'un ikinci toplantıda karar yeter sayısını katılanların salt çoğunluğu olarak belirlediğini, bu nedenle salt çoğunluğu oluşturmaya yeter sayıda kat malikinin toplantıda hazır bulunması gerektiğini ileri süren görüşe göre, ikinci toplantı yeter sayısı en az üç kat malikinin katılımıyla sağlanabilir. Bu görüş için bkz. **Arpacı**, s. 142-143; **Şengül**, 526; **Ayyıldız**, s. 690.

<sup>35</sup> **Germeç**, s. 871.

<sup>36</sup> İkinci toplantının birinci toplantıdan daha katı kurallara bağlanamayacağı, kanunun amacın kat malikleri kurulu toplantısının gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik olduğu hususunda bkz. **Wermelinger**, ZGB Art. 712p, N. 43; **Breitschmid/Jungo**, Handkomm., ZGB Art. 712p, N. 4.

<sup>37</sup> Yarg. 18. HD., T. 28.10.2014, E. 2014/10996, K. 2014/15010 "Buna göre toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan kat malikleri kurulu toplantısında,

Ertaş'a göre ise, ikinci toplantıda herhangi bir toplantı yeter sayısının aranmayacağı kuralı, olağan kat malikleri kurulu toplantıları için geçerli sayılmalıdır<sup>38</sup>. Olağanüstü kurul toplantılarında ikinci toplantılar için de pay ve paydaş çoğunluğu aranmalıdır<sup>39</sup>. İkinci toplantı yer sayılarının belirlenmesi bakımından Ertaş'ın ileri sürdüğü görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira Kanun'un sistematigi dikkate alındığında KMK.m.30'da olağan ve olağanüstü toplantı ayrımı yapılmadan toplantı yeter sayıları düzenlenmiştir. Kanun, her iki toplantı türü için de, ikinci toplantı yeter sayısından söz etmemektedir. Sadece karar yeter sayısının katılanların salt çoğunluğu olduğu belirtilmektedir. KMK.m.30/f.2'de olağan kat malikleri kurulunun ikinci toplantının herhangi bir yeter sayı aranmaksızın yapılacağına ilişkin özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle, ikinci toplantı yeter sayısının olağan - olağanüstü toplantı ayrımı yapılmaksızın değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

## E. Kat Malikleri Kurulunda Oy Kullanma

### 1. Genel Olarak

Kat malikleri kurulunun iradesi, kat maliklerinin bireysel iradelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Kat malikleri, kurulun bu ortak iradesinin oluşmasına kurulda oy kullanma yoluyla katılırlar<sup>40</sup>. İradenin oluşması açısından maliklerin katılımı gerektiği için oy kullanma hakkının devredilmesi veya bu haktan önceden feragat edilmesi mümkün değildir<sup>41</sup>.

---

katılanların çoğunluğunun oyları ile yasal koşul olan sayı ve arsa payı çoğunluğu sağlanmadıkça yönetici ve denetçi atamasıyla ilgili karar alınmaz" (**Legalbank**).

38 Şeref Ertaş, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s.477.

39 Ertaş, Şerh, s.477.

40 Meier-Hayoz/Rey, BernerKomm Art. 712m, N. 61.

41 Breitschmid/Jungo, Handkomm., ZGBArt. 712m, N. 11; Arpacı, s. 89; Ayyıldız, s. 684; Yarg. 18. HD., T. 29.4.1993, E. 1993/2823, K. 1993/5703 "Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca aslanan bağımsız bölüm maliklerinin davet edilmesi ve onların toplantıya katılması olup önceden verilmiş vekaletnameye istinaden bu husus bertaraf edilerek ve kat maliklerinin bu konudaki onayları alınmadan yapılan toplantı usul ve yasaya aykırıdır" (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**). "Bağımsız bölüm maliki oy kullanma hakkında bir bütün olarak önceden feragat edilmesi mümkün değilse de, malik münferit bir karar için oy kullanma hakkından feragat edebilir." (Meier-Hayoz/Rey, BernerKomm Art. 712m, N. 61).

KMK.m.31 hükmü kat malikleri kurulundaki oylamalara katılma esaslarını düzenlemektedir. Her kat maliki sahip olduğu arsa payının büyüklüğüne veya bağımsız bölümün niteliğine bakılmaksızın tek oy hakkına sahiptir (KMK.m.31/f.1). Bir kişi anataşınmazdaki birden fazla bağımsız bölümün maliki ise her bağımsız bölümü için ayrı ayrı oy hakkı bulunmaktadır. Kanun, diğer kat maliklerinin çıkarlarının korunması ve bir kişinin yönetime hâkim olmasını engellemek için bu kurala sınırlama getirmiştir. KMK.m.31/f.2'ye göre, bir kişi birden fazla bağımsız bölüme malikse, onun malik olduğu bağımsız bölümlerin sayısı ne olursa olsun, sahip olacağı oy sayısı bütün oyların üçte birinden fazla olamaz. Örneğin 18 bağımsız bölümün olduğu bir anataşınmazda kişi 8 bağımsız bölümün maliki ise kat malikleri kurulunda 6 tane oy kullanabilir. Bu kişinin kullanacağı oylar hesaplanırken kesirler dikkate alınmayacaktır (KMK.m.31/f.2). Örneğin 14 bağımsız bölümün bulunduğu bir anataşınmazda 6 bağımsız bölümün maliki olan kişi 4 oy hakkına sahiptir.

## 2. Temsilci Aracılığıyla Oy Kullanma

Kat malikleri kurulunda maliklerin oylarını bizzat kullanmaları zorunlu değildir. Oyun yetkili temsilci aracılığıyla da kullanılması mümkündür (KMK.m.31/f.4). Bu temsilci, diğer kat maliklerinden birisi olabileceği gibi kat maliki olmayan üçüncü bir kişi de olabilir<sup>42</sup>. Kanun birden fazla bağımsız bölüme sahip bir kat malikinin kullanabileceği oy sayısı bakımından sınırlama getirdiği gibi bir kişinin temsil edebileceği bağımsız bölüm maliki sayısı bakımından da sınırlama getirmiştir. KMK.m.31/f.4'e göre bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere temsilci tayin edilemez. Bu hükme göre, bir kişi tüm oyların yüzde beşini kullanabilecek şekilde temsilci tayin edilebilecektir. Bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, Kanun'un temsili kat maliki sayısı ile değil de oy sayısı ile sınırladığıdır. Bu nedenle, temsilci, birden fazla bağımsız bölüme sahip kişiyi temsil edecekse hem kullanacağı oy sayısı hem de temsil edeceği kişi sayısı bakımından sınırlamaya tabi olacaktır. Kırk ve daha az sayıdaki bağımsız bölümün bulunduğu kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kat malikini temsil edebilir (KMK.m.31/f.4). Kırktan fazla bağımsız bölüme sahip olan yapılarda ise, yüzde beşlik oy sınırına dikkate edilmesi koşuluyla bir kişinin kurulda ikiden fazla kişiyi temsil etmesi mümkündür. Örneğin,

<sup>42</sup> **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 26; **Reisoğlu**, s. 113; **Şeref Ertaş**, Eşya Hukuku, İzmir 2017, s. 460; **Sağlam**, s. 1362.

60 bağımsız bölümün bulunduğu anataşınmazda oy sayısının yüzde beşi üç (3) olduğu için vekil ancak üç kişiyi temsil edebilecektir. Böyle bir durumda, temsil edilecek kişi üçten fazla bağımsız bölümün maliki ise aynı temsilci aracılığıyla sadece üç oy kullanabilecektir. Diğer oylarını kullanmak için başka birisini temsilci olarak tayin etmesi gerekecektir.

Bazı durumlarda ise, kat malikinin oylarını temsilci vasıtasıyla kullanması yasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bağımsız bölümün malikinin, ayırt etme gücünden yoksun olması veya küçük veyahut kısıtlı olması halinde oyunu onun yerine yasal temsilcisi kullanacaktır (KMK.m.31/f.2). Küçüklerin oyunu velayet hakkına sahip olan ana ve babası, kısıtlıların oyunu ise vasisi kullanacaktır. Vasinin oy kullanacağı konu TMK.m.462/b.1, 3 ve 8'de sayılan durumlardan birine ilişkinse vasinin oy kullanmak için ayrıca vesayet makamından da izin alması gerekir<sup>43</sup>.

Bir bağımsız bölümün birden fazla maliki varsa bunların tamamının kat malikleri kuruluna katılması söz konusu olmayıp, sadece belirleyecekleri temsilcileri kurulda yer alabilir. Bu temsilci maliklerin içlerinden birisi olabileceği gibi, malik olmayan üçüncü bir kişi de olabilir (KMK.m.31/f.2). Temsilci onlar adına kurulda oyu kullanır.

Kat maliki ile temsil edilecek kişi arasındaki temsil ilişkisine hangi şeklin uygulanacağı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle, bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin genel hükümleri uygulanmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda temsil yetkisinin verilmesi bakımından kural olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmediği dikkate alınırsa sözlü olarak verilen temsil yetkisi de yeterli olmalıdır<sup>44</sup>.

43 KMK.m.31/f.2'de kat maliklerinden birinin ehliyetsiz (tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz) olması durumunda onu yasal temsilcisinin temsil edeceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, hükümde ehliyetsiz kat maliklerinden bahsedilmiş olsa da, hükmün kendisine yasal danışman atanan kişileri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması yerinde olacaktır. Zira TMK.m.429'da belirtilen nitelikteki işlerden birine yönelik olarak kat malikleri kurulunda karar alınması gerekiyorsa yasal danışmanın oyunun alınması yasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkacaktır. Örneğin, anagayrimenkül üzerinde bir aynı hak kurulmasında TMK.m.429/b.2 gereği, anayapıda olağan yönetim sınırları dışında kalan bir yapı işinin yapılmasında TMK.m.429/b. 4 gereği sınırlı ehliyetli kat malikinin yasal danışmanın onayını alması gerekir. Yasal danışmanın onayının karın alınmasından sonra alınabileceği düşünülebilirse de, kurulun toplanma ve karar alma süreci değerlendirildiğinde söz konusu onayın kararın alınmasından sonra alınması da mümkün olmayacaktır. Zira verilen oya göre, alındığı anda kararın geçerli veya geçersiz olması söz konusu olacaktır.

44 Arpacı, s. 104; Seda Öktem Çevik, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010, s. 135; Seçer, s. 2523; Yarg. 18. HD., T. 3.12.2007, E. 2007/10272, K. 2007/10513



Ancak kararların alınmasından sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek için temsil yetkisinin temsilciye maliki kurulda temsil etmeye yetkili kıldığını belirtir şekilde yazılı verilmesi uygun olacaktır.

### 3. Oy Kullanma Hakkının Sınırlandırılması

Her bağımsız bölüm malikinin kat malikleri kuruluna katılma hakkı bulunmakla birlikte, kurulda alınacak kararlar bakımından bazı durumlarda oy hakkı sınırlandırılmıştır. Bağımsız bölüm malikinin oy hakkının sınırlanmasına ilişkin genel nitelikli düzenleme KMK.m.31/f.3’de yer almaktadır. Hükme göre, “*Alınacak karar doğrudan doğruya kendini ilgilendiren kat maliki görüşmelerde hazır bulunabilir, fakat oya katılamaz*”. Hüküm özellikle kurulda alınacak karardan doğrudan etkilenecek bağımsız bölüm maliki ile diğer bağımsız bölüm malikleri arasında çıkar çatışmasının bulunduğu durumlarda oy hakkında sınırlama getirmektedir. Örneğin, kat mülkiyetinin zorunlu devri için kurulda davanın açılmasına karar verileceği zaman devir mecburiyeti altına girecek bağımsız bölüm maliki kurulda oy hakkından yoksun olacaktır<sup>45</sup>. KMK.m.25’te bu durum “*mülkiyetin diğer kat maliklerine, arsa payları oranında devredilmesi için davanın açılması, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla karar vermesine bağlıdır.*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>46</sup>.

---

“Vekâlet sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Vekâlet ilişkisinin bu özelliği dikkate alındığında bir bağımsız bölüm malikini vekâleten temsil ettiğini bildiren başka bir kat maliki veya kişi toplantıya bu sıfatla kabul edilip verilen kararlara o kat maliki adına katıldığında bu kişinin yazılı vekâleti bulunmasa bile salt bu gerekçeyle toplantı ve oylama yeter sayısında hesaba katılamayacağı ileri sürülemez. Meğer ki bu yolla temsil edilen kat maliki o kişinin kendisini temsil etmediğini, ona vekâlet vermediğini belirtmiş olsun” (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**).

45 Arpacı, s. 106.

46 Oy kullanma hakkı sınırlanan bir kat malikinin kurulda oy kullanması halinde bunun hukuki sonucunun ne olacağı gündeme gelecektir. Kanaatimizce böyle bir durumda oy hakkı sınırlanan kat malikinin kullandığı oy alınan kararı etkilemiyorsa, diğer bir ifade ile onun oyu olmadan da aynı yönde karar alınabiliyorsa alınan kararın geçerli olduğunu kabul etmek yeterince olacaktır. Aynı yönde Arpacı, s. 108; Ayyıldız, s. 684.

## V. KAT MALİKLERİ KURULUNUN KARAR YETER SAYILARI

### A. Ana Kural

Kat malikleri kurulunda, kural olarak, arsa paylarının büyüklüğü dikkate alınmadan toplantıya katılan maliklerin sayısı itibariyle oy çokluğuyla karar alınmaktadır<sup>47</sup>. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu, paylı mülkiyetin özel bir görünümü olarak kabul edilen kat mülkiyeti sisteminin oluşturulmasındaki amacı da dikkate alarak bir takım kararların alınması bakımından özel karar yeter sayıları düzenlemiştir. Bu özel karar yeter sayıları, arsa payı ve paydaş çoğunluğu (çifte çoğunluk), beşte dört çoğunluk ve oybirliği şeklinde sınıflandırılabilir. Kanunkoyucu, öngörülen özel karar yeter sayılarının emredici nitelikte olup olmadığını bazı maddelerde açıkça düzenlemiştir. Örneğin, KMK.m.25'te kat mülkiyetinin zorunlu devrinin mahkemeden talep edilebilmesi için diğer kat maliklerinin sayısı ve arsa payı çoğunluğuyla karar vermesi aranmaktadır. Ancak hükümde bu özel karar yeter sayısının aksi kararlaştırılmış olmadıkça uygulanacağı da açıkça belirtilmektedir. Kanunkoyucunun bu şekilde aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğunu açıkça belirttiği haller dışında kalan özel karar yeter sayılarına ilişkin hükümler mutlak emredici niteliktedir. Bu nedenle, özel karar yeter sayılarına ilişkin bu hükümlerin yönetim planında yer verilecek düzenleme ile aksinin kararlaştırılması mümkün değildir<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> KMK.m.30 birinci toplantıda alınacak kararlar bakımından “*Kat malikleri kurulu ... oy çokluğuyla karar verir.*” ifadesi yer almaktadır. İkinci toplantıda alınacak kararlar bakımından ise “... *karar yeter sayısı, katılanların salt çoğunluğudur.*” ifadesine yer verilmiştir. Kanun'da birinci toplantının karar yeter sayısını “*oy çokluğu*” olarak belirtmesine rağmen, doktrinde bu kavramın ikinci toplantı karar yetersayısının belirlenmesinde kullanılan “*katılanların oy çokluğu*” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. **Tekinay**, s. 108; **Arpacı**, s. 142; **Akipek/Akıntürk**, s. 425; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 678, **Ertaş**, Şerh, s.477; **Ayan**, s. 523; **Şengül**, s. 521; **Öktem Çevik**, s. 126.

<sup>48</sup> Yarg. 5. HD., T. 11.11.1985, E. 1985/11970, K. 1985/12226 (**YKD.**, S. 2, 1986, s. 210; Yarg. 18. HD., T. 5.3.1998, E. 1997/13108, K. 1998/2103 “Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 28. maddesi hükmüne göre, yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin 4/5 oyu gerekli ve yeterlidir. Bu hüküm, amir niteliği itibariyle kamu düzeniyle ilgili olup, yönetim planında bunun aksine (daha az ya da çok çoğunluk veya oybirliği) bir hüküm geçerli değildir.” (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**). Yarg. 18. HD., T. 26.2.1998, E. 1997/12739, K. 1998/1803 “Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. maddesine göre yönetici, kat maliklerinin hem sayısı, hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır. Bu hüküm emredici nitelikte

Örneğin, KMK.m.42/f.1 ortak yerlerde yenilik ve ilaveler yapılmasının arsa payı ve paydaş çoğunluğu ile karar alınmasıyla mümkün olduğunu düzenlemiştir. Kat malikleri hazırlayacakları yönetim planında bu yenilik ve ilavelerin yapılması için sadece oy çokluğu ile karar alınmasını kararlaştıramayacakları gibi, bu kararın oybirliği ile alınmasını da kararlaştıramazlar. Yönetim planında bu yönde yer alacak düzenlemeler TBK.m.27 çerçevesinde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

### **B. Arsa Payı ve Paydaş Çoğunluğu (Çifte Çoğunluk) Aranılan Kararlar**

Arsa payı ve paydaş çoğunluğunun arandığı kurul kararlarında, kararın alınabilmesi için bağımsız bölüm maliklerinin yarısından fazlasının olumlu oy vermesi yeterli değildir. Ayrıca olumlu oy kullanan bağımsız bölüm maliklerinin arsa payları toplamının da toplam arsa payının yarısından fazlasını oluşturması gerekir.

Kanun'un sistematığına göre, kat malikleri kurulunun arsa payı ve paydaş çoğunluğu ile alabilecekleri kararlar şu şekilde sıralanabilir:

*a) Kat mülkiyetinin zorunlu devri için dava açılması (KMK.m.25):* Kat maliklerinden biri Kat Mülkiyeti Kanunu dolayısıyla kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle diğer kat maliklerinin haklarını, onlar için çekilmez hale gelecek derecede ihlal ederse, diğer kat malikleri, o kat malikinin bağımsız bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine arsa payları oranında devredilmesini mahkemeden talep edebilirler. Mülkiyetin diğer kat maliklerine, arsa payları oranında devredilmesi için davanın açılması, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla vereceği karara bağlıdır.

*b) Yöneticinin atanması (KMK.m.34/f.4):* Yönetici, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğun vereceği kararla atanır<sup>49</sup>.

---

olup, kamu düzeni ile ilgilidir. O nedenle yönetim planında bunun aksine bir hüküm olsa dahi uygulanmaz" (**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı**).

49 Yarg. 18. HD., T. 6.12.2017, E. 2017/4840, K. 2017/10192 "372 adet bağımsız bölümden oluşan davaya konu sitede yapılan 18.07.2010 tarihli toplantıda, yönetici seçimine dair kararın, kat malikleri kurulunda kat maliklerinin sayı ve arsa payı fazlalığı ile seçilmesi gerekmektedirken, yöneticilerin sayı bakımından 187 oy almaları gerekirken, 137 oy alarak seçildikleri, arsa payı bakımından ise 1633/3264 arsa payıyla seçilmeleri gerekirken buna dair tespit yapılmadan yönetim kurulunun seçildiği, böylece seçilen yönetim kurulunun sayı ve arsa payı fazlalığı

c) *Yönetimin denetlenmesi (KMK.m.41/f.3)*: Kat malikleri kurulu, yöneticinin görevlerini yerine getirip getirmediğini devamlı olarak denetleme yetkisine sahiptir. Ancak kat malikleri kurulu denetim işinin denetçiler tarafından yapılmasına da karar verebilir. Bu amaçla kat malikleri kurulu kendi aralarından sayı ve arsa payı çoğunluğuyla bir denetçi veya üç kişilik bir denetim kurulu seçebilirler.

d) *Ortak yerlerde faydalı yenilik ve ilaveler yapılması (KMK.m.42/f.1)*: Ortak yerlerin düzgün veya kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayacak bütün yenilik ve ilaveler, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır<sup>50</sup>.

e) *Engellilerin yaşamı için zorunluluk gösteren proje tadilinin yapılması (KMK.m.42/f.2)*: Özürlülerin yaşamı için zorunluluk göstermesi hâlinde, proje tadili kat maliklerinin en geç üç ay içerisinde yapacağı toplantıda görüşülerek sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karara bağlanır. Toplantının bu süre içerisinde yapılamaması veya tadilat talebinin belirtilen çoğunlukla kabul edilmemesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de söz konusu fıkra düzenlenmiştir<sup>51</sup>.

f) *Isı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sisteminin değiştirilmesi (KMK.m.42/f.3)*: Kat maliklerinden birinin isteği üzerine ısı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme (toplam inşaat alanı ikibin metrekareden az olan binalarda) veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi,

---

sağlanmadan, yeterli çoğunluk kararı bulunmadan usul ve yasaya uygun olarak seçilmediği anlaşılmaktadır” (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**).

50 Yarg. 18. HD., T. 09.06.2014, E. 2014/8682, K. 2014/10065 “Özel amaca tahsis edilmemiş bulunan arsa boşluğu olması durumunda otopark olarak kullanılabilmesi için sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılabileceği, özel bir amaca özgülünmüş (örneğin bahçe vs. gibi) olması halinde bu niteliğin değiştirilebilmesi için tüm kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızasının sağlanması gerektiği...” (**Legalbank**).

51 KMK.m.42/f.2’ye göre “Toplantının bu süre içerisinde yapılamaması veya tadilat talebinin çoğunlukla kabul edilmemesi durumunda; ilgili kat malikinin talebi üzerine bina güven-liğinin tehlikeye sokulmadığını bildirir komisyon raporuna istinaden ilgili mercilerden alınacak tasdikli proje değişikliği veya krokiye göre inşaat, onarım ve tesis yapılır. İlgili merciler, tasdikli proje değişikliği veya kroki taleplerini en geç altı ay içinde sonuçlandırır. Komisyonun teşkili, çalışma usûlü ile engellinin kullanımından sonraki süreç ile ilgili usûl ve esaslar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Özürlüler İdaresi Başkanlığı tarafından müştereken hazırlanacak yönetmelikle belirlenir”.

kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır.

### C. Kat Maliklerinin 4/5 Çoğunluğu İle Alınabilecek Kararlar

a) *Ortak yerlere ilişkin bazı işlerin yapılması (KMK.m.19/f.2)*: Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Kanunkoyucu, KMK.m.19/f.2’de belirtilen nitelikteki işlerin ortak yerlerde yapılması bakımından kat maliklerinin yazılı rızasını yeterli görmüştür. Dolayısıyla bu konunun kat malikleri kurulunda görüşülmesi ve karara bağlanması zorunlu değildir. Zorunluluk olmamakla birlikte, KMK.m.19/f.2 kapsamındaki bir iş kat malikleri kurulu toplantısında gündeme alınırsa, karar yeter sayısı kat maliklerinin beşte dördünden oluşacaktır. Kurulun bu yönde aldığı karar da yazılı rıza olarak değerlendirilecektir. Bu kararın alınması için toplanan kat malikleri kurulunda, bu karara özgü olarak toplantı yeter sayısı aranmayacaktır. Zira Kanun, bu kararın kat malikleri toplanmadan dahi alınmasını mümkün kılmıştır.

b) *Yönetim planının değiştirilmesi (KMK.m.28/f.3)*: Yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu şarttır. Yönetim planının değiştirilmesine ilişkin karar yeter sayısı Yargıtay’a göre emredici niteliktedir. Bu nedenle, Kanun’un öngördüğü karar yeter sayısının azaltılmasına veya artırılmasına ilişkin yönetim planında yer alacak düzenlemeler Kanun’a aykırıdır<sup>52</sup>.

### D. Kat Maliklerinin Oybirliği İle Alınabilecek Kararlar

Kat maliklerinin oybirliğinin arandığı kurul kararlarında, kararın alınabilmesi için bağımsız bölüm maliklerinin tamamının olumlu oy kullanması gerekir. Kat maliklerinin tamamının katılmadığı ancak toplantı yeter sayısının olduğu bir toplantıda, toplantıya katılanların tamamının olumlu oy vermesi kararın alınabilmesi için yeterli olmayacaktır.

---

52 Yarg. 18. HD., T. 10.6.2002, E. 2002/5684, K. 2002/6601 “KMK. m. 28/3 hükmünde, yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu yeterli görülmüş iken, davaya konu yönetim planının iptali istenilen maddesinde yer alan, “*yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin oybirliği şarttır*” hükmü yasanın bu kuralına aykırılık teşkil ettiğinden yönetim planının bu maddesine yönelik olarak iptal kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi hatalıdır” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

Kanun'un sistematığına göre, kat malikleri kurulunun oybirliği ile alabilecekleri kararlar şu şekilde sıralanabilir:

a) *Mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümün özgüleme amacının değiştirilmesi (KMK.m.24/f.2)*: Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir<sup>53</sup>.

b) *İnşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda ferdi ısıtma sistemine geçilmesi (KMK.m.42/f.3)*: Toplam inşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezi ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesi, kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri karar üzerine yapılır.

c) *Yeni bağımsız bölüm ilavesi yapılması (KMK.m.44)*: Anagayrimenkulün üstüne kat ilavesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında KMK. 24 üncü maddenin ikinci fıkrasında yazılı yerlerin sonradan yapımı veya ilavesi kat malikleri kurulunun oybirliğiyle karar vermesi halinde mümkündür.

d) *Anagayrimenküle ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılması (KMK.m.45)*: Anagayrimenkulün bir hakla kayıtlanması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi tasarruf işlemleri kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir.

e) *Önemli işlerin yapılması (KMK.m.45)*: Anayapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklam maksadıyla kiralanması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Meskenin sigorta acentesi bürosu olarak kullanılabilmesi için oybirliği ile karar alınması gerektiğine dair bkz. Yarg. 18. HD., T. 22.09.2014, E. 2014/8579, K. 2014/12982 (Legalbank).

<sup>54</sup> Yargıtay kararlarına göre, kat maliklerinin 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanarak riskli olan anayapının yıktırılmasına dair alacakları karar bakımından da oybirliğinin sağlanması gerekir. Anayapının yıktırılmasına ilişkin alınacak karar bakımından 6306 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen üçte iki çoğunluğun yeterli olmadığı

## VI. KAT MALİKLERİ KURULU KARARLARININ İPTALİ

## A. İptal Sebepleri

Kat malikleri kurulunca verilen kararların kanuna, yönetim planına ve hakkaniyete uygun olmadığını düşünen kat malikleri KMK.m.33/f.1, c.1'e dayalı olarak bu kararların iptal edilmesi için mahkemeye başvurabilirler<sup>55</sup>. İptal davası, azınlıkta kalan kat maliklerine kurulun kararlarına karşı koyma imkânı vermektedir. Söz konusu iptal başvurusuna öncelikle kat malikleri kurulunun çağrı ve toplantısının kanunda veya yönetim planında öngörülen usul dairesinde yapılmamış olması konu teşkil edebilir<sup>56</sup>. Bu nitelikteki usuli ve şekli sebeplere birinci, ikinci ve olağanüstü toplantı için öngörülen usullere uyulmaması<sup>57</sup>, toplantı ve karar yeter sayılarının oluşmaması<sup>58</sup>, kat malikinin yetkili olmayan vekil tarafından temsil edilmesi örnek gösterilebilir<sup>59</sup>. Bu usuli ve şekli sebepler dışında kat malikleri

---

hakkında bkz. Yarg., 18. HD., T. 26.11.2015, E. 2015/2026, K. 2015/17243 “sözü edilen madde hükmü ana taşınmaz üzerinde yapının yıkılıp kat mülkiyetinin sona ermesinden sonra uygulanabileceğinden dava konusu taşınmaz üzerinde yapının halen mevcut olduğu, kat mülkiyetinin kurulu bulunduğu dikkate alındığında binanın yıkılarak yeniden yapılması yönünde kararın Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 45. maddesi gereğince tüm kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri kararlar mümkün olduğundan bu koşulu sağlamayan 21.01.2014 günlü kat malikleri kurulu kararının iptali yerine yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmüştür” (**Legalbank**).

55 **Rey/ Maetzke**, N. 350, s. 91; **Meier-Hayoz/Rey**, BernerKomm Art. 712m, N. 128; **Breitschmid/Jungo**, Handkomm., ZGBArt. 712m, N. 14; **Tekinay**, s. 95; **Reisoğlu**, s. 105; **Ayan**, s. 528; **Sağlam**, s. 1368; **Öktem Çevik**, s. 172.

56 **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 205.

57 Yarg. 18. HD., T. 14.3.2005, E. 2005/1567, K. 2005/2129 “Dava konusu edilen toplantılara davacı kat malikine toplantılar için belirlenen tarihten en az 15 gün önce bir çağrı yapılmadığı veya taahhütlü mektupla bildirilmediği anlaşılmalı bu toplantıların ve alınan kararların yasanın sözü edilen maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır” (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**). Yarg. 18. HD., T. 29.4.1993, E. 1993/2823, K. 1993/5703 “Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca asolan bağımsız bölüm maliklerinin davet edilmesi ve onların toplantıya katılması olup önceden verilmiş vekaletnameye istinaden bu husus bertaraf edilerek ve kat maliklerinin bu konudaki onayları alınmadan toplantı yapılamaz” (**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı**).

58 YHGK., T. 4.2.1987, E. 1986/5-171, K. 1987/58 “Sayı ve pay çoğunluğu sağlanmadan toplantı açılmış olup, yasaya uygun olarak alınmış bir kararın varlığından söz edilemez” (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**).

59 Yarg. 18. HD., T. 04.10.2012 E. 2012/8977, K. 2012/10668 “Toplantıda alınan kararların ayrı bir kağıda yazılarak altının divan tarafından imzalandığı, bunun karar

kurulunca verilen kararların emredici hükümlere aykırı olması ve kat maliklerinin menfaatlerini hakkaniyete aykırı bir şekilde ihlal etmesi de iptal davasına konu olabilir. Emredici kurallara aykırılık daha çok kanunda öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarını değiştiren kat malikleri kurulu kararlarında görülürken<sup>60</sup>, hakkaniyete aykırılık ise ortak giderlere katılma ve bu yerlerden yararlanma düzenine ilişkin alınan kararlarda kendisini göstermektedir.

## B. Davada Taraflar

### 1. Davacılar

Kat Mülkiyeti Kanunu, kat malikleri kurulu kararları aleyhine dava açabilecek olan kat maliklerini toplantıya katılma unsuru bakımından ayırım yaparak düzenlemiştir.

Toplantıya katılan kat maliklerinin iptal davası açabilmesi için alınan kararın aleyhinde oy kullanmış olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile toplantıya katılan kat malikinin iptal davası açabilmesinin ön şartını karar aleyhinde oy kullanma oluşturmaktadır<sup>61</sup>. Dolayısıyla toplantı yeter sayısının oluşması bakımından dikkate alınan bir kat malikinin bu aşamadan sonra oy kullanmadan toplantıyı terk etmesi durumunda iptal davası açma hakkı ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde toplantıya katılarak karar alınma aşamasında oy kullanmayan, çekimser kalan veya lehte oy

---

defterine yapıştırıldığı anlaşıldığına göre 634 Sayılı Yasa'nın 32/4. maddesinde belirtilen şekil şartlarına uyulmadığından bahisle kat malikleri kurulu toplantısı ve alınan kararların iptali istenemez.” (**Lexpera**).

<sup>60</sup> Yarg. 18. HD., T. 10.6.2002, E. 2002/5684, K. 2002/6601 “KMK. m. 28/f.3 hükmünde, yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu yeterli görülmüş iken, davaya konu yönetim planının iptali istenilen maddesinde yer alan, "yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin oybirliği şarttır" hükmü yasanın bu kuralına aykırılık teşkil ettiğinden yönetim planının bu maddesine yönelik olarak iptal kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi hatalıdır” (**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı**).

<sup>61</sup> **Sağlam**, s. 1367; **Esener/Güven**, s. 310; Yarg. 18. HD., T. 30.6.2004, E. 2004/4523, K. 2004/5527 “Bir kat malikinin gerek bizzat ve gerekse vekili aracılığı ile kat malikleri kuruluna katılıp olumlu oy kullandığı kararın iptalini talep etmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz” (**Yargı Dünyası e- İçtihat**). Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 18. HD., T. 06.02.2012, E. 2012/365, K. 2012/1035 (**Lexpera**); Yarg. 18. HD., T. 25.5.1998, E. 1998/4914, K. 1998/6038 (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**). Ancak kararın alınması için olumlu oy kullanan kat malikinin irade sakatlığına düştüğünü ileri sürerek iptal davası açması mümkündür. Bkz. **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 223.



kullanan kat malikinin de iptal davası açma hakkı söz konusu olamayacaktır<sup>62</sup>.

Bazı yazarlara göre, kat maliki olumlu oy verse dahi, emredici hukuk kurallarına aykırı olan kat malikleri kurulu kararlarına karşı iptal davası açabilir<sup>63</sup>. Zira karara olumlu oy vermemiş olma şartı emredici nitelikte olmayan hukuk kurallarının ihlaline münhasırdır. Kanaatimizce, kanunun açık hükmü ve dürüstlük kuralı karşısında bu yönde bir tutum sergilemek mümkün değildir. Zira iptal sebeplerinden kat maliklerinin menfaatlerini hakkaniyete aykırı bir şekilde ihlal eden kararlar dışındaki hususlar emredici nitelikteki hükümlerin ihlaline yöneliktir. Örneğin, iptal sebeplerinin büyük bir çoğunluğunu oluşturan çağrı ve toplantı usullerine uyulmaması, istisnai haller dışında toplantı ve karar yeter sayılarının yerine getirilmemesi, KMK.m.24/f.1'e göre yasak olan işlerin yapılmasına yönelik karar alma gibi. Bu gibi kararlar açısından olumlu oy kullanan kat malikine dava açma hakkı vermek kanunun ön şart olarak öngördüğü “*aleyhte oy vermiş olma*” şartını ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu nedenle, toplantıya katılan ve olumlu oy kullanan kat maliklerinin söz konusu kararlar bakımından dava açma hakkı bulunmamalıdır. Bu tür kararlar için olumlu oy veren kat maliki kanunun ifadesi ve dürüstlük kuralı dolayısıyla dava açamayacaksa da bağımsız bölümü sonradan devir alan yeni kat maliki söz konusu karara karşı iptal davası açabilecektir<sup>64</sup>. Kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmadığı için bu davanın her zaman açılması mümkün olacaktır. Ayrıca bu gibi durumlarda KMK.m.32/f.2 hükmündeki “...*cüzi halefleri*

<sup>62</sup> Toplantıya katılmakla birlikte oy kullanmadan ayrılan ya da çekimser kalan kat maliklerinin de dava açma hakkı bulunduğu dair bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 702. Bağımsız bölüm malikinin oy kullanma hakkının sınırlandırıldığı durumlarda, malik kurula katılma hakkına sahip olmasına rağmen kararın alınmasında oy kullanma hakkına sahip değildir. Bu nedenle, toplantıda hazır bulunan ancak oy hakkı sınırlanan bağımsız bölüm malikinin de aleyhine alınan karara karşı iptal davası açma hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Aynı kanaatte **Arpacı**, s. 107.

<sup>63</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 702; **Ertaş**, Eşya, s. 464-465; **Ayan**, s. 527; **Sağlam**, s. 1367.

<sup>64</sup> Yarg. 18. HD., T. 13.3.2003, E. 2003/907, K. 2003/1831 “Bağımsız bölümlere sonradan malik olanlar da, Yasanın yukarıda açıklanan hükmü gereği, kat maliklerinin daha önce aldığı kararlara uyma yükümlülüğünde olduklarından onların da malik olduktan sonra bu kararlara karşı dava açma hakları mevcuttur” (**YKD**, C. 30, S. 6, Y. 2004 s. 918). Aynı yönde Yarg. 18. HD., T. 24.5.2005, E. 2005/2688, K. 2005/5432 (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**).

...kat malikleri kurulumun kararlarına uymakla yükümlüdürler” hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

Kat malikleri kurulu toplantısına herhangi bir sebeple katılmayan kat maliklerinden her biri söz konusu kararı iptal davasına konu edebilir<sup>65</sup>. Davacı sıfatını kazanılması bakımından toplantıya katılmama veya temsil edilmeme sebebinin önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda toplantıya katılmamanın bir mazerete dayanması da gerekmemektedir.

Kanun, kat malikleri kurulu kararlarına karşı iptal davası açabilecek kişilerin kat malikleri olduğunu KMK.m.33/f.1.c.1’de açık bir şekilde belirtmiştir. Dolayısıyla bağımsız bölümlerden kişisel veya sınırlı ayni hakka dayalı olarak yararlanan kişilerin kurulda alınan kararlar aleyhine iptal davası açma yetkileri bulunmamaktadır<sup>66</sup>. Ancak, Yargıtay verdiği bir kararda “İstisnai hallerde, kiracılar, kiralanan bağımsız bölümü yasa yönetim planı ve sözleşme hükümleri uyarınca kullanmalarına ve ondan yararlanmalarına engel olan veya bunu kısıtlayan kat malikleri kurulu kararının münhasıran bu hususlara ait olanlarının iptalini isteyebilir<sup>67</sup>” şeklinde karar vermiştir. Kanun’un mevcut düzenlemeleri dikkate alınır, kurul toplantısına katılma ve oy kullanma hakkı bulunmayan ayni veya kişisel hak sahiplerinin, kendilerinin dışında oluşan kurul iradesinin ortadan kaldırılması için dava açabileceklerinin kabulü mümkün değildir.

Kat maliklerinden birinin kurulda temsilci vasıtasıyla temsil edilmesi olasılığında, temsilcinin alınan karara olumlu oy kullanması durumunda

<sup>65</sup> **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 223; **Sağlam**, s. 1367.

<sup>66</sup> **Meier-Hayoz/Rey**, BernerKomm Art. 712m, N. 138; Yarg. 18. HD., T. 17.04.2002, E. 2002/3444, K. 2002/4426 (**Ertas**, Şerh, s. 532-533).

<sup>67</sup> Yarg. 18. HD., T. 18.6.1998, E. 1998/6077, K. 1998/7419 (**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı**); Aynı yönde Yarg. 18. HD., T. 31.10.2002, E. 2002/7941, K. 2002/10535 “Kat malikleri kurulu kararlarının kısmen veya tamamen iptallerini istemek yetkisi kural olarak kat maliklerine aittir. Kat maliki olmayan ancak bağımsız bölümlerden birinde kira aktine, sükna hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde oturanların da kullanım haklarını doğrudan ilgilendiren ve bu hakkı engelleyen kat malikleri kurulu kararlarıyla sınırlı kalmak üzere dava açabilirler (**Kazancı Bilşim, İçtihat Bilgi Bankası**). *Ertas’a göre* de, kat malikleri kurulu kararlarının iptalini sadece kat malikleri değil, bir kat malikinin bağımsız bölümünü daimi surette kullanan ve kararların iptalinde özel bir yararı bulunan kişiler de dava edebilirler (**Ertas**, Eşya, s. 465). Aynı yönde bkz. **Sağlam**, s. 1367. İsviçre’de kat malikleri dışında ZGB Art. 712o’ya göre oy kullanma hakkına sahip olan kişilerin de iptal davası açma hakkına sahip olacağı konusunda bkz. **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 223a.

da kat malikinin karara karşı dava açma hakkı bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Zira kat maliki temsilcinin kullandığı olumlu oyla bağlıdır. Temsilci, kat malikinin iradesinin hilafına olumlu oy kullanmış olsa dahi sonuç değişmeyecektir. Böyle bir durumda karardan olumsuz yönde etkilenen kat maliki, aralarındaki ilişkiye aykırı davranışta bulunan temsilciye karşı ancak kendi iç ilişkileri ile ilgili hükümler çerçevesinde başvurabilecektir<sup>69</sup>.

Kat malikleri kurulu kararlarına karşı dava açabilecek kişiler bakımından belirtilmesi gereken önemli bir nokta da yöneticinin sadece bu sıfatı dolayısıyla davacı olamayacağıdır. Diğer bir ifade ile, bağımsız bölüm maliki olmayan yöneticinin, yöneticilik sıfatı dolayısıyla kat malikleri kurulu kararlarına karşı dava açma yetkisi bulunmamaktadır<sup>70</sup>. Bununla birlikte, kat maliki sıfatını da taşıyan yöneticinin kararlara karşı dava açma hakkı bulunmamaktadır<sup>71</sup>. Bu iki sıfatın birleştiği durumlarda dava açma hakkı yönetici sıfatına değil, kat maliki sıfatına bağlanmıştır.

## 2. Davalılar

İptal davası, kat malikleri kurulu toplantısına katılan/temsil edilen ve söz konusu karar için olumlu oy kullanan kat maliklerinin tamamına karşı açılır<sup>72</sup>. Zira kurul toplantısında alınan karar, olumlu oy kullanan kat maliklerinin tamamının iradelerinin aynı yönde birleşmesinin bir ürünüdür. Bu sebeple, iptal davası olumlu oy kullanan kat maliklerinden sadece birine veya bazılarına karşı yöneltilemez. Bu durumda, davada

---

68 **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 223.

69 **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 223.

70 **Meier-Hayoz/Rey**, BernerKomm Art. 712m, N. 138; **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 224; **Rey/Maetzke**, N. 354; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 705.

71 **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 224.

72 **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 227; **Rey/ Maetzke**, N. 352; **Sağlam**, s. 1367; Yarg. 18. HD., T. 15.4.2002, E. 2002/3737, K. 2002/4227 “Kat malikleri kurulu kararlarının iptali istemiyle açılan davalar da husumetin, iptali istenilen karara olumlu oylarıyla katılmış olan tüm kat maliklerine yöneltilmesi gerekir” (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**). Yarg. 18. HD., T. 10.6.2002, E. 2002/5678, K. 2002/6600 “Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarına göre, bu tür davalarda, iptali istenilen kararlara olumlu oylarıyla katılan kat maliklerinin ve toplantıya katılmamakla birlikte imzasını taşıyan bir dilekçe veya vekâletnameyle toplantıda temsil edilen kat maliklerinin bizzat kendilerinin hasım gösterilmesi gerekmektedir (**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı**).

taraf olmayan diğer kat maliklerinin tespit edilmesi, davaya dâhil edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerekir<sup>73</sup>.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 38. maddesine 5711 sayılı Kanun ile ikinci fıkra eklenene kadar, Yargıtay kat maliklerini temsile yetkili olmayan yöneticiye veya yönetim kuruluna karşı husumet yönetilemeyeceğini kabul etmekteydi<sup>74</sup>. Kanun'un 38. maddesine eklenen ikinci fıkrada “*Kat malikleri kurulu, ... kararlarının iptaline ilişkin davalar, kat maliklerini temsilen yöneticiye, ... husumet yöneltmesi suretiyle açılabilir*”. hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm dolayısıyla, iptal davası olumlu oy kullanan kat maliklerine karşı açılabilceği gibi, bu kat maliklerini temsilen yöneticiye karşı da açılabilir.

İptal davasının tüzel kişiliği bulunmayan kat malikleri kurulu aleyhine açılması mümkün değildir<sup>75</sup>. Ayrıca bir kat malikinin kurulda temsilci tarafından temsil edilmesi durumunda, davanın temsilciye karşı değil temsil edilen kat malikine karşı açılması gerekir. Zira temsilcinin yetkisi sadece kurulda maliki temsil edip onun adına oy kullanmaktan ibarettir. Temsilcinin, kat malikini açılan iptal davasında temsil etmesi mümkün değildir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Yarg. 18. HD., T. 05.05.2008, E. 2008/2622, K. 2008/5377 (**Lexpera**).

<sup>74</sup> Bu yönde kararlar için bkz. Yarg. 18. HD., T. 15.04.2002, E. 2002/3737, K. 2002/4227 (**Ertaş**, Şerh, s. 532); Yarg. 18. HD., T. 2.11.1998, E. 1998/10445, K. 1998/11898 (**Ertaş**, Şerh, s. 519-520).

<sup>75</sup> YHGK., T. 28.6.2006, E. 2006/18-483, K. 2006/473 “Kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle kat malikleri kurulu kararının iptali istenen davada, kat malikleri kurulu ya da yöneticiler kuruluna husumet yöneltilemez” (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**). Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 1. HD., T. 29.3.2004, E. 2004/3091, K. 2004/3556; Yarg. 18. HD., T. 22.3.2005, E. 2004/10662, K. 2005/2575 (**Lexpera**).

<sup>76</sup> Yarg., 12. HD., T. 6.6.2006, E. 2006/9548, K. 2006/12110 “Bir kat malikini temsilen diğer bir kat maliki veya 3. kişi konumunda olan birinin kat malikleri kurulu toplantılarına 634 sayılı Kat mülkiyeti Kanunu'nun 31. maddesine göre katılıp oy kullanabilirler ise de; yapılacak bir icra takibinde veya açılacak davada onların taraf olarak gösterilmesi mümkün bulunmamaktadır” (**Ertaş**, Şerh, s. 492). Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 18. HD., T. 19.1.2009, E. 2008/9748, K. 2009/116 (**Lexpera**); Yarg. 18. HD., T. 10.6.2002, E. 2002/5678, K. 2002/6600 (**Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası**).

### 3. Dava Açma Süresi

KMK.m.33/f.1'de, 5711 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce Kat Mülkiyeti Kanunu kat malikleri kurulunun kararlarına karşı iptal davasının açılabilmesi için herhangi bir süre öngörmemişti. Bu durum ise kat malikleri kurulunca alınan bir kararın üzerinden uzunca zaman geçmesine ve gerekleri yerine getirilmesine rağmen iptal davasına konu olmasına sebep olmaktaydı<sup>77</sup>. Kanunkoyucu bu yöndeki aksaklıkların önüne geçmek amacıyla -kararın “yok” sayıldığı veya “mutlak butlanla” hükümsüz kabul edildiği durumlar hariç- iptal davasının açılmasını 1 ve 6 aylık iki farklı süreye tabi tutmuştur.

KMK.m.33/f.1'e göre kurul toplantısına katılan ancak olumsuz oy kullanan kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde; toplantıya katılmayan kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde iptal davası açabilir. İptal davasını açmak için getirilen süre, hak düşürücü süre niteliğindedir<sup>78</sup>. Dava açma süresi hukuki niteliği itibarıyla hak düşürücü süre niteliğinde olduğu için, sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmadığı gibi, sürenin dolup dolmadığı da hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır<sup>79</sup>. Bu nedenle, Kanun'un düzenlediği 1 ve 6 aylık sürelerin geçirilmesi durumunda söz konusu karar aleyhine dava açılmayacaktır.

Kanunkoyucu 5711 sayılı Kanun'unla öngörülen yeni düzenlemeyle iptal davası hakkını belirli bir süre ile sınırlarken, “yok” sayılan veya “mutlak butlan” ile hükümsüz kabul edilen kararların iptalinin herhangi bir süreye bağlı olmadan istenebileceğini düzenlemiştir<sup>80</sup>. Ancak

<sup>77</sup> Yarg. 18. HD., T. 10.10.2005, E. 2005/6384, K. 2005/8774 “Kat malikleri kurulu kararına razı olmayan kat maliki mahkemeye başvurarak hakimin müdahalesini isteyebilir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda söz konusu hakkın kullanımını süreye bağlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuki yararın bulunması koşuluyla her zaman dava açılabilir” (Yargı Dünyası e- İçtihat).

<sup>78</sup> Rey/Maetzke, N. 355; Öktem Çevik, s. 175.

<sup>79</sup> Rey/Maetzke, N. 355; Ayan, s. 528.

<sup>80</sup> Yarg. 18. HD., T. 20.10.2014, E. 2014/7118, K. 2014/14467 “İptali istenen, mantolama (ısı yalıtımı) kararının Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 42. maddesi kapsamında, projede bulunmayan yol açılmasının ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken hususlar olduğu, kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmayacağı da dikkate alınarak, sözü edilen kararların Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 19. ve 42. maddeleri çerçevesinde değerlendirilip oluşacak sonucuna

Kanun'da hangi kararların “yok” sayılacağı veya “mutlak butlan” yaptırımına tabi tutulacağı açıkça düzenlenmediği gibi, bu kararların hangi hususlara ilişkin olabileceğine dair kriterler de oluşturulmamıştır. Bu nedenle, hangi kararların yokluk ve mutlak butlan yaptırımına tabi olacağının tespiti gerekmektedir<sup>81</sup>. Karar, kat maliklerinin oluşturduğu topluluğun iradesidir. Kat malikleri kurulu kararının yokluk yaptırımına tabi olması için kurucu unsur olan iradenin oluşmamış olması gerekmektedir. Kat malikleri kurulunun alacağı kararlarda irade unsuru karar yeter sayısı için öngörülen yeterli çoğunluğa ulaşılmayla gerçekleşir. Kurulda, karar yeter sayısı için öngörülen çoğunluğun oluşmamasına rağmen karar alınmışsa kurucu unsurun eksikliğinden dolayı alınan karar yokluk yaptırımına tabi olacaktır<sup>82</sup>. Aynı şekilde kat malikleri kurulunun yetkisinde olmayan bir konuda verdiği kararlar bakımından da yokluk yaptırımı uygulanacaktır. Örneğin, KMK.m.24/f.1'e göre hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseselerin kat maliklerinin oybirliği sağlanmış olsa dahi bağımsız bölümlerde açılmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Kat malikleri kurulunda bu yönde alınacak bir karara yokluk yaptırımı uygulanacaktır. Kat malikleri kurulunun toplanma veya karar alma süreci veyahut da alınan kararlar TBK.m.27'ye aykırı nitelik taşıyorsa karara uygulanacak yaptırım mutlak butlandır<sup>83</sup>. Örneğin, Kanun'da öngörülen

---

göre bir karar verilmesi gerekirken bir ve altı aylık sürelerin geçtiği gerekçesi ile bunlar yönünden de red kararı verilmesi doğru görülmemiştir” (**Legalbank**).

- 81 Bilindiği üzere bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde işlem yokluk yaptırımına tabiyken, kurucu unsurları tamam olan hukuki işlemin kamu düzenini ilgilendirecek önemde olan geçerlilik şartlarından birinin gerçekleşmemiş olması durumunda ise hukuki işlem mutlak butlan yaptırımına tabidir. Yokluk ve butlan yaptırımları için bkz. Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, 15. Baskı, İstanbul 2008, s. 188-189; Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuka Giriş, 4. Baskı, İstanbul 2010, s. 165; Mustafa **Dural**/Suat **Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. I, 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 179.
- 82 **Öktem Çevik**, s. 131; Yarg. 18. HD., T. 22.11.2011, E. 2011/7989, K. 2011/11856 “Toplantı yeter sayısı bulunmadan yapılan toplantı ve alınan kararlar yok hükmündedir” (**Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası**).
- 83 Butlan yaptırımına tabi kararlara, kurulun yetkisiz bir kişi tarafından toplanması, bağımsız bölümlerin devrine genel bir yasağın getirilmesi, kat malikinin oy hakkının veya kurulun gelecekte alacağı kararlara karşı dava açma hakkının veyahut da kat maliklerine ilişkin zorunlu talep etme hakkının ortadan kaldırılması örnek olarak gösterilebilir. Bkz. **Wermelinger**, ZGB Art. 712m, N. 210; Gaziantep BAM 3. HD., T. 2.5.2017, E. 2017/424, K. 2017/430 “Yönetim planına aykırı olarak ayrı bir yönetime sahip olan E blok hakkında A, B, C, D blok yönetimi tarafından genel yönetim ve giderlere ilişkin alınmış olan kararda anılan kanun maddeleri ve yönetim

sınırlamalar hariç, bir kat malikinin oy kullanma hakkının ortadan kaldırılmasına yönelik alınan karar bu niteliktedir.

“Yok” sayılan veya “mutlak butlan” ile hükümsüz olarak kabul edilen kararların iptalinin talep edilmesi bir süreye tabi olmasa da, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi iptal davası açma hakkı da dürüstlük kuralına aykırı kullanılmaz. Bu kararlara karşı korunmaya değer hukuki yararların bulunması koşuluyla her zaman iptal davası açmak mümkündür. Bağımsız bölüm maliklerinin alınan karara uzun süre uygun hareket etmesinden sonra, kararın iptali için dava açmak istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Kanun’da her ne kadar yok sayılan ve mutlak butlan yaptırımına tabi olan kararlar için iptal davasının açılmasından söz etmişse de, bu kararlar için açılacak dava hukuki nitelik olarak tespit davasıdır.

#### 4. İptal Kararının Özellikleri ve Etkisi

Mahkeme tarafından verilecek iptal kararı bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğindedir<sup>84</sup>. Mahkeme, kat malikinin başvurusu üzerine kurulun kararını sadece iptal etme yetkisine sahiptir. Mahkeme kat malikleri kurulunun yerine geçerek, kararın düzeltilmesine veya değiştirilmesine karar veremez<sup>85</sup>. Kararın etkileri ortadan kalktığı için, aynı konuda yönetim planına ve yasalara uygun yeni bir karar alma yetkisi kat malikleri kurulundadır.

---

planı kapsamında usul ve yasalara aykırıdır. Yönetim planına aykırı olarak kat malikleri kurulunca alınmış karar yokluk hükmü ile malul olduğundan süre şartı aranmaz.” (Lexpera); Öktem Çevik, s. 131.

84 Meier-Hayoz/Rey, BernerKomm Art. 712m, N. 127; Wermelinger, ZGB Art. 712m, N. 232; Arpacı, s. 135.

85 Wermelinger, ZGB Art. 712m, N. 235; Arpacı, s. 135. Yarg. 18. HD., T. 9.7.2001, E. 2001/6129, K. 2001/7027 “Gerek apartmanın ortak yerlerinin kullanımı ile ilgili konularda gerek ortak giderlere katılma konusunda ve gerekse yönetimle ilgili sair hususlarda karar verme yetkisi yasaya göre münhasıran kat malikleri kuruluna ait olup, yasaların emredici kurallarına aykırılık teşkil etmediği sürece hakimnin kendiliğinden kat maliklerinin iradeleri yerine geçmek suretiyle hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle bu konularda karar vermesi olası değildir” (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası). Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 18. HD., T. 22.10.2015, E. 2015/571, K. 2015/15173 (Legalbank). Aksi kanaattekilere göre hakimnin hükmü, genel kurul kararının iptali yönünde olabileceği gibi, değiştirilmesi veya tamamen yeni bir çözüm getirilmesi şeklinde de olabilir. Bkz. Tekinay, s. 95; Ayan, s. 528; Öktem Çevik, s. 176.

İptal kararı ile birlikte, kurulun kararı gerek kat malikleri gerekse üçüncü kişiler bakımından geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır<sup>86</sup>.

### 5. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Kat malikleri kurulu kararlarına karşı açılacak davalarda yetkili ve görevli mahkeme anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir (KMK.m.33/f.1).

## VII. SONUÇ

Kat mülkiyeti sisteminin sorunsuz bir şekilde işlemesi ve malikleri mülkiyet hakkından doğan yetkileri kullanabilmeleri kat malikleri kurulunun usulüne uygun bir şekilde alacağı kararlara bağlıdır. Kanun'da kurulun oluşumu, toplanması, karar alma süreci ve alınan kararlara karşı hukuki başvuru yolları düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükümlerin bazı açılardan yetersiz kaldığı, uygulamada görüş ayrılıklarının bulunduğu ve yeniden yapılandırılması gerektiği görülmektedir. Bu nedenle Kat mülkiyeti Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikte şu konuların yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir:

- Kurulun sadece kat maliklerinden oluşacağı ve kurula sadece kat maliklerinin katılacağına ilişkin sistem eleştiriye açıktır. Zira bağımsız bölümden yararlanan kişisel ya da sınırlı ayni hak sahipleri katılımları olmadan gerçekleştirilen kurulda alınan kararlar dolayısıyla borç altına girmekte ve bu kararlara karşı itiraz etme hakkına sahip olmamaktadır. Bu nedendir ki, bağımsız bölümden uzun süreli faydalanan kişisel veya sınırlı ayni hak sahiplerinin, kendilerini ilgilendiren konularda bağımsız bölüm maliki yerine kurulda yer almasını sağlayacak ZGB Art. 712o'ya benzer bir yasal düzenlemenin hukuk sistemimiz bakımından da hayata geçirilmesi yerinde olacaktır.

- Bir kişinin birden fazla bağımsız bölüme malik olması halinde, toplantı yeter sayısının "kat maliki sayısına ilişkin çoğunluğu"nun nasıl belirleneceğinin açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Malikin her bir bağımsız bölümü için ayrı ayrı mı yoksa malik olduğu bütün bağımsız bölümler için tek bir kişi olarak mı hesaba katılacağına ilişkin tereddütler giderilmelidir.

- Kanun'da kurulun birinci toplantısı için özel bir toplantı yer sayısı öngörülmesine rağmen, ikinci toplantısı bakımından her hangi bir

---

<sup>86</sup> Wermelinger, ZGB Art. 712m, N. 234 .



toplantı yeter sayısı öngörülmemiştir. Bu durum, kurulun ikinci toplantısını hangi yeter sayı ile gerçekleştireceği tartışmasına sebep olmuştur. Söz konusu tartışmanın sona erdirilmesi ve uyuşmazlıkların sonlandırılması bakımından ikinci toplantı yeter sayısının açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

- Bağımsız bölümlerden kişisel veya sınırlı aynı hakka dayalı olarak yararlanan kişilerin kurulda alınan kararlar aleyhine iptal davası açma yetkileri bulunmamaktadır. Bu kişilere kendilerini ilgilendiren konularda kurula katılma yetkisi tanınması gerektiği gibi, kurulda alınan kararlara karşı dava açma hakkı da tanınmalıdır.

- Kanun'da "yok" sayılan veya "mutlak butlan" ile hükümsüz kabul edilen kararların iptalinin herhangi bir süreye bağlı olmadan istenebileceğini düzenlemiştir. Ancak Kanun'da hangi kararların "yok" sayılacağı veya "mutlak butlan" yaptırımına tabi tutulacağı açıkça düzenlenmemiştir. Uygulamada ortaya çıkacak farklı kararların önüne geçmek için "yok" sayılan veya "mutlak butlan" ile hükümsüz olan kararların hangi hususlara ilişkin olabileceğine dair kriterlerin oluşturulması yerinde olacaktır.

**KAYNAKÇA**

**Acar** Faruk, 5711 Sayılı Yasa ile Değişik Kat Mülkiyeti Kanununa Göre Kat Malikinin Bağımsız Bölüm Üzerindeki Mülkiyetini Devir Borcu, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 72, Şubat 2008.

**Akipek** Jale G. /**Akıntürk** Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**Arcak** Ali, Kat Mülkiyeti, Ankara 1973.

**Arpacı** Abdulkadir, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyeti, İstanbul 1984.

**Ayan** Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016.

**Aybay** Aydın/**Hatemi** Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2010.

**Ayyıldız** Güneş, Kat Mülkiyetinde Yönetim Düzeni ve Uygulama, İBD., C. 80, S. 2, Y. 2008, s. 675-706.

**Breitschmid** Peter/**Jungo** Alexandra, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Erbrecht - Art. 641-977 ZGB, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016.

**Dural** Mustafa/**Sarı** Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, 3. Baskı, İstanbul 2006.

**Ertaş** Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2017 (Ertaş, Eşya).

**Ertaş** Şeref, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara 2014 (Ertaş, Şerh).

**Esener** Turhan/**Güven** Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.

**Germeç** Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008.

**Gözübüyük** Şeref, Yeni Kat Mülkiyeti Sistemleri Hakkında Mukayeseli İnceleme, AD., 1952.

**Gürsoy** Kemal T./**Eren** Fikret/**Cansel** Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

**Hatemi** Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, 4. Baskı, İstanbul 2010.

**Karahasan** Mustafa Reşit, Mülkiyet Kat Mülkiyeti Hukuku 3, İstanbul 1999.

**Mardin** Ebul'ula, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1948.

**Meier-Hayoz** Arthur/**Rey** Heinz, Berner Kommentar Band/Nr. IV/1/5, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum IV, 1988.

**Oğuzman** Kemal, *Kat Mülkiyeti Meseleleri ve Hal Çareleri*, Ankara 1958.

**Oğuzman** Kemal/**Barlas** Nami, *Medeni Hukuk*, 15. Baskı, İstanbul 2008.

**Oğuzman** Kemal/**Seliçi Özer/Oktay Özdemir** Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2016.

**Öktem Çevik** Seda, *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul 2010.

**Reisoğlu** Safa, *Kat Mülkiyeti*, Ankara 1967.

**Rey Heinz /Maetzke** Lukas, *Schweizerisches Stockwerkeigentum*, 3. Auflage, 2009.

**Sağlam** İpek, *Kat Mülkiyeti Kanunu'na Göre Toplanma ve Karar Alma Esasları*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, İstanbul 2009, s. 1351-1372.

**Seçer** Yaren, *Toplu Yapılarda Kat Malikleri Kurulu*, İBD., C. 83, S. 5, Y. 2009, s. 2507-2529.

**Şengül** Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, İstanbul 2011.

**Tekinay** Selahattin Sulhi, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, İstanbul 1991.

**Wermelinger** Amédéo, *Das Stockwerkeigentum Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches* 2. Auflage, 2014.

**Wolf** Stephan/ **Mangisch** Jonas, *Stockwerkeigentum in der Schweiz / III. - VII., 50 Jahre Schweizerisches Stockwerkeigentum Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 12./13. November 2015*, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 18, 2016.



# TÜRK TAHKİM HUKUKUNDA HUKUKİ DİNLENİLME HAKKINA RİAYET EDİLMEMESİ SEBEBİYLE HAKEM KARARLARININ İPTALİ (HMK M. 439/ 2, F)

*Arş. Gör. Dr. Nagehan OKUMUŞ\**

## Özet

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinde, hakem kararlarının denetimi bakımından iptal davası kabul edilmiştir. Bu çalışmada, iptal sebeplerinden biri olan hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi incelenmiştir. Hukuki dinlenilme hakkı kavramı ve tahkimde hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılabilecek haller ele alınmış, hukuki dinlenilme hakkı ihlalinin ileri sürülmesi üzerinde durulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Hukuki Dinlenilme Hakkı, Hakem Kararlarının İptali, Tahkim

## Abstract

In terms of the control of the arbitral awards, setting aside of arbitral awards is accepted in article 439 of Code of Civil Procedure. In this study, violation of right to be heard (due process) was examined as a ground of setting aside of arbitral awards. The term of right to be heard and the circumstances that are grounds of violation of the right in arbitration were also approached and alleging the violation of the right was examined.

**Key words:** The right to be heard, The setting aside of arbitral awards, Arbitration

## GİRİŞ

Tahkim kurumunu daha etkin hale getirmek amacıyla UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak Milletlerarası Tahkim Kanunu hazırlanmış;

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi:14/11/2018 / Makale Kabul Tarihi:30/11/2018

daha sonra bu düzenleme dikkate alınarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri (m. 407- 444) öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinde getirilen yeniliklerden biri de, hakem kararlarına karşı iptal davası açılabilmesidir (m. 439). İptal davasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesi, MTK'nın iptal davasını düzenleyen 15. maddesi ile benzerlik gösterse de, bazı konularda farklılık taşımaktadır.

Çalışmada HMK m. 439/ 2'de sınırlı olarak sayılan iptal sebeplerinden, “hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi” sebebiyle hakem kararlarının iptali ele alınacaktır. Bu çerçevede ilk olarak, hakem kararlarının iptali ve iptal sebepleri üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi başlığı altında, hukuki dinlenilme hakkı kavramı ve tahkimde hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılabilecek haller incelenecektir. Son olarak ise hukuki dinlenilme hakkı ihlalinin ileri sürülmesi ele alınarak, değerlendirme ve önerilerin yer aldığı sonuç bölümü ile çalışmaya son verilecektir.

## I. HAKEM KARARLARININ İPTALİ ve İPTAL SEBEPLERİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 439/ 1'e göre, “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür*”. İptal davası, tahkime olan güvenin artmasını sağlar<sup>1</sup>. Taraflar, hakemler tarafından verilecek olan kararın, devlet mahkemeleri tarafından denetleneceğini bildikleri için, tahkime başvurma konusundaki tereddütleri azalır. Bunun yanı sıra iptal davası ile hakemler tarafından verilecek olan kararın haksız ve keyfi olmasının da önüne geçilmiş olur<sup>2</sup>. İptal davasına ilişkin düzenlemenin bir diğer amacının da tahkimde hızlılığı temin etmek olduğu, madde gerekçesinde belirtilmiştir<sup>3</sup>.

İptal sebepleri ise, m. 439/ 2'de sınırlı olarak<sup>4</sup> sayılmıştır<sup>5</sup>. Bu sebepler, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da

1 **Yeşilirmak, Ali**, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 122.

2 **Özby, İbrahim**, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 81.

3 Bkz. m. 439’a ilişkin Hükümet Gerekçesi.

4 Hakem kararlarının yargısal denetimi çoğunlukla, tahkimin iki amacından olan, anlaşmazlıkları etkili bir şekilde çözmek ve uzun ve pahalı yargılamadan kaçınmak için sınırlandırılmıştır. Ayrıca hakem kararlarının sınırlı sebeplerle iptal edilebilirliği, tahkim sürecini daha etkili hale getirmekte ve sonuca ulaşmayı

tahkim sözleşmesinin geçersiz olması (m. 439/ 2, a), hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya HMK'nın Onbirinci Kısımında öngörülen usule uyulmaması (m. 439/2, b), kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi (m. 439/ 2, c), hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi (m. 439/ 2, ç), hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması (m. 439/ 2, d), tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, HMK'nın Onbirinci Kısımında yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması (m. 439/ 2, e), tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi (m. 439/ 2, f), hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması (m. 439/ 2, g), kararın kamu düzenine aykırı olması (m. 439/ 2, ğ) şeklindedir<sup>6</sup>.

---

sağlayan zamanı azaltmada daha etkilidir (bkz. **Moses, Margaret**, "Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards", *Journal of International Arbitration*, 20(3), 2003, s. 315). Hakem kararlarının iptali sebepleri yabancı hukuk sistemlerinde de sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Örneğin bkz. Avusturya hukukunda, öZPO m. 611/ 2'de 8 bent halinde düzenlenen iptal sebepleri; Alman hukukunda, dZPO m. 1059/ 2; İsviçre hukuku bakımından da ZPO m. 393'te itiraz sebepleri sınırlı sayıda düzenlenmiştir.

- 5 **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara 2017, s. 3686; **Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayyavaz, Sema/ Hanağası, Emel**, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 792; **Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ağustos 2017, s. 669; **Umar, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 1247-1253; **Pekcanitez, Hakan/ Yeşilirmak, Ali**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, C. III, s. 2733; **Özbay, İbrahim/ Korucu, Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016, s. 218; **Selçuk, Seyhan**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018, s. 79-83; **Ulukuş Bulut, Şaziye Tuba**, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018, s. 104; **Karşlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 940; **Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol**, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, § 23, kn. 64, s. 422; **Aydemir, Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 382; bkz. ve karşı. **Akncı, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s. 266; **Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 755; **Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu Mehmet**, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 793-794.
- 6 Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da iptal sebepleri sınırlı olarak 15/ A maddesinde düzenlenmiştir. İptal sebeplerinin dikkate alınması ile ilgili olarak başvuruyu yapan taraf ve mahkeme bakımından ayırım yapılmıştır. Bu hükme göre; 1. Başvuruyu yapan taraf;

Çalışmada bu sebeplerden birisi olan, hakem kararlarının hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebiyle iptali incelenecektir.

## II. HUKUKİ DİNLENİLME HAKKINA RİAYET EDİLMEMESİ SEBEBİYLE HAKEM KARARLARININ İPTALİ

### A. Hukuki Dinlenilme Hakkı Kavramı

Hukuki dinlenilme hakkı, “iddia ve savunma hakkı”<sup>7</sup>, “yargılamaya katılanların dinlenmesi ilkesi”<sup>8</sup>, “teşkil-i tarafeyn”<sup>9</sup>, “ tarafların teşkili ve dinlenmesi”<sup>10</sup> gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama sonucunda hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama hakkında bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini,

d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini,

e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,

f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu,

g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, İspat ederse veya,

2. Mahkemeye;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilirse hakem kararları iptal edilebilir.

<sup>7</sup> **Postacıoğlu, İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 505; **Pekcanitez, Hakan**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, s. 38; **Alangoya, Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıtların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 97, dn. 6.

<sup>8</sup> **Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kâmil/ Deren Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 187.

<sup>9</sup> **Ulukapı, Ömer**, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 21.

<sup>10</sup> **Üstündağ, Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 261.



mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli karar vermesini sağlayan, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir<sup>11</sup>.

Hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27), Anayasa m. 36'da ifade edilen iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümüdür<sup>12</sup>. İddia ve savunma hakkı, Anayasa'da teminat altına alınan temel bir hak olduğundan, hukuki dinlenilme hakkı da Anayasa tarafından korunan bir temel haktır. Bu sebeple hukuki dinlenilme hakkına aykırılık aynı zamanda Anayasaya da aykırılık teşkil eder. Hukuki dinlenilme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da bir unsurudur. Hukuki dinlenilme hakkına aykırılık aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali sayılır. Bu sebeple hukuki dinlenilme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de teminat altına alınmış bir haktır<sup>13</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkim yargılamasına ilişkin 423. maddesinde, tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır*". Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânının tanınacağı düzenlenmekle birlikte, tahkim yargılaması sırasında bu hakkın ihlal edilmesi de bir yaptırıma bağlanmış ve bu ihlali, kanun koyucu m. 439/ 2, f bendinde hakem kararının iptal sebepleri arasında saymıştır<sup>14</sup>. Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme

11 **Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 31; **Özbaş/ Korucu**, s. 84.

12 **Özbaş/ Korucu**, s. 241; **Özekes**, s. 29-30; **Tanrıver, Süha**, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 53, Y. 2004, s. 204.

13 **Pekcantez, Hakan**, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 754; **Tanrıver**, s. 204.

14 Bkz. ve karşı. İsviçre ZPO m. 393/ d; öZPO m. 611/ 2, 2; dZPO m. 1059/ 2, 1. b; İngiliz Tahkim Kanunu m. 68. Fransız hukukunda, hukuki dinlenilme hakkı yargılamaya hâkim olan temel ilkelerden biridir. Fransız hukukunda iç tahkim ve milletlerarası tahkim bakımından hukuki dinlenilme hakkına aykırı olarak verilen hakem kararının iptal edilebileceği NCPC m. 1492, 1520'de düzenlenmiştir (bkz. **Fouchard, Philippe/ Gaillard, Emmanuel/ Goldman, Berthold**, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999, s. 947).

hakkına riayet edilmemesi, hakem kararlarının iptali bakımından uygulamada en geniş uygulanma imkânı bulan sebeplerdendir<sup>15</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 439/ 2, f hükmünde, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebinin yanı sıra, tarafların eşitliğine riayet edilmemesi de iptal sebebi olarak sayılmıştır<sup>16</sup>. Doktrinde hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın yanı sıra eşitlik ilkesinin hükümde zikredilmesinin, hukuki dinlenilme hakkının taraflara eşit davranılmasını da kapsamı sebebiyle, gereksiz olduğu ifade edilmiştir<sup>17</sup>.

Hukuki dinlenilme hakkı ve unsurları HMK m. 27'de düzenlenmiştir. Buna göre, hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin söz konusu olabilmesi için bu hükümde belirtilen unsurlardan birinin ihlal edilmesi gerekir. Bu unsurlar, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması (m. 27/ 2, a), açıklama ve ispat hakkı (m. 27/ 2, b), mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi (m. 27/ 2, c) şeklinde ifade edilmiştir. Tahkim yargılamasında da kural olarak hukuki dinlenilme hakkının tüm unsurları yerine getirilmelidir. Taraflar yargılamanın başından sonuna kadar, yargılama hakkında bilgi sahibi olacaklar, açıklama haklarını tam olarak kullanacaklar ve hakem veya hakem kurulu da bunları dikkate alıp değerlendirecektir<sup>18</sup>. Ancak, tahkimin özelliği ve geçerli olan yargılama ilkeleri sebebiyle bu unsurların uygulanma şekli tahkimde farklı olabilir<sup>19</sup>. Tahkimde hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılabilecek haller bu unsurlar doğrultusunda incelenecektir.

---

15 **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2763.

16 Buna karşılık MTK'da tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi iptal sebebi olarak sayılmakla birlikte, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi iptal sebebi olarak madde metninde zikredilmemiştir (m. 15/ A, 1, g). Milletlerarası tahkim bakımından bazı hukuki dinlenilme hakkının ihlali halleri, hakem kararının esasını etkilemek kaydıyla tahkim yargılamasının usule aykırı olması iptal sebebi içerisinde değerlendirilmektedir (bkz. **Akıncı**, s. 311-312). MTK m. 15/ A, 1, g hükmünde, hukuki dinlenilme hakkından söz edilmemesi içerik olarak HMK ve MTK'da öngörülen iptal sebebi arasında bir fark bulunduğu anlamına gelmez (bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2764).

17 **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2763.

18 **Özekes**, s. 222.

19 **Özekes**, s. 222; **Özbay/ Korucu**, s. 85.

## B. Tahkimde Hukuki Dinlenme Hakkının İhlali Sayılabilecek Haller

### a. Tebligatın Usulüne Aykırı Yapılması

Hukuki dinlenme hakkının ilk unsurunu, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması oluşturmaktadır. Tarafların yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olmalarının engellenmesi durumunda hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmiş olur. Bu çerçevede ilk olarak tarafların yargılamanın aşamaları hakkında usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi gerekir<sup>20</sup>.

Tahkim yargılamasında tebligatla ilgili olarak HMK m. 438'de, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tebligatın, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün, hakemlerce yargılama sırasında gerçekleştirilecek tüm bildirimler bakımından geçerli olduğu belirtilmiştir<sup>21</sup>. Bununla birlikte, tahkim usulündeki esnekliği burada göz ardı etmemek gerekir. Taraflar tahkim yargılamasında bildirimlerin nasıl yapılacağını belirleyebilirler. Uygulamada pratik ihtiyaçlar sebebiyle tebligatın, genellikle elden, APS, özel şirketler eliyle tebligat, faks, e-mail gibi yollarla yapılması kararlaştırılmaktadır<sup>22</sup>. Örneğin, tarafların önceden bildirecekleri bir faks numarasına yapılan bildirim geçerli kabul edilmesi mümkündür<sup>23</sup>. Taraflarca bu şekilde özel bir tebligat usulü kararlaştırılmadıkça, Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.

Tebligatın usulüne aykırı yapılmış olması durumunda tarafın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olması engellenmiş olur<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Özekes, s. 86; Tanrıver, s. 207; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 150; Budak/ Karaaslan, § 4, kn. 13, s. 70; Umar, s. 127; Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usul, s. 2766; Özbay/ Korucu, s. 84; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 138; Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, s. 352.

<sup>21</sup> Yeşilova, Bilgehan, "7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun ve Tebliğe İlişkin Diğer Hükümlerin Tahkimde Uygulama Yeri", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, Sa. 1, Y. 2014, s. 109.

<sup>22</sup> Yılmaz, Ejder/ Çağlar, Tacar, Tebligat Hukuku, Ankara 2013, s. 53; Özbay, İbrahim/ Yardımcı, Taner Emre, Tebligat Hukuku (7101 sayılı Kanun ile Güncellenmiş ve Son Değişiklikler İşlenmiş- Hukuk Fakültesi ve Adalet Meslek Yüksekokulu Öğrencileri İçin), Ankara 2018, s. 22.

<sup>23</sup> Özbay/ Korucu, s. 85.

<sup>24</sup> Yargıtay hakem kararının iptali talebinin mahkeme tarafından reddedilmesi sebebiyle davacı vekilinin temyiz yoluna başvurması üzerine verdiği bir kararda,

Bununla beraber, tebligat usulüne aykırılık olmasına karşın, ilgili taraf, tebliğ edilecek husustan fiilen haberdar olmuşsa, artık tebligat usulüne aykırılıktan söz edilemez<sup>25</sup>. Zira Tebligat Kanunu m. 32 hükmünde, “*Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur*” denilmek suretiyle, usulsüz tebliğ halinde tebligatın, ilgilinin usulsüz tebliği öğrendiğini bildirdiği tarihte yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

Taraflardan birisi kendisine usulüne uygun şekilde tebligat yapılmasına rağmen geçerli bir neden göstermeksizin yargılamaya katılmazsa hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasına devam ederek mevcut delillere göre karar verebileceği HMK m. 430’da düzenlenmiştir. Kendisine usulüne uygun şekilde tebligat yapılan taraf, geçerli bir neden göstermeksizin yargılamaya katılmazsa artık hakem kararına karşı hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle iptal davası açamayacaktır.

Tebliğatın usulüne aykırı yapılmasının yanı sıra taraflara hiç tebligat yapılmaması (tebliğin yokluğu) da söz konusu olabilir. Tebligatın yokluğu halinde, tebligat olarak nitelendirilebilecek bir hukuki işlem yoktur. Usulsüz tebliğde ise yapılmış bir tebligat işlemi vardır, fakat usulüne uygun değildir<sup>26</sup>. Tahkim yargılamasında taraflara bildirilmesi gereken bir hususun hiç bildirilmemesi durumunda taraflar hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle, hakem kararına karşı iptal davası açabilirler.

Tahkim yargılamasında yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması hakkında değinilmesi gereken bir diğer konu da tamamlayıcı hakem kararı verilmesi durumunda karşımıza çıkar. HMK m. 437/ 4’e göre, “*Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini*

---

dava dilekçesinin davalı tarafa tebliğe çıkartılmadan dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi sebebiyle kararı bozmuştur (bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2013/ 6719, K. 2014/ 1185, T. 20.2.2014 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

25 Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyaz/ Hanağası, s. 191; Kuru, s. 614; Akıncı, s. 295; Budak/ Karaaslan, § 7, kn. 10, s. 126; Selçuk, s. 231; Muşul, Timuçin, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 494; Özbay/ Yardımcı, s. 113.

26 Muşul, s. 493; Özbay/ Yardımcı, s. 109.

isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca en fazla bir ay uzatılabilir". Bu hükme göre taraflar, şartları varsa, hakem kararının tamamlanmasını talep edebilirler<sup>27</sup>. Tamamlayıcı hakem kararının "karşı tarafa bilgi vermek kaydıyla" yapılması gerekir. Bu zorunluluğa uyulmaması hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılır ve hakem kararının iptali yoluna başvurulabilir<sup>28</sup>.

### b. Tarafların Açıklama ve İspat Hakkının İhlali

Hukuki dinlenilme hakkının bir diğer unsurunu açıklama ve ispat hakkı oluşturmaktadır<sup>29</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 428/ 2'de, tarafların dilekçelerine yazılı delillerini ekleyebilecekleri ve ileride sunacakları delilleri gösterebilecekleri düzenlenmiştir. Taraflar, delil gösterebilir, bilirkişi incelemesi isteyebilir veya keşif talebinde bulunabilirler.

Açıklama ve ispat hakkı çerçevesinde, önemli bir delilin ikamesinin talep edilmesine rağmen dikkate alınmamış olması, tarafın hukuki dinlenilme hakkını ihlal eder<sup>30</sup>. Şu halde bu hususa aykırı tahkim yargılaması, hakem kararlarının iptali sonucunu doğurur. Açıklama hakkı bakımından, delilin taraflarca ileri sürülmesi ya da hakem veya hakem kurulunca re'sen talep edilmesi önem taşımamaktadır. Hakem veya hakem kurulunun re'sen bir delile başvurması durumunda da taraflara bu delil hakkında açıklama hakkı tanınmalıdır<sup>31</sup>.

### c. Tarafların Mahkemeye Sunduğu Belge ve Delillerin Dikkate Alınmaması

Tarafların açıklama ve ispat hakkına sahip olmasının yanı sıra hakem veya hakem kurulunun da bu açıklamaları doğru şekilde dikkate alması gerekir. Hakem veya hakem kurulu, hüküm için gerekli olan taraf

27 Bkz. Özbay, İbrahim/ Erdem, Murat, "Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması", Sakarya Hukuk Dergisi, C. 1, Sa. 2, Aralık 2013, s. 45-75.

28 Özbay/ Erdem, s. 69; Özkes, s. 225; Özbay/ Korucu, s. 239; Selçuk, s. 233.

29 Özkes, s. 106; Tanrıver, s. 208; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 151; Budak/ Karaaslan, § 4, kn. 15, s. 71; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 139; Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, s. 353.

30 Yıldırım, M. Kâmil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 99; Özbay- Temyiz, s. 247.

31 Özkes, s. 130.

açıklamalarını, delilleri, hukuki dinlenme hakkı çerçevesinde incelemelidir. Tarafların hakem veya hakem kuruluna sunduğu belge ve delillerin bilerek ve kötü niyetle dikkate alınmamış olması şeklen hakkın yerine getirilmemesidir ve hukuki dinlenme hakkının ihlali olarak kabul edilmelidir<sup>32</sup>.

Tarafların hakem veya hakem kuruluna sunduğu belge ve delillerin dikkate alınması iddia ve savunma hakkının değiştirilip genişletilmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. HMK m. 428'e göre, taraflar tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak bazı durumlarda hakem veya hakem kurulunun değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, hakem veya hakem kurulu, iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesinin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer durum ve koşulları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir (HMK m. 428/ 3). Böyle bir durumda hakem veya hakem kurulunun hukuki dinlenme hakkını ihlal ettiklerinden söz edilemez ve bu sebeple hakem kararının iptali talep edilemez<sup>33</sup>.

Hakem veya hakem kurulunun dikkate alacağı belge ve delillerin, tahkim sözleşmesinin kapsamı içinde yer alan iddia ve savunmaya ilişkin olması gerekir. İddia veya savunmanın tahkim sözleşmesinin kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilmesi veya genişletilmesinin dikkate alınmadığı durumda hukuki dinlenme hakkının ihlali söz konusu olmaz (HMK m. 428/ 3). Bu sebeple tarafların uyuşmazlık konusu olmayan konuda veya vakıalar hakkında göstermiş oldukları bir delilin incelenmeden reddedilmiş olması hukuki dinlenme hakkının ihlali sayılmaz<sup>34</sup>.

#### **d. Hakem Kararının Somut ve Açık Olarak Gereçlendirilmemesi**

Hukuki dinlenme hakkının son unsuru, kararının somut ve açık olarak gereçlendirilmesidir. Hakem kararının somut ve açık olarak gereçlendirilmesi konusunda, hakem kararında gereççe bulunup

---

32 **Pekantez/ Yeşilirmak**, Pekantez Usul, s. 2768; **Özekes**, s. 153; **Özbay/ Korucu**, s. 239; **Selçuk**, s. 233; bkz. ve karşı. **Fouchard/ Gaillard/ Goldman**, s. 949.

33 **Pekantez/ Yeşilirmak**, Pekantez Usul, s. 2767.

34 **Pekantez/ Yeşilirmak**, Pekantez Usul, s. 2767.

bulunmaması sorunu dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir. Gerekenin, mahkeme kararlarında olduğu gibi hakem kararlarında da bulunması gerekir (m. 436/ 1, c). Mahkeme kararlarında olduğu gibi, hakem kararları da, kararı veren hakem veya hakem kurulunun kanaatleri üzerine kurulmuştur. Bu sebeple hakem kararlarının da gerekçe hususu önem taşımaktadır<sup>35</sup>. Hakem kararlarının gerekçeli olması ile davayı kazanan ve kaybeden taraf hakem veya hakem kurulunun keyfi karar verme riskine karşı korunmuş olur. Ayrıca hakem veya hakem kurulunun usul ilkelerine uygun davranıp davranmadığı ancak gerekçeden anlaşılır. Tarafların hakem kararının iptalini talep etme konusunda, haklı bir hukuki dayanaklarının olup olmadığını belirleyebilmeleri ve savunma haklarına yönelik bir ihlalin mevcut olup olmadığını belirleyebilmeleri bakımından kolaylaştırıcı nitelikte olduğundan gerekçe, hakem kararlarının denetimi bakımından da önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>36</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakem kararlarının içeriğinde gerekenin bulunması gerektiği düzenlenmiştir (m. 436/ 1, c)<sup>37</sup>. Hakemlerin gerekçesiz olarak karar vermelerinin bir iptal sebebi olması

---

35 Hakem kararlarında gerekçe hakkında bkz. **Özbay, İbrahim**, "Hakem Kararlarında Gerekçe", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2001, C. XXI, Sa. 2, s. 298-318.

36 **Özbay-** Temyiz, s. 227; **Kaplan, Yavuz**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 158.

37 Hakem kararlarının gerekçeli olup olmaması hakkında hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Alman hukukunda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya taraflar sulh sözleşmesi çerçevesinde bir karar almadıkça (ZPO § 1053), hakem veya hakem kurulunun dayanılan gerekçeleri bildireceği düzenlenmiştir (ZPO § 1054/ 2). Kararın gerekçeli olması gerektiği belirtilmekle birlikte gerekçeli karar verilmemesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Fransız hukukunda, hakem kararında gerekçe bulunması konusunda iç tahkim ve milletlerarası tahkim bakımından farklılık bulunmaktadır. İç tahkimde hakem kararında gerekçe bulunmasının zorunlu olduğu düzenlenmekle birlikte (NCPC m. 1471/ II) milletlerarası tahkim bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. İngiliz hukukunda, İngiliz Tahkim Kanunu'na göre, hakem kararı gerekçeli olmak zorundadır. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırmışlarsa hakem kararında gerekçe belirtilmeyebilir (İngiliz Tahkim Kanunu m. 52/ 4). UNCITRAL Model Kanunu'nda ise, tarafların hakem kararında gerekçe gösterilmeyeceği konusunda anlaşabilecekleri düzenlenmiştir. Taraflar hakem kararının gerekçesiz olarak verileceğini kararlaştırmadıkça veya sulh sözleşmesi çerçevesinde bir karar olmadıkça, karara esas teşkil eden gerekenin hakem mahkemesi tarafından belirlenmesi gerekir (UNCITRAL Model Kanunu m. 31/ 2).

gerektiği ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Gereksiz olarak verilen hakem kararlarına karşı iptal davası açılacağı kabul edilmekle birlikte, gereksiz hakem kararı verilmesinin iptal sebeplerinden hangisinin kapsamında değerlendirileceği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre gereksiz hakem kararı verilmesi tahkim usulüne aykırılık sebebiyle iptal sebebi olarak ileri sürülebilir<sup>39</sup>. Doktrinde başka bir görüşe göre, hakem kararından gerekçe bulunmaması hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğundan iptal sebebi olarak kabul edilmiştir<sup>40</sup>. Kanaatimizce hakem kararında gerekçe bulunmaması durumunda taraflar hakem kararının iptalini talep edebilmelidirler. Zira HMK m. 436'da hakem kararının içeriğinde bulunması gereken unsurlardan biri olarak, gerekçe düzenlenmiştir. Gerekçe bulunmadan verilen bir hakem kararı tahkim usulüne aykırılığa sebep olur. Aynı zamanda gerekçe bulunmaması kararda tarafların iddia ve savunmalarının dikkate alınıp alınmadığı hususunda bilgi vereceğinden, hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık oluşturmaktadır. Tarafın tahkim usulüne aykırılığa dayanarak iptal davası açabilmesi için kararın esasını etkileyen bir durumun bulunması şarttır (m. 439/ 2, e). Bu sebeple kararda gerekçe bulunmaması durumunda kanaatimizce tarafların hukuki dinlenilme hakkına aykırılık sebebine dayanarak iptal davası açmaları daha uygun olacaktır.

Doktrinde, taraflar aksi yönde anlaşmış olmadıkça hakemlerin gerekçeli olarak karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, taraflar hakemlerin gerekçe göstermeden karar verebileceklerine dair anlaşabilirler<sup>41</sup>. Bu durumda tarafların hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş sayılmaz. Ancak taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemler kararlarını gerekçeli olarak vermelidirler. Aksi takdirde hakem kararına karşı hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle iptal davası açılabilir<sup>42</sup>. Kanaatimizce mahkeme kararlarında olduğu gibi hakem kararlarında da

---

38 **Akıncı**, s. 297. Hakem kararının gereksiz olması mülga HUMK'da da düzenlenmemekle birlikte, hakem kararları bakımından temyiz sebebi olarak kabul edilmekteydi (bkz. ve karşı **Özbay-** Temyiz, s. 225-236).

39 Bkz. **Akıncı**, s. 314-315; **Özbay/ Korucu**, s. 237.

40 Bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2769; **Bekri, M. Nedim**, "Gerekçeli Karar Hakkı" Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, Sa. 3, s. 217; **Selçuk**, s. 235-236.

41 Bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2769; Aksi görüş için bkz. **Selçuk**, s. 235; **Özekes**, s. 226.

42 Bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2769.



gereke zorunlu bir unsur olarak düşünölmelidir. Zira hakem kararları da mahkeme kararları gibi verildikleri anda icra edilebilme özelliğine sahiptirler. Ancak taraflar hakem kararının gerekçesiz olarak verilebileceğini kararlaştırabilmelidirler. Taraflarca kararın gerekçesiz olarak verilebileceği kararlaştırılmadıkça, gerekçesiz verilen hakem kararına karşı hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle iptal davası açılabilir.

### C. Hukuki Dinlenilme Hakkı İhlalinin İleri Sürölmesi

Hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilen tarafın bu aykırılığı derhal ileri sürmesi ve ileride iptal hakkını kaybedip kaybetmeyeceği hususu üzerinde durulmalıdır. HMK m. 422/ 3’de, hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itirazın derhâl ileri sürölmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak diğer iptal sebeplerinin ileri sürölmesi bakımından böyle bir düzenleme öngörölmemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 409’da, itiraz hakkından feragate ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre; *“Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf, aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır”*. Bu hüküm iptal sebepleri bakımından da geçerlidir<sup>43</sup>. Kanaatimizce bu hükmün iptal davasında uygulanması, iptal sebepleri bakımından somut olaya göre değerlendirme yapmak suretiyle gerçekleştirilmelidir. Mahkeme tarafından re’sen dikkate alınması gereken iptal sebepleri<sup>44</sup> bakımından bu hüküm uygulanmamalıdır. Doktrinde hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduğundan, tarafın bu ihlali derhal ileri sürmemesine rağmen dikkate alınması gerekeceği belirtilmiştir<sup>45</sup>. Buna karşılık tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle hakem kararının iptalini

43 Bu hükmün kamu düzeni ve tahkime elverişlilik dışında kalan bütün iptal sebepleri bakımından geçerli olduğu hakkında bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2749.

44 Kanaatimizce iptal sebeplerinden, “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” (m. 439/ 2, g) ve “kararın kamu düzenine aykırı olması” (m. 439/ 2, g), mahkeme tarafından re’sen dikkate alınmalıdır.

45 Bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2771.

talep etmesi durumunda, dürüstlük kuralının bu konuda da geçerli olduğu söylenebilir<sup>46</sup>.

Hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin ileri sürülmesi bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da, bu sebebin hakem kararının iptali talebiyle açılan davada, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağıdır. HMK'da iptal sebeplerinin ileri sürülmesi bakımından taraflarca ileri sürülecek ve mahkeme tarafından re'sen dikkate alınacak sebepler şeklinde bir ayırım yapılmamıştır<sup>47</sup>. Doktrinde iptal davasını inceleyen mahkemenin, iptal sebeplerini kendiliğinden araştıramayacağı, iptal sebepleri gibi, mahkemenin bu sebepleri inceleme yetkisinin de sınırlı olduğu ve bunun sadece taraflarca ileri sürülen sebeplerle sınırlandırıldığı belirtilmiştir<sup>48</sup>. Ancak bu görüşe göre kamu düzenini ilgilendiren iptal sebepleri mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmalıdır<sup>49</sup>. Buna karşılık doktrinde bir başka görüşe göre, HMK m. 439'daki düzenleme, her türlü iptal sebebinin hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasına imkân verecek niteliktedir ve iptal davalarının istisnai niteliği ile bağdaşmamaktadır<sup>50</sup>. Kanaatimizce yazarın da belirttiği gibi bütün iptal sebeplerinin re'sen dikkate alınması iptal davasının istisnai niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple HMK m. 439 düzenlemesinden bütün iptal sebeplerinin mahkeme tarafından re'sen dikkate alınabileceği sonucunu çıkarmak güçtür. Kanaatimizce, kanun koyucunun amacı iptal sebeplerinde olduğu gibi mahkemenin yapacağı iptal incelemesinin de sınırlı olması yönündedir. Bu sebeple MTK'da yer alan düzenleme doğrultusunda, HMK'da yer alan “uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması” ve “kamu düzenine aykırılık” sebeplerini, iptal davasında mahkeme re'sen dikkate almalıdır. Hukuki dinlenilme hakkının ihlalini ise tarafların ileri sürmesi gerekir. Taraflarca ileri

46 Bkz. **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2771; **Selçuk**, s. 237.

47 Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ise iptal sebepleri düzenlenirken, “taraflarca ileri sürülecek” ve “mahkemece re'sen dikkate alınacak” sebepler şeklinde ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. MTK m. 15/ A'da yer alan iptal sebeplerinden; hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olduğu mahkemece re'sen tespit edilirse hakem kararı iptal edilir. Mahkeme bu sebepleri re'sen dikkate alacağı için tarafların bu sebeplerin varlığını ispat etmelerine gerek yoktur. Ancak bunlar dışındaki iptal sebepleri bakımından iptal davasını açan taraf ispat yükü altında olacaktır (**Akıncı**, s. 302).

48 **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2779-2780.

49 **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s. 2780.

50 Bkz. **Akıncı**, s. 246.

sürülmedikçe açılmış bir iptal davasında mahkemece hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği re'sen dikkate alınamaz.

### SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı şekilde sayılmıştır (m. 439/ 2). Bu sebeplerden biri de "hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi"dir. Devlet yargılamasında olduğu gibi tahkim yargılamasında da tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmelidir (HMK m. 423). Bu çerçevede tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkının, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması (HMK m. 27/ 2, a), açıklama ve ispat hakkı (HMK m. 27/ 2, b), mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi (HMK m. 27/ 2, c) unsurlarından biri ihlal edilen taraf, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebiyle hakem kararının iptalini talep edebilir.

Tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkının ihlali, tebligatın usulüne uygun yapılmaması şeklinde olabileceği gibi, açıklama ve ispat hakkının ihlalinin yanı sıra hakem veya hakem kurulunun tarafların açıklamalarını doğru şekilde dikkate almaması şeklinde de olabilir. Ayrıca HMK'da hakem kararlarının içeriğinde bulunması gerektiği düzenlenen gerekçenin bulunmaması durumunda da hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebiyle, hakem kararının iptali talep edilebilir.

Hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebiyle hakem kararının iptalini taraflar talep edebilirler. Kanaatimizce mahkeme açılmış bir iptal davasında re'sen hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediğini dikkate alamaz.

## KAYNAKÇA

**ALANGOYA, Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

**ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, Kâmil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2006.

**ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel**, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

**ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.

**AYDEMİR, Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.

**BEKRİ, M. Nedim**, “Gerekçeli Karar Hakkı” Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, Sa. 3, s. 204-228.

**BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol**, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.

**FOUCHARD, Philippe/ GAILLARD, Emmanuel/ GOLDMAN, Berthold**, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999.

**GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU Mehmet**, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018.

**KAPLAN, Yavuz**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002.

**KARSLI, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

**KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ağustos 2017.

**MOSES, Margaret**, “Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards”, Journal of International Arbitration, 20(3), 2003, s. 315-323.

**MUŞUL, Timuçin**, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016.

**ÖZBAY, İbrahim**, “Hakem Kararlarında Gerekçe”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2001, C. XXI, Sa. 2, s. 298-318. (Gerekçe)

**ÖZBAY, İbrahim**, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004. (Temyiz)

**ÖZBAY, İbrahim/ ERDEM, Murat**, “Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması”, Sakarya Hukuk Dergisi, C. 1, Sa. 2, Aralık 2013, s. 45-75.

**ÖZBAY, İbrahim/ KORUCU, Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016.

**ÖZBAY, İbrahim/ YARDIMCI, Taner Emre**, Tebligat Hukuku (7101 sayılı Kanun ile Güncellenmiş ve Son Değişiklikler İşlenmiş- Hukuk Fakültesi ve Adalet Meslek Yüksekokulu Öğrencileri İçin), Ankara 2018.

**ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

**PEKCANITEZ, Hakan**, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000. (Hukuki Dinlenilme)

**PEKCANITEZ, Hakan**, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, İzmir Barosu Dergisi, 1997/ 2, s. 35-55. (Adil Yargılanma)

**PEKCANITEZ, Hakan/ YEŞİLİRMAK, Ali**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, C. III.

**POSTACIOĞLU, İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

**SELÇUK, Seyhan**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018.

**TANRIVER, Süha**, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 53, Y. 2004, s. 191-215.

**ULUKAPI, Ömer**, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997.

**ULUKUŞ BULUT, Şaziye Tuba**, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018.

**UMAR, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

**ÜSTÜNDAĞ, Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.

**YEŞİLOVA, Bilgehan**, “7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nun ve Tebliğe İlişkin Diğer Hükümlerin Tahkimde Uygulama Yeri”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, Sa. 1, Y. 2014, s. 97-128.

**YILDIRIM, M. Kâmil**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

**YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara 2017.

**YILMAZ, Ejder/ ÇAĞLAR, Tacar**, Tebligat Hukuku, Ankara 2013.

# 7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUK

*Arş. Gör. Sedat KAYA\**

## Özet

7036 sayılı İş Mahkemeleri kanunuyla birlikte belirli iş uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunması dava şartı haline getirilmiştir. Çalışmamızda ilk olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk yöntemi incelenmiştir. Daha sonra zorunlu arabuluculuk ve hak arama özgürlüğü ilişkisine değinilmiştir. Son olarak da uygulamada ortaya çıkması muhtemel çeşitli sorunlar hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Zorunlu arabuluculuk, iş uyuşmazlığı, hak arama özgürlüğü, alternatif uyuşmazlık çözümü, emredici yapı

## Abstract

With Code of Labour Courts no. 7036 coming into force, in certain labor disputes, to mediate prior to litigation became a course of action. Initially in this work, mediation, a sort of alternative dispute resolution, is examined. Then the link between compulsory mediation and right to legal remedies is mentioned. Lastly, variety of issues likely to occur in practice are evaluated.

**Key words:** Compulsory mediation, Labor dispute, Right to legal remedies, Alternative dispute resolution, Imperative structure

## GİRİŞ

Geleneksel olarak uyuşmazlıkların çözümünde akla ilk gelen yol dava yoludur. Dava yolunda mahkemeler önünde çatışmacı yöntemlerle

---

\* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi:07/10/2018 / Makale Kabul Tarihi:30/10/2018

hakkını elde etmeye çalışan tarafların derin bir soluğa ve engin bir sabra ihtiyaçları vardır. Zira yargılama kurallarının sıkı şekil şartlarına bağlı olması ve mahkemelerin ağır iş yükü gibi sebeplerle davaların oldukça uzun sürdüğü bilinen bir gerçektir. Örneğin, 2005-2015 yılları arasında asliye hukuk mahkemelerinde bir davanın görülme süresi ortalama 218 gün iken; iş mahkemelerinde bu süre 434 gündür. Genellikle basit yargılama usulüne tabi davaların görüldüğü sulh hukuk mahkemelerinde dahi bu süre, ortalama 90 günden az olamamaktadır.<sup>1</sup> Bu bakımdan hukuk kültürümüze “*mahkeme mahkeme sürünmek*” deyimini yerleşmiştir.

Dava yolunun olumsuz yönü yalnızca yargılamaların uzun sürmesi değildir. Ayrıca çatışmacı yöntemlerle uyuşmazlığın çözülmeye çalışılması yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olabilmekte, ekonomik ve toplumsal ilişkileri zedeleyerek birçok yeni soruna yol açabilmektedir. Bu bakımdan Zeki Ökten’in yönettiği, Kemal Sunal’ın başrolde oynadığı, 1986 yapımı “*Davacı*” filmi basit bir uyuşmazlıktan ortaya çıkan yeni uyuşmazlıkların anlatıldığı çarpıcı bir örnektir.

Düzenli ve istikrarlı çalışma hayatının varlığı, güçlü ekonominin olmazsa olmaz şartlarından. Ülkemize katma değer sağlaması beklenen işçi ve işverenlerin mahkemelerde yıllarca hak arama mücadelesi vermesi gerek taraflar gerekse toplum bakımından emek ve para kaybıdır. Şu halde, çalışma hayatında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın biran önce çözülmesinde tarafların olduğu kadar toplumun da menfaati vardır.

Adalet Bakanlığı tarafından 2015 yılında yayınlanan bir istatistiğe göre, mahkemelerde derdest davaların yaklaşık yedide biri (1/7) iş uyuşmazlıklarından kaynaklanmaktadır.<sup>2</sup> Sanayinin gelişmesine paralel olarak artan iş uyuşmazlıkları sebebiyle bu uyuşmazlıklarla ilgilenen mahkeme sayılarında artış olmuştur. Buna rağmen, mevcut iş yükü ve hâkim sayısı dikkate alındığında iş mahkemeleri üzerindeki yükün çok fazla olduğu da inkâr edilemez.

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanan ve 2014-2018 yıllarını kapsayan Onuncu Kalkınma Planında, hukukun tüm dallarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ağırlık verme

---

<sup>1</sup> [http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2015/HUKUK%20MAHKEMELER%C4%B0/5.pdf](http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/HUKUK%20MAHKEMELER%C4%B0/5.pdf) (ET 15.02.2018).

<sup>2</sup> [http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2015/HUKUK%20MAHKEMELER%C4%B0/1.pdf](http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/HUKUK%20MAHKEMELER%C4%B0/1.pdf) ET (ET 15.02.2018).



kararı alınmıştır.<sup>3</sup> Bu çerçevede ilk olarak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)<sup>4</sup> 07.06.2013 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Ancak anılan kanunun yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen yaklaşık beş yıllık süreçte arabuluculuk kurumu arzu edilen ilgiliyi görmemiştir. Bu nedenle, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulamada bilinirliğinin artırılması, böylece mahkemelerdeki ağır iş yükünün azaltılması amacıyla dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru yapılmış olunmasının dava şartı haline getirilmesi önerilmiştir.<sup>5</sup> Bu çerçevede, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İş MK)<sup>6</sup> nun üçüncü maddesiyle, belirli iş uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunması dava şartı haline getirilmiştir.

Biz de bu çalışmamızda ilk olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını ve bu yollardan en bilinen yöntem olan arabuluculuk yöntemini, 7036 sayılı Kanun değişiklikleri çerçevesinde, inceleyeceğiz. Daha sonra zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin iradilik ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle ilişkisini doktrindeki görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde irdeleneceğiz. Bundan sonra, iş hukuku ilkeleriyle zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin birbirine uygun olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak medeni usul ve icra-iflas hukuku kuralları çerçevesinde yargılama giderleri, alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde işe iade talepleri bakımından arabuluculuk arkadaşlığı, anlaşma belgesinin niteliği ve icra edilebilirlik şerhiyle ilgili çeşitli sorunlar hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

---

<sup>3</sup> T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Onuncu Kalkınma Planı, s. 36 ([http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/Onuncu\\_Kalkinma\\_Planı.pdf](http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/Onuncu_Kalkinma_Planı.pdf)) (ET. 25.10.2018)

<sup>4</sup> 07.06.2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (RG. 22.06.2012, S. 28331).

<sup>5</sup> **Kuru**, Baki, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 2, 2010, s. 240, (**Kuru**, Görüş ve Öneriler).

<sup>6</sup> 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (RG. 25.10.2017, S. 30221).

## I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE ARABULUCULUK

### A. GENEL OLARAK

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü terimi hukuk literatürümüze İngilizce “Alternative Dispute Resolution” (ADR)<sup>7</sup> - kavramının Türkçeye çevrilmesiyle kazandırılmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözümü, tarafsız üçüncü kişinin aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları ortaklaşa çözüme ulaşmaları amacıyla bir araya getirmek suretiyle birbirleriyle iletişim kurmalarına yardımcı olduğu, devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamaya nazaran seçimli yol olarak işlerlik kazanan uyuşmazlık çözüm yollarının bütünüdür.<sup>8</sup> Burada “alternatif”<sup>9</sup> kelimesine birçok anlam verilebileceğinden doktrinde bu kelimenin anlamı üzerinde daha fazla durulmuştur.<sup>10</sup> AYM’ de bir kararına “alternatif” ibaresini irdelemiştir. Şöyle ki:

“Alternatif Uyuşmazlık Çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz.... Esasen, doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi

<sup>7</sup> ADR’nin tarihsel gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbay**, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları,” *EÜHFD*, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 461-462 (**Özbay**, Alternatif Çözüm); **İldır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, s. 71-72; **Yazıcı Tıktık**, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013, s. 15; **Yıldırım**, Kamil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında,” *Prof. Dr. Yavuz Alongoya için Armağan*, İstanbul: Vedat Yayınları, s. 350 vd.

<sup>8</sup> **Tanrıver**, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” *Makalelerim (2006)*, Ankara: Asil Yayınları, 2006, s. 1 (**Tanrıver**, Alternatif Çözüm). Benzer tanımlar için bkz. **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 460; **Dür**, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara: Adalet Yayınları, 2017, s. 6; **İldır**, s. 30; **Kismet Kekeç**, Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2014, s. 25-26; **Özbek**, M. Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 191-198; **Yazıcı Tıktık**, s. 5-6; **Taşpolat Tuğsavul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 22.

<sup>9</sup> “Alternatif” kelime anlamı itibarıyla “seçenek, seçimlik” anlamına gelmektedir. bkz. **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 50, (**Yılmaz**, Sözlük).

<sup>10</sup> **Yazıcı Tıktık**, s. 5; **Özbek**, s. 198: Alternatif kelimesinin dostane bir anlam içerdiği yönünde bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s. 25.

olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu anlaşılmaktadır.”<sup>11</sup>

Gerçekten de ADR yöntemleri, dava yoluyla birlikte uygulanan, dava yolunun yanında seçimlik olarak yer alan yöntemlerdir.<sup>12</sup> Diğer bir deyişle, “alternatif” ibaresi yargılama kurallarının alternatifini olarak anlaşılmalıdır.<sup>13</sup> Doktrinde ADR kavramındaki “alternatif” kelimesinin yargıyla rekabet eden, onun yerini almaya çalışan mekanizma olarak algılanması sebebiyle Alternatif Uyuşmazlık Çözümü tabiri yerine “Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yolları” tabirinin kullanılması da önerilmiştir.<sup>14</sup>

Doktrinde bir görüşe göre ise, “alternatif” teriminin esasında bir önemi bulunmamaktadır. Zira, artık bu yöntemin devlet yargısına alternatif teşkil edip etmediği sorusundan çok, bu yöntemlerin her somut olayın özelliklerine göre nasıl en uygun ve en başarılı yöntemin sağlanabileceği sorusu gündemdedir.<sup>15</sup>

Uyuşmazlıkların çözümü esasen devletin görevidir.<sup>16</sup> Devlet bu görevini bağımsız ve tarafsız mahkemeleri aracılığıyla yerine getirir (AY. m. 9). ADR ise, devletin mutlak egemenliğine zarar vermeksizin

11 Anayasa Mahkemesi 10.7.2013 tarih 2012/94 E., 2013/89 K., (RG. 25.1.2014, S. 28893).

12 **Özbay**, Alternatif, Çözüm, s. 460; **Özbek**, s. 200-201; **Uyumaz**, Alper/**Erdoğan**, Kemal, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları,” *DEÜHFD*, C. 17, S. 1, 2015, (basım yılı: Şubat 2016), s. 124; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 2; **Bulur**, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi,” *ABD*, Y. 65, S. 4, 2007, s. 33, (**Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi).

13 **İldir**, s. 21; **Yazıcı Tıktık**, s. 6; **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 460.

14 **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 5; **Dür**, s. 8; **Kaplan**, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış,” *MHBD*, Y. 28, S. 1- 2, 2008, s. 121.

15 **Taşpolat Tuğsavul**, s. 25.

16 Doktrinde bir görüşe göre, mahkeme denilen kurum tarihsel gelişimde işlevini tamamlamıştır. İnsanlık yepyeni bir yargılama anlayışına doğru yönelmiştir. Devlet odaklı yaşam yerine insan odaklı yaşam anlayışının bir sonucu olarak ADR’ye alışılacaktır (**Yılmaz**, Ejder, “Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoğa’ ya Armağan*, İstanbul: Vedat Yayınları, 2007, s. 376-377, (**Yılmaz**, Avukatlık Ücreti).

yargısal yolların yanında yer alan, tarafların iradi olarak başvurması halinde işlerlik kazanan, ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini amaç edinen, adil ve hakkaniyete uygun bir karardan ziyade tarafların optimal menfaatleri çerçevesinde uyuşmazlığın sona erdirilmesini hedefleyen yöntemler bütünüdür.<sup>17</sup> Şu halde, ADR'nin amacı, yargı yolunun yerine geçmek veya yargı yolu yerine tercih edilmek olmadığı gibi yargı yolundan kaçmak da değildir.<sup>18</sup> ADR, yargının daha etkin ve verimli çalışmasına hizmet eden, devlet yargısıyla yan yana yürüyen etkin ve barışçı yöntemler bütünüdür.<sup>19</sup>

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri'nin asıl hedefi küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir.<sup>20</sup> Devlet mahkemelerinde yürütülen yargılama faaliyetinde dahi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklarda sulh olabilmelerine imkân tanınmakta (HMK m. 313/f. 2) ve hâkime tarafları sulhe teşvik etme ödevi yüklenmektedir (HMK m. 137; m. 139; m. 140; m. 320; AMK m. 7) <sup>21</sup>. Şu halde; kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe

17 **Tanrıver**, Süha, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Makalelerim (2006)*, Ankara: Asil Yayınları, 2006, s. 59 (**Tanrıver**, Sosyolojik Bakış); **Bulur**, Alper, “Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, *TBB D.*, S. 89, 2010, s. 198 (**Bulur**, Düzenleme Önerisi); **Uyumaz**, Alper, “Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *SÜHFD*, C. 20, S. 1, Yıl 2012, s. 105-106.

18 **Özbek**, s. 201; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 24; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 2; **Dür**, s. 6; **Aras**, Bahattin, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri”, *Adalet Dergisi*, S. 35, 2009, s. 60.

19 **Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi, s. 32-33; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 4-5; **Dür**, s. 8; **Özbek**, s. 201; **İşık**, Olcay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 6, S. 64, 2011, s. 16. ADR'nin amaçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yazıcı Tıktık**, s. 11 vd.

20 **Pekcanitez**, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, *Hukuki Perspektif Dergisi*, S. 5, 2005, s. 15' ten aktaran: **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 2.

21 **Ersen Perçin**, Gizem, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, *MHB*, Yıl: 31, S. 2, 2011, s. 190 vd. ; **Özmumcu**, Seda, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013, s. 238-260.

tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıklar bakımından ADR'nin uygulanmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır (HUAK m.1).<sup>22</sup>

Anayasa Mahkemesi de HUAK'ın birinci maddesinin iptali talebi üzerine verdiği kararda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş kavramının mevzuat ve uygulamada bilinen bir kavram olduğu hususuna vurgu yaptıktan sonra, kamu düzenine ilişkin konularda tarafların serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konusunda bir şüphe bulunmadığını da belirterek hükmün belirsiz olmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>23</sup> Şu halde, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıklar bakımından ADR'nin uygulanmasında hukuken bir engel bulunmadığı görüşüne Yüksek Mahkeme'nin de katıldığı söylenebilecektir.

ADR'nin üç unsurundan söz edilebilir. Bunlardan ilki, çözüme ulaşmada üçüncü kişinin müdahalesinin gerekliliğidir.<sup>24</sup> ADR'nin ikinci unsuru ise, yargılama faaliyeti öncesinde taraf iradesiyle ADR'ye başvurulabileceği gibi devlet veya tahkim yargılaması devam ederken de tarafların talebi ya da hâkimin veya hakemin inisiyatifıyla ADR'ye başvurulabilmesidir.<sup>25</sup> ADR'nin üçüncü unsuru ise, alternatif usuller kullanılarak ulaşılan çözümün, kural olarak, bağlayıcı olmamasıdır.<sup>26</sup> Bu son unsura göre, taraflar ulaşılan çözümden tatmin olmama durumunda yargılama makamlarına başvuru haklarını saklı tutar.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> **Kuru**, s. 240; **Yılmaz**, Ejder, "Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi", *Makalelerim (1973- 2013)* Ankara: Yetkin Yayınları, s.1959 (**Yılmaz**, Yasa ile Düzenleme). Arabuluculuk faaliyeti taraflar arasında mahkeme dışında sulh olma faaliyetine çok benzemektedir. Bu bakımdan tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda ADR nin uygulanabileceği sonucuna varılabilir. ADR yolunun karşılıklı fedakârlıkları içermesi halinde ise ortada sulh sözleşmesi bulunmaktadır. (bkz **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 472).

<sup>23</sup> Bkz. dn. 11'de değinilen karar.

<sup>24</sup> **Özbay**, İbrahim, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Belgesinin İlam Niteliği", *EÜHFD*, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 387- 388, (**Özbay**, Uzlaştırma Belgesi).

<sup>25</sup> **Özbay**, Uzlaştırma Belgesi, s. 388: Alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun yargılamanın zorunlu bir parçası olarak dahi düzenlenebileceği yönünde bkz. **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 463; **Ildır**, s. 28-29.

<sup>26</sup> **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 463; **Ildır**, s. 28-29; **Uyumaz**, s. 106.

<sup>27</sup> **Sungurtekin Özkan**, Meral, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", *MİHDER*, 2005/2, s. 355; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 23; **Dür**, s. 6.

## B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en bilinen türleri: müzakere<sup>28</sup>, tarafsız ön değerlendirme<sup>29</sup>, vakıaların tespiti<sup>30</sup>, arabuluculuk–tahkim,<sup>31</sup> kısa duruşma<sup>32</sup>, uzlaşma ve arabuluculuktur.

Tahkimin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir.<sup>33</sup> Diğer bir görüşe göre ise, tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Tam aksine, devlet yargılamasını tamamlayan yargısal bir yoldur.<sup>34</sup>

- 
- 28 Uyuşmazlık halinde bulunan tarafların, herhangi bir üçüncü kişinin yardımına başvurmaksızın bir araya geldiği uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Müzakere yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 9; **Uyumaz**, Tüketici, s. 108; **Kaplan**, s. 118; **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 471; **Ersen Perçin**, s. 181; **Işık**, s. 19.
- 29 Tarafsız ön değerlendirici adı verilen objektif, bağımsız, deneyimli üçüncü kişinin uyuşmazlığın nasıl, nerede çıktığını, nasıl geliştiğini gelecekte hangi yöne gidebileceği hususlarında taraflara bilgi vermesi yöntemidir. Tarafsız ön değerlendirme yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 10; **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 467; **Ildır**, s. 87; **Işık**, s. 20-21; **Çalışır**, Kurtuluş, Arabuluculuk, Ankara: Adalet Yayınları, 2015, s. 17.
- 30 Vakıaların tespiti yöntemi, uyuşmazlığı belirleyen, uyuşmazlığı tanımlayıp, somutlaştıran yöntemdir. Vakıaların tespiti yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 10-11; **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 468-469; **Ildır**, s. 83.
- 31 Arabuluculuk- Tahkim yöntemi, arabuluculuk yönteminin başarısızlığa uğraması ihtimalinde tahkimle tamamlanan karma bir yöntemdir. Bu yöntemde arabuluculuk sonunda varılan sonuç taraflar bakımından bağlayıcı olmamakla birlikte; bir sonraki aşama olan tahkim yargılaması sonucu verilen karar tarafları bağlar. **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 469; Arabuluculuk-tahkim yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Polat**, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 47; **Özbek**, Serdar, “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim”, *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 1, 2017, s. 15-106, (**Özbek**, Arabuluculuk-Tahkim).
- 32 Kısa duruşma, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi ve taraf temsilcilerinden oluşan bir jürinin gizlilik esası çerçevesinde yürüttüğü, tarafların açıklamaları ve iddiaları neticesinde taraflara yönelik tavsiye kararıyla sonuçlanan yöntemdir. Kısa duruşma yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 471; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 13; **Işık**, s. 21; **Ildır**, s. 108-109.
- 33 **Kaplan**, s. 120.
- 34 **Bulur**, s. 32.

Devlet mahkemelerinin hakem kararlarına müdahalesi, örneğin; hakem kararlarının iptali, hakem kararlarının taraflar bakımından bağlayıcı olması ve hakem kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi sebepleriyle biz tahkimin ADR yöntemi olmayıp, istisnai yargısal yol olduğu görüşüne katılmaktayız.<sup>35</sup>

Belirtmek gerekir ki, ADR türleri yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını, hukuki şartlarını, toplumsal durumunu göz önüne alarak bu uyumsuzluk çözüm yöntemlerinden herhangi birini kullanabileceği gibi, bunlardan bir veya bir kaçını bir araya getirerek kendine özgü uyumsuzluk çözüm yöntemleri de oluşturabilir. Ayrıca her ülke burada sayılamayacak başka uyumsuzluk çözüm yöntemleri oluşturup uygulayabilir.<sup>36</sup>

## C. ARABULUCULUK

### 1. Arabuluculuğun tanımı

Arabuluculuk (mediation) teriminin kökeni Latince “yarıya bölmek veya ortayı bulmak” anlamına gelen “mediare” sözcüğüne dayanmaktadır.<sup>37</sup> Bir görüşe göre arabuluculuk, uyumsuzlukların tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla gönüllü olarak çözülmesi usulüdür.<sup>38</sup> Başka bir görüşe göre ise arabuluculuk, uyumsuzluk taraflarını konuşmak, müzakere etmek amacıyla bir araya getirmek böylece tarafların birbirlerini anlamalarını, kendi çözümlerini kendilerinin bulmalarını sağlamak amacıyla aralarındaki iletişimi kolaylaştıran bağımsız ve objektif konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür.<sup>39</sup> Arabuluculuğun tanımına ilişkin bu görüşlerden anlaşılacağı üzere, arabuluculuk yönteminin üç temel özelliği bulunmaktadır. Bunlar; gönüllülük (tarafların iradeleriyle arabulucuya

<sup>35</sup> Tahkimin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 19-20.

<sup>36</sup> **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 9; **Uyumaz**, Tüketici, s. 108; **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 471; **Işık**, s. 17.

<sup>37</sup> **Ildır**, s. 78, dn 2; **Özümücü** s. 276; **Işık**, s. 17; **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 465.

<sup>38</sup> **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 465; **Sarısözen**, Serhat, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi Ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, *EÜHFD*, C. XV, S. 1-2, 2011, s. 256.

<sup>39</sup> **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış, s. 66; **Kaplan**, s. 121-122.

başvurması), taraflar arasındaki iletişimin sistematik teknikler uygulanarak sağlanması ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılan çözümün taraflar bakımından bağlayıcı olmamasıdır.<sup>40</sup>

Arabuluculukta organik veya şekli anlamda bir yargılama faaliyeti yürütülmez. Arabulucu, yargılama faaliyeti olarak tanık dinleyemeyeceği gibi keşif, bilirkişi delillerine de başvuramaz ( HUAKEY<sup>41</sup> m. 19/f. 4). Arabulucunun delil incelemesi ve değerlendirmesi de mümkün değildir.<sup>42</sup>

Arabulucu, devlet ya da tahkim yargılamasından farklı olarak uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar vermemektedir.<sup>43</sup> Arabulucu, bozulan menfaat dengesini tekrar düzeltme amacıyla haklıyla haksızı ayırt etmeye yönelik faaliyetten ziyade; uyuşmazlığın her iki tarafının menfaatlerinin en uygun şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunması amacıyla çaba sarf eder.<sup>44</sup> Arabulucunun görevi, bireysel yeteneklerinden de yararlanmak suretiyle, sistematik teknik ve yöntemler kullanarak taraflar arasında rahat ve özgür müzakere ortamı oluşturmak, iletişimi kolaylaştırmak, böylelikle diyalog sürecini canlı tutarak, dava ya da tahkim yoluna başvurmaksızın tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendi buldukları çözümle sona erdirmelerine yardımcı olmaktır.<sup>45</sup> Hatta son değişikliklerle birlikte arabulucunun çözüm önerisi getirmesi de mümkün hale gelmiştir.<sup>46</sup>

## 2. Arabulucunun Rolü

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraflara hukuki tavsiyede bulunup bulunamayacağı, tarafların irdeleyebileceği çözüm önerisi getirip getiremeyeceği tartışmalıdır. Arabulucunun süreçte aktif yahut

---

40 **Taşpolat Tuğsavul**, s. 27; **Dür**, s. 12.

41 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (RG. 2.06.2018, S. 30439).

42 **Dür**, s. 13.

43 **Özmumcu**, s. 282-283; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 14.

44 **Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 674-675.

45 **Taşpolat Tuğsavul**, s. 27; **Sungurtekin Özkan**, s. 358. Arabulucunun bir rehber, eğitmen, ev sahibi gibi yapıcı davranmak zorunda olduğu yönünde bkz. **Dür**, s. 7.

46 Bkz. aşağıda, I. C, 2.



pasif durumda bulunmasına göre çeşitli arabuluculuk türleri ortaya çıkmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, arabulucu taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz.<sup>47</sup> HUAK m. 2 ve bu maddenin gerekçesi<sup>48</sup> ile HUAKY m. 19/f. 5<sup>49</sup> yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde arabulucunun hak temelli değerlendirme yaparak taraflara çözüm önerisinde bulunamayacağı sonucuna varılmalıdır.<sup>50</sup> Arabulucunun bu pasif rolü doktrinde kolaylaştırıcı arabuluculuk olarak ifade edilmektedir.<sup>51</sup> Bu halde arabulucu tarafların menfaatlerine odaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, arabulucu kendisini arabuluculuk sürecine müdahalede bulunma bakımından sınırlamaktadır. Şu halde, kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu uyuşmazlık hakkında ne tavsiyede bulunmaya ne de hukuki bilgi sağlamaya yetkilidir.<sup>52</sup>

47 **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 15; **Subaşı**, İbrahim: “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, *Bilgi Toplumunda Hukuk (Ünal Tekinalp’e Armağan)*, C. 2, İstanbul, 2003, s. 760; **Dür**, s. 45-46.

48 HUAK m. 2’nin gerekçesinde “*Kanunun uygulaması bakımından merkezi konumda bulunan “Arabuluculuk” kavramına yüklenen anlam ve içerik “uzlaştırma” kavramından temel farklılıklarına da işaret edilmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu tanımlama çerçevesinde arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş tarafları konuşmak müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını bu suretle “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz...*” ifadeleri yer almıştır.

49 HUAKY m. 19/f. 5 hükmüne göre: “*Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.*”

50 **Dür**, s. 46.

51 **Özdemir**, Olgu, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, *Fevzi Şahlanan’a Armağan İÜHFİM*, S. 74, İstanbul, 2016, s. 611.

52 **Özmumcu**, Seda, “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan, (C. II), İÜHFİM*, C. LXXXI, S. 1, 2013, s. 1388, (**Özmumcu**, Arabulucunun Rolü).

Doktrinadaki diğer bir görüşe göre, arabuluculuk ile uzlaşma yöntemleri birbirinden ayrılmaktadır. Arabulucu olarak faaliyet gösteren üçüncü kişi, taraflarca tartışılabilir çözüm önerisinde bulunamamasına karşın; uzlaştırıcı, taraflara somut olayın şartları ve özellikleri çerçevesinde çeşitli çözüm önerilerinde bulunmak, bakımından serbesttir.<sup>53</sup>

Doktrinde diğer bir görüşe göre, arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunamayacağı şeklindeki yaklaşım isabetli değildir. Zira, arabuluculuk doğası gereği taraflara müşterek bir payda etrafında uzlaşma ortamı sağlayacak ve bunu yaparken aynı zamanda somut olayın özelliklerine göre belirli çözüm önerileri geliştirmeye yardımcı olacak, hatta yeri geldiğinde kendisi de bizzat çözüm önerilerinde bulunarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için çaba sarf edecektir.<sup>54</sup> Doktrinde değerlendirci arabuluculuk olarak ifade edilen bu yaklaşıma göre arabulucu tarafların haklarına odaklanmalıdır.<sup>55</sup> Değerlendirci arabuluculukta arabulucu kolaylaştırıcı arabulucuya nazaran daha aktif bir rol üstlenmektedir. Değerlendirci arabulucu, taraflara tavsiyede bulunabilmekte, somut olayın şartları çerçevesinde hâkimin nasıl karar verebileceği, olası yargılama giderlerinin tutarı, dava yolunun riskleri, tarafların uyuşmazlık konusu üzerindeki güçlü ve zayıf noktaları hakkında görüşünü ortaya koymaktadır.<sup>56</sup>

Kanımızca bu tartışma 12.10.2017 tarih 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu<sup>57</sup> m. 17 ile HUAK m. 2/f. 1, b bendine “gerçekleştiren” ibaresinden sonra gelmek üzere ilave edilen “*Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen*” ibaresi ve aynı Kanunun 22. maddesi ile de HUAK m. 15 hükmüne ilave edilen 7. fıkradaki “*Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması*

<sup>53</sup> **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 15.

<sup>54</sup> **Özmumcu**, s. 282-283; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1388-1389: Uyuşmazlığın hangi sürecinde yer aldığı ve tarafsız üçüncü kişinin aktif veya pasif olduğu yönündeki ayrımın pratik açıdan önemi bulunmaması sebebiyle bu tartışmanın arabuluculuk modelleri çerçevesinde yapılması gerektiği ve her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilerek arabulucunun bazı durumlarda öneri sunmasının mümkün olabilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kismet Kekeç**, s. 26.

<sup>55</sup> **Özdemir**, s. 611; **Özmumcu**, Seda, “Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014, s. 38, (**Özmumcu**, Genel Bakış).

<sup>56</sup> **Özmumcu**, Arabulucunun Rolü, s. 1375-1377.

<sup>57</sup> RG. 25.10.2017, S. 30221.

*hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir.*” ibaresiyle yeni bir boyut kazanmıştır. Gerçekten de söz konusu hükümlere göre, arabulucu sistematik teknikler uygulamak suretiyle tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulması amacıyla elinden gelen çabayı öncelikli olarak ortaya koyacak; tarafların bunda başarılı olamayacağını ortaya çıkması halinde taraflara çözüm önerisi de sunabilecektir (HUAKY m. 17/f. 6). Getirilen bu düzenlemeyle birlikte hukukumuzda kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendirici arabuluculuk modeline geçiş yapıldığı söylenebilir.<sup>58</sup> Şu halde, arabulucunun çözüm önerisinde bulunması bir zorunluluk değil, arabulucuya tanınmış bir yetkidir. Belirtmek gerekir ki, bu halde dahi arabulucunun çözüm önerisi taraflar bakımından bağlayıcı olmadığı gibi; arabulucu, sunduğu çözüm önerisini taraflara empoze etmek, taraflara bu öneriyi kabul ettirmek bakımından herhangi bir zorlamada bulunma hak ve yetkisine sahip değildir.<sup>59</sup>

Kanımızca HUAK m. 2/f. 1, b hükmündeki düzenleme yerinde değildir. Zira, arabuluculuk kurumunun özünde hukuki değerlendirme yapma veya taraflara çözüm önerisi sunabilme gibi imkanlar mevcut değildir. Yukarıda değindiğimiz kolaylaştırıcı arabuluculuk ve değerlendirici arabuluculuk kavramları Türk doktrin ve uygulamasında henüz tam anlamıyla kabul görmüş kavramlar değildir. Bu bakımdan kanun koyucu bu değişiklikte birlikte, deyim yerindeyse, arabuluculuk kurumunun DNA’sıyla oynamıştır. Sonuç olarak, genetiği değişmiş bir arabuluculuk prosedürüyle tarafların anlaşma zeminini bulmaya çalışması söz konusu olacaktır.

Olması gereken hukuk bakımından önerimiz; yalnızca bireysel iş uyuşmazlıklarında uygulanmak üzere, tarafsız ön değerlendirici ve arabuluculuk yöntemlerinin birlikte uygulanmasıyla ortaya konulacak

58 **Özmumcu**, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İÜHFİM*, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 836, (Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk), doktrinde aksi bir görüşe göre, arabulucunun çözüm önerisi getirebilme yetkisinin ancak ve ancak tarafların çözüm üretememesi halinde ortaya çıkacak olması sebebiyle hukukumuzda tam anlamıyla hak temelli ve değerlendirici arabuluculuk modelinin benimsendiği söylenemez. Bu sebeple hukukumuzda halen geçerli olan arabuluculuk modeli kolaylaştırıcı arabuluculuktur (HUAKY m. 17/6) 6325 **Akyol Aslan**, Leyla, “6225 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15’inci Maddesi İle Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S. 145, 2018, s. 37-38.

59 **Akan**, Pınar, Arabuluculuk ve Deniz Hukukundan Doğan İhtilafı Uygulanması, Ankara: Adalet Yayınları, 2013, s. 37; Akyol Aslan, s. 39.

yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ihdas edilmesidir. Bu yöntemde 5 (beş) yıllık mesleki tecrübesi bulunan ve iş hukuku alanında uzmanlık eğitimini tamamlamış uzman arabulucunun, süreç sonunda uyuşmazlığın nasıl ve nerede ortaya çıktığı, nasıl geliştiği ve gelecekte nasıl bir yola gidilebileceği gibi konularda tarafları bilgilendireceği ve kendi çözüm önerisini de ihtiva eden değerlendirme tutanağı düzenleyip taraflara vermesi gerektiği buna rağmen tarafların anlaşma sağlayamaması halinde bu tutanak bulunmaksızın dava açılmayacağına düzenlenmesi yerinde olacaktır. Böylelikle, tecrübeli ve tarafsız uzman hukukçunun görüşleri çerçevesinde taraflarca dava risk analizi yapılabilecektir. Diğer bir ifadeyle, taraflar yargılama makamlarına başvuru halinde elde edebileceği olası sonuçlar bakımından öngörü sağlamış olabilecektir. Yine, pek çok bireysel iş uyuşmazlığında dava sürecinde çeşitli alacak kalemlerinin hesaplanması amacıyla bilirkişiye başvurulduğu da bir gerçektir. Önerdiğimiz çözüm yolu sayesinde uzmanlık eğitimini tamamlamış tarafsız ön değerlendirici-arabulucunun henüz sürecin başında bu türden alacak kalemleri bakımından gerekli hesaplamaları yapmış olması sebebiyle, tarafların raporda belirtilen meblağlara itiraz etmeleri halî müstesna olmak üzere, bilirkişiye başvuru yapılması söz konusu olmayacağından uyuşmazlık daha kısa sürede ve daha az masrafla çözüme kavuşturulabilecektir.

## II. ZORUNLU ARABULUCULUK DÜZENLEMESİNİN ANAYASAL ÇERÇEVEDA DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. ZORUNLU ARABULUCULUK VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ İLİŞKİSİ

İradilik ilkesi, arabuluculuk yöntemine katılma zorunluluğunun bulunmaması, taraflarca ileri sürülen uzlaşma önerilerinin serbestçe değerlendirilip kabul edilmesi veya reddedilebilmesi yahut arabuluculuk sürecinin serbestçe sona erdirilebilmesi konularında tarafların sahip olduğu serbestiyi ifade eder.<sup>60</sup> HUAK m. 3/f. 1 hükmüne göre, *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.”* Şu halde, HUAK ile benimsenen sistem esas itibarıyla arabuluculuğun iradi olmasıdır.<sup>61</sup> Medeni usul hukuku alanında geçerli olan tasarruf

<sup>60</sup> Yazıcı Tıktık, s. 36. İradilik ilkesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özmumcu, s. 299 vd.; Tuğsavul Taşpolat, s. 125; Bulur, Arabuluculuk Yöntemi, s. 43.

<sup>61</sup> Tuğsavul Taşpolat, s. 126; Yazıcı Tıktık, s. 39.

ilkesinin alternatif uyuşmazlık çözümü alanındaki yansıması iradilik ilkesidir. Gerçekten de nasıl ki devlet ya da tahkim yargılamasında taraflar, feragat, sulh, kabul yollarıyla iradi olarak yargılamaya son verebiliyorsa aynı şekilde arabuluculuk yönteminde de taraflar uyuşmazlık konusunda arabulucuya başvurma, arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmeme, sürecin sonucunda anlaşmaya varıp varmama hususunda tamamen serbesttir.<sup>62</sup> Belirtmek gerekir ki, medeni usul hukukunda tasarruf ilkesine istisna teşkil eden tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla da çözülmesi mümkün değildir (HUAK m. 1/f. 2).

Arbuluculuk sürecinin başarılı ve olumlu şekilde sonuçlanmasının ilk şartı tarafların bu sürece kendi iradeleriyle, gönüllü olarak başvurmuş olmalarıdır.<sup>63</sup> Acaba, iradilik ilkesinin mutlak uygulanması yerine dava açmadan önce arabulucuya başvuru yapılmış olunmasının zorunlu kılınması mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunmasının özel dava şartı olarak kabul edilmesi hak arama özgürlüğünü ihlal eder mi?

Doktrinde bir görüşe göre, arabuluculuğun zorunlu olarak uygulanması arabuluculuğun ruhuna, temel mantığına, aykırıdır.<sup>64</sup> Bu görüşteki yazarlara göre, arabuluculuk sürecinin yalnızca iradilik esasına göre yürütülmesi halinde, süreç başarıya ulaşılabilecektir.<sup>65</sup> Bu sebeple, arabuluculuğun iradi olarak başvurulmuş bir kurum olması esas muhafaza edilmeli, taraflara yaptırımlar öngörerek bu yollara başvuru zorunlu kılınmamalıdır.<sup>66</sup> Bu yollara başvuru konusunda getirilecek yasal zorunluluk hak arama özgürlüğüne müdahale, dolayısıyla Anayasaya aykırılık, olarak algılanabilecektir.<sup>67</sup> Benzer yönde bir başka görüşe

<sup>62</sup> **Dür**, s. 250; **Özmumcu**, s. 302; **Kısmet Kekeç**, s. 70-71.

<sup>63</sup> **Özmumcu**, s. 300.

<sup>64</sup> **Yazıcı Tıktık**, s. 38; **Dür**, s. 252.

<sup>65</sup> **Lale**, Muktedir, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 20.

<sup>66</sup> **Uyumaz**, s. 107; **İldır**, s. 48.

<sup>67</sup> **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 4 **İldır**, s. 48: Zorunlu arabuluculuğun Anayasanın 36 ve 37. maddelerine ve anayasanın ruhuna aykırı olduğu görüşü için bkz. **Karacabey**, Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *TBB*, S. 123, 2016, s. 465 vd. Anayasada zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin anayasal dayanağı bulunmaması sebebiyle anayasaya aykırı olduğu görüşü için bkz. **Şen**, Ersan, "İş Hukuku Davalarında Zorunlu Arabuluculuk", 15.06.2017, <http://www.haber7.com /yazarlar/>

göre, AYM'nin 10.7.2013 tarihli<sup>68</sup> kararının gerekçesinde belirttiği tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, süreci sona erdirmek bakımından serbest olması sebebiyle hükmün Anayasaya aykırı olmadığı görüşünün mefhum-u muhalifinden arabuluculuğun zorunlu kılınmasının arabuluculuğun özüne ve Anayasaya aykırı olacağı sonucuna varılmalıdır.<sup>69</sup> Özellikle aşırı iş yükü sebebiyle yargılama sürecinin ağır işlediği ülkemizde, zorunlu arabuluculuk, bu sürecin daha fazla uzamasına sebebiyet verebilecektir.<sup>70</sup> Bu halde arabuluculuğun amacından uzaklaşma tehlikesi doğabilecektir. Keza, uzlaşma bilincinin yeterince gelişmediği toplumlarda zorunlu arabuluculuğun yarardan çok zarar getireceği açık bir şekilde ortadadır.<sup>71</sup>

Buna karşın doktrinde diğer bir görüşe göre, arabuluculuk yöntemine başvurunun iradi olması esası, gerek yargının ağır iş yükünün azaltılması gerekse bu yöntemin uygulamada benimsenmesinin sağlanması amacıyla göz ardı edilebilir.<sup>72</sup> Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunmasını zorunlu kılarak arabulucuya başvurunun iradi olması ilkesini bertaraf edebilir.<sup>73</sup>

Kanımızca, belirli uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk prosedürüne başvurulmuş olunmasının dava şartı olarak kabul edilmesi

---

prof-dr-ersan-sen/2355166-is-hukuku-davalarinda-zorunlu-arabuluculuk (ET 30.01. 2018); Yargılama sürecindeki baskılardan etkilenecek arabuluculuk süreci sonunda gönülsüz olarak anlaşma sağlanacağı bunun da anayasaya, dolaylı olarak, aykırık oluşturacağı yönünde bkz. **Göksu**, Mustafa, "Mandatory Mediation in Labor Dispute", *pressAcademia Procedia (PAP)* Vol. 3, 2017, s. 382.

<sup>68</sup> Bkz. yukarıda dn. 11.

<sup>69</sup> **Güzel**, Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2016/3, s. 1137.

<sup>70</sup> **Tuğsavul Taşpolat**, s. 127. Böyle bir zorlama halinde aslında tarafların gerçekte uzlaşmak istemedikleri halde bu yolu denemek zorunda bırakıldıkları, bunun da uygulamada zaman kaybında başka hiçbir şeye yaramadığı, bu sebeple tarafları arabuluculuğa zorlamanın doğru olmayacağı görüşü için bkz. **Pekcanitez**, Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Tanıtımı", *Makaleler*, C. 2, İstanbul: İIX Levha Yayınları, 2016, s. 239, (**Pekcanitez**, Tasarı Tanıtımı).

<sup>71</sup> **Tanrıver**, Alternatif Çözüm, s. 4; **Bulur**, Alternatif Çözüm, s. 43.

<sup>72</sup> **Yazıcı Tıktık**, s. 36-37; **Erdoğan**, Ersin, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", *İSGHD*, C. 14, S. 55, 2017, s. 1233.

<sup>73</sup> **Kuru**, Görüş ve Öneriler, s. 239.

suretiyle arabuluculukta iradilik ilkesinin bertaraf edilmesi hak arama hürriyetini sınırlamamaktadır. Şöyle ki:

Öncelikle, Anayasanın “*Hak Arama Hürriyeti*” kenar başlıklı 36. maddesine göre: “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Hak arama hürriyeti, yargıya ulaşılabilirliğin ve haklarını mahkeme önünde ileri sürmek isteyen herkese aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu yola başvuru yapabilmesi imkânının sağlanması anlamına gelir.<sup>74</sup> Taraflar uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra devlet mahkemelerinde dava açmadan önce arabulucuya başvuru yapmak bakımından zorunluluk içerisinde iseler de; bu süreci devam ettirip ettirmemekte tamamen serbesttir.<sup>75</sup> Şu halde, istediği her an arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeye bakımından serbestiye sahip olan tarafların hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığından bahsedilemez.<sup>76</sup> Diğer bir ifadeyle, bu halde yargı organlarına başvuru için aşılması gereken güç bir engel bulunmamaktadır.<sup>77</sup> Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin mümkün olmadığını ortaya çıkması halinde, taraflar arabuluculuk sürecini sona erdirerek mahkemeye başvurabilecektir.<sup>78</sup> Arabuluculuğun mahkeme bağlantılı ve zorunlu olması halinde arabuluculuk yalnızca dava sürecine yardımcı bir

<sup>74</sup> **Budak**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul: Beta Yayınları, 2000, s. 6.

<sup>75</sup> **Dür**, s. 256; **Özbek**, Mustafa Serdar, “Anayasal Hak Ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, *Medeni Usul İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IX*, Ankara, 2010, s. 137, (**Özbek**, İlkeler Işığında).

<sup>76</sup> **Özbek**- İlkeler Işığında, s. 140; **Erdoğan**, s.1235. Zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişim hakkı önünde bir engel olmadığı yönünde bkz. **Erdoğan**, Ersin/**Erzurumlu**, Nurbanu, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı”, *SETA Raporu*, s. 41, (www.setav.org) (ET 14.10.2017); **Azıklı Arslan**, Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018, 182.

<sup>77</sup> **Yazıcı Tıktık**, s. 40. Zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin amaca uygunluk, orantılılık ve hakkın özüne dokunulmaması ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan**, s. 1231-1237; **Erdemir**, Aymelek, “Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 132, Ağustos 2017, s. 79.

<sup>78</sup> **Manav Özdemir**, Eda, “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2015/4, s. 207.

yol değil, aynı zamanda yargılamanın bir parçasıdır.<sup>79</sup> Bu bakımdan, kanımızca, adalete erişim hakkının kapsamına mahkemeye erişim hakkının yanında hakem ya da arabulucuya erişim hakkı da dâhildir.<sup>80</sup> Özellikle hak düşürücü sürelerin durması ve zamanaşımı sürelerinin arabuluculuk faaliyeti süresince işlememesi (İş, MK m. 3/f. 17; HUAKY m. 27) gibi düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde arabulucuya başvuran tarafların hukuki güvenliği korunmakta, böylece tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamamaları halinde yargılama makamlarına başvuru yapabilme seçenekleri ellerinden alınmamış olmaktadır (HUAK m. 16/f. 2). Sonuç olarak, taraflar bakımından dava yolunun her zaman açık olması sebebiyle, kanımızca, arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi hak arama hürriyetini kısıtlamadığından hukuka uygundur.<sup>81</sup>

Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir ki, Hukuk ve Ticari Meselelerde Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin<sup>82</sup> 3. maddesinde arabuluculuk tanımlandıktan sonra sürecin mahkeme emriyle de başlayabileceği belirtilerek zorunlu arabuluculuk bakımından üye ülkelere takdir yetkisi tanımıştır. Yine aynı Direktifin 5. maddesinde tarafların mahkemeye erişim hakkını engellemek şartıyla üye ülkelerin arabuluculuğu zorunlu yapma veya yaptırım uygulama haklarının bulunduğu düzenlenmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde tarafların mahkemeye erişim hakkı muhafaza edildiği müddetçe Avrupa Birliği

<sup>79</sup> **Kismet Kekeç**, s. 74; Arabuluculuğun yargılamanın zorunlu bir parçası olarak da düzenlenebileceği yönünde bkz. **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 464; **İldir**, s. 29.

<sup>80</sup> Adalete erişim hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, İlkeler Işığında s. 131-136.

<sup>81</sup> Devlet mahkemelerinde karar elde etme yolunun açık olması şartıyla zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmadığını yönünde Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erişir**, Evrim, "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasaya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı", *DEÜHFD*, C. 11 Özel sayı, 2009, Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, C. 1, İzmir, 2010, s. 225 vd.

<sup>82</sup> Directive 2008/ 52/ Ec Of The European Parliament And Of The Council of 21 May 2008 On Certain Aspects Of Mediation in Civil And Commercial Matters, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> (ET 11.02.2018)



mevzuatının zorunlu arabuluculuğun meşruiyetini kabul ettiği sonucuna varılabileceği söylenebilir.<sup>83</sup>

AB Adalet Divanının Direktif hükmünü teyit eden *Giudice di Pace di Ischia- Italy* kararında, elektronik iletişim alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar açısından zorunlu olarak mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüne başvurulmasına dair düzenlemenin, sürecin sonunda taraflar için bağlayıcı bir kararın ortaya çıkmaması, dava açılmasının esaslı bir biçimde ertelenmesi sonucu doğurmaması, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi, taraflara az maliyet yüklemesi gerekçeleriyle arabulucuya başvurunun zorunlu kılınmasının etkin bir hukuki korumanın sağlanmasını engellemeyeceğine karar vermiştir.<sup>84</sup> Bu çerçevede, İş.MK ile ihdas edilen zorunlu arabuluculuk müessesesinde de sürecin sonunda taraflar arasında bağlayıcı karar verilmemesi, arabuluculuk sürecinin kural olarak üç hafta içinde bitirileceğinin hükme bağlanması (İş MK m. 3/f. 10), arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede hak düşürücü sürenin işlemeyeceği ve zamanaşımı süresinin duracağına düzenlenmesi (İş MK m. 3/ f. 17) ve bu süreçte tarafların geçici hukuki koruma tedbirlerine başvuru yapılabilmesinin mümkün olması (HMK m. 389 vd; İİK m. 257 vd.) göz önüne alındığında, kanaatimizce, bu sürecin devlet yargısına başvurmayı esaslı bir biçimde geciktirmediği ve düzenlemenin hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmalıdır.

## B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK

Anayasa Mahkemesi, belirli bir değer<sup>85</sup> altındaki tüketici uyuşmazlıklarında, Tüketici Hakem Heyeti (THH)'ne başvuru zorunluluğuna ilişkin olarak, mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>86</sup>'un 22. maddesinin 5. fıkrası (6102 sK.<sup>87</sup> m. 68/f. 1) hükmünün

<sup>83</sup> Erdoğan/Erzurumlu, s. 42; Erdoğan, s. 1224; aynı yönde bkz. Özbek, İlkeler Işığında, s. 140.

<sup>84</sup> ECJ 4th Chamber Joined Cases C- 317/08, Rosalba Alassini v. Telecom ItaliaSpA, C-318/08 (Erdoğan/Erzurumlu, s. 42).

<sup>85</sup> 2018 yılı için bu değer ilçelerde 4.550 TL, büyükşehir statüsünde olmayan il merkezlerinde ve büyükşehirlerde 6.860 TL'dir. (bkz. RG 31.12.2017, S. 29907).

<sup>86</sup> 8.3.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 8.3.1995, S. 22221).

anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin kararında, davaların en az giderle ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirterek, ağır iş yükü altında bu görevin yerine getirilmesi zorlaştıkça uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözümlerin hayata geçirilmesinin kaçınılmaz olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede, belli parasal sınırın altındaki tüketici uyuşmazlıklarında mahkemeye başvurmadan önce tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunluluğu, kararı benimsemeyen tarafın yargı yoluna başvuru hakkının korunması sebebiyle söz konusu düzenlemenin Anayasanın 9. ve 36. maddelerine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.<sup>88</sup>

Tüketici Hakem Heyeti tarafların haklılığı ve ileri sürdükleri deliller çerçevesinde değerlendirme yaparak taraflar bakımından bağlayıcı karar vermekte ve heyet kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir.<sup>89</sup> Buna karşın arabuluculukta teknik anlamda bir yargılama faaliyeti yürütülmemektedir. Yargılama faaliyeti yürüten ve taraflar bakımından bağlayıcı karar veren tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun Anayasanın 9. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil etmediğini kabul eden Anayasa Mahkemesinin, herhangi bir yargılama yapmaksızın sistematik teknikler uygulayarak tarafları bir araya getirmeye ve süreç sonunda tarafların bizzat kendi çözümlerini bulmalarına yönelik çaba sarf etme esasına dayanan arabuluculuk prosedürünün Anayasaya aykırı olmadığını kabul etmesi evleviyetle mümkündür.

Burada değinilmesi gereken bir diğer içtihat HUAK m. 1/f. 2 hükmünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin 10.7.2013 tarihli yukarıda anılan kararında vurguladığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğunun, bu yolların sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle

---

87 07.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013, S. 28835).

88 Anayasa Mahkemesinin 20.3.2008 tarih ve 78/84 Sayılı Kararı (RG 1.7.2008, S. 26923).

89 **Özbay, İbrahim/Korucu**, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara: Adalet Yayınları, 2016, s. 178. Tüketici Hakem Heyetinin hukuki niteliğiyle ilgili tartışmalar için bkz. **Akil**, Cenk/**Gül**, Akif, “Yargıtay’ ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 3, 2017, s. 580-586.

getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemeyeceği görüşüdür.<sup>90</sup>

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yasama organı uyuşmazlıkların çözümünde çatışmacı yöntem olan dava yolunu benimsemek bakımından bir zorunluluk içerisinde değildir. Anayasa Mahkemesinin de isabetle vurguladığı üzere, yasama organı uyuşmazlık çözümünde alternatif çözüm yöntemlerini yaşama geçirmek bakımından takdir yetkisine sahiptir.

İş MK'nın genel gerekçesinde, iş uyuşmazlıklarının daha az masrafla ve biran önce çözülmesine imkân tanımaya ve sosyal barışa katkı sağlanmaya çalışıldığı belirtilmiştir.<sup>91</sup> Bu bakımdan düzenlemenin asıl amacı, yargının iş yükünün azaltılarak uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözüme kavuşturulmasıdır. Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunmasının dava şartı olarak kabul edilmesinin bir diğer gerekçesi olarak, arabuluculuk uygulamalarının toplumda bilinirliğinin artırılması amacı vurgulanmaktadır.<sup>92</sup> Bir başka deyişle, çatışmacı yöntemlerle uyuşmazlıkları çözme konusunda alışkanlık kazanmış toplumlarda dostane uyuşmazlık çözümü konusundaki bilincin artırılması, böylelikle süregelen dava alışkanlığının değiştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu bakımdan öngörülen düzenlemenin meşru bir amaca hizmet ettiği söylenebilir.

Arabuluculuk prosedürüne başvurunun etkisiz ve sonuçsuz yöntem olduğu sonucuna da varılamaz. Zira, Arabuluculuk Daire Başkanlığının arabuluculuk uygulamaları istatistiklerine göre arabuluculuk faaliyeti neticesinde uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmı (% 90) anlaşma suretiyle çözülmektedir.<sup>93</sup> Yine bu istatistiklere göre arabuluculuk prosedürü sonucunda anlaşma sağlanan uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmı (% 88) bir gün veya daha kısa sürede çözümlenmektedir.<sup>94</sup>

90 Bkz. dn. 11.

91 İş Mahkemeleri Kanunu'nun Genel Gerekçesi, s. 24.

92 **Erdoğan**, s. 1233.

93 Bkz. [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb\\_uygulamaları/images/sonuc.jpg](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb_uygulamaları/images/sonuc.jpg) (ET 05.02.2018). Ayrıntılı bilgi ve istatistikler için bkz. bkz. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Nihai Veri Araştırması Raporu", s. 35 vd. 12.06.2017 *Türkiye Avrupa Konseyi Program Ofisi* <https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c> (ET 06.03.2018).

94 Bkz. <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html> (ET 05.02.2018).

Bireysel iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuru yapılmasının dava şartı kabul edilmesinin diğer bir gerekçesi ise, hukuki ilişkinin konusuna göre arabuluculuk uygulamasına başvuru yoğunluğudur. Gerçekten de işçi-işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuk prosedürüne başvuru sayısı (19411) % 90'lık bir dilimi oluşturmaktadır.<sup>95</sup> Arabuluculuğun zorunlu kılınmaya başlandığı tarih olan 1 Ocak 2018 tarihi itibarıyla ilk ayda 6.423 dosyanın 4.637'sinde (yaklaşık olarak % 70) başarılı bir sonuca ulaşılmıştır.<sup>96</sup> Sonuç olarak, bireysel iş uyuşmazlıklarında dava açmadan önce arabuluculuk prosedürüne başvuru zorunluluğu sırf kişilerin hak arama özgürlüğünü imkânsız hale getirmek amacıyla oluşturulmadığı gibi, yapılan istatistiklere göre bu yöntemin uygulanması etkisiz ve sonuçsuz da değildir. Şu halde, yukarıda değinilen AYM kararı çerçevesinde zorunlu arabuluculuk düzenlemesi, kanaatimizce, Anayasamızın 2, 9 ve 36. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.

### III. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN İŞ HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. İŞÇİ İŞVEREN ARASINDAKİ GÜÇ DENGESİZLİĞİ SORUNU

İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (İK m. 8/f. 1). İş sözleşmesi, iş edimi, zaman, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşur.<sup>97</sup> İş sözleşmesinde bağımlılık unsuru, işçinin işverenin otoritesi altında iş görmesi anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, bağımlılık unsuru, işçinin işverenin veya işveren vekil(ler)inin, yönetim, gözetim ve denetimi altında onun talimatlarına uymak hatta onun cezalandırma

Bkz. [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb\\_uygulamalar/ri/images/konu.jpg](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb_uygulamalar/ri/images/konu.jpg) (ET 05.02.2018).

<sup>96</sup> Bu istatistik 09.02.2018 tarihinde Arabuluculuk Daire Başkanlığının resmi Twitter adresinde yayınlanmıştır. <https://twitter.com/arabuluculuk> (ET 13.02.2018).

<sup>97</sup> Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 343-357; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canpolat**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 114-119; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 243-250; **Senyen Kaplan**, Tuncay E, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Kitap Yayınevi, 2017, s. 59; **Narmanhoğlu**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İlişkiler I, C. 1, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s. 167 vd.

yetkisini de kabul etmek suretiyle iş görmesidir.<sup>98</sup> Bireysel iş uyuşmazlıklarında işçinin, işverene karşı böyle bir bağımlılık ilişkisi içinde bulunmasının bir sonucu olarak taraflar arasında güç dengesizliğinin varlığı aşikârdır.<sup>99</sup> İş hukukunun temelinde işçi ile işveren arasındaki bu güç dengesizliğinin hukuk vasıtasıyla kabul edilebilir seviyeye indirilmesi amacı yer almaktadır.<sup>100</sup> 27.5.1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da bu amaç, “*Kanun koyucuya iş kanunlarını kabul ettiren sebepler arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak toplumsal denge ve huzur sağlama hedefi bulunmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>101</sup>

Arabuluculuk prosedürü bakımından taraflardan birinin diğerine göre ekonomik, hukuki, sosyal konum bakımından daha güçlü olması halinde zayıf tarafın belirgin bir dezavantaja sahip olması mümkündür.<sup>102</sup> Taraflar arasında böyle bir güç dengesizliğinin bulunması halinde arabuluculuk prosedürüyle ulaşılmak istenen “*kazan- kazan*” amacının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, taraflar arasındaki güç dengesizliğini iyi eğitilmiş arabulucu müzakere taktiklerini kullanarak giderebilecektir. Taraflardan birinin güç dengesizliği sebebiyle ezildiğini anlayan arabulucu, müzakereyi kesebilecek, işçiye avukata danışmasını tavsiye edebilecek, anlaşma belgesini imzalamadan önce taraflara tekrar düşünme süresi verebilecektir.<sup>103</sup> Hukukçu olup, mesleğinde beş yıl kıdemi bulunan arabulucu, hukuki ve teknik konularda işçiyi

98 **Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2015, s. 38.

99 **Güzel**, s. 1132; **Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 5. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2015, s. 6 vd., (**Sümer**, Uygulama).

100 **Doğan Yenisey**, Kübra, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, (14 Mayıs 2016, İstanbul), Ankara, 15 Kasım 2016, s. 178. işçinin korunması ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, s. 16 vd.

101 Bkz. Yargıtay İBK 27.5.1958 tarih 1957/15 E. 1958/5 K., (RG 26.9.1958, S. 10017).

102 **Akan**, s. 39.

103 **Özbek**, İlkeler Işığında, s. 201. ADR her iki tarafın da bütün ihtiyaçlarına en uygun yol olduğu görüşü için bkz. **Özbek**, s. 333.

bilgilendirerek bu güç dengesizliğini bertaraf edebilecektir.<sup>104</sup> Aralarında güç dengesizliği bulunan taraflar önceden hedeflerini belirleyip arabuluculuk süresince bunlara odaklanarak gerek sunum stratejileri gerekse deliller hakkında ön hazırlık yaparak, yanlarında avukat bulundurarak, gerektiğinde müzakere masasını terk ederek bu güç dengesizliğini bertaraf etme imkânına da sahiptir.<sup>105</sup>

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Arabuluculuğun zorunlu olarak düzenlenmesinin anayasal anlamda bir soruna yol açacağını düşünmemekle birlikte, kanımızca, taraflardan birinin diğerine göre ekonomik veya hukuki bakımdan zayıf konumda bulunduğu işçi-işveren uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulmuş olunmasının dava şartı olarak kabul edilmesi yerinde değildir.<sup>106</sup> Eşit güç ve kaynaklara sahip olmayan tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varabilmesi için fedakârlıkta bulunması gereken olan taraf pek çok durumda işçi olacaktır. Zira, iş uyuşmazlığı genellikle işverenin, işçinin kanundan kaynaklanan haklarını ihlal etmesi üzerine ortaya çıkmaktadır. Yargılama makamları önünde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti gibi işçi alacakları bakımından pazarlık yapma olanağı bulunmayan işveren, arabuluculuk sürecinde işçisine daha az miktar ödeme yaparak ekonomik menfaat elde edebilecektir. Bunun sonucunda çetin mücadelelerle elde edilen işçi haklarının arabuluculuk masası etrafında uzun vadede kaybedilmesi tehlikesi mevcuttur.

Burada tarafların hukuki bilgi ve tecrübe bakımından da eşit donanımına sahip bulunmadığının da belirtilmesi gerekmektedir. Zira, işveren arabuluculuk prosedürünü daha önce başka işçileriyle tecrübe

<sup>104</sup> **Özdemir**, s. 611; aynı yönde görüş için bkz. **Lokmanoğlu**, Yunus, “İş Mahkemeleri Kanunu İşığında Arabuluculuk Kavramı”, *TAAD*, Yıl. 9, S. 33, 2018, s. 875.

<sup>105</sup> **Akan**, s. 44.

<sup>106</sup> Benzer görüş için bkz. **Namlı**, Mert, “İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi*, (edt: Kübra DOĞAN YENİSEY) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, (14 Mayıs 2016 İstanbul) Ankara, 15 Kasım 2016, s. 160; **Doğan Yenisey**, s. 178; **Güzel**, s. 1132, 1137: Hizmet ilişkisi sebebiyle eşit konumda bulunmayan işçi ve işverenin eşit konumda varsayılarak çözüm elde etme arayışı içine girmelerini beklemenin, iş hukukunun zayıf durumda bulunan işçiyi koruma amacıyla çelişeceği yönünde bkz. **Kolcuoğlu**, Umut, “İş Uyuşmazlıklarında Yeni Düzen: Zorunlu Arabuluculuk”, 20.01.2017 <https://www.dunya.com/kose-yazisi/is-uyusmazliklarinda-yeni-duzen-zorunlu-arabuluculuk/346490> (ET 31.01.2018).

etmişken; işçi bu bakımdan da dezavantajlı konumdadır. Diğer bir ifadeyle, işveren bir süre sonra bu tip uyuşmazlıkların nasıl sona erebileceği konusunda öngörü sahibi olup uyuşmazlık bakımından ekonomik risk değerlendirmesi yapabilecekken, işçinin böyle bir imkânı mevcut değildir.<sup>107</sup>

## B. İŞ HUKUKU İLKELERİ VE ZORUNLU ARABULUCULUK

Bireysel iş uyuşmazlığı, işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulması, uygulanması, sonlandırılması ile ilgili olarak sözleşme veya mevzuattan kaynaklanan hakların ihlali sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıktır (İş.MK m. 5).<sup>108</sup> İş ilişkisinin dayanağı olan iş sözleşmesinde işçi, iş görme taahhüdüyle iş gücünü işverenin emrine tahsis etmekte, bunun karşılığında ücret elde etmektedir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin konusunu fiziksel yahut zihinsel insan emeğinin oluşturması sebebiyle iş hukukunda temel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamda korunması esastır.<sup>109</sup>

İş hukukunda emredici düzenlemelerin bir kısmının arka planında işçinin temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde güvence altına alınması yer almaktadır. Ayrımcılık yasakları, sendikal hakların korunması gibi düzenlemelerin sonucu olan ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat gibi iş ilişkisinden kaynaklanan tazminat alacaklarının arabuluculuk görüşmelerinde müzakere edilebilecek olması halinde bu hakların işverene karşı korunup geliştirilmesi bakımından işçiler önemli risklerle karşı karşıya kalabilecektir.<sup>110</sup> Örneğin, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, arabuluculuk görüşmesinde makul bir ekonomik menfaat elde etmesi halinde işverenle uzlaşabilecektir. Ancak, sendikal özgürlüklerin işçilere tanınmasının uzun ve meşakkatli mücadeleler sonucunda elde edildiği göz önüne alındığında bu hakkın sadece ekonomik bakımdan değerlendirilmemesi gerektiği açıktır. Bu sebeple,

<sup>107</sup> **Doğan Yenisey**, s. 179. Ülkemiz koşulları, işçi ve işverenlerin yargılamaya bakışı göz önüne alındığında, tarafların arabuluculuk yöntemine başvurduktan sonra anlaşamayacakları, bu sebeple tekrar mahkemeye başvuracağı, bu yöntemin uyuşmazlığın çözümünün gecikmesine sebep olacağı görüşü için bkz. **Manav Özdemir**, s. 207.

<sup>108</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 160. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, s. 601 vd.

<sup>109</sup> **Şişli**, Zeynep: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözümü”, *ABD*, S. 2, 2012, s. 48.

<sup>110</sup> **Doğan Yenisey**, s. 175.

kanımızca, işçinin bedeni ve fikri gücünün en etkili biçimde korunması amacıyla bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulaması gelişmektedir.

İş sözleşmesinin akdedilmesiyle özel hukuktan kaynaklanan hak ve borçların yanı sıra bir takım kamusal yükümlülükler de ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi yalnız özel hukuk ilişkisi olarak niteleyerek kamusal iş hukuku düzenlemelerini göz ardı etmemek gerekmektedir. Örneğin, azami çalışma sürelerine<sup>111</sup> ilişkin düzenlemenin amacı yalnızca işçinin bu sürelerin üzerindeki çalışmalarının ücretlendirilmesi değildir. Bu düzenlemeyle aynı zamanda işçinin sağlığının ve hayat kalitesinin korunması için bu tür çalışmaların önlenmesi amaçlanmıştır.<sup>112</sup> Şu halde, fazla çalışma ücreti miktarı üzerinde arabuluculuk sürecinde pazarlık yapabilme imkânına kavuşan işverenin, işçiye kanuni düzenlemenin amacının aksine fazla çalışma yaptırması tehlikesi mevcuttur.

İş hukuku ilkeleriyle arabuluculuk prosedürünün birbirine uygunluğu meselesinde değinilmesi gereken bir diğer husus, iş ilişkisinde işçinin işverene göre zayıf konumda bulunması sebebiyle ihdas edilen nispi emredici düzenlemelerdir.<sup>113</sup> Devlet mahkemeleri bir uyuşmazlığı çözerken nispi emredici normları göz önüne almak zorundadır. Halbuki; arabuluculuk prosedüründe bu nispi emredici normların göz önüne alınması gerekmez. Arabuluculuk sürecinde tarafların menfaatlerinin en iyi şekilde gerçekleştirilmesine odaklanılması gerekir. Bu halde iş hukukunun mutlak emredici düzenlemelerinin dahi pazarlık konusu yapılabilmesi tehlikesi mevcuttur.<sup>114</sup> Sonuç olarak, her ne kadar

111 Haftalık çalışma süresi en çok 45 saattir (İK m. 63/f. 1). Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalara fazla çalışma denir (İK m. 41). Fazla çalışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sümer**, Uygulama, s. 338-339.

112 **Doğan Yenisey**, s. 176.

113 **Özdemir**, s. 610; **Lokmanoğlu**, s. 874-875.

114 İşçinin tam ödenmeyen alacağının bir kısmından feragat etmesi halinde uzlaşma sağlanacağı böylece işçinin gerek parasal gerekse de zamansal sıkıntı içinde bulunması sebebiyle alacağının büyük bir kısmından feragat edeceği görüşü için bkz. **Özveri**, Murat, "Zorunlu Arabuluculuk", 27.10.2017 [https://tr.sputniknews.com/seyr\\_u\\_sabah/201710271030772443-doktor-murat-ozveri-zorunlu-arabuluculuk-ile-isci-alacaginin-buyuk-bir-kismini-isverene-terkedecek/](https://tr.sputniknews.com/seyr_u_sabah/201710271030772443-doktor-murat-ozveri-zorunlu-arabuluculuk-ile-isci-alacaginin-buyuk-bir-kismini-isverene-terkedecek/) (ET 31.01.2018). Benzer şekilde kıdem tazminatı ödemek zorunda olduğunu ancak kıdem tazminatı miktarı üzerinde pazarlık edebilmesinin mümkün olmadığını bilen işveren, işçiye kıdem tazminatını ödemeyerek arabuluculuk aşamasında işçinin hak ettiği kıdem



zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin anayasal anlamda bir soruna yol açmayacağı görüşünde olsak da,<sup>115</sup> iş hukukunun emredici düzenlemelerinin arabuluculuk masasında pazarlık konusu haline gelmesi tehlikesi sebebiyle işçinin korunması ilkesinin geçerli olduğu iş hukuku alanında zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin yerinde bir tercih olmadığı kanaatindeyiz.

#### IV. MEDENİ USUL HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK

##### A. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

Mahkemenin davayı esastan inceleyebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan hallere dava şartı denir.<sup>116</sup> Dava şartları, bir ayrıma göre, genel dava şartları (HMK m. 114) ve özel dava şartları (örneğin; İİK m. 69; 277; TMK m. 164; TKHK m. 68) olmak üzere iki çeşittir. Uyuşmazlık konusuyla ilgili dava şartlarının bulunup bulunmadığı mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılacağı gibi taraflarda dava şartı noksanlığını yargılamanın her aşamasında ileri sürebilecektir.<sup>117</sup> Dava şartlarından birinin noksanlığının tespit edilmesi halinde mahkemece iki şekilde karar verilebilir. Bu kararlardan ilki; dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün değilse, davanın esası hakkında bir inceleme yapılmaksızın, davanın dava şartı yokluğundan (usulden) reddedilmesi kararıdır (HMK m. 115/f. 2).<sup>118</sup> Şayet, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise, davacıya kesin süre verilmeli, bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmezse, davanın dava şartı

---

tazminatı miktarının altında bir pazarlık masası kurarak ekonomik menfaat elde etme yoluna gidebilecektir (**Doğan Yenisey**, s. 81).

<sup>115</sup> Bkz. yuk. II. Bölüm.

<sup>116</sup> **Kuru**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 136; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 280; **Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayınları, 2012, s. 454; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s.243; **Budak**, A. Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku 2. baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 151; **Tanrıver**, Süha, Medeni Usul Hukuku C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016 s. 622 (**Tanrıver**, Medeni Usul).

<sup>117</sup> **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 843; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 251.

<sup>118</sup> **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 793 (**Yılmaz**, Şerh).

noksanlığı sebebiyle usulden reddedilmesi kararı verilmelidir (HMK m.115/ f. 2, son cümle).

İş MK m. 3/f. 1 hükmü “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir.*” şeklindedir. Buna göre, işçi ve işveren arasında kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti gibi alacak ve tazminat talepleri için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur.<sup>119</sup> Bu husus özel dava şartı olarak öngörülmüştür. Şayet, zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulmaksızın dava açıldığı anlaşılırsa başkaca bir işlem yapılmaksızın talep dava şartı yokluğundan reddedilmelidir (İş.MK m. 3/f. 2; HUAKY m. 22/f. 3; HMK m. 115/f. 2).<sup>120</sup>

Doktrinde bir görüşe göre, zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında dava şartı noksanlığını tespit eden hâkimin noksanlığı gidermesi için davacıya süre vermesi söz konusu olacaktır.<sup>121</sup> Buna karşılık, kanımızca, İş.MK m. 3/f. 2 hükmüne göre dava şartı noksanlığını tespit eden hâkimin davayı dava şartı bulunmaması sebebiyle usulden reddetmesi gerekmektedir. Hâkimin bu halde, davacıya bu eksikliği gidermesi için süre vermesi ve bu süre boyunca davanın derdest kalması söz konusu değildir. Hâkimin davacıya bir haftalık kesin süre vereceği hal yalnızca arabuluculuk sürecine başvurulmuş olup, anlaşmaya varılmadığına ilişkin nihai tutanağın dava dilekçesine eklenmesinin ihmal edildiği hale münhasırdır.

<sup>119</sup> **Günay**, Cevdet, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 108.

<sup>120</sup> **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 834; **Namlı**, s. 162; **Azaklı Arslan**, s. 142-143.

<sup>121</sup> **Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda, “İş Mahkemeleri Kanun Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 35, 2016, s. 61.

Kanun koyucu iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlara ilişkin tespit, itiraz ve rücu davaları bakımından genel kurala istisna getirmiş, bu taleplerde tarafların arabulucuya başvurmaksızın doğrudan mahkemede dava açabilmelerinin yolunu açmıştır (İş.MK m.3/f. 3).<sup>122</sup> Kanımızca, gerek iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda talep edilecek tazminat miktarının yüksek olması gerekse bu hususların kamuyu ilgilendiren yönünün bulunması sebebiyle kanun koyucunun düzenlemesi yerindedir. Son olarak, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan hizmet tespit davalarının niteliği gereği arabuluculuğa elverişli olmadığı da belirtilmelidir.<sup>123</sup>

## B. İŞE İADE TALEPLERİNDE ARABULUCULUK ARKADAŞLIĞI SORUNU

Gerçeğin tam olarak ortaya çıkması ve taraflar arasındaki ihtilafı hukuki ilişkinin doğru karara bağlanması amacıyla şekli bakımından zorunlu dava arkadaşlığı kabul edilmiştir. Bu halde bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılması veya birden fazla kişiye karşı ileri sürülmesinin maddi hukuk bakımından zorunlu tutulması söz konusu olmadığından şekli bakımından zorunlu dava arkadaşlığında dava arkadaşları arasındaki ilişki sıkı değildir.<sup>124</sup> Şekli bakımından mecburi dava arkadaşlarının durumu aynen ihtiyari dava arkadaşlığında olduğu gibidir.<sup>125</sup> Bu halde davanın birden fazla kişiye karşı birlikte açılması söz konusu olup, dava sürecinde dava arkadaşlarının birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>126</sup> Diğer bir ifadeyle, şekli bakımından mecburi dava arkadaşlığında davalı sayısı kadar dava mevcuttur. Şu halde, şekli bakımından mecburi dava arkadaşları hakkında birbirinden farklı kararların verilmesi mümkündür.<sup>127</sup> Yargıtay da bir kararında: “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayanması sebebiyle feshin geçersizliğine yönelik karar gerçek işveren*

<sup>122</sup> Günay, s. 108.

<sup>123</sup> Erdoğan, s. 1215.

<sup>124</sup> Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. baskı, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2017, s. 705.

<sup>125</sup> Tanrıver, Medeni Usul, s. 543; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 204.

<sup>126</sup> Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya: Mimoza Yayınları, 1991, s. 183; Karşlı, s. 371.

<sup>127</sup> Ulukapı, s. 187; Dişel, Buse, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014, s. 37.

*hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaaya dayalı ilişkinin diğer tarafı (alt işveren) hakkında sıfat yokluğundan davanın reddine karar verilmelidir.” ifadeleriyle bu görüşü benimsemiştir.<sup>128</sup>*

Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı özel kanun hükümlerine göre birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılmasının gerektiği hallerde söz konusu olur. Örneğin, TMK m. 288/f. 1; m. 713/f. 3; HMK m. 65; m. 208/f. 4; İİK m. 288 hükümlerinin ön gördüğü hallerde davalı tarafta yer alması gereken kişilere karşı birlikte dava açılması zorunludur.<sup>129</sup>

Uygulamada işe iade davalarında asıl işveren- alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde işin niteliği gereği davanın (davalı taraf yönünden) şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı oluşturacak biçimde açılması gerektiği, bu kurala uyulmaksızın açılan davalarda davalı taraftaki eksikliğin hâkim tarafından re’sen dikkate alınacağı, hâkim tarafından verilecek süre içerisinde bu eksikliğin giderilmesinin isteneceği, verilen sürede eksiklik giderilmezse, davanın usulden reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>130</sup>

Yargıtay’a göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı konusundaki hukuksal denetim mahkemece re’sen yapılmalıdır. Bunun için asıl işveren ve alt işverenin kendi hukuksal durumlarını koruyabilmek amacıyla davada yer alması gerekir. Bu sebeple asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde davalı taraf yönünden şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı kabul edilmelidir.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Yar. 22. HD. 12.06.2012 tarih, 2012/13334 E., 2012/ 16905 K. (**Pekcanitez/Taş Korkmaz**, s. 709).

<sup>129</sup> **Budak/Karaaslan**, s. 112.

<sup>130</sup> **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, s. 708-710; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 540; **Günay**, s. 109; **Azaklı Arslan**, s. 170.

<sup>131</sup> “...asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re’sen yapılması gereken hukuksal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin, davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince (aksi) bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen Adil Yargılanma Hakkına ve 6100 sayılı Kanun’un 27. maddesinde öngörülen Hukuki Dinlenilme Hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.” Yar. 22. HD. 17.2.2016 tarih. 2016/1151 E., 2016/4207 K: aynı yönde kararlar için bkz. Yar. 7. HD. 13.5.2014 tarih 2014/6327 E., 2014/10549 K. ; Yar. 22. HD. 3.3.2014 tarih 2014/782 E., 2014/4499 K., (Lexpera,

Yargıtay'ın bu uygulamasını göz önüne alan kanun koyucu<sup>132</sup>, “*asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır* (İş MK m. 3/f. 15). düzenlemesini getirmiştir. Söz konusu hükme göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde işe iade taleplerine özgü olmak üzere maddi bakımdan mecburi arabuluculuk arkadaşlığının varlığı kabul edilmelidir.<sup>133</sup>

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde asıl işverenin işçiye karşı alt işveren ile birlikte (müteselsil) sorumlu olması, (İK m. 2/f. 6) onu işçinin işvereni haline getirmez.<sup>134</sup> Diğer bir ifadeyle, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun olduğu hallerde asıl işverenle işçi arasında ne bir iş sözleşmesi ne de bir hukuki ilişki mevcuttur.<sup>135</sup> Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun iddia edildiği hallerde de, işverenler arasında maddi bakımdan zorunlu arabuluculuk arkadaşlığı değil; şekli bakımdan zorunlu arabuluculuk arkadaşlığı ilişkisi mevcuttur. Şekli bakımdan zorunlu arabuluculuk arkadaşları arasında uyuşmazlık konusu hak veya borçta herhangi bir ortaklık bulunmaması sebebiyle her bir arabuluculuk arkadaşı uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Şekli bakımdan zorunlu arabuluculuk arkadaşlığında arabuluculuk arkadaşı sayısı kadar uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu sebeple, arabuluculuk arkadaşlarının birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bakımdan arabuluculuk arkadaşları aynı masa etrafında birbirinden bağımsız hareket edebilir, şekli arabulucu arkadaşlarından her biri diğerinden farklı anlaşmalarla süreci sonlandırabilir.<sup>136</sup> Bu sebeple, kanımızca, bu düzenlemenin “(anlaşmanın gerçekleştirilmesi için

---

ET 08.03.2018); Yarg. 22. HD. 20. 03. 2017 tarih, 2017/ 10804 E., 2017/ 5605 K. (Budak/Karaaslan, s. 113-114).

<sup>132</sup> Bkz. İş Mahkemeleri Kanunu Gerekçesi, s. 17-18.

<sup>133</sup> İşverenlerin iradelerinin birbirine uygun olması şartının aranması sebebiyle şekli bakımdan zorunlu dava (kanımızca, arabulucu) arkadaşlığının olduğu söylenemeyeceği görüşü için bkz. Azaklı Arslan, s. 172.

<sup>134</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, s. 74.

<sup>135</sup> Ürcan, Gülümnden, “İşe İade Davasında Husumet”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan C. 1*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 1203-1204.

<sup>136</sup> Demir, s. 297.

*işverenlerin) iradelerinin birbirine uygun olması aranır.”* cümlesi yerinde değildir. Şayet alt işverenlik ilişkisi kanuna aykırı yahut muvazaalı ise, bu halde işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından anlaşma belgesinin işveren tarafında (gerçek işveren olarak) yalnızca asıl işveren bulunacağından işverenlerin iradelerinin birbirine uygun olmasının aranması yanlıştır.<sup>137</sup>

### C. ARABULUCUNUN SEÇİMİ VE TARAF TEŞKİLİ

İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/f. 6 ve HUAKY m. 24/f. 1 hükümlerine göre, Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenecektir.

Kanımızca, Tarafların belirli coğrafi sınırlar dâhilinde bulunan arabuluculardan birini seçmeye zorlanması isabetli değildir. Her şeyden önce uyumsuzluğu yönetecek arabulucunun özellikleri, bilgi ve tecrübesi taraflar bakımından oldukça önemlidir. Arabulucunun yetenekleri, bilgi ve becerileri, tarafları bir masa etrafında tutmak bakımından taraflarda yarattığı güven, arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşabilmesinde en önemli etkenlerdendir.<sup>138</sup>

Arabulucunun yetkili adalet komisyonlarındaki listeden seçilmesinin bir diğer sakıncası ise, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda olacaktır. Zira, özellikle küçük yerleşim yerlerinde arabulucunun tarafları daha önceden tanınması, onlarla çeşitli akrabalık, ticari, ekonomik, sosyal veya dini bağlantılarının bulunabilmesi mümkündür. Burada arabulucunun pek çok durumda serbest avukatlık faaliyeti yürüteceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Avukat-arabulucunun serbest piyasada müvekkil ilişkilerinin zedelenmesi ihtimali ile arabuluculuk faaliyetinde tarafsız kalma ödevi karşı karşıya gelebilecektir. Bu bakımdan önerimiz, taraflara somut olayın şartlarına uygun olarak büro tarafından belirlenen arabulucuyu reddedebilme imkânının tanınmasıdır (HUAK m. 9/f. 1, 2; kıyasen, HMK m. 34 vd.).

### D. YARGILAMA GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

Yargılama giderleri, kural olarak davada haksız çıkan ve aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre

<sup>137</sup> Ürcan, s. 1212.

<sup>138</sup> Erdoğan/Erzurumlu, s. 47.

paylaştırır (HMK m. 326).<sup>139</sup> Bu yargılama giderleri gerek davayı kazanan tarafça ödenen harç ve giderler gerekse yargılama gideri olarak vekâlet ücretidir.<sup>140</sup> Zorunlu arabuluculuk düzenlemesiyle birlikte bu giderlere, arabulucuya ödenmesi gereken ücretler ile arabuluculuk bürosu tarafından yapılması zorunlu giderler de ilave olacaktır.<sup>141</sup>

Dürüstlük kuralına aykırı davranarak gereksiz şekilde davanın uzamasına sebebiyet vermiş olan taraf, lehine karar verilmiş olsa dahi, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 326/f. 1). Bu hükümlerle, dava lehine sonuçlanan tarafı dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle belli masraflar bakımından yargılama giderlerini ödemeye mahkûm etme bakımından hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu hüküm mahkeme bakımından emredici nitelikte değildir.<sup>142</sup> Halbuki; İş MK m. 3/f. 12 hükmüne göre: “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.*” Kanun gerekçesinde bu düzenlemenin amacının işçi ve işveren tarafın bir masa etrafında bir araya gelmesi, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanması olduğu belirtilmiştir.<sup>143</sup>

Kanımızca, bu düzenleme yerinde değildir. Öncelikle, İş MK m. 3/f. 12 hükmü lafzı itibariyle HMK m. 327/f. 1 hükmünden farklı olarak emredici niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, getirilen düzenlemeyle, hâkime takdir yetkisi tanınmaksızın ilk arabuluculuk görüşmesine katılmayan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilecektir. Kanımızca, bir kimsenin uyuşmazlık konusunda haklı olduğunun mahkemece tespit edilmesine rağmen sırf ilk arabuluculuk görüşmesine mazeretsiz olarak

139 **Budak/Karaaslan**, s. 305; **Karlı**, s.743; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 605; **Özbay**, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s. 344 (**Özbay**, HMK Neler Getirdi?).

140 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 708 vd.

141 **Oğuz**, Özgür, Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul: Legal Yayınevi, 2016, s. 82.

142 **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 835.

143 İş Mahkemeleri Kanunu Madde Gerekçesi, s. 16.

katılmaması sebebiyle yargılama giderlerine mahkûm edilmesi hak arama özgürlüğünün orantısız biçimde sınırlanmasıdır. Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin amacı arabuluculuk prosedürünün uygulamada tanınıp, işlerlik kazanması ise, arabuluculuk aşamasına katılmayan tarafın kural olarak yargılama giderlerinden sorumlu olacağı, bu kuralın aksinin ilk arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın gerekçeleri ve haklı sebepleri çerçevesinde her somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilmesi ilkesinin kabul edilmesi daha uygun olurdu.

Kanımızca, “Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.” düzenlemesi de orantısız bir yaptırımdır. Uygulamada Tüketici Hakem Heyetlerinde yargılama gideri niteliğindeki (karşı) vekâlet ücretine hükmedilmemesi<sup>144</sup> düzenlemesi neticesinde avukatların daha az gelir elde edecekleri düşüncesiyle bu tür uyuşmazlıklar bakımından vekâlet alma konusunda isteksiz davrandıkları bilinen bir gerçektir. Diğer bir ifadeyle, süreç sonunda ekonomik bakımdan yeterli gelir elde edemeyeceğini düşünen avukatların birçoğu bu türden uyuşmazlıklarda taraf vekili olmaktan imtina etmektedir. Hal böyle olunca tüketiciler, genellikle kendi yazdıkları ve hukuki bakımdan yetersiz dilekçelerle hakem heyetlerine başvurmakta bunun sonucu olarak hakem heyetlerinin iş yükünü arttıran fiili bir durum ortaya çıkmaktadır.<sup>145</sup> Bu bakımdan ilk arabuluculuk görüşmesine herhangi bir sebeple katılmayan tarafın (ki kanımızca<sup>146</sup>, bu taraf genellikle işçi olacaktır) mahkemede avukatla temsil edilmesinin önünde hukuki engel bulunmamakla birlikte; fiili engelin oluşabilmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeplerle getirilen bu düzenleme yerinde değildir.

<sup>144</sup> Bkz. TKHK m. 70/ f. 1: Bu konuda örnek bir kanun yararına bozma kararı için bkz. Yar. 13. HD. 09.07.2014 tarih, 2014/ 44821 E., 2014/41930 K. (RG. 27.02.2015, S. 29280).

<sup>145</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erişir**, Evrim, “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, (der: Murat İnceoğlu), İstanbul, 2015, s. 83-86.

<sup>146</sup> Her ne kadar İş.MK m. 3/f. 12 hükmünün gerekçesinde işverenin arabuluculuk sürecine geçerli bir mazereti bulunmaksızın katılmaması hali örnek verilmiş olsa da; kanımızca, bu halde işçinin ilk görüşmeye katılmaması daha olası bir durumdur. Zira, İş.MK m. 3/ f. 18 ve HUAKY m. 25/f. 1 hükümlerine göre, İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışını arabuluculuk sürecinde işvereni temsil edebilecektir. Yine, işveren, şartları taşıyan Anonim şirket veya yapı kooperatifi ise, zaten avukat bulundurma zorunluluğu sebebiyle bu halde de ilk arabuluculuk görüşmesine şirket avukatı katılabilecektir. (Av. K. m. 35/ f. 3)



Burada değinilmesi gereken bir diğer hüküm, arabulucuya ödenecek ücretle ilgilidir. Zira Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre işçi-işveren uyuşmazlıklarında arabulucu ilk 1 (bir) saat için 140 TL, sonraki her saat için ise ilave 100 TL ücret elde etmektedir.<sup>147</sup> Arabuluculuk prosedüründe ilgiliye hukuki yardım sağlayan avukat ise, uyuşmazlık konusu meblağın % 12'sinden az olmamak üzere ücret elde etmektedir.<sup>148</sup> Şayet, uyuşmazlık tutarı 5.000' TL 'den az ise her halde 600 TL maktu ücret elde etmektedir. Tarafsız arabulucunun uyuşmazlık çözümü için tarafları bir masa etrafında bir araya getirmek bakımından gösterdiği çaba, yalnızca müvekkilinin menfaatlerini gözetmek zorunda olan avukata nazaran daha fazla olmasına rağmen; süreç sonunda anlaşmaya varılması halinde avukatla kıyaslandığında daha az gelir elde etmesi uygulamada avukatların arabuluculuk faaliyeti yürütmek yerine avukatlık faaliyeti yürüterek daha fazla gelir elde etmeyi tercih etmesine sebep olabilecektir. Bu bakımdan önerimiz, arabulucuya ödenecek ücretin makul bir seviyeye yükseltilmesidir.

## E. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

### 1. Arabuluculuk Anlaşma Belgesine Rağmen Dava Açılması

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varan taraflar dilerlerse bu çözümü herhangi bir metne aktarmayabilir. Zira, sorun çözülmüşse amaçta gerçekleşmiştir. Buna karşın taraflar yargılama dışında anlaşmayı bir belgeye bağlamışlarsa bu belgenin niteliğine göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin, taraflar anlaşma belgesini adi yazılı bir belge olarak düzenlemişse, bu belge duruma göre kesin delil veya İİK m. 68 anlamında belge olarak nitelendirilebilir.<sup>149</sup> Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfına kavuşması tarafların isteğine bağlıdır.<sup>150</sup> HUAK m. 18/f. 2 hükmüne göre, *“Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler .....Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.”*

<sup>147</sup> RG. 30.12.2017, S.30286.

<sup>148</sup> Bkz. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, m. 16 (RG. 30.02.2017, S. 30286).

<sup>149</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 680-681; Azaklı Arslan, s. 246.

<sup>150</sup> Kısmet Kekeç, s. 206.

Şu halde ilk olarak şu hususu belirtmek gerekir ki, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde bu şerhi içeren anlaşma İİK m. 38 anlamında ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmektedir.<sup>151</sup> Nitekim HUAK m. 18/f. 4 hükmüne göre, “*Taraflar ve avukatlarıyla birlikte arabulucunun anlaşma belgesini imzalaması halinde icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge kabul edilir*”.<sup>152</sup> Ancak, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge kabul edilmesi yalnızca icra edilebilirlik açısından ilamlar ile aynı kuvvette olmasıyla sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, ilam ve ilam niteliğinde belge kavramları birbirinden farklıdır. İlam mahkeme hükmünün mühürlü ve imzalı olarak taraflara verilmiş suretine denir.<sup>153</sup> Bu bakımdan ilamdan söz edebilmek için yargılama faaliyeti sonucunda hüküm verilmiş olması gerekmektedir. Arabulucu ise, yargılama faaliyeti yürüten hâkim olmadığı gibi hâkimin sürrogatı da değildir.<sup>154</sup>

İkinci olarak, ilamlar maddi anlamda kesin hüküm kuvvetini haiz olmalarına rağmen, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm gücü mevcut değildir.<sup>155</sup> Şu halde, gerek icra edilebilirlik şerhi alınmak suretiyle gerekse taraflar, avukatları ve arabulucunun birlikte anlaşma belgesini imzalaması sonucunda ilam niteliğinde belge haline gelen anlaşma belgesi ilam değildir. Dolayısıyla, böyle bir çözüm anlaşmasından sonra aynı konuda dava açılması halinde kesin hükmün önleyici etkisi söz konusu olmayacaktır.<sup>156</sup>

Arabuluculuk faaliyeti sonunda elde edilen ilam niteliğindeki anlaşma belgesi maddi anlamda kesin hüküm kuvvetini haiz olmadığından, tarafların kesin hükümsüzlük (TBK m. 27), aşırı yararlanma (TBK m. 28), yanılma (TBK m. 30), aldatma (TBK m. 36),

<sup>151</sup> Özmumcu, s. 379.

<sup>152</sup> Özbek, s. 1259. Ayrıca bkz. Avukatlık Kanunu m. 35/A.

<sup>153</sup> Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 325 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, İcra Hukuku).

<sup>154</sup> Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 837.

<sup>155</sup> Dür, s. 377; Özmumcu, s. 380; Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 83, 192.

<sup>156</sup> Çelikoğlu, Cengiz, “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”, Ejder Yılmaz’a Armağan, C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 711.

korutma (TBK m. 37), sahtelik iddiası gibi hallerde yeni bir dava açılabilmesi mümkündür.<sup>157</sup>

Tüm bu açıklamalara rağmen, 7036 sayılı Kanununun 24. maddesiyle HUAK'ın 18.maddesine eklenen 5. fıkra ile: “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” hükmü getirilmiştir.

Kanımızca, bu hüküm, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” düzenlemesine göre hak arama özgürlüğünün açıkça ihlalidir.<sup>158</sup> Zira getirilen hükümler birlikte tarafların anlaşma belgesini yanılma, aldatma, aşırı yararlanma, korkutma, sahtelik iddiası gibi hallerde bu iddialarını mahkeme önünde ileri sürme imkânları ellerinden alınmış olmaktadır.

HUAK m. 18/f. 5 hükmüyle arabuluculuk prosedürü sonucunda imzalanan anlaşma belgesine kesin hüküm gücüne benzer güç tanınmaktadır. Mahkemelerin nihai kararlarına karşı kanun yolu incelemesinin bir amacı da, yanlış olduğu iddia edilen kararların düzeltilmesini sağlamaktır. Mahkeme kararlarının bir üst mercii tarafından incelenerek düzeltilmesi kabul edilmişken; arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılan anlaşma belgesinin hukuki denetimden yoksun bırakılmasının Anayasamızda ifadesini bulan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir (AY. m. 2).<sup>159</sup>

Sonuç olarak, bireyin adalete erişim ve hak arama özgürlüğünü sınırlayan, adeta mahkeme dışında arabulucu vasıtasıyla ulaşılan çözüme kesin hüküm gücü tanıyan bu hükmün Anayasamızın 2, 9 ve 36. maddelerine aykırı olduğu söylenebilir.<sup>160</sup>

Kanun gerekçesinde herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, kanımızca, hükmün konuluş amacı tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmalarına rağmen devlet mahkemelerine başvurmalarının önüne geçilmek istenmesidir. Ancak, tarafların anlaşmaları halinde, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi suretiyle veya taraflar, taraf avukatları ve arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi ilam niteliğinde

<sup>157</sup> Erdemir, s. 80; Bulur, s. 223; Dür, s. 380.

<sup>158</sup> Erdoğan/Erzurumlu, s. 53.

<sup>159</sup> Benzer yönde bkz. Erdoğan/Erzurumlu, s. 53.

<sup>160</sup> Aynı yönde bkz. Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 837; Azaklı Arslan, s. 244.

belge haline gelmektedir. Elinde ilam niteliğinde belge bulunan bir kimsenin, mahkemeye başvurarak ilam elde etmeye çalışması ihtimalinde, bu durumda dava sonucu elde edeceği hüküm onun hukuki durumunu daha iyi bir noktaya taşımayacağından davacının korunmaya değer hukuki menfaatinin bulunmadığı açıktır.<sup>161</sup> Benzer gerekçeyi göz önüne alan 25.5.2017 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, talep edilen sübjektif hak bakımından tercih edilen talep usulü gereksiz ise, talep sahibinin hukuki menfaatinin bulunmadığı yönünde içtihadı birleştirme kararı vermiştir.<sup>162</sup> Şu halde, ilam niteliğinde belge kuvvetini haiz arabuluculuk anlaşma belgesine rağmen mahkemede dava açılması halinde bu dava, HMK m. 114/1-h bendi uyarınca “*hukuki menfaat yokluğundan*” (usulden) reddedilecektir.

Ayrıca 7036 sayılı Kanun ile eklenen HUAK m. 18, f. 5 hükmü “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” şeklinde olup, bu hükmün neden konulduğunu anlamak mümkün değildir. Çünkü arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde ortaya çıkan sözleşme borçlar hukuku anlamında mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir. Bu konuda örneğin, mahkemede menfi tespit davası niteliğindeki sahtelik davası açılmasına engel olunmamalıdır. Bu nedenle bu hükmün tamamen kaldırılması gerekir.

## 2. İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi İşinde İncelemenin Kapsamı

HUAK m. 18/f. 2 hükmüne göre: “... *Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir....*” Şu halde, dava açılmadan önce arabuluculuk prosedürüne başvuran işçi ve işveren icra edilebilirlik şerhi verilmesi için arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesine başvuracaktır.<sup>163</sup>

<sup>161</sup> Budak/Karaaslan, s. 158

<sup>162</sup> Bkz. YİBGK 25.5.2017 tarih ve 2017/2 E., 2017/3 K. sayılı (Lexpera, E.T. 06.03.2018).

<sup>163</sup> Olması gereken hukuk bakımından icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinde Türkiye'nin her yerindeki icra mahkemesinin görevli ve yetkili olması gerektiği, zira, icra mahkemesinin icra işlerinde uzmanlık mahkemesi olduğu yönünde görüş için bkz. **Özbek**, M. Serdar, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli Mahkeme”, *BÜHFD*, C. 3, S. 2, 2017, s. 78 (**Özbek**, İcra Edilebilirlik).

İcra edilebilirlik şerhi bakımından mahkemece yapılacak incelemenin kapsamının ne olacağı meselesi ise doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda incelemesinin kapsamı, anlaşma belgesinin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlıdır (HUAK m. 18/ f. 3; HUAKY m. 22/f. 3).<sup>164</sup> Diğer bir ifadeyle, anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işler arasında yer alıp almadığı ve anlaşmanın eda (edim) hükmü içerip içermediği konusunda inceleme yapan mahkemenin işin esası bakımından inceleme yapması mümkün değildir.<sup>165</sup> Bu görüşteki yazarların bir kısmına göre, mahkemenin incelemesi münhasıran arabuluculuğa ve icraya elverişlilik ile sınırlanmamalı, inceleme arabuluculuğa ilişkin diğer emredici hususları da kapsayacak şekilde yapılmalıdır.<sup>166</sup> Örneğin, arabuluculuk faaliyetinin arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucu tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanıp imzalanmadığı gibi hususları mahkemece re'sen incelenmelidir.<sup>167</sup>

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinin çekişmesiz yargı işi olması (HUAK m. 18/ f. 1, c. 1) ve çekişmesiz yargı işlerinde, kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması (HMK m.385/f. 2) sebebiyle hâkimin yapacağı inceleme kanunda sayılanlarla sınırlı olmamalıdır. Hâkim anlaşma belgesini kanunun emredici hükümleri ve kamu düzeni bakımından da denetime tabi tutmalıdır.<sup>168</sup> Zira, aksi düşünce yargıdan kaçış anlamına gelebilecektir. Bu sebeple icra edilebilirlik şerhi konusunda karar verecek olan mahkeme anlaşma belgesini kamu düzeni bakımından, özellikle emredici hukuk kuralarına aykırılık bakımından

<sup>164</sup> **Dür**, s. 373; **Kısmet Kekeç**, s. 206; **Sarisözen**, s. 266.

<sup>165</sup> **Pekantez/Atalay/Özkes**, Medeni Usul, s. 680; **Özbek**, s. 1263; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 195; **Kısmet Kekeç**, s. 207; **Canbolat**, Talat (edt) İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, s. 11 <http://www.adb.adalet.gov.tr/> (ET 15.02.2018).

<sup>166</sup> **Taşpolat Tuğsavul**, s. 195; **Özbek**, s. 1262.

<sup>167</sup> **Dür**, s. 274.

<sup>168</sup> **Bilge**, Turgay, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I* (edt. Yasemin Işıқтаç), İstanbul: Sümer Kitapevi, 2014, s. 102.

da, denetime tabi tutmalıdır.<sup>169</sup> Yargıtay da bir kararında, işçilik alacaklarıyla ilgili olarak imzalanan arabuluculuk tutanağının ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı olduğunu, bu sebeple TBK m. 420 hükmü çerçevesinde tarih ve içerik bakımından arabuluculuğa elverişli olmadığı gerekçesiyle icra edilebilirlik şerhi talebini reddederek bu görüşe katılmıştır.<sup>170</sup>

Biz icra edilebilirlik şerhi verilmesi konusunda mahkemenin yalnızca uyuşmazlığın arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı, diğer bir ifadeyle, anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işler arasında yer alıp almadığı ve anlaşmanın eda (edim) hükmü içerip içermediği konularıyla sınırlı bir inceleme yapma yetkisi bulunduğu görüşüne katılmaktayız.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava açılmadan önce arabuluculuk sürecine başvurulması halinde icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir (HUAK m. 18/f. 2). İşçi-işveren uyuşmazlıkları bakımından uzmanlık mahkemesinin iş mahkemesi olduğu göz önüne alındığında oldukça karmaşık ve kendine has ilke ve kurallara sahip iş uyuşmazlıkları bakımından, sulh hukuk mahkemesi hâkiminin dosya üzerinden yapacağı incelemede iş hukukunun emredici hükümleri ve kamu düzeni kavramının iş hukuku alanındaki yansıması gibi konularda sağlıklı hukuki değerlendirmelerde bulunabilmesi fiili durumda pek mümkün görünmemektedir.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> **Namlı**, s. 164; **Özümucu**, s. 382: Kanunun emredici hükümlerine veya ahlaka aykırılık ya da ehliyetsizlik, imkansızlık, kişilik haklarının ihlali gibi maddi hukuka ilişkin gerekçelerle şerh talebinin reddedilebileceği yönünde görüş için bkz. **Çelikoğlu**, s. 709.

<sup>170</sup> “Arabulucu nezaretinde düzenlenen anlaşma belgesinin iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine aynı gün arabulucu ile birlikte görüşüldüğü ve bir gün sonra düzenlendiği (belirtilmiştir). İbra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri ve ibraname kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 420). İşveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlenmiştir. Alınan bu ibra niteliğindeki arabuluculuk tutanak, tarih ve içeriği itibarıyla arabuluculuğa ve niteliği itibarıyla da cebri icraya elverişli değildir.” Yar. 9. HD. 8.12.2016 tarih, 2016/25300 E., 2016/21744 K.,(Lexpera, ET 06.03.2018)

<sup>171</sup> Aynı yönde **Azıklı Arslan**, s. 241.

Kanun koyucu, icra edilebilirlik şerhi talebi halinde mahkemenin yapacağı incelemenin sınırlarını bilinçli olarak daraltmıştır. Aksi görüşün kabulü halinde tarafların serbest iradeleriyle yapmış oldukları sözleşmenin hâkim tarafından hükümsüz hale getirilmesi tehlikesi gündeme gelebilecektir. Taraflar, tarafların avukatları ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesinin mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesine gerek kalmadan ilam niteliğinde belge kabul edilmesi taraf iradelerinin hâkimin iradesinden üstün tutulduğunun bir başka göstergesidir (HUAk m. 18/f. 4).

Yargıtay'ın yukarıda değinilen kararında<sup>172</sup> “*ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı*” kavramı oluşturarak arabuluculuk prosedürü sonucunda ulaşılan anlaşma belgesinin içeriğini denetlemesi yerinde değildir.<sup>173</sup> Zira, dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyeti neticesinde karşılıklı fedakârlıklarla ulaşılan anlaşma belgesinin hukuki niteliği mahkeme dışı sulh sözleşmesidir.<sup>174</sup> Bu sözleşme, kurulması ve etkileri bakımından maddi hukuka tabi bir sözleşmedir.<sup>175</sup> Diğer bir ifadeyle, bu anlaşmanın kapsamı, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflarca belirlenir.<sup>176</sup> Kendilerine ait menfaati en iyi koruyacak olan yine anlaşma belgesinin taraflarıdır. İşçi yahut işveren anlaşma belgesinin iptaline ilişkin bir taleple dava açmadığı sürece mahkemenin kendiliğinden sözleşmenin konusunu denetlemesi ve taraflarca akdedilen sözleşmeyi hükümsüz hale getirmesi söz konusu olmamalıdır.

İcra edilebilirlik şerhi verilmesi işinde mahkemenin anlaşma belgesinin içeriğini incelemek suretiyle konu değerlendirmesi yapamayacağı yönündeki görüşümüz, icra edilebilirlik şerhi talebi üzerine verilen karara karşı kanun yoluna başvurulması halinde de geçerlidir. Şöyle ki: HMK m. 342/f. 2 e bendi hükmüne göre, istinaf dilekçesinde başvuru sebepleri ve gerekçesi gösterilmelidir. Zira, HMK

<sup>172</sup> Bkz. s. 38, (dn. 170).

<sup>173</sup> **Odaman**, Serkan, “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Şeref Ertuş’a Armağan*, C. 3, 2017, s. 1761.

<sup>174</sup> **Özbay**, Alternatif Çözüm, s. 471-472; **Çelikoğlu**, s. 707. Benzer yönde bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s. 184.

<sup>175</sup> **Dür**, s. 364; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 185; **Koç**, Evren, “Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin İlk Tespitler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, (edt. Yasemin Işıktaç) İstanbul: Sümer Kitapevi, 2014, s. 50.

<sup>176</sup> **Özbek**, s. 1256.

m. 355/f. 1 hükmüne göre istinaf incelemesi istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Bu hükmün istisnası olmak üzere bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık hallerinde bunu re'sen gözetir (HMK m. 355/f. 1). Bu halde istinaf incelemesinin kapsamı da ilk derece mahkemesinde olduğu gibi anlaşma belgesinin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliğinin incelenmesiyle sınırlıdır. Bölge adliye mahkemesi bunun dışında istinaf dilekçesinde talep bulursa dahi anlaşmanın içeriğiyle ilgili, işin esasına girecek şekilde, maddi hukuk temelli bir incelemede bulunamaz.<sup>177</sup>

“Temyiz edilemeyen kararlar” başlıklı HMK m. 362/f. 1-ç bendine göre “çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemez.” Şu halde; bölge adliye mahkemesinin icra edilebilirlik şerhi hakkında vermiş olduğu karar temyiz edilemeyecektir.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmanın tarafların karşılıklı iradeleriyle oluşan borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olması ve bu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmesinin de çekişmesiz yargı işi olması sebepleriyle maddi anlamda kesin hüküm gücü bulunmadığından, bu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün değildir.<sup>178</sup>

## SONUÇ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve yönetmeliği çerçevesinde yaklaşık beş yıldır uygulamada yer edinen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hak ettiği itibarı görmemiştir. Toplumumuzda yaygın olan dava alışkanlığı ve tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurmayı bir zayıflık olarak görmeleri, bu sorunun en önemli sebeplerindendir. Yine avukatların arabulucuyu ekonomik olarak kendilerine rakip olarak görmeleri ve bir çok hâkimin uyuşmazlık çözme işinin kendi tekellerinde olması gerektiği yaklaşımı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizde benimsenmesine engel oluşturmaktadır.<sup>179</sup>

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulamada tanınıp benimsenmesi suretiyle mahkemelerdeki ağır iş yükünün azaltılması amacıyla arabuluculuk yönteminin teşvik edilmesi hatta dava açılmadan

<sup>177</sup> Taşpolat Tuğsavul, s. 197; Özbek, s. 1263; Dür, s. 380.

<sup>178</sup> Taşpolat Tuğsavul, s. 197-198.

<sup>179</sup> Tanrıver, Sosyolojik Bakış, s. 77-83.



önce zorunlu hale getirilmesi önerilmiştir.<sup>180</sup> Nihayet 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda bazı iş uyuşmazlıkları bakımından dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunması zorunlu hale getirilmiştir.

Kanımızca, zorunlu arabuluculuk düzenlemesi hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>181</sup> Zira, taraflar arabuluculuk sürecine katılma bakımından zorunluluk içinde iseler de; süreci devam ettirmek ve sonlandırmak bakımından tamamen serbesttir. Yine, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması, arabuluculuk sürecinin en fazla (3+1) 4 haftada tamamlanacak olması, tarafların geçici hukuki koruma tedbirlerine başvuru imkânının mevcut olması gibi sebeplerle kanımızca zorunlu arabuluculuk düzenlemesi hukuka uygundur.

Her ne kadar zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin anayasal anlamda bir sorun teşkil etmeyeceğini kabul etsek de, kanımızca, tarafsız arabulucunun uyuşmazlığın tarafları arasındaki güç dengesizliğini bertaraf etmesi mümkün değildir.

Yine, iş hukukunun emredici yapısıyla da arabuluculuk bağdaşmamaktadır. Ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, asgari ücret gibi yasal değerlerin arabuluculuk masasında müzakere edilebilir hale gelme tehlikesi de iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin bir diğer eleştirilmesi gereken yönüdür.

İş MK ile HUAK'da bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri arabuluculuğun tanımlandığı ikinci maddedeki arabulucu tanımının yeniden düzenlenmesi ve arabulucunun süreç sonunda anlaşamamaları halinde çözüm önerisi getirebileceğini ifade eden HUAK m. 15 hükmüdür. Kanımızca, bu düzenleme yerinde değildir. Zira, arabuluculuk özü itibarıyla tarafları bir masa etrafında tutma amacıyla faaliyette bulunulması esasına dayanmakta ve özünde taraflara çözüm önerisi getirebilme bakımından bir imkan bulunmamaktadır. Doktrinde ifade edilen “kolaylaştırıcı arabuluculuk” ve “değerlendirici arabuluculuk” kavramları halen Türk hukukunda genel kabul görmüş değildir. Olması gereken hukuk bakımından önerimiz; tarafsız ön

180 “İş davalarının tümünde önce ‘arabulucuya’ gidişi zorunlu kılacağız. Yine 10 bin liraya kadar olan ticari davalar ile 2500 liraya kadar olan icra davalarında arabuluculuk zorunlu olacak.” <http://www.hurriyet.com.tr/adalet-bakanligi-arabulucuk-daire-baskani-oztatar-yabancilar-kis-kis-guluyor-29149483> (ET 17.02.2018)

181 Bkz. II., B, 2.

değerlendirici-arabuluculuk yöntemlerinin birlikte uygulanmasıyla ortaya konulacak yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ihdas edilmesidir. Bu yöntemde 5 yıllık avukatlık kıdemi bulunan ve iş uyuşmazlıklarında uzmanlık eğitimini tamamlamış arabulucunun, süreç sonunda uyuşmazlığın nasıl ve nerede ortaya çıktığı, nasıl geliştiği ve gelecekte nasıl bir yola gidilebileceği gibi konularda tarafları bilgilendirdiği ve kendisinin çözüm önerisini de ihtiva eden “değerlendirme tutanağı” düzenleyip taraflara vermesi ve bu tutanak bulunmaksızın dava açılmayacağına düzenlenmesidir. Buna ilave olarak, bu tutanakta belirtilen meblağ üzerinde anlaşmak yerine mahkemeye başvurarak süreç sonunda teklif edilenden daha az miktar elde eden tarafa yargılama giderlerinin yükletilmesi düzenlemesi getirilmesi kanımızca daha uygundur.

HUAK’da yapılan bir diğer değişiklikte tarafların üzerinde uzlaştıkları hususlarda dava açamayacağı hususuyla ilgilidir (HUAK m. 18/f. 5). Kanımızca bu düzenleme hak arama özgürlüğünün ihlalidir. Zira, arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edilen anlaşma belgesi ilam değil, ilam niteliğinde belgedir. Şu halde, irade bozuklukları veya sahte imza halinde bu belgenin iptali talep edilebilecektir. Halbuki, kanuni düzenleme böyle bir istisnaya yer verilmemektedir. Bu bakımdan önerimiz Anayasaya aykırı bu hükmün kaldırılmasıdır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde maddi bakımdan mecburi arabulucu arkadaşlığı düzenlemesi de, kanımızca, yerinde değildir. Bu bakımdan bu ilişkide işçinin yalnız bir ve gerçek işvereni bulunacağından işverenlerin iradelerinin birbirine uygun olmasının aranması isabetli değildir.

Arabuluculuk faaliyetine mazeretsiz olarak katılmayan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olması ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi düzenlemesi de kanımızca orantısız bir yaptırımdır. Bu nedenle, bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımak kanımızca daha uygun bir çözüm olacaktır. Yine arabulucunun yürüttüğü faaliyete nazaran avukatlara nispeten az miktarda ücret elde etmesi de yerinde değildir.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik belgesi verilmesi işinde mahkemece yapılacak incelemenin kapsamı da doktrinde tartışmalıdır. Biz, incelemenin yalnızca anlaşmanın tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği işlerden olup olmadığı ve bir eda (edim) hükmü içerip içermediğiyle sınırlı olarak inceleme yapılması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Zira aksi görüşün kabulü halinde uyuşmazlıklar tekrar mahkeme önüne taşınacak ve zorunlu arabuluculuk düzenlemesiyle ulaşılmak istenen amaç gerçekleştirilememiş olacaktır.

**KISALTMALAR CETVELİ**

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADR	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AMK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargıla Usullerine Dair Kanun
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz./ bkz.	: bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Edt.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ET	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İK	: İş Kanunu
İş.MK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş. / karşı.	: karşılaştırınız
m.	: madde

MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	: ve devamı
Yar.	: Yargıtay
Y	: Yıl

**KAYNAKÇA**

**Akan**, Pınar: Arabuluculuk ve Deniz Hukukundan Doğan İhtilaflara Uygulanması, Ankara: Adalet Yayınları, 2013.

**Akil**, Cenk/**Gül**, Akif: “ Yargıtay’ ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 3, 2017, ss. 55-610.

**Akyol Arslan**, Leyla: “6225 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15’inci Maddesi İle Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S. 145, 2018, s. 29-44.

**Aras**, Bahattin: “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri”, *Adalet Dergisi*, S. 35, 2009, ss. 58-70.

**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/ **Hanağası**, Emel: Medeni Usul Hukuku, 4.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

**Azıklı Arslan**, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

**Bilge**, Turgay: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I* (edt. Yasemin Işıқтаç), İstanbul: Sümer Kitapevi, 2014, ss. 93-114.

**Budak**, Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul: Beta Yayınları, 2000.

**Budak**, A. Cem/**Karaaslan**, Varol: Medeni Usul Hukuku 2. baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2018.

**Bulur**, Alper: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *ABD*, Y. 65, S. 4, 2007, ss. 30-46.

**Bulur**, Alper: “Avukatlık Kanunu m. 35/A ’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, *TBBD*, S. 89, 2010, ss. 196-241.

**Canbolat**, Talat (edt.): İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, <http://www.adb.adalet.gov.tr/> (E.T. 15.02.2018).

**Çalışır**, Kurtuluş: Arabuluculuk, Ankara: Adalet Yayınları, 2015.

**Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canpolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

**Çelikoğlu**, Cengiz Topel: 6325 sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi, *Ejder Yılmaz'a Armağan*, C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 669-719.

**Doğan Yenisey**, Kübra: "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", (edt. K. Doğan Yenisey) *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, (14 Mayıs 2016, İstanbul), TİSK, Ankara, 15 Kasım 2016, ss. 167-193.

**Dür**, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara: Adalet Yayınları, 2017.

**Erdemir**, Aymelek: "Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 132, Ağustos 2017, ss. 70-81.

**Erdoğan**, Ersin: "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", *İSGHD*, C. 14, S. 55, 2017, s. 1211-1242.

**Erdoğan**, Ersin/**Erzurumlu**, Nurbanu: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı," *SETA Raporu*, (www.setav.org) (E.T.14.10.2017) .

**Erişir**, Evrim: "Arabuluculuk Müessesinin Anayasaya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı", *DEÜHFD*, C.11 Özel sayı, 2009, *Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan*, C. 1, İzmir, 2009, ss. 225-236.

**Erişir**, Evrim: "Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (der: Murat İnceoğlu), İstanbul, 2015.

**Ersen Perçin**, Gizem: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri," *MHB* Y. 31, S. 2, 2011, ss. 177-201.

**Demir**, Şamil: "Arabuluculuk Arkadaşlığı", *ABD*, S. 2, Y. 2013, ss. 291-314.

**Dişel**, Buse: İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014.

**Göksu**, Mustafa: "Mandatory Mediation in Labor Dispute", *Press Academia Procedia ( PAP)* Vol. 3, 2017, ss. 378-384.

**Güzel, Ali:** “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 3, 2016, ss. 1131-1146.

**İldır, Gülgün:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

**Işık, Olcay:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 6, S. 64, 2011, 14-25.

**Kaplan, Yavuz:** “Arabuluculuk Ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, *MHBD*, Y. 28, S. 1- 2, 2008, ss. 115-146.

**Karacabey, Kürşat:** “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *TBB*, S.123, 2016, ss. 451-488.

**Karşı, Abdurrahim:** *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayınları, 2012.

**Kısmet Kekeç:** Elif, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2014.

**Koç, Evren:** “Arabuluculuk Kanunu’ nun Uygulanmasına İlişkin İlk Tespitler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, (edt. Yasemin Işıktaç) İstanbul: Sümer Kitapevi, 2014, ss. 43-52.

**Kolcuoğlu, Umut:** <https://www.dunya.com/kose-yazisi/is-uyusmazliklarinda-yeni-duzen-zorunlu-arabuluculuk/346490> (E.T. 01.01.2016)

**Kuru, Baki:** *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

**Kuru, Baki:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 16 S. 2, 2010, 237-246. (anılış: **Kuru**, Görüş ve Öneriler)

**Lokmanoğlu, Yunus:** “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, *TAAD*, Y. 9, S. 33, 2018, s. 863-885.

**Manav Özdemir, Eda:** “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 4, 2015, ss. 185-222.

**Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş:** *İş Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

**Namlı, Mert:** “İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (edt. K. Doğan Yenisey) *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneğı 40. Yıl Uluslararası Toplantısı. (14 Mayıs 2016 İstanbul) Ankara, TİSK, 15 Kasım 2016, ss. 151-167.

**Narmanlıoğlu, Ünal:** İş Hukuku Ferdi İlişkiler I, C. 1, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012.

**Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda:** “İş Mahkemeleri Kanun Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 35, 2016, ss. 51-65.

**Odaman, Serkan:** “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine

İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Şeref Ertaş’a Armağan*, C. 3, 2017, s. 1753-1766.

**Öğuz, Özgür:** Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul: Legal Yayınevi, 2016.

**Özbay, İbrahim :** “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *EÜHFD*, C. 10, S. 3-4, 2006, ss. 459-475 (anılış: **Özbay**, Alternatif Çözüm).

**Özbay, İbrahim:** “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Belgesinin İlamNiteliğı”, *EÜHFD*, C. 8, S. 3-4, 2004, ss. 367-418 (anılış: **Özbay**, Uzlaştırma Belgesi).

**Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara: Adalet Yayınları, 2016.

**Özbay, İbrahim,** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara: Seçkin Yayınları, 2012 ( anılış: **Özbay**, HMK Neler Getirdi?).

**Özbek, Mustafa Serdar:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

**Özbek, Mustafa Serdar:** “Anayasal Hak Ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabulucuk”, *Medeni Usul İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IX*, Ankara, 2010. ss. 107-154 (anılış: **Özbek**, İlkeler Işığında).

**Özbek, Mustafa Serdar:** “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli Mahkeme”, *BÜHFD*, C. 3, S. 2, 2017, ss. 69-85 (anılış: **Özbek**, İcra Edilebilirlik).



**Özbek**, Mustafa Serdar, “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim”, *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 1, 2017, s. 15-106 (**Özbek**, Arabuluculuk-Tahkim).

**Özdemir**, Olgu: “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, *Fevzi Şahlanan’a Armağan İÜHF*M, S. 74, İstanbul, 2016, ss. 601-616.

**Özmumcu**, Seda: Uzak Doğu’ da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.

**Özmumcu**, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İÜHF*M, C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 807-842 (anılış: **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk).

**Özmumcu**, Seda: “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akıncı’ya Armağan, (C. II)*, *İÜHF*M, C. LXXXI, S. 1, 2013, ss. 1357-1377. (anılış: **Özmumcu**-Arabulucunun Rolü).

**Özmumcu**, Seda: “Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, (edt. Yasemin Işıktaş) İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014, ss. 33-43(**Özmumcu**, Genel Bakış).

**Özveri**, Murat: “Zorunlu Arabuluculuk”, 27.10.2017 [https://tr.sputniknews.com/seyr\\_u\\_sabah/201710271030772443-doktor-murat-ozveri-zorunlu-arabuluculuk-ile-isci-alacaginin-buyuk-bir-kismini-isverene-terkedecek/](https://tr.sputniknews.com/seyr_u_sabah/201710271030772443-doktor-murat-ozveri-zorunlu-arabuluculuk-ile-isci-alacaginin-buyuk-bir-kismini-isverene-terkedecek/) (E.T.01.01.2018).

**Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2016 (anılış: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**-Medeni Usul).

**Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016 (anılış: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**- İcra Hukuku).

**Pekcanitez**, Hakan/**Taş Korkmaz**, Hülya: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2017.

**Pekcanitez**, Hakan: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 5, 2005, ss. 12-16 (anılış: **Pekcanitez**-Alternatif Çözüm)

**Pekcanitez**, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Tanıtımı, *Makaleler*, İstanbul, 2016 (anılış: **Pekcanitez** Tasarı Tanıtımı).

**Polat**, Malike: Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

**Sarisözen**, Serhat: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi Ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, *EÜHFD*, C. XV, S. 1-2, 2011, ss. 255-271.

**Senyen Kaplan**, Tuncay E: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Kitap Yayınevi, 2017.

**Subaşı**, İbrahim: “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, *Bilgi Toplumunda Hukuk (Ünal Tekinalp’e Armağan)*, C. 2, İstanbul, 2003, ss. 743-833.

**Sungurtekin Özkan**, Meral : “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *MİHDER*, S. 2, 2005. ss. 353-369.

**Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 5. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2015 (anılış: **Sümer**, Uygulama).

**Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

**Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

**Şen**, Ersan: “İş Hukuku Davalarında Zorunlu Arabuluculuk” 14.06.2017 <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2355166-is-hukuku-davalarinda-zorunlu-arabuluculuk> (E.T.23.11.2017).

**Şişli**, Zeynep: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları Ve Yargısal Çözümü”, *ABD*, S. 2, 2012, s ss. 45-67.

**Tanrıver**, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

**Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Makalelerim*, Ankara, 2006, ss. 1-14. (anılış: **Tanrıver**, Alternatif Çözüm).

**Tanrıver**, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki Ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Makalelerim*, Ankara: Asil Yayınları, 2006, ss. 59-77 (anılış: **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış).

**Tanrıver**, Süha, Medeni Usul Hukuku C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016. (anılış: **Tanrıver**, Medeni Usul).

**Taşpolat Tuğsavul**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

**Ulukapı, Ömer:** Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya: Mimoza Yayınları, 1991.

**Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal:** “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *DEÜHFD*, C. 17, S. 1, 2015, ss. 119-169 (basım yılı: Şubat 2016).

**Uyumaz, Alper:** “Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2012, ss.103-133.

**Ürcan, Gülümden:** “İşe İade Davasında Husumet”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, ss.1197-1215.

**Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013.

**Yıldırım, Kamil:** “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, *Prof. Dr. Yavuz Alongoya İçin Armağan*, İstanbul: Vedat Yayınları, 2007, ss. 337-360.

**Yılmaz, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2008 (anılış: **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü).

**Yılmaz, Ejder:** “Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri,” *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, İstanbul: Vedat Yayınları, 2007, s. 337-361 (anılış: **Yılmaz**, Avukatlık Ücreti).

**Yılmaz, Ejder:** “Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi”, *Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012. ss. 1275-1297 (anılış: **Yılmaz**- Yasa ile Düzenleme).

**Yılmaz, Ejder,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, (**Yılmaz**- Şerh).