

YAŞAR HUKUK DERGİSİ YAŞAR LAW REVIEW

CİLT 6

SAYI 2

TEMMUZ 2024

VOLUME 6

ISSUE 2

JULY 2024



YAŞAR
ÜNİVERSİTESİ

e- ISSN 2667-6621

YAŞAR HUKUK DERGİSİ YAŞAR LAW REVIEW

CİLT 6

VOLUME 6

SAYI 2

ISSUE 2

TEMMUZ 2024

JULY 2024



YAŞAR
ÜNİVERSİTESİ

e- ISSN 2667-6621

SAHİBİ

(Yaşar Üniversitesi Rektörlüğü adına)

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ

(Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

YAYIN KURULU BAŞKANI (EDİTÖR)

Doç. Dr. Ali Murat SEVİ

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

İNGİLİZCE EDİTÖR

Öğr. Gör. David BRODY

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

EDİTÖR YARDIMCISI

Araş. Gör. İlayda KOÇAK

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Deniz KIZILSÜMER ÖZER

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

(İstanbul Kültür Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKOĞLU

(İzmir Bakırçay Üniversitesi, Huk. Fak.)

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

(İstanbul Aydın Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

(Girne Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. İsmail KIRCA

(TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üni., Huk. Fak.)

Prof. Dr. Serkan ODAMAN

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Prof. Dr. Veliye YANLI

(İstanbul Bilgi Üniversitesi, Huk. Fak.)

Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Doç. Dr. Zekiye Özen İNCİ TUNA

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Dr. Öğr. Üyesi Emine Sevcan ARTUN

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer KARAASLAN

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

Dr. Öğr. Üyesi Aslı TOPUKCU İDUĞ

(Yaşar Üniversitesi, Huk. Fak.)

AMACI

Yaşar Hukuk Dergisi (*Yasar Law Review*) – Online ISSN 2667-6621, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılan, hukuk alanında ulusal ve uluslararası düzeydeki özgün bilimsel çalışmaları bilim insanlarına ve hukuk uygulamacılarına duyurmayı amaçlayan hakemli ve bilimsel bir dergidir.

Yaşar Hukuk Dergisi, hukuk alanında yüksek adalet bilincine sahip ve toplumsal sorunlara duyarlı, akademik nitelikleri yüksek bilimsel yazıların yayınlanmasını, böylece hukuk kuramının gelişmesini ve uygulamanın teorik olarak desteklenmesini hedeflemektedir.

KAPSAMI

Yaşar Hukuk Dergisi'nde, hukuk alanına ait özgün bilimsel makaleler yayınlanmaktadır. Bunun dışında dergide, çeviri, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı incelemesine de yer verilmektedir.

Dergimizin yayın hayatı 2019 yılında başlamıştır. Dergide uygulanacak çift kör hakemlik sistemiyle makaleler akademik ölçütlere uygunluk açısından tarafsız hakemlerce değerlendirilecektir. Dergimize gönderilen makaleler, en az iki hakem tarafından değerlendirilmektedir. Değerlendirme sürecinde hem hakemlerin hem de yazarların kişisel bilgileri gizli tutulmaktadır.

Dergide Türkçe başta olmak üzere İngilizce, Almanca ve Fransızca makaleler yayımlanacaktır.

ETİK İLKELER

Yaşar Hukuk Dergisi Etik İlkeler ve Yayın Politikasına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yhd/policy> adresinden erişilebilir. Yayımlanan makaleler Araştırma ve Yayın Etiğine uygundur.

DÜZENİ

Yaşar Hukuk Dergisi, hakemli ulusal bir dergi olarak Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmaktadır. Dergimiz Tübitak-Ulakbim TR Dizin Hukuk veri tabanı için başvuru yapılmış olup süreç devam etmektedir.

Yaşar Hukuk Dergisi elektronik olarak yayımlanmakta olup, Dergi Park ve Jurix veri tabanında taranmaktadır.

Yaşar Hukuk Dergisi İnternet sitesine <https://hukukdergi.yasar.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

Kurumsal e-posta adresi: hukukdergi@yasar.edu.tr

Yazışma adresi: Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Selçuk Yaşar Kampusu, Üniversite Caddesi, No:37-39, Ağaçalı Yol, Bornova, İzmir.

Tel: 0 (232) 570 8500 Faks: 0 (232) 570 7000

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Dergiye gönderilen yazıların araştırma ve yayın etiğine uygun olması gerekir. Yazarların yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır.
3. Makale veya karar çevirilerinin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Makale çevirilerinde, çeviri yapan, orijinal eserin hak sahibi/sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
4. Yazılar, DergiPark sistemi üzerinden (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yhd>) MS Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metinde yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade yer almamalıdır. Yazar adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini gönderdiği DergiPark sistemi üzerinden girmelidir.
5. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de Türkçe olmak üzere makale başlığı (*title*), en az 100 ve en fazla 200 sözcükten oluşan özet (*abstract*) ve yine her iki dilde beşer anahtar kelime yer almalıdır.
6. Gönderilen yazıların Times New Roman karakterinde dik ve normal harflerle, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazıların içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:
 - I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**
 - A. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**
 - 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
 - 2. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
 - 3. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
8. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır. Bilimsel kriterlere uymayan ve normalin üzerinde yazım yanlışları içeren, bilimsel ölçütlere uymayan yazılar, hakeme gönderilmeden Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
9. Yayın kurulu tarafından uygun bulunan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adı/adlarını içermeyecek şekilde en az iki hakeme denetim için gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi halinde yazarlar sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmelerin hakemler tarafından tekrar görülmesi, hakemlerin isteğine bağlıdır. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, üçüncü hakemin görüşü alınır. Üçüncü hakemin görüşüne göre yazı yayınlanır veya reddedilir. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu/formları yazarına/yazarlarına e-posta yoluyla bildirilir.
10. Hakem denetiminden geçen yazılar, Yayın Kurulunca incelenir ve yayınlanıp yayınlanmayacağına ilişkin inceleme sonucu yazarına e-posta yoluyla bildirilir.
11. Dergide, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hakem incelemesinden geçmeyen yazılar dergi içinde açıkça belirtilir.
12. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bu yazılardan kaynaklanabilecek bütün sorumluluk yazarlara aittir. Editörlerin bu kapsamda aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
13. Yayın Kurulunca yayınlanmasına karar verilen yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yaşar Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, Yayın Kurulunca yayınlanmasına karar verilen yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma ve umuma iletim haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılırlar.

14. Yazara/yazarlara, yayımlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayımlanmak üzere yazı gönderen yazar/yazarlar, bu hususu kabul etmiş sayılır.
15. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, Yazarı/Yazarları tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında yayımlanır.
16. Yazıların sonunda, yararlanılan kaynaklar yazar soyadına göre alfabetik sırada dizilerek kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

KİTAPLAR:

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Eserin Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Çoklu yazar durumunda

1. Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**/ 2. Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Eserin Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Editörlü Kitap

Editörün **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)** (Editör): Kitap Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Kitap Bölümü

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Bölümün Adı, Editörün Soyadı, Adı (Editör), Kitap Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Çeviri Kitap

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Kitap Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl (Çevirenin Adı, Soyadı, Çeviri Kitap Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl).

Elektronik Kitap

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Kitap Adı, Yıl, Parantez İçerisinde URL, Erişim Tarihi.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Bölümün Adı, Editörün Soyadı, Adı (Editör), Kitap Adı, Yıl, Parantez İçerisinde URL, Erişim Tarihi.

MAKALELER

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Makalenin Adı, Makalenin Yer Aldığı Derginin Adı, Cilt, Sayı, Makalenin Yer Aldığı İlk ve Son Sayfa Aralığı.

Çeviri Makale

Yazarın **Soyadı (Bold)**, **Adı (Bold)**: Makalenin Adı, Makalenin Yer Aldığı Derginin Adı, Cilt, Sayı, Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı (Çevirenin Adı, Soyadı, Çeviri Makalenin Adı, Cilt, Sayı, Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı).

İnternet ortamından ulaşılan makaleler için parantez içerisinde URL ve içeriğe erişim tarihi belirtilmelidir.

Birden fazla yazar tarafından yazılmış makalelerde, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

17. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her ilgili sayfanın sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler (makalelerde ilk ve son sayfa aralığı hariç) yer almalıdır. Ayrıca atıf yapılan eserin ilgili sayfa veya sayfa aralığı künyenin en sonunda belirtilmelidir.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda, **Soyad (Bold)**, sayfa numarası

Aynı yazarın birden çok eserinden yararlanılmışsa, yayın tarihleri farklıysa, parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yılların aynı olması halinde, eserin adı, yazarın yararlanılan diğer eserlerinden ayırt edilecek şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

YAŞAR HUKUK DERGİSİ

CİLT: 6 - SAYI: 2 / TEMMUZ 2024

İÇİNDEKİLER*

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

ÇOCUK SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMASINDA GÖREV ALAN
KURUM VE GÖREVLİLER

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ..... 199 – 234

GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA ANAYASA MAHKEMESİ’NİN TÜRK
HUKUK SİSTEMİNDEKİ ÖNEMİ VE KARARLARININ BAĞLAYICI
OLMA ZORUNLULUĞU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Fatih ÖZKUL..... 235 – 288

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA İŞE İADE DAVALARI

Av. Arb. Mehtap ŞAHİN ALTINTAŞ 289 – 334

KARAR İNCELEMESİ

VİCDANIN YEDEĞİ OLABİLİR Mİ: GÜNCEL BİR AVRUPA İNSAN
HAKLARI MAHKEMESİ KARARININ İNCELEMESİ “KANATLI /
TÜRKİYE” (BAŞVURU NO: 18382/15, K.T: 12.03.2024)

Gökberk ÖNGEL 335 – 366

* Makaleler, yazarların akademik unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

YAŞAR LAW REVIEW

VOLUME 6 - ISSUE 2 / JULY 2024

TABLE OF CONTENTS*

RESEARCH ARTICLES

INSTITUTIONS AND OFFICIALS INVOLVED IN YOUTH CRIMINAL JUSTICE

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ..... 199 – 234

AN EVALUATION ON THE IMPORTANCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE TURKISH LEGAL SYSTEM AND THE NECESSITY THAT ITS DECISIONS BE BINDING IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

Assoc. Prof. Dr. Fatih Özkul 235 – 288

REINSTATEMENT LAWSUITS IN THE LIGHT OF RECENT SUPREME COURT DECISIONS

Atty. Arb. Mehtap ŞAHİN ALTINTAŞ 289 – 334

REVIEW OF JUDGMENT

CAN THERE EVER BE A RESERVE FOR CONSCIENCE: A REVIEW OF THE RECENT EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION “KANATLI v. TURKEY” (APPLICATION NO: 18382/15, DATE OF DECISION: 12.03.2024)

Gökberk ÖNGEL 335 – 366

* Articles are ordered according to the academic titles and surnames of the authors.

^H ÇOCUK SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMASINDA GÖREV ALAN KURUM VE GÖREVLİLER*

(Araştırma Makalesi)

*Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ***

ÖZET

Birleşmiş Çocuk Hakları Sözleşmesi, on sekiz yaşının altında olan herkesi çocuk olarak kabul etmektedir. Bu tanımı esas alan Çocuk Koruma Kanunu madde 3’te daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşının altında olan herkesi çocuk olarak tanımlamıştır.

İçinde bulunulan yaş dönemi nedeniyle en çok hata yapılan bu süreçte çocukların işledikleri veya mağduru oldukları suçlar nedeniyle özel kuralların kabul edilmesi gerekir. Ancak ülkemiz hukuk sisteminde doğrudan çocuk yargılamasına ilişkin temel bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili düzenlemeler Çocuk Koruma Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu gibi çeşitli kanunlarda yeri geldikçe düzenlenmiştir. Bu nedenle dağınık bir sisteme sahip olduğunu ifade edebiliriz. Aynı şekilde bu süreçte görev yapacak kurum ve personel bakımından da değişik yasal metinlerde düzenlemelerin bulunduğunu ifade etmeliyiz.

Çocukların içinde buldukları dönemde, işledikleri suçlar veya mağduru oldukları suçlar nedeniyle özel bir muameleye tabi olması gerekir. Bir ülkede çocuklar ne kadar korunursa ve iyi yetiştirilirse ülkenin geleceği o denli güvence altında olur. Bu nedenle çocuklara özel kurumların, usul kurallarının düzenlenmesi, önemli bir gerekliliktir. Bu kapsamda çalışmamızda ülkemizde ve mukayeseli hukukta çocuk yargılamasında görev alan kurum ve görevliler hakkında bilgi verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Çocuk Mahkemeleri, Sosyal İnceleme Görevlileri, Çocuk Kolluğu

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 28.05.2024 tarihinde Editörlüğümüze ulaştığı olup, 30.05.2024 tarihinde birinci hakem, 14.06.2024 tarihinde ise ikinci hakem onayından geçmiştir.

Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

** Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. (E-posta: burcu.donmez@yasar.edu.tr), ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5600-2895>.

Yazar’ın notu: İlgili çalışma yazarın “Çocuk Yargılaması” eseri temel alınarak hazırlanmıştır.

INSTITUTIONS AND OFFICIALS INVOLVED IN YOUTH CRIMINAL JUSTICE

(Research Article)

ABSTRACT

The United Nations Convention on the Rights of the Child considers anyone under the age of eighteen as a child. Turkish legal regulations, based on this definition, define everyone under the age of eighteen as a child, even if they become legally adults at an earlier age in article three of the Child Protection Code.

In this process, where most mistakes are made due to the current age period, special rules must be adopted to the children who committed crimes or subjected to any crime. However, there is no basic regulation regarding directly juvenile prosecution in our country. Relevant regulations are regulated in various codes such as Child Protection Code, Criminal Procedure Code, as appropriate. Therefore we can establish that system is dispersed. Likewise, we can state that there are regulations in different legal texts regarding the institutions and personnel that will take part in the process.

Children should be subject to special treatment due to the crimes they have committed or the crimes they have been victims of. If we success to protect children and raise them well, therefore we can able to design the country's future well. So it is an important necessity to regulate special procedural rules of institutions for children. In this study there will be given information about the institutions and officials involved in juvenile justice in our country and comparative law.

Keywords: Juvenile, Criminal Procedure Law, Juvenile Courts, Social Investigation Officers, Juvenile Armlet

GİRİŞ

Çocuklar toplumun en savunmasız kesimini oluşturan genç bireylerdir. Aslında çocuk kavramının tanımlanması her zaman yetişkinlerin gözüyle yapılmıştır. Bu nedenle kavramının içeriğini de yetişkinler oluşturmuştur. Yapılan tanımlar ve hukuki düzenlemelere baktığımızda çocukların, politik ve ekonomik hakları olmayan aile içinde okulda ve devlet otoritesi içerisinde keyfi ve sınırsız uygulamalara boyun eğen, hayatlarının pek çok alanında yetişkinlerin fiziksel ve psikolojik şiddetine maruz kalan küçük insanlar olduğunu ifade edebiliriz.

Ceza muhakemesi sisteminde çocuklar ile ilgili soruşturma ve kovuşturma sistemini düzenleyen özel bir yasa bulunmamaktadır. Bu alandaki kuralların 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), CMK ve diğer yasalarda yeri geldikçe ve ihtiyaca binaen düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Temel bir kaynak olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de iç hukuk kuralı olarak uygulanmaktadır. ÇKK madde 3'te tanımlar başlığı altında çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda çocuk *korunmaya ihtiyacı olan ve suça sürüklenen çocuk* olarak ikiye ayrılarak tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, mağdur çocuk ve fail çocuk kavramlarını daha teknik ifadelerle tanımlamış ve daha yumuşak ifadeler kullanmayı tercih etmiştir.

Çocukların özel korumaya ihtiyacı olan bir grup olduğunu kabul eden kanun koyucu, bu özel statüyü özel normlar düzenleyerek yetişkin uygulamalarından ayırmaya çalışmıştır. Bu kapsamda özellikle ceza muhakemesinde çocuklara özgü soruşturma ve kovuşturmalarda görev alacak yetkili kişilerin (tüm personelin) özel bir eğitime sahip olması gerektiğini, ÇKK m.32'de açık olarak belirtmiştir. Bu düzenlemeye göre mahkemelerde görev alacak hakimler ve Cumhuriyet savcıları ile sosyal çalışma görevlilerine ve denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğünde görevli denetim personeline, adaylık dönemlerinde Adalet Bakanlığı'nca belirlenen esaslara uygun çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitim verilir. Mahkemelere atananların görevleri süresince, alanlarında uzmanlaşmalarını sağlama ve kendilerini geliştirmelerine yönelik hizmet içi eğitim almaları sağlanır. Bu eğitimlere ilişkin düzenlemeler yönetmelikte yer almaktadır.

Bu çalışmada bu ceza muhakemesinde çocuklara ilişkin yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda görev alacak olan kurum ve görevliler hakkında bilgi verilecek olup, uygulamaya ışık tutması amacıyla mukayeseli hukuktaki düzenlemelere de yer geldikçe değinilecektir.

I. ÇOCUK MAHKEMELERİ

A. TARİHİ GELİŞİM SÜRECİ

Çocukluk düşüncesi aslında son dört yüz yıla ait bir kavramdır. Ortaçağda yetişkinlerden ayrı bir çocukluk anlayışı ve kavramı yoktur. Bu dönemde yetişkinlerle aynı ortamı paylaşan ve uğraşlara katılan çocuklar hakkında planlanmış ayrı kurum veya kavramlar gelişmemiştir. Çocukların yetişkinlerden ayrılması Aydınlanma dönemi ile başlamıştır¹. 19. Yüzyılın başlarındaki sanayileşme sürecinin etkisiyle klasik anlamdaki aile

¹ Ozansoy, Cüneyt, "Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları", TBBD, 1991/1, s.46

kavramı parçalanmaya başlamış, bu durum da çocuk suçluluğunun artmasına neden olmuştur. Çocuk kavramının ortaya çıkması, beraberinde suçluluğun da artması, ‘çocukların korunması toplumun korunmasına hizmet eder’ anlayışının gelişmesine hizmet etmiş, bunun sonucu olarak bu duruma özgü yeni kurumların oluşturulması ihtiyacı gündeme gelmiştir.

Zamanla çocuğun içinde bulunduğu gelişim dikkate alınarak, algılama özellikleri ve kendine münhasır yapısı öne çıkarılmış ve cezalandırılması yerine ıslah edilmesi anlayışı gelişmiştir. Bu eğilimler 19. yüzyılın sonu 20. yüzyılın başlarında çocuklara özel mahkemelerin kurulması gerekliliğini doğurmuş ve bu alanda yasama çalışmaları başlatılmıştır. Süreç, Anglo-Sakson ülkelerinde başlamış sonra Kıta Avrupası ülkeleri ve Latin Amerika ülkelerinde devam etmiştir. Bu bakış açısı, çocuk ve gençlerin psikolojisine hakim, cezadan ziyade terbiye tedbirlerine hükmeden, sadece suç işleyen çocuğa değil, korunmaya muhtaç kimselerle de ilgilenen özel yargı mercilerinin kurulması fikrini ortaya çıkarmıştır. Kurulması hedeflenen yargı mercilerinin devamlı olması, çocukların sadece tedbir veya cezaya çarptırılması değil, bundan sonraki aşamalarının da takip edilmesi ihtiyacını karşılaması gerekiyordu. Söz konusu amaçlarla 1878’de ABD *Massachusetts*’de ilk çocuk mahkemeleri kuruldu. Bunu 1899’da *Chicago*, 1901’de *Pensilvanya* takip etti. Zamanla ABD’nin diğer eyaletlerinde de çocuk mahkemeleri kuruldu. İngiltere’de ise çocuk mahkemeleri ilk olarak, 1905 yılında *Birmingham*’da kurulmuştur. Diğer ülkelere baktığımızda tarihsel akış sırasıyla; Portekiz’de 1911’de, Belçika ve Fransa’da 1912’de, Macaristan’da 1913’te, İsviçre’de farklı kantonlarda 1917 ve 1919 yıllarında, İspanya’da 1918’de, Polonya ve Avusturya’da 1919’da, Kolombiya 1920’de, Japonya ve Almanya’da 1923’te, Şili’de 1928’de, Meksika’da 1930’da, Uruguay’da 1934’te, Yunanistan’da 1939’da, Finlandiya’da 1940 yılında, çocuk mahkemeleri kurulmuştur².

Aslında Kanada, İngiltere ve Galler, Fransa, Hollanda, Yeni Zelanda, Avustralya, Belçika, İskoçya, Japonya, İtalya, Finlandiya ve Amerika Birleşik Devletleri’ne baktığımızda, genç ceza yargılaması sistemlerinin birbirinden fazlaca farklı olmadığını, ancak her ülkenin kendi kültürel ve politik özelliklerini yansıtarak bir düzen kurduğunu söyleyebiliriz. *Muncie ve Goldson, Comparative Youth Justice* adlı eserlerinde, çağdaş genç ceza muhakemesi sistemlerinde örnek olarak ABD’nin yaklaşımını esas almış, çağdaş bir sistemde yenilikçi programların, toplumsal hizmet uygulamalarının ve evde tedbir uygulamalarının artırılmasının önemini

² Artuk, Emin “Küçüklerin İşledikleri Suçlar ve Ceza Sorumluluğu”, Hukuk Kurultayı, 2000, Ankara s.221

vurgulamışlardır. Ayrıca ergenlik psikolojisinin de suçların işlenmesinde ve işlendikten sonraki yaptırımlarda dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmişlerdir³.

Türkiye’de Çocuk Mahkemeleri ilk olarak 1987 yılında Ankara, İstanbul, İzmir ve Trabzon’da olmak üzere dört ilde kurulmuştur. Aslında Çocuk Mahkemelerinin kurulmasına ilişkin ilk düzenleme 1979 tarihinde çıkarılan 2253 sayılı “Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun” dur. Bu kanun ile beş yıl içerisinde çocuk mahkemelerinin tüm ülkede yaygınlaştırılması hedeflenmiştir. Ancak alt yapı eksikliklerinin tamamlanması uzun sürmüş ve sekiz yıl sonra dört ilde kurulması mümkün olmuştur⁴. Günümüzde halen yeterli sayıda çocuk mahkemesi kurulamamıştır. Ülke genelinde görev yapan toplam mahkeme sayısı yetmiş dokuzdur⁵.

Çocuk mahkemelerinin oluşumunda üç sistem birbirini takip etmiştir. İlki, yetişkinleri yargılama yetkisine sahip olan hakimin, çocuk mahkemesinde de görev yapmasıdır. Bu sistemde hakim, çocuklara ilişkin işlerde çocuk mahkemelerinin öngördüğü usulü uygular. İkinci sistem, yetişkinleri yargılayan mahkemelerin hakimleri arasından seçilen hakimlerin çocuk mahkemelerine atanması için çocuk işlerinde uzmanlaşmış olmaları şartını arar. Üçüncü sistem ise, uzmanlaşmadan çok meslekten hakimlerin yanında doktor, pedagoğ veya çocuk meselelerine ilgi çeken bir heyetin çocuk mahkemesi olarak atanması esasına dayanır ki çağdaş yaklaşım bu yönde gelişmektedir⁶.

B. MEVCUT DÜZENLEME

Türkiye’de ilk derecedeki çocuk mahkemeleri, Çocuk Mahkemesi ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinden oluşmaktadır. Konuya ilişkin düzenlemeler ÇKK m.25 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk mahkemesi, tek hakimden oluşur. Bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Mahkemelerin

³ Lyton,, Eddie, “Muncie, M., &Goldson, B. (Eds) (2006) . Comparative Youth Justice. Thousand Oaks, CA:SAGE; Youth Violence and Juvenile Justice, volume 7, Number 2, April 2009, p:158-162; s.158 https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/yvja7&div=15&start_page=158&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults erişim tarihi: 29.04.2024

⁴ Çınar, Ali Rıza, Çocuk Ceza Hukuku, Yetkin, Ankara, 2020, s.123

⁵ Çınar, s. 125

⁶ Artuk, s.221

bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcıları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler.

Çocuk Mahkemelerinin hem hukuki hem de cezai görevleri bulunmaktadır. Korunmaya muhtaç çocuklar ile suça sürüklenmiş ancak cezai sorumluluğu olmayan çocuklar için tedbir kararlarını vermek, Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanına giren suçlar bakımından kovuşturma işlemlerini yürütmekle görevlendirilmişlerdir (ÇKK m.26/1).

Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri Çocuk Mahkemelerinin görevine girmeyen işlere ve kanunla belirtilen diğer işlere bakar. Bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak kurulur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır (ÇKK m.25/2).

2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı kanuna kadar, CMK m.250/1 ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçların on beş yaşının üzerindeki suça sürüklenen çocuklar tarafından işlenmesi halinde, bu suçlar hakkında açılan davalar terör mahkemelerinde bakılmaktaydı; 2006 yılında yapılan değişiklik ile bu yetki Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerine devredildi. İlgili tarih ve yasa ile Terörle Mücadele Kanun madde 9 ve CMK m.250'nin kaldırılması ile sorun çözümlenmiş oldu⁷. Bu kapsama giren işler artık Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde görülmektedir. Yetişkinler ile iştirak halinde işlenen suçlarda birleştirme zorunluluğu olduğunda genel yetkili ceza mahkemesinde dosyalar birleştirilir; ancak çocuklara ilişkin özel kurallar uygulanmaya devam eder.

Çocuk Mahkemelerinin görevleri ÇKK m.26'da düzenlenmiştir. Buna göre Çocuk Mahkemesi, asliye ve sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından suça sürüklenen çocuklar hakkında açılan davalara bakar. Artık sulh ceza mahkemeleri bulunmadığından Çocuk Mahkemeleri, ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen işlerle ilgili davalara bakacaktır.

⁷ Bu konu ile ilgili eleştiriler için bkz. **Yenisey, Feridun**, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar, 2007, s.25; (http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli-hukuk-kukta.pdf, erişim tarihi: 19.11.2019) “Kanunun yaptığı bu düzenleme Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. ve 6. Maddeleri ile 40. maddeleri ile çelişmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü ayrımcılık yasağı da gündeme gelebilmektedir. Anayasanın 37. maddesi küçüklere özgü yargılama usulüne ilişkin özel hükümler öngörmüş ve 141. maddesinde de tabii hakim ilkesini kabul edilmiştir. Terörle Mücadele Kanununda yapılan değişikliğin Anayasanın bu ilkeleri ile de çeliştiği söylenebilir”.

Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve kural olarak yetişkinler için ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar (ÇKK m.26/2). Bu kapsamda kanunların ayrıca görevli kaldığı haller saklı kalmak üzere, TCK'da yer alan yağma (m.148), irtikap (m.250/1-2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m.158), hileli iflas (m.161), suçları ile ağırlaştırılmış müebbet, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla çocuk ağır ceza mahkemeleri görevlidir (5235 sayılı Teşkilat Kanunu m.12).

Mahkemeler ve çocuk hakimi, ÇKK ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir (ÇKK m.26/3). Çocuklar hakkında açılan kamu davaları çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlediği hallerde davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu olduğu haller dışında çocuk mahkemelerinde görülür (ÇKK m.26/4). ÇKK Geçici madde 1 fıkra 3'e göre, çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet başsavcılığı ve görevli mahkemelerce bu Kanun hükümlerine göre yapılır. 4. Fıkraya göre, çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları görevli aile veya asliye hukuk mahkemelerince alınır. Yargıtay 3. CD. 23/01/2019 tarihinde vermiş olduğu bir kararında⁸ 5395 sayılı ÇKK'nın geçici 1. maddesinin 3. fıkrasına atıf yaparak "*Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet başsavcılığı ve görevli mahkemelerce bu Kanun hükümlerine göre yapılır*" düzenlemesi ile aynı Kanun'un 25. maddesindeki "... Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz." hükümlerine aykırı olarak Cumhuriyet savcısının katılımı ile duruşma yapılıp mütalaası alınmak suretiyle genel mahkeme sıfatıyla yazılı şekilde karar verilmesinde, isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince" ilgili kararın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay'ın vermiş olduğu benzer nitelikte olan başka kararları da bulunmaktadır. Ancak bu içtihatları CMK m.290 ile birlikte değerlendirmek gerekir. Sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hükmün bozulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez. Sadece Cumhuriyet savcısının katılımı olduğundan bahisle, kararın sanık aleyhine bozulması çocuk bakımından adil bir durum yaratmayacaktır. Ancak duruşmaya katılacak olan savcının çocuk savcısı olması, bu konuda özel bir eğitim almış olması gerekir. Kanaatimizce çoğunluk görüşünün aksine, çocuk mahkemelerinde adil yargılamanın bir gereği olarak Cumhuriyet savcısının bulunması gerekir. Yargılanan çocuğun kendisini

⁸ Yar. 3. CD. Esas no: 2018/12686, Karar No: 2019/799, tarih 23.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> erişim tarihi 06.11.2019)

suçlayan ile ceza veren kişinin aynı kişi olduğunu düşünmesi, onu daha da korkutacak ve algılamakta güçlük duyduğu süreçten daha fazla zarar görmesine yol açacaktır. Bu noktada savcının bulunması, fakat duruşmadaki oturma düzeni içinde hakim yanında yukarıda değil aşağıda müdafinin karşısında yer alması, daha sağlıklı bir duruş sergileyebilir.

Çocuk Koruma Kanunu, mahkemelerin kuruluş görev ve yetkileri altında yaptığı düzenlemede önemli bir konuyu eksik bırakmıştır. Bu eksiklik, daha hakkında hüküm verilmemiş suçluluğu ispatlanmamış şüpheli çocuklar hakkında verilecek olan koruma tedbirlerinin kim tarafından verileceğidir. Bugün uygulamada, soruşturma evresinde uygulanan koruma tedbirleri bakımından yetişkinler ile çocuklar arasında herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. Soruşturma evresinde bir koruma tedbirinin uygulanması ihtiyacı bulunmakta ise, bu kararı savcı sulh ceza hakiminden talep etmektedir. Mümkün olan en kısa süre içerisinde bu alandaki eksikliğin tamamlanması gereklidir. Soruşturma evresinde uygulanacak tutuklama, arama, adli kontrol gibi koruma tedbirlerine çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış hakimler tarafından karar verilmesinin sağlanması şarttır.

Çocuk mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenir (ÇKK m.27/1). Çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır (ÇKK m.27/2). Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine ve değiştirilmesine Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine HSK karar verir (ÇKK m.27/3).

Çocuk mahkemelerine atanacak hakimlere ilişkin düzenleme ÇKK m.28 yapılmıştır. Buna göre mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihen çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet savcıları arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca⁹ atama yapılır (ÇKK m.28/1). Atamalarda istekli olanlar ile daha önce bu görevlerde bulunmuş olanlara öncelik tanınır (ÇKK m.28/2). Herhangi bir nedenle görevine gelemeyen hakim yerine, bu hakim görevine başlayıncaya veya HSK'ca yetkilendirme yapıncaya kadar o yerdeki hakimlerden hangisinin bakacağı, birinci fıkrada aranan nitelikler de gözetilerek adli yargı adalet komisyonu başkanınca belirlenir (ÇKK m.28/3).

ÇKK madde 32'ye göre, mahkemelerde görevlendirilecek hakimler ve Cumhuriyet savcıları ile sosyal çalışma görevlilerine ve denetimli serbestlik ve yardım

⁹ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 208'inci maddesiyle değiştirilmiş ve kurulun yeni adı 'Yüksek' kelimesi çıkartılarak Hakimler ve Savcılar Kurulu olarak değiştirilmiştir.

merkezi şube müdürlüğünde görevli denetim görevlilerine, adaylık dönemlerinde Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslara uygun çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitim verilir. Mahkemelere görevlendirilenlerin, görevleri süresince, alanlarında uzmanlaşmalarını sağlama ve kendilerini geliştirmelerine yönelik hizmet içi eğitim almaları sağlanır. Hizmet öncesi ve hizmet sonrası hizmet içi eğitimin usul ve esasları yönetmelikle belirlenir. Ancak bu özen soruşturma aşamasında uygulanacak koruma tedbirlerine karar verecek sulh ceza hakimleri bakımından aranmamaktadır. Kanundaki bu eksikliğin ivedilikle giderilmesi, çocukların önemle korunmasını gerektiren soruşturma evresi bakımından elzemdir.

Konuya ilişkin çıkarılan Çocuk Koruma Kanunu Yönetmeliği m.36'ya göre, çocuk mahkemelerinde görev yapacak hakim ve savcı adaylarına 01.06.2004 tarih ve 25479 sayılı RG'de yayımlanan Adli Yargı Hakim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hakim Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yaptırılmasının Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelik hükümleri çerçevesinde çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitim verilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca 26.02.2016 tarih ve 29636 sayılı RG de yayımlanan Adli, İdari ve Askeri Yargı Hakim ve Savcılarının Meslek içi eğitimi hakkındaki yönetmelik (m.7/1-ç) kapsamında¹⁰ çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda uzmanlaşmalarını sağlamak ve kendilerini geliştirmelerine yönelik eğitim verilir.

II. CUMHURİYET SAVCILIĞI ÇOCUK BÜROSU

ÇKK m.29 ve devamında Cumhuriyet savcılığı çocuk bürosu ve kolluk çocuk birimi hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, Cumhuriyet Başsavcılıklarında bir çocuk bürosu kurulur. Cumhuriyet Başsavcısınca adli yargıda görevli tercihen çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olanlar arasından yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı görevlendirir (ÇKK m.29). Burada tercihen denilmesi sıkıntılıdır. Zira bu özel eğitimin alınmış olması zorunlu olmalıdır.

Çocuk bürosunun görevleri şunlardır (ÇKK m.30):

- a. suça sürüklenen çocuklar hakkındaki soruşturma işlemlerini yürütmek,
- b. çocuklar hakkında tedbir alınması gereken durumlarda, gecikmeksizin tedbir almak,

¹⁰ m.7/1-ç: Uzmanlık gerektiren bir göreve atanan hâkim ve savcılara atandıkları görevin niteliğine uygun programlar düzenlemek; meslek içi eğitimin temel ilkeleri içerisinde sayılmıştır.

c. koruma ihtiyacı olan suç mağduru veya suça sürüklenen çocuklara yardıma, eğitime, işe, barınmaya ihtiyacı olan veya uyum güçlüğü çekenlere ihtiyaç duydukları destek hizmetlerini sağlamak üzere ilgili kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği içinde çalışmak, bu gibi durumları çocukları korumakla görevli kurum ve kuruluşlara bildirmek,

d. Çocuk Koruma Kanunu ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu görevleri, çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet Savcıları da yerine getirebilir (ÇKK m.30/2). Böyle bir düzenlemenin olması normaldir, zira çocuk bürosunda görev yapacak savcılar bakımından tercihen bu konuda eğitim almış olmak yeterli bulunmuştur. Ancak ivedi durumlarda, adli görüşme odalarında uzman personel tarafından ifade alma işleminin savcının istemi ile yapılması çok daha sağlıklı olacaktır. Burada tek gereklilik ilgili yerde alt yapının olması ve odanın ve uzmanın hazır bulunmasıdır.

ÇKK m.25/1'e göre çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Yargıtay da 16.5.2018 tarihinde vermiş olduğu bir kararında¹¹ bu hususu belirtmiş "Cumhuriyet savcısının katılımı ile duruşma yapılarak yazılı şekilde karar verilmesini" bozma nedeni olarak kabul etmiştir. Bu düzenlemeye katılmadığımızı yukarıda belirtmiştik. Biz pedagojik esaslara uygun olarak duruşmada bu konuda özel eğitilmiş savcılarının bulunması gerektiğini düşünmekteyiz. Böylelikle çocuğun gözünde kendisi hakkında karar verecek olan makamın objektif ve tarafsız ayrı bir makam olduğu düşüncesi doğacaktır; uygun bir usul takip edildiğinde de çocuğun süreçten ayrı bir zarar görmeden yargılamasının yapılması sağlanacaktır.

III. KOLLUĞUN ÇOCUK BİRİMİ

Çocuk Koruma Kanunu madde 31'de kolluğun çocuk birimi yasal olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, çocuklarla ilgili kolluk görevi öncelikle kolluğun (Emniyet Teşkilatının) çocuk birimleri tarafından yerine getirilir¹² (ÇKK m.31/1). Emniyet Teşkilatına gelen veya getirilen çocuklar en kısa zaman içinde çocuk

¹¹Yar. 2. CD, E.2016/18789, K.2018/6300, tarih 16.5.2018

¹² Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği (EGMÇŞMY) madde 23'e göre; çocuk biriminde çalışacak personelde, Emniyet Genel Müdürlüğü Hizmet İçi Eğitim Yönetmeliğinde belirtilen şartlara sahip olmak, gönüllü olmak, etkili ve güzel konuşmak, güvenilir olmak, ekip içinde çalışma yeteneğine sahip olmak, ikna, iletişim, karar verme yeteneğine sahip olmak, bilgisayar yazılım programları kullanımına sahip olmak, öğrenme ve öğretme yeteneğine sahip olmak özellikleri aranır. Belirtilen niteliklere haiz olanlar arasından seçilen personel, hizmet içi temel eğitime alınır. Hizmet içi temel eğitimini başarı ile tamamlayanlar, çocuk polisi branşında istihdam edilebilirler.

birimine teslim edilir. Adli ve idari tüm işlemler bu birim tarafından yerine getirilir¹³. Çocuk biriminde yeteri kadar çocuk polis hizmet içi eğitimi görmüş, tercihen istekli, sivil istihkak alan, bayan ve erkek çocuk polis, oryantasyon eğitimine tabi tutulmuş sosyal çalışmacı ve çocukların barınma, beslenme, temizlik ihtiyaçlarının giderilmesi için teknisyen yardımcısı istihdam edilir (EGMÇŞMY m.24/1). İlgili personel, Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde gösterilen, merkezde atamaya yetkili amirin oluru alınmadan Çocuk Polisi branşı dışında başka bir görev ve hizmette çalıştırılmaz (EGMÇŞMY m.25).

Çocukların yetişkinlerle birlikte (iştirak halinde) suç işlemesi hallerinde diğer birimlerle bağlantı kurulur (EGMÇŞMY m.19)¹⁴.

¹³ 13.04.2001 tarihli Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği **Adli İşlemler Büro/Kısım Amirliği Madde 16-** Adli işlemler büro / kısım amirliği, suç işlediği şüphesi altında bulunan çocuklar hakkında;

- a) EK-1 ve EK-2 deki formları doldurmak ve kimlik tespiti yapmak,
- b) Suç tespiti yapmak, suçun iz, eser, emare ve delillerinin ilgili teknik birim tarafından toplanmasını sağlamak, olayla ilgili olarak derhal Cumhuriyet Savcısına bilgi vermek,
- c) Suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe nedeniyle yakalanan çocuğa kanuni haklarını anlatmak ve ayrıca çocuğun istediği yakınına bildirmek, çocuğun ailesi tarafından müdafî tayin edilmemesi halinde baroya haber vermek ve müdafî tayin edilmesini sağlamak,
- d) Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltında tutulması istenen çocuğun barınma, beslenme, haberleşme, temizlik gibi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak, gerektiğinde sağlık tedavilerini yaptırtmak,
- e) Suç soruşturmasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 01/10/1998 tarihli ve 23480 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği ve diğer ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen talimatlar doğrultusunda yapılması gereken işlemleri yerine getirmek,
- f) Çocukla yapılacak ilk görüşmenin sosyal çalışmacı tarafından gerçekleştirilmesini sağlamak,
- g) Kullanılan dili anlamayan ve/veya konuşamayan çocuğu tercüman yardımından yararlandırmak,
- h) Irza geçme, ırza tasaddî gibi suçlarda hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısının yazılı izni ile, evlenme vaadi ile kızlık bozma suçunda da Cumhuriyet Savcısının yazılı izni ile tıbbi muayene yapılması için çocuğu sağlık kuruluşuna sevk etmek,
- ı) Çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesini sağlamak,
- i) Suç işlediği şüphesi altında bulunan çocuk ve suç işlemeyi alışkanlık haline getiren çocuk hakkında suçun neveleri ve sebeplerini içeren dosya hazırlamak,
- j) Suçtan zarar gören kimsenin şikayetine bağlı olan; müessir fiil, adi tehdit, mesken masuniyetini ihlal, söz atmak, kadınlara ait yerlere girmek, evlenmek vaadi ile kızlık bozmak, hakaret, sövme, başkasının hayvanını sebepsiz öldürme gibi takibi şikayete bağlı suçların çocuklar aleyhine işlenmesi durumunda mağdur olan çocuğun veya velisinin veya vasisinin şikayetini beklemeksizin hazırlık soruşturması başlatmak,
- k) Kanunen bir seneden fazla hapis cezası veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir cürüm işlediği iddia edilen, ancak kanunen kendisi hakkında suç soruşturması yapılamayacak olan on bir yaşını doldurmamış çocuklar ile on beş yaşını bitirmemiş sağır ve dilsizler hakkında mahkeme tarafından tedbir kararı alınmasına esas olmak üzere sadece kimlik ve suç tespiti yaparak Cumhuriyet savcılığına bildirmek,
- l) Sorumluluklarını yerine getirmeyen ve velayet hakkını kötüye kullanan ana-baba, vasi veya çocuktan hukuken sorumlu olan diğer kişiler hakkında Cumhuriyet Savcılığına bilgi vermek, ile görevlidir.

¹⁴ **Centel Nur/ Zafer Hamide/ Çakmut Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 12.bası, Beta 2023, s.418

Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği madde 7’de kolluğun çocuk biriminin görevleri sayılmıştır. Buna göre, çocuk polisi hizmetlerinin yürütülmesinde çocuk birimi;

a. Korunmaya ve yardıma muhtaç, mağdur, kaybolan ve bulunan çocuklarla ilgili işlemleri yürütmek,

b. Suç işlediği şüphesi altında bulunan çocukla ilgili olarak ilgili Cumhuriyet Savcısının emirleri doğrultusunda suçun iz, eser, emare ve delillerini toplamak, ilk işlemleri yapmak ve olayın gelişimine göre diğer birimlerle koordineli çalışmak,

c. Ailesine veya İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne teslim edilmesi gereken hakkında ıslah ve/veya tedavi tedbiri alınan veya gözaltında tutulan çocuğun ailesine ilgili kuruma veya adli mercilere teslimine kadar muhafaza etmek, barınma, beslenme, haberleşme, temizlik gibi zorunlu ihtiyaçlarını karşılama, gerektiğinde sağlık tedavilerini yaptırmak,

d. Çocuğa karşı ve çocuk tarafından suç işlenmesini önleyici çalışmalar yürütmek,

e. Suç işlenmiş veya suça yönelmiş çocuklar ile korunmaya muhtaç çocukları suça iten etkenlerin tespiti için sosyal çalışmacı tarafından araştırma yapılmasını sağlamak,

f. Çocuk bakım ünitesi kurulmasını önermek ve işletilmesini sağlamak,

g. Nakil giderleri ile muhafaza altındaki veya gözaltındaki çocuğun zorunlu ihtiyaçlarının bütçe ödeneklerinden karşılanmasını teklif etmek,

h. Nezarethanelerin standartlara uygunluğunu sağlamak,

i. Bu yönetmelik ve 01/10/1998 tarihli ve 23480 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine ekli formların her çocuk için doldurulmasını sağlamak,

j. Çocuk İstatistik Formunun aylık ve yıllık olarak düzenlenmesini sağlayarak Daire Başkanlığına göndermek ile görevlidir.

Kolluğun çocuk birimi, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başladığında durumu çocuğun veli veya vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kimseye, baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna, çocuk resmi bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine bildirir. Ancak, çocuğu suça

azmettirdiğinden veya istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlarına bilgi verilmez (ÇKK m.31/2).

Çocuk kollukta bulunduğu sırada yanında yakınlarından birinin bulunmasına imkan sağlanır (ÇKK m.31/3).

Kolluğun çocuk birimlerindeki personeline kendi kurumları tarafından çocuk hukuku, çocuk suçluluğunun önlenmesi, çocuk gelişimi ve psikolojisi, sosyal hizmet gibi konularda eğitim verilir (ÇKK m.31/4).

Çocuğun korunma ihtiyacı içinde bulunduğu bildirimi ya da tespiti veya hakkında acil korunma kararı almak için beklemenin çocuğun yararına aykırı olacağını gösteren nedenlerin varlığı halinde, kolluğun çocuk birimi durumun gerektirdiği önlemleri almakla yükümlüdür. Bu suretle kolluk çocuğun güvenliğini sağlar ve mümkün olan en kısa sürede çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna teslim eder (ÇKK m.31/5).

ÇKK ve ilgili mevzuat kolluğun çocuk birimi ve görevleri ile ilgili tüm bu düzenlemeleri yapmasına karşın ÇKK m.31/1’de çocukla ilgili kolluk görevinin öncelikle kolluğun çocuk birimleri tarafından yapılacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere sıkışık durumlarda genel kolluk da bu görevi yerine getirebilecektir¹⁵. Bu gibi ihtiyaçların gündeme gelmemesi için, kolluk çocuk birimlerinin en kısa zamanda güçlendirilmesi ve insan kaynaklarının arttırılması şarttır.

IV. SOSYAL İNCELEME RAPORU VE SOSYAL ÇALIŞMA GÖREVLİLERİ

Türkiye’nin de taraf olduğu ve iç hukuk normu niteliği kazanan (An. m.90/son ile) çocuğun yaşama, korunma, gelişim ve katılım haklarına dikkat çeken BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bununla tanınan hakların korunması için yargı mercileri önünde usule ilişkin haklar tanıyan Avrupa Konseyi BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmeleri, tüm çocuklar bakımından sosyal adaleti sağlamayı hedeflemektedir. Suça sürüklenen çocuklar açısından Sözleşmenin bu hedefi gerçekleştirmesinde sosyal inceleme raporlarının ve sosyal çalışma görevlilerinin rolü önemlidir¹⁶.

Sosyal inceleme raporları, çocukların suça yönelme sebepleri ile ihtiyaç duydukları müdahalenin içerildiği sosyo-legal belgelerdir. Bu raporlarda suça sürüklenen

¹⁵ Öztürk Bahri (Editör): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.844.

¹⁶ (<https://www.hukukmedeniyeti.org/haber/14517/cocuk-yargilamasinda-sosyal-inceleme-raporunun-one/> erişim tarihi: 07.10.2019).

çocukların içinde bulunduğu koşullar ve toplumla bütünleşmesi açısından çocuğun neye ihtiyacı olduğu ortaya konulur¹⁷. Çocuk suçluluğunu analiz ederken ve müdahalede bulunurken çocuğun ve çevresinin ihtiyacı doğrultusunda gerekli tüm sistemlerin değerlendirilmesi ve sürece dahil edilmesi zorunludur. Çünkü çocukların suça sürüklenme nedenlerini ele almak; hem bu nedenleri ortaya koymak hem de çocuğun toplumla bütünleşmesi için gerekli adımların atılması bakımından önem arz etmektedir¹⁸.

Sosyal inceleme raporları uygulamamıza 07/11/1979 tarih ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 20. maddesi ile girmiştir¹⁹. Daha sonra 5395 sayılı ÇKK m.3/e’de sosyal çalışma görevlisi kavramı yeniden tanımlanmıştır, m.33 ve devamında sosyal inceleme başlığı altındaki üçüncü bölümde sosyal çalışma görevlileri, sosyal inceleme görevlilerinin görevleri ve sosyal inceleme düzenlenmiştir.

Bu kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırma yükümlülükleri bulunmaktadır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur (ÇKK m.35/1). Ancak mahkeme sosyal inceleme raporu ile bağlı değildir²⁰. Derhal tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir (ÇKK m.35/2). Mahkeme veya çocuk hakimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması halinde gerekçesi kararda gösterilmelidir (ÇKK m.35/3).

¹⁷ Uluğtekin S. Sevda /Acar Y. Baykara/ Öntaş Özlem Cankurtaran, “Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal İnceleme Raporları (SİR) ve Gözetim Raporlarının Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 53, 2004, s.35.

¹⁸ (<https://www.hukukmedeniyeti.org/haber/14517/cocuk-yargilamasinda-sosyal-inceleme-raporunun-one-erisim-tarihi:07.10.2019>).

¹⁹ **Ceza veya tedbir uygulanmasından önce yapılacak inceleme:**

Madde 20: (Değişik 6/11/1981-2552/8 m.)

Bu Kanunda gösterilen ceza ve tedbirlerin uygulanmasından önce küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumu mütehassis kimselere tespit ettirilir.

Ceza ve tedbirin uygulanmasından önce gerekirse küçüğün aile, terbiye, okul durumu, gidişatı, içince yetiştiği ve bulunduğu şartlar veya bunlar gibi gerekli görülen sair hususlar çocuk mahkemeleri nezdinde görevlendirilmiş olan sosyal hizmet uzmanları veya yardımcıları veya pedagog veya psikolog veya psikiyatr gibi uzmanlar marifetiyle araştırılır. Çocuk mahkemelerinde görevlendirilmiş olan bu personelin iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında bir engel bulunması ya da atama yapılmamış olması hallerinde çocuk mahkemeleri bu araştırmanın yapılması için resmi veya özel kurum ve kuruluşlarda çalışan bu tür uzmanları, bunların da bulunmaması halinde bu araştırmayı yapabilecek nitelikte olan kimseleri görevlendirir.

Yukarıdaki fıkralar gereğince yapılan araştırma ve inceleme sonucu gerekirse küçüğün bir müşahede merkezinde müşahede altına alınmasına karar verilebilir.

²⁰ **Yenisey Feridun**, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar, 2007, s.30; (http://cocukhak-lari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeselihukukta.pdf, erişim tarihi: 19.11.2019)

2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'dan farklı olarak ÇKK'nın bu kapsama giren tüm çocuklar bakımından sosyal inceleme raporu hazırlanmasını zorunlu hale getirmesi yerinde olmuştur. Önceki düzenlemede bu rapor takdire bağlı olarak alındığından her çocuğun bu haktan faydalanması mümkün olmuyordu. Bu raporlar çocuğa ihtiyaç duyduğu müdahalenin sağlanmasında dikkate alınmakta ve çocuk mahkemesi ile toplumdaki diğer sistemler ile çocuk arasında köprü oluşturmaktadır²¹. ÇKKY m.20/2'de "fiili işlediği sırada on iki yaşını bitirmiş on beş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile on beş yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından sosyal inceleme yaptırılması zorunludur." Bu raporun hazırlanması amacıyla sosyal inceleme çalışanı adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk halinde uzman hekimden görüş alır (ÇKKY m.20/4). Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.03.2019 tarihinde vermiş olduğu kararında²² "Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunan sanığın işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdir yetkisinin hakime ait olması ve hakim bu takdir yetkisini kullanırken sanık hakkında sosyal inceleme raporu düzenlettirmesinde zorunluluk bulunması karşısında, Yerel Mahkemece, 12-15 yaş grubunda bulunan sanık hakkında sosyal inceleme raporu düzenlettirilmeksizin mahkumiyet hükümleri kurulmasının hukuka kesin aykırılık niteliğinde ve başlı başına bozma nedeni olduğunun, bu bağlamda başka bir bozma nedeni bulunması dahi bu sebebin tek başına bozma nedeni yapılacağına kabulü gerekmektedir"; demek suretiyle bu konuda son noktayı koymuştur. İlgili kararda hakim sosyal inceleme raporu hazırlatmaksızın, Denizli Adli Tıp Şube Müdürlüğüne düzenlenen ve sanığın bedensel, zihinsel ve ruhsal gelişiminin doğal olduğu ve bu nedenle işlediği iddia edilen yapmaya teşebbüs, tehdit ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olduğu ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğunun belirten raporu esas almasını yetersiz bulmuş, hukuka kesin aykırılık bulunduğu gerekçesiyle kararın bozulması gerektiğinin altını çizmiştir. Yine 23.03.2022 tarihinde Yargıtay 2. Dairesi²³,

²¹Uluğtekin S. Sevda /Acar Y. Baykara/ Öntaş Özlem Cankurtaran, s.39.

²²Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/652, K. 2019/265, karar tarihi 26.03.2019, Sinerji mevzuat ve İçtihat programı.

²³Yar. 2.CD, E.2021/15079, K.2022/5721, T.25.03.2022; "Suç tarihi itibarıyla 12-15 yaş grubunda olan suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 31/2. maddesi uyarınca 28/07/2014 tarihinde işlediği hırsızlık suçuyla ilgili fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hususunun tespiti amacıyla gönderildiği Osmaniye Devlet Hastanesinde yapılan muayenesi sonucu ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı hekim tarafından verilen 01/08/2014 tarihli raporun içeriğinde, "davranım bozukluğu tanısı olduğu, fiili algılama ve davranışlarının yönlendirme yeteneğinin geliştiği davranım bozukluğu tanısı olan hastanın tedavisi ve takibinin gerektiğinin" bildirildiği, suça sürüklenen çocuğun ehliyeti var kabul edilerek mahkumiyet hükmü

suça sürüklenen çocuk hakkında varsa olay tarihine yakın yapılmış herhangi bir psikiyatrik muayene ya da sosyolog/psikolog görüşme evrakına ilişkin belgelerin ve yine sosyal inceleme raporunun da temin edilerek bu evraklarla birlikte suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde hırsızlık fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı hususunun Adli Tıp Kurumu Başkanlığı ilgili ihtisas kurulundan alınacak raporla tespit edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulmasını bozma gerekçesi olarak kabul etmiştir.

Sosyal inceleme raporlarında bulunması gereken hususlar yine Yönetmeliğin 21. maddesinde²⁴ açıklanmıştır.

kurulduğu ve hükmün temyizi üzerine, Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 09.04.2019 tarih, 2019/3598 esas sayılı ilamı ile” suça sürüklenen çocuk hakkında işlediği hırsızlık eyleminin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğine ilişkin adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk bulunması halinde uzman hekimden rapor alınması gerektiği gözetilmeden, hangi tarihli hangi suçlar yönünden değerlendirme yapıldığı belli olmayan Osmaniye Devlet Hastanesi’nden alınmış 01.08.2014 tarihli yetersiz raporla yetinilerek yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesi,” sebebi ile hükmün bozulduğu, bozma sonrası suça sürüklenen çocuğun Adli Tıp Şube müdürlüğünden tekrar rapor aldırıldığını, Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 09.12.2019 tarihli raporunda, "suçun 5 yıl öncesinde işlendiği, olay tarihinde 14 yaşında olan suça sürüklenen çocuğun kognitif gelişimini tamamlamış çocukluk döneminde bulunma ihtimalinin tubben yüksek olduğu, hırsızlık suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hususunda kanaat bildirilmeyeceği" şeklinde belirtilmesi karşısında, suça sürüklenen çocuk hakkında varsa olay tarihine yakın yapılmış herhangi bir psikiyatrik muayene ya da sosyolog/psikolog görüşme evrakına ilişkin belgelerin ve yine sosyal inceleme raporunun da temin edilerek bu evraklarla birlikte suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde hırsızlık fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı hususunun Adli Tıp Kurumu Başkanlığı ilgili ihtisas kurulundan alınacak raporla tespit edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,”nı bozma nedeni olarak kabul etmiştir. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2cd-2021-15079.htm> erişim tarihi: 11.10.2022).

²⁴Buna göre, **ÇKKY m.21-**

(1) Sosyal inceleme raporlarında yapılan incelemenin özelliğine ve verilen görevin niteliğine göre aşağıdaki hususların tamamına veya bir kısmına yer verilir:

Hakkında inceleme yapılması talep edilen çocuğun;

Doğumundan başlayarak geçirdiği gelişim aşamaları,

Fiziksel, zihinsel, duygusal, sosyal ve moral gelişim özellikleri,

Ailesinin toplumsal, ekonomik, kültürel durumu,

Aile bireyleri arasındaki ilişki

Okul ve iş ortamı ile boş zamanlarını değerlendirdiği çevre,

İçinde bulunduğu hukuki durum ve adli mercilerin müdahalelerini gerektiren olaylar,

İnceleme sırasında uzmanlar tarafından tespit edilen davranışları,

Suçluluklarına ve topluma uyumsuzluklarına ve korunmaya muhtaç olmalarına neden olan etkenler hakkında bilgiler,

Çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden incelenmesi sırasında elde edilen ve olayın açıklanması bakımından önemli görülen bilgiler

Çocuk hakkında Kanunun 5. maddesinde gösterilen tedbirlerden hangisinin yararlı olacağına, tedbirin yanında denetim altına alınmasına gerek olup olmadığına dair öneriler,

Çocuk hakkındaki tedbir ve denetim kararlarının ne kadar süre ile uygulanması gerektiğine ilişkin öneriler, Çocuklar ve ailelerine uygulanabilecek özel tretman veya psikiyatrik tedavi hususunda öneriler.

Uluğtekin tarafından 1993 tarihinde sosyal inceleme raporlarının çocuk adalet sistemi içindeki işlevine ilişkin yapılan araştırmada 1988-1992 yılları arasında İstanbul 1. Çocuk Mahkemesi'nde hazırlanan 156 sosyal inceleme raporu ve 114 mahkeme kararı değerlendirilmiş ve sosyal inceleme raporları ile mahkeme kararları arasındaki ilişkiye bakılmıştır. “*Ortaya konulan bulgulara göre sosyal inceleme raporlarının hazırlanmasında hayati öneme sahip ev ziyaretlerinin genellikle gerçekleşmemiş olduğu ve bilgilerin çoğunlukla çocuk ile yapılan görüşmelerden elde edilmiş olduğu belirlenmiştir. SİR’lerde en ayrıntılı ele alınan bölüm aile ve çevreyle ilgili bilgilerdir. Ancak ailenin sosyal ve ekonomik özellikleri ile aile çocuk ilişkileri daha fazla yer alan bilgiler iken, çevreyle ve çocukla ilgili toplumdaki diğer sistemlere ilişkin bilgilerin çok zayıf kaldığı, hatta hiç yer almadığı görülmüştür. SİR’lerde suçun ortaya çıkışı hakkında bilgiler verilirken, çocuğun nasıl bir müdahaleye ihtiyacı olduğu konusundaki bilgiler çok eksiktir. Araştırmada çocukla ilgili kararların ancak %28’inde SİR vurgulanmıştır. Hakimin isteği üzerine hazırlanan SİR’lerde mahkeme kararlarından söz edilmemesi düşündürücüdür. SİR’lerin %82’sinde müdahale planı veya müdahale niteliği taşıyan herhangi bir uygulamadan söz edilmemektedir.*”²⁵

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, ilgili döneme ilişkin yapılan araştırma sonuçlarına göre SİR’lerin işlevini istenildiği anlamda yerine getirmediğini; çocuğun gereksinin duyduğu müdahale ve hizmetin alınmasına hizmet edemediğini üzümlere ifade edebiliriz. Oysa ki, alan uzmanları tarafından hazırlanacak bu raporların çocuğa yakalama anından itibaren destek olmak, çocuğun özel durumu ve kişilik özellikleri hakkında değerlendirme yapıp suça sürüklenmiş olan çocuğu denetlemek ve desteklemek ve çocuğun üstün yararlarını koruma amacına hizmet etmesi gerekir²⁶.

Sosyal çalışma görevlileri ise, bu raporların hazırlanması görev alacak kişilerdir. ÇKK m.3/e’de “psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik, aile ve tüketici bilimleri ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensupları” olarak tanımlanmışlardır²⁷. Adalet Bakanlığınca mahkemelere, en az lisans öğrenimi görmüş olanlar arasından yeterli sayıda sosyal

(2) Raporla çocuğun işlediği fiille ilgili olarak hukuki anlam ve sonuçları kavrayabilme ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı hakkında sonuç değerlendirilmesinde bulunulmaz.

(3) Sosyal inceleme raporu, suça sürüklenmiş çocuğun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.

²⁵Uluğtekin, S. Sevda /Acar, Y. Baykara/ Öntaş, Özlem Cankurtaran, s.41.

²⁶Benzer görüş için bkz. Dinç, Aybike, “Türkiye’de Çocuk Mahkemelerinin Çocuk Adalet Sistemindeki Yeri”, Toplum ve Kültür Araştırmaları Dergisi, sayı: 5, 2020, s.73.

²⁷Yönetmeliğin tanımlar başlığı altında ise, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensupları olarak tanımlanmışlardır (ÇKKY m.3/1-f).

çalışma görevlisi atanır. Atamada; çocuk ve aile sorunları ile çocuk hukuku ve çocuk suçluluğunun önlenmesi alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olanlar tercih edilir (ÇKK m.33/1)²⁸.

Bu görevlilerin bulunmaması, görevin bunlar tarafından yapılmasında fiilî veya hukukî bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması gibi durumlarda, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar ile serbest meslek icra eden birinci fıkrada öngörülen nitelikleri haiz kimseler de sosyal çalışma görevlisi olarak görevlendirilebilirler (ÇKK m.33/3).

Hakkında sosyal inceleme yapılacak çocuğun, incelemeye tâbi tutulacak çevresi mahkemenin yetki alanı dışında ise, davayı gören mahkemenin talimatına bağlı olarak çocuğun bulunduğu yerdeki mahkemece inceleme yaptırılır. Büyükşehir belediye sınırları içinde kalan yerlerde bu inceleme, davayı gören mahkemeye bağlı olarak çalışan sosyal çalışma görevlilerince yapılabilir (ÇKK m.33/4).

Sosyal çalışma görevlilerinin görevleri şunlardır (ÇKK m.34/1):

- a. Görevlendirildikleri çocuk hakkında derhal sosyal inceleme yapmak, hazırladıkları raporları kendilerini görevlendiren mercilere sunmak,
- b. Suça sürüklenen çocuğun ifadesinin alınması veya sorgusu sırasında yanında bulunmak,
- c. Çocuk Koruma Kanunu kapsamında mahkemeler ve çocuk hakimleri tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmektir.

İlgililer sosyal çalışma görevlilerinin çalışmaları sırasında kendilerine yardımcı olma ve çocuk hakkında istenen bilgileri vermek zorundadır (ÇKK m.34/2). Sosyal çalışma görevlilerinin görevleri sırasında yaptıkları ve hakim tarafından takdir edilen masrafları Cumhuriyet Başsavcılığının suçüstü ödeneğinden ödenir (ÇKK m.34/3).

Suçta sürüklenen çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığının takdiri bakımından her somut olayda ayrı ayrı araştırma yapılmalıdır. Hakim bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneğinin olup olmadığını her somut olaya özel olarak değerlendirmelidir. Nitekim Yargıtay da bu hususun altını önemle çizmektedir. Yargıtay 1. CD. 14.10.2009 tarih ve 2008/4473, 2009/5953 sayılı kararında “*Suç tarihinde 12-15*

²⁸2019 Yargı Reform Tasarısında bu fıkra hükmünün şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir: “Adalet Bakanlığınca en az lisans öğrenimi görmüş olanlar arasından yeterli sayıda sosyal çalışma görevlisi mahkemelere görevlendirilmek üzere adliyelere atanır. Atamada; çocuk ve aile sorunları ile çocuk hukuku ve çocuk suçluluğunun önlenmesi alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olanlar tercih edilir.”

yaş grubunda olan sanık hakkında adam öldürme suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hususunda rapor aldirılmadan, sopa ile yaralama fiilini algılama yeteneğine ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olduğu kanaatini bildirir rapor ile yetinilerek eksik soruşturma ile karar verilmesinin bozmayı gerektirdiği...” sonucuna varmıştır²⁹. Benzer yönde Yargıtay 14. CD, 09.03.2017 tarihli kararında³⁰ “5237 sayılı TCK m.31/2. maddesine göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde cezai sorumluluklarının bulunduğu, bu kapsamda suça sürüklenen çocuk ... hakkında Hatay Adli Tıp Müdürlüğünden alınan 08.03.2010 tarihli rapor içeriği incelendiğinde, çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden görüş bulunmasına karşın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden herhangi bir görüş bildirilmediği anlaşılmakta, suça sürüklenen çocuk hakkında bu suç yönünden de rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi ve ÇKKY'nin 21. maddesinde sosyal inceleme raporunun nasıl olacağına ayrıntılı olarak belirlendiği, suç tarihinde 13 yıl 9 aylık olan suça sürüklenen çocukla ilgili sosyal hizmet uzmanı tarafından 08.03.2010 tarihinde düzenlenen görüşme raporu ise anılan maddede sayılan hususları taşımaması nedeniyle usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir sosyal inceleme raporu olarak kabul edilemeyeceğinden, suça sürüklenen çocuk hakkında ayrıntılı bir sosyal inceleme raporu alındıktan sonra neticesine göre hukuki durumun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ve yazılı şekilde uygulama yapılması” bozmayı gerektirmiştir.

Sosyal inceleme raporunun birer örneğini çocuğun avukatı veya yasal temsilcisi Cumhuriyet savcısından, mahkemeden veya çocuk hakiminden alabilir. Çocuğa raporun içeriği hakkında bilgi verilir. Ancak söz konusu bilgi ve belgeler gizli tutulur, amacı dışında kullanılamaz (ÇKKY m.22/1). Çocuk ve avukatı hariç, yasal temsilcisinin sosyal inceleme raporu hakkında bilgi sahibi olmasının çocuğun yararına aykırı olduğuna kanaat getirilirse, raporun incelenmesi kısmen veya tamamen yasaklanabilir. Ancak sosyal inceleme raporlarından çocuğun bilgi sahibi olması halinde çocuğun psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği kanaatine varıldığı takdirde, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi temel ilkesi nazara alınarak çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyebilecek bilgileri içeren bilgi ve belgeler çocuğa verilmeyebilir (ÇKKY m.22/2). Tedbir kararlarını yerine getirmekle görevli kişi, kurum veya kuruluşlarca, bu tedbir kararlarının yerine getirilmesinde hazırlanacak uygulama planına veya çocuk hakkında

²⁹(<https://www.hukukmedeniyeti.org/haber/14517/cocuk-yargilamasinda-sosyal-inceleme-raporunun-one/erişim tarihi: 07.10.2019>).

³⁰Yar. 14. CD. 09.03.2017 tarih, E. 2017/5, K. 2017/1252.

denetim altına alma kararı verilmiş ise denetim planı, denetim raporu ve değerlendirme raporlarına esas olmak üzere sosyal inceleme raporundan yararlanılabilir (ÇKKY m.22/3).

Sonuç itibariyle, sosyal inceleme raporlarının çocuğun geçmişini, suça sürüklenme nedenini ve çocuğun gelecekte sahip olacağı kişiliği tasvir eden belgeler olduğunu; bu raporlar hazırlanmadan veya dikkatle değerlendirilmeden verilecek olan ceza veya güvenlik tedbirlerinin çocuğa ve topluma bir faydasının olamayacağını ifade edebiliriz³¹.

V. MÜDAFİ

Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından bir tanesi savunma hakkının korunmasıdır. Savunma, hem sanık hem de Devlet bakımından önemli bir gerekliliktir. Zira savunma hakkının korunduğu bir yargılama, hem sanık haklarını korur ve adil bir yargılanma yapılmasını sağlar hem de verilecek kararın doğru olmasını sağlar ve adaletin layıkıyla yerine getirilmesine hizmet eder³².

Savunma teorik olarak dar anlamda savunma ve geniş anlamda savunma olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda savunma, suç işlediği iddia edilen kişinin yetkili merci önünde bu tezi çürütmek amacıyla kendi görüşlerini ileri sürmesidir. Örneğin şüpheli veya sanığın üzerine atılı suçu işlemediğini ileri sürmesi, fiilin hukuka aykırı olmadığını ileri sürmesi, bazı kanuni nedenlerle (şahsi cezasızlık nedenleri gibi) cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmesi veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini ileri sürmesi gibi. Geniş anlamda savunma ise, suç işlediği iddia edilen kişinin kendini korumak için yasal yollara başvurması veya yasal imkanlardan faydalanmasıdır. Örneğin soru sorma, itirazda bulunma, meramını anlatma, işlemlerde hazır bulunma, dilekçe verme gibi. Kanundaki pek çok düzenleme şüpheli veya sanığın geniş anlamda savunması ile ilgilidir. Şüpheli veya sanığın bütün hakları geniş anlamda savunma hakkı kavramı içerisindedir³³.

Savunma, maddi savunma ve hukuki savunma olarak da ikiye ayrılır. Maddi (fili) savunma, esasa ilişkin savunmadır. Diğer bir ifade ile, bir fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. Bu çeşit savunmayı şüpheli veya sanık da yapabilir. Buna karşılık fiilin hukuk kuralları karşısındaki durumunda ilişkin savunma ise hukuki savunmadır. Şüpheli veya sanığın kendisini savunmasına bireysel savunma, müdafî aracılığıyla savunulmasına kolektif savuma adı verilir³⁴.

³¹Dinç, s.75

³²Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası Ankara 2019, s.187.

³³Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. bası, Beta 2022 s.171.

³⁴Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.171; Yurtcan Erdener, s.228.

Müdafi toplumsal müdafi makamı olup, hukuk kurallarını bilen ve şüpheli veya sanığa ceza muhakemesinde yetkili merciler önünde hukuki yardım sunan ve yasal haklarını koruyan avukattır³⁵. CMK m.2/1-c’de de müdafi “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat*” olarak tanımlanmıştır.

Müdafinin ceza muhakemesinde çeşitli yetkileri vardır. Bunlardan bazıları; dosyayı inceleme yetkisi, işlemlerin bildirilmesini isteme yetkisi, müvekkil ile ilgili işlemlerde hazır bulunma yetkisi, her aşamada şüpheli veya sanıkla görüşme yetkisi, tanığa, bilirkişiye, duruşmaya katılan diğer kişilere soru sorma yetkisi, kanun yollarına başvurma yetkisidir. Özellikle kanun yollarına başvurma ve başvurmadan vazgeçme konusunda müdafinin temsil yetkisi kullanılmaktadır ve atanan müdafi söz konusu ise müdafiinin iradesi sanığın iradesinden üstün tutulmuştur (CMK m.266/3).

On sekiz yaşının altındaki çocuklara istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir (CMK m.150/2). Kanun koyucu çocuklar hakkında zorunlu müdafilik kurumunu benimsemiştir. Müdafi şüpheli veya sanık ile vekaletname aranmaksızın başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir ve bu kişilerin müdafi ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz (CMK m.154).

Müdafiin yargılamanın devamı süresince tüm aşamalarda yer alması zorunludur. Yargıtay³⁶, terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan verilen ve açıklanması geri bırakılan hükmün, denetim süresi içerisinde işlediği kasıtlı suç nedeni ile açıklanması amacıyla verilen duruşma gününden usulüne uygun olarak haberdar edilmeyen suçta sürüklenen çocuk ve zorunlu müdafiin yokluğunda yargılamaya devamla, suç tarihinde 18 yaşından küçük olduğu ve hakkında kesinleşmiş hapis cezasından mahkumiyet kaydı bulunmadığı halde belirlenen sonuç cezanın 5237 Sayılı TCK'nın 50/3 maddesi delaleti ile 50/1 maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinde zorunluluk bulunduğunun gözetilmemesi hukuka aykırı olduğundan talebin kabulüne karar verilmiştir.

Müdafi soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir (CMK m.153/1). Müdafinin kollukta bulunan soruşturma dosyasını da herhangi bir izne tabi olmaksızın inceleme yetkisi vardır (YGIY m.22). Müdafiinin dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma yetkisi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse ilgili suçun CMK m.153/2’de sayılı suçlar³⁷

³⁵Yurtcan, Erdener, s.228; Centel, Nur, Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.206; Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.194; Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.234.

³⁶Yar. 3.CD, E.2021/7917, K.2021/10185, T.29.11.2021 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/3cd-2021-7917.htm> erişim tarihi: 11.11.2022.

³⁷ Bu suçlar şunlardır:

kapsamında olması halinde Cumhuriyet savcısının istemi sulh ceza hakiminin kararıyla dosyanın müdafii tarafından incelenmesi kısıtlanabilir.

Suçta sürüklenen çocuğun müdafii, bir yetişkinin müdafiiinden farklı yetkilere sahiptir. Bu fark çocuk adalet sisteminin özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Yetişkinlere ilişkin ceza adalet sistemi suç ve ceza ilişkisi içinde çalışırken, çocuk adalet sistemi fail yargılaması yapar ve esas amacı çocuğun ve toplumun korunmasının sağlanmasıdır. Çocuk mahkemesi, sadece eylemin suç olup olmadığı ile ilgilenmez, çocuğu tanımaya ve ilgili eylemin hangi şartlar içinde gerçekleştiğini de anlamaya çalışır. Eğer çocuğun risk altında bulunduğunu tespit ederse, tedbire de hükmedebilir. Bu nedenle, hem ceza hem de hukuk yargılaması alanlarında faaliyet göstermektedir. Bu durumda çocuğun müdafisinin de aynı yetkileri kullanması icap etmektedir. Müdafinin sadece eylem ve sübut ile değil çocuk ve ihtiyaçları ile de ilgilenmesi gerekmektedir. Müdafii bu anlamda fiil için değil fail için hukuki yardım sunmakla görevlidir³⁸.

Müdafinin görevini yaparken sadece ceza mevzuatını değil, çocuğun korunması ile ilgili diğer kanun ve ilgili uluslararası mevzuatı iyi bilmesi ve bunların sağladığı olanakları kullanması gerekir. Aynı zamanda sistemdeki diğer aktörleri de iyi tanınması ve onlarla iş birliği yaparak çocuğun menfaatlerini en iyi şekilde koruması gerekir. Özellikle risk altında olduğunu fark ettiği çocuk hakkında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirim dahil bütün başvuru olanaklarını bilmesi ve kullanması önemlidir. Çünkü bu süreçte çocuğun iyi olma halini tekrar kurmaya yönelik bir strateji izlemesi gerekir. Muhakemeyi mümkün olduğunca yargılama ve cezalandırmaya alternatif olan

-
- a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
 2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
 3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),
 6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),
 7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
 8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).
 b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
 c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinde tanımlanan zimmet suçu.
 d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar.

³⁸Tüysüz, Ahmet/ Yenisey, Feridun/ Koçyıldırım, Göktan/ Güven, İrfan, Fırat, Melek Salih/ Karakaya, Naim/ Acar, Necla/ Ziyalar, Neylan/ Ejderoğlu, Özlem/ Bilen, Seda Akço, Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitimci El Kitabı, Ankara 2010, s.15.

yollarla sonuçlandırmaya çalışmalıdır. Örneğin uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi³⁹.

Tüm bu amaçları yerine getirmesi için müdafinin çocuğun ihtiyaçlarını anlayabilmesi lazımdır. Bunun için de müdafii ile çocuk arasındaki görüşmenin sağlıklı bir şekilde yapılması büyük öneme sahiptir. CMK m.154'e göre şüpheli veya sanığın vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme hakkı bulunmaktadır. Çocuk ifadesi alınmadan önce mutlaka müdafii ile görüştürülmelidir. Bunun dışında da müdafii her zaman çocukla görüşme olanağına sahip olması gerekir. Ancak Ek 3.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK madde 3 ve aynen kabul 1.2.2018 tarih ve 7070 sayılı kanun madde 3 ile CMK madde 154'e eklenen ikinci fıkraya göre "*Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları bakımından gözaltında bulunan şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilir, bu zaman zarfında ifade alınamaz*". Bu hükmün on sekiz yaşının altında olan çocuklar hakkında uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak bunun için yasal bir düzenleme yapılmalı ve çocuklar bu hükmün dışına çıkarılmalıdır.

Bir diğer sıkıntılı durum da, çocukların müdafiliğini yapacak olan avukatlar için hakim, savcı ve diğer ilgili kamu görevlilerinde olduğu gibi çocuklar hakkında özel bir eğitim alma zorunluluğunun getirilmemiş olmasıdır. Bu alanda çalışacak avukatların da en az hakimler ve savcılar kadar çocuk hukuku alanında bilgi sahibi olması, çocuğa nasıl davranması gerektiği konusunda eğitim almış olması lüks değil ihtiyaçtır. Ceza muhakemesinde belki de en önemli süje olan savunmanın bu konuda eksik kalması kabul edilemez. İlgili eksikliğin en kısa sürede yasal düzenleme ile tamamlanması ve alt yapı çalışmalarının yapılarak hizmet içi eğitimlerinin yapılması şarttır.

VI. DİĞER SÜJELER

Çocuk Koruma Kanunu çocuk adalet sisteminde çocuk mahkemeleri ile birlikte adalet sistemi içerisinde rolü olan yukarıda açıkladığımız kurumların dışında süjelere de yer vermiştir.

Bu süjelerden ilki Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumudur. Bu kurum, çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir alınması isteminde bulunabilir (ÇKK m. 7). Derhal koruma altına alınması gereken çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme

³⁹Tüysüz, Ahmet/ Yenisey, Feridun/ Koçyıldırım, Göktañ/ Güven, İrfan, Fırat, Melek Salih/ Karakaya, Naim/ Acar, Necla/ Ziyalar, Neylan/ Ejderoğlu ,Özlem/ Bilen, Seda Akço, s.13-14.

Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra, acil koruma kararı alınması için kurum tarafından çocuk hakimine başvurulur (ÇKK m.9). Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunda görevli sosyal çalışma görevlileri ÇKK ile verilen görevleri yaparlar (ÇKK m.33). Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, ÇKK m.5'te yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirleri yerine getirir (ÇKK m.45).

Bakanlıklar, Milli Eğitim Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ve yerel yönetimler destekleyici tedbirler alır (ÇKK m.45). Kurumlar arası koordinasyon Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilir (ÇKK m.45/3).

Denetim görevlileri, çocuğun eğitimi ve haklarını kullanması konusunda rehberlik eder, ailesi ve çevresiyle kuracağı iletişimi sağlar (ÇKK m.37-38).

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile yaratılan süljeler de vardır. Bunlar, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, Şube Müdürlüğü, Koruma Kurulları ve Danışma Kuruludur. Ayrıca Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumu ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun da çocuk adalet sistemi içerisinde yerleri bulunmaktadır⁴⁰.

VII. MUKAYESELİ HUKUK

A. İNGİLTERE ve GALLER

1. Mahkemeler ve Yaptırım

Birleşik Krallık içerisinde yer alan krallıklardan İngiltere ve Galler ortak hukuk kurallarını kullanmaktadır. Bu nedenle bu başlık altında ifade ettiğimiz düzenlemeler sadece bu iki krallık kapsamında kabul edilen ve uygulanan kurallardır. İskoçya ve Kuzey İrlanda Krallığı'nı kapsamamaktadır.

İngiltere ve Galler'de genç suçluların (10 ila 17 yaş arası) büyük bir çoğunluğu Gençlik mahkemelerinde yargılanmaktadır. Buna karşılık önemli (nitelikli) suçları işlediği iddia edilen bir grup, Kraliyet Mahkemesi'nde⁴¹ yargılanmaktadır. Gençlik mahkemeleri, en fazla 3 sulh hakimi tarafından yönetilen mahkemelerdir. Nadiren bu hakimlere bölge hakimi de eşlik edebilir. Kraliyet Mahkemesi ise, genellikle önemli suçlarla ilgili davalarda yüksek bir hakimin idaresinde, diğer hallerde ise bir hakim ve

⁴⁰Yenisey, Feridun, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar, 2007, s.25; (http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli hukukta.pdf, erişim tarihi: 19.11.2019)

⁴¹Kraliyet Mahkemesi Türk Ceza Muhakemesindeki Ağır Ceza Mahkemelerine tekabül eden yetişkinleri yargılayan mahkemedir.

zabıt katibi ile görev yapar. Gençlik Mahkemesinde görev yapan üyelerin meslekten hakim olması şartı aranmamıştır; ancak yerel toplumdaki seçilen bu kişilere Adalet Akademisi (*Judicial Studies Board*) tarafından özel bir eğitim verilir. Buna karşılık heyete başkanlık yapan yargıçlar son derece nitelikli ve alanlarında deneyimli hukukçulardan (*solicitor* ve *barrister*)⁴² oluşur⁴³. Bu heyetin 2007 tarihli Gençlik Mahkemeleri Kuralları madde 10/1'e göre, her iki cinsiyetin de bulunduğu hakimlerden oluşması gereklidir. Diğer bir ifadeyle kural olarak, heyette en az bir kadın ve bir erkek hakim bulunmalıdır. Ancak beklenmedik koşullar nedeniyle, m.10/2-3 çerçevesinde tek bir cinsiyetten de oluşması mümkün (tüm hakimlerin kadın olması veya erkek olması gibi) kılınmıştır⁴⁴. Eğer yargılama heyeti, böyle bir zorunluluk olmadan aynı cinsiyete sahip hakimler tarafından oluşturulmuşsa, bu durum bozma nedeni oluşturabilir. Bu husus *R v. Birmingham Justices* davasında⁴⁵ da vurgulanmıştır. Olayda, istisna olmamasına rağmen iki erkek hakimden oluşan bir heyet tarafından yargılamanın yapılmış olması, Yüksek Mahkeme tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmiştir ve Mahkemenin m.10/1 çerçevesinde oluşturulması gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu tür bir itiraz taraflardan da gelebilir, ama gelmese de üst mahkeme tarafından re'sen incelemeye tabi tutulmaktadır.

Gençlik mahkemesinde yargılanan genç sanıklar genellikle bir *solicitor* ile temsil edilirler, buna karşılık, Kraliyet Mahkemesinde yapılan yargılamalarda hukuki destek, *barrister* tarafından verilir⁴⁶. Madde 11'de, mahkemeye kimin başkanlık yapacağı düzenlenmiştir. Buna göre, eğer Bölge Hakimi heyetin içerisinde bulunuyorsa Bölge hakimi, eğer yoksa, heyette bulunan ve onaylanan listede yer alan hakimlerden herhangi biri, başkanlık görevini yürütür.

İngiltere ve Galler'deki günümüzdeki çağdaş genç adalet sistemindeki mahkeme sistemi 1997 yılında Yeni İşçi partisinin seçilmesi ile birlikte daha etkin hale gelmiştir. Aslında bu modern mahkemeler (*Youth Courts*) 1908 tarihli Çocuk Kanunu ile kurulmuş "*Juvenile Courts*"un devamı niteliğindedir. Ancak o dönemden 1989 tarihli Çocuk Kanunu yürürlüğe girene kadar hem özel hukuk davaları, hem de ceza davaları Gençlik Mahkemelerinde (*Juvenile Courts*) görülmüştür. 1989 tarihli Çocuk Kanunu, özel hukuk

⁴²*Solicitor ve Barrister* İngiliz hukukunda hukukçunun ve avukatın seviyesini belirleyen derecelerdir. *Barrister*'lar en üst dereceli avukatlardır. Bunlar her türlü davaya girebilir ve hakim olabilir. Buna karşılık *solicitor*'lar bir alt derecedeki davalara girebilirler.

⁴³**Hucklesby, Anthea/ Wahidin, Azrini** (Editors), *Criminal Justice*, New York 2009, Oxford University Press, s.259;

⁴⁴**Hungerford-Welch Peter**, *Criminal Procedure and Sentencing*, 7th ed. London and New York, 2009, Routledge Cavendish, s. 316-317 "Bu kurallar, 2007 tarihli Gençlik Mahkemeleri Kuralları (*The Youth Courts Rules 2007*) çerçevesinde düzenlenmiştir."

⁴⁵*R v. Birmingham Justices ex p F* (2000) 164 JP 523.

⁴⁶**Hucklesby / Wahidin** , s.259.

davalarını bu mahkemelerin görev alanından çıkarmış ve 1991 tarihli Ceza Adalet Kanunu bu mahkemelerin adını “*Youth Courts*” olarak değiştirmiştir. Bu mahkemelerin yetki alanı, 10 ila 17 yaş arası çocukların işledikleri suçlar kapsamındaki ceza davaları olarak belirlenmiştir. Kraliyet Mahkemesi (*The Crown Court*) 1971 tarihli Mahkemeler Kanunu ile oluşturulmuştur⁴⁷. İngiltere’de gençlik mahkemelerine ilişkin son düzenleme 2003 tarihli Mahkemeler Kanunu (*Courts Act 2003*)⁴⁸ ile yapılmıştır. Bu son düzenleme ile yeni bir teşkilatlanma şekli oluşturulmuştur. Asliye mahkemeleri (*Magistrates*) ve Bölge (*District*) mahkemelerinin hakimleri gençlik mahkemelerindeki davalara bakmakla görevlendirilmiştir. Bu hakimlerin gençlik mahkemesinde davaya bakabilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olmaları gerekir. Bu kişisel görevlendirmeler, İngiltere ve Galler’in tamamında ulusal yargılama yetkilerinin bir yansıması olarak kabul edilmiştir. Asliye Hakimleri ve Bölge Mahkemesi Hakimleri gençlik mahkemesinde görev yapmadan önce özel bir eğitime tabi tutulurlar. Bu durum genç yargılamasının özel yapısından kaynaklanmaktadır. Genç suçluları anlamak ve onların içinde buldukları

⁴⁷Hucklesby / Wahidin , s.259.

⁴⁸<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/39/section/50>, erişim tarihi: 14.08.2020

Courts Act 2003 §50 Youth courts:

- (1) For section 45 of the 1933 Act (constitution of youth courts) substitute—
“45 Youth courts
- (1) *Magistrates' courts*
- (a) *constituted in accordance with this section or section 66 of the Courts Act 2003 (judges having powers of District Judges (Magistrates' Courts)), and*
- (b) *sitting for the purpose of—*
- (i) *hearing any charge against a child or young person, or*
- (ii) *exercising any other jurisdiction conferred on youth courts by or under this or any other Act,*
are to be known as youth courts.
- (2) *A justice of the peace is not qualified to sit as a member of a youth court for the purpose of dealing with any proceedings unless he has an authorisation extending to the proceedings.*
- (3) *He has an authorisation extending to the proceedings only if he has been authorised by the Lord Chancellor or a person acting on his behalf to sit as a member of a youth court to deal with—*
- (a) *proceedings of that description, or*
- (b) *all proceedings dealt with by youth courts.*
- (4) *The Lord Chancellor may by rules make provision about—*
- (a) *the grant and revocation of authorisations,*
- (b) *the appointment of chairmen of youth courts, and*
- (c) *the composition of youth courts.*
- (5) *Rules under subsection (4) may confer powers on the Lord Chancellor with respect to any of the matters specified in the rules.*
- (6) *Rules under subsection (4) may be made only after consultation with the Criminal Procedure Rule Committee.*
- (7) *Rules under subsection (4) are to be made by statutory instrument.*
- (8) *A statutory instrument containing rules under subsection (4) is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.”*
- (2) *Omit Schedule 2 to the 1933 Act (constitution of youth courts).*
- (3) *Omit section 146 of the 1980 Act (rules relating to youth court panels and the composition of youth courts).*
- (4) *“The 1933 Act” means the Children and Young Persons Act 1933 (c. 12).*

dönemsel özellikler hakkında bilgi sahibi olmak, hakimlerin sağlıklı değerlendirmeler yapabilmesi bakımından önemlidir⁴⁹.

İngiliz Ceza Hukukunda suçlar üç gruba ayrılır. Bunlar hafif nitelikteki suçlar (*summary offences*), orta ağırlıktaki suçlar (*either way offences*) ve ağır suçlardır (*indictable offences*)⁵⁰. Bunlar niteliğine ve ağırlığına göre farklı mahkemelerin görev alanı içerisinde değerlendirilir. Genç yargılaması bakımından bu noktada önemli bir farklılık bulunmaktadır. Bu ayrım genç yargılaması bakımından uygulanmaz. Diğer bir ifade ile işlenen suç hangi kapsama girerse girsin genç suçlu, Gençlik Mahkemesinde yargılanır⁵¹.

Gençlik Mahkemelerinin geniş yetkileri olduğu için, kapsamlı bir teşkilat düzenleri bulunmaktadır. Bölge hakimi da dahil olmak üzere kıdemli hakimlerden oluşurlar. Bu da nitelikli davalarda kıdemli hakimlerden oluşan bir heyetin karar verme yetkisi olduğunu bize göstermektedir⁵².

Çocukların ve gençlerin ceza mahkemelerinde yargılanmasında üç derece bulunmaktadır. Birinci derece en alt olan derecedir. Bu dereceye giren suçlar mahkeme tarafından, önemli olmayan ve hapis cezasını gerektirmeyen suçlar olarak kabul edilirler. Bu hallerde, ceza verilmesine yer olmadığı kararları, adli para cezaları veya tazminata karar verilir. Kamu cezaları (veya toplum tarafından cezalandırma) kamu tarafından özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren durumlarda verilir. Son olarak hapis cezaları, son çare olarak sadece çok önemli ve ciddi suçların işlenmesi halinde verilir⁵³.

2. Gençlik Adalet Kurulu

Gençlik Adalet Kurulu, 1998 tarihli Suç ve Kargaşa Kanunu (*The Crime and Disorder Act 1998*) ile oluşturulmuştur. Gençlik Adalet Kurulu, Adalet Bakanı tarafından atanan 12 üyeden oluşan, şubesi olmayan icra gücüne sahip bir kamu kurumudur. Bu kurul gençlik adalet sistemini izlemekle yasal olarak görevlendirilmiştir. Temel görevleri⁵⁴:

⁴⁹Hungerford-Welch Peter, *Criminal Procedure and Sentencing*, 7th edition, london and New York 2009, Routledge- Cavendish, s.316.

⁵⁰Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Dönmez Burcu Demren**, *Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri*, İleri Kitabevi, İzmir 2012, s.58 vd; **Loveless Janet**, *Complete Criminal Law*, 2nd. Edition, Oxford 2010, s.13-14; **Heaton R.**, *Criminal Law*, 2nd edition, Oxford- NewYork 2006, s.4.

⁵¹Hungerford-Welch Peter, s.317.

⁵²Hungerford-Welch Peter, s.317.

⁵³Hucklesby A., Wahidin A. (editors), s.259.

⁵⁴Hucklesby A., Wahidin A. (eds), s.260.

- Adalet Bakanına gençlik adalet sisteminin işleyişi ve standartları için önerilerde bulunmak;
- Gençlik adalet sisteminin ve genç suçluluk takımlarının performansını özel olarak izlemek;
- Çocuk (Genç) Güvenlik Kurumlarında (*Juvenile Secure Estate*) özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımları çekenler bakımından standartlar oluşturmak ve bu kurumların performanslarını izlemek. Gençlik Adalet Kurumu bu izlemeyi yaparken etkili izleme teknikleri sistemi kullanır. Kurul aynı zamanda, Gençlik Mahkemesi tarafından hürriyeti bağlayıcı cezalara çarptırılan çocukların kalacakları yerleri temin etme ve çocukları bu yerlere yerleştirme görevine de sahiptir. Bütçesinin %70'i bu güvenlik kurumlarının oluşturulmasına harcanır;
- Etkili bir uygulamayı belirleme ve geliştirme görevi vardır. Etkili bir uygulamanın anahtar unsurlarını tanımlarlar ve bunu nitelikli bir sigorta sisteminin yürütülmesini sağlamak amacıyla yaparlar.

3. Genç Suçluluğu Takımları

Genç Adalet Kurulu, ülkesel düzeyde politika ve uygulamalardan sorumlu iken, Genç Suçluluğu takımları, yerel işlemlerin yürütülmesinden sorumludur. 1998 tarihli Suç ve Kargaşa Kanunu, genç suçlu adalet sistemi bakımından yıllık planları hazırlamak ve yerel bazda kendi bölgelerinde genç suçluluğu ile mücadele edecek hizmetlerin koordine edilmesini sağlanmasını gerekli görmüştür. Aynı zamanda, polis, denetimli serbestlik kurumu, bölgesel sağlık kuruluşları da yasal olarak düzenleme ve işbirliği yapmakla sorumlu tutulmuştur. İngiltere ve Galler'de Nisan 2000 yılından bu yana, Genç Suçluluğu Takımları 157 bölgede genç suçluluğu ile mücadele etmek için planlama yapmaktadır. Her takım, kendi bölgesindeki sosyal hizmetlerden, polisten, denetimli serbestlik kurumundan, eğitim, sağlık ve yerleştirme (barındırma) kurumlarından destek almaktadır⁵⁵. Kurulun yıllık ve aylık olarak hazırladığı istatistikler ve planlamalar resmi internet sitesinden sürekli yayımlanmaktadır. Bu kapsamda takımların çalışmaları da yine resmi web sitesinde açık bir şekilde yayımlanmaktadır⁵⁶. Bu konuda bazı yazarların eleştirileri de bulunmaktadır. Örneğin *Goldson* ve *Muncie*⁵⁷, önceki düzenlemede görevi sadece çocuk ve gençlerin mahkeme önüne çıkarılmasını ve hapse girmesini sınırlama işlevi gören Gençlik Adalet takımlarının,

⁵⁵**Hucklesby A., Wahidin A.** (eds), s.260; Survey of Youth Offending Teams, the Report, prepared by Carol Goldstone Associates, s. 2; (https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2010/12/1011663_survey.pdf; erişim tarihi: 18.06.2020).

⁵⁶(<https://www.gov.uk/government/organisations/youth-justice-board-for-england-and-wales>; erişim tarihi: 18.06.2020).

⁵⁷**Goldson B. and Muncie J.**, "Critical Anatomy: Towards a Principled Youth Justice" in Goldson B. and Muncie J. (eds.) Youth Crime and Justice: Critical Issues. London 2006, Sage, s.203-231.

Genç Suçluluğu takımı adı altında bu kadar geniş yetkilerle donatılmış olmasını eleştirmektedir. Yine başka bir eleştiri de, bu yeni dönemde çocuk ve gençlerin suç işleme ağırlığı aynı iken mahkeme önünde yargılanma ve hürriyeti bağlayıcı cezalara çarptırılma sayılarının artmış olmasıdır⁵⁸. Bu eleştirilerden de anlaşıldığı üzere tüm gelişmiş ülkeler çocuk suçluluğu ile mücadele etmek için çaba göstermekte ve kendilerini geliştirmeye çalışmaktadır; ancak tüm bu tedbirlere ve gelişmiş yargılama sistemlerinin uygulanmasına rağmen çocuk suçluluk oranları düşmemektedir. İngiltere bu kapsamda çocuk suçluluğunun önlenmesini sağlamak için ciddi araştırma ve yatırım fonları oluşturmaktadır.

B. FEDERAL ALMANYA

1. Genel Olarak

Almanya’da yetişkinler için düzenlenen genel ceza hukuku kurallarından farklı olarak, genç suçlulara ilişkin ceza hukuku kuralları ve politikaları hapis ve para cezası yaptırımını uygulama düşüncesinden ziyade gelecekteki suçların engellenmesi amacına hizmet edecek eğitim politikalarının artırılması esasına dayanmaktadır. Almanya’da önleme amacı bastırma amacından önce gelmektedir. Bu sebeple Almanlar, gençlerin şiddetten ve suçtan uzak durmalarını sağlamak amacıyla, onların sosyal ve zihinsel (duygusal) yetilerini geliştirmek için eğitilmeleri, saldırganlık azaltıcı kursların düzenlenmesi ve temel eğitim kurslarının oluşturulması şeklinde stratejiler ve uygulamalar geliştirmektedir⁵⁹.

Ülkemiz hukukuna da rehberlik eden Federal Almanya’da, Çocuk Mahkemelerine ilişkin tamamen ayrı bir kanun yapılmıştır⁶⁰. En son 11.11.2019 tarihinde 7. maddesinde yapılan değişiklik ile yürürlükte olan *Jugendgerichtsgesetz* (JGG)⁶¹ Türkçe adıyla Gençlik Mahkemeleri Kanunu, tüm ayrıntıları ile konuyu düzenlemiştir. JGG §1’de, kanunun kapsamı düzenlenmiştir. Birinci maddenin birinci fıkrasına göre bu kanun, genel kanunlara göre cezalandırılmayı gerektiren suçları işleyen çocuk ve genç yetişkinler hakkında uygulanır. İkinci fıkrada tanımlar yapılmıştır. Buna göre, “çocuk”, on dört yaşını doldurmuş on sekiz yaşını doldurmamış

⁵⁸**Bateman Tim**, ‘Youth Crime and Justice: Statistical “Evidence”, Recent Trends an Responses’in Goldson B. and Muncie J. (eds.) Youth Crime and Justice: Critical Issues. London 2006, Sage, s.75; (<https://pdfs.se-manticscholar.org/0856/2c17d78479c8a81cac1a58108875a1828c53.pdf>, erişim tarihi: 18.06.2020).

⁵⁹(<https://eucpn.org/document/german-policy-on-youth-crime> erişim tarihi: 21.10.2022).

⁶⁰Almanlar “Çocuk Mahkemeleri” ifadesi yerine “Gençlik Mahkemeleri” ifadesini kullandığı için biz de bu başlık altında orijinaline uygun olarak Gençlik Mahkemesi ifadesini kullanmayı uygun gördük.

⁶¹Kanunun tam metni için bkz. (<https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html>; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_jgg/englisch_jgg.pdf).

olanları, “genç yetişkin” ise, on sekiz yaşını doldurmuş ancak yirmi bir yaşını doldurmamış olan kişileri ifade etmektedir.

Kanuna göre, ceza sorumluluğunun oluşabilmesi için çocuğun ahlaki ve zihinsel olgunluğunun, hukuka aykırı hareketi anlayıp hareketini bu çerçevede yönlendirme kapasitesine ulaşması gerekir. Bu olgunluğa sahip olmayan çocuğun iyiliği (veya iyileştirilmesi) için hakim, aile ve velayet işlerinden sorumlu hakimin uyguladığı tedbirleri uygulayabilir (JGG §3).

2. Mahkemeler

Federal Almanya’da Gençlik mahkemelerinin teşkilatlanması, görev ve yetkileri Gençlik Mahkemeleri Kanunu’nda (*Jugendgerichtsgesetz*) düzenlenmiştir. Gençlik mahkemeleri, Sulh ve Asliye Ceza Mahkemelerinin özel daireleridir. Bunlar, gençlerin ve yirmi bir yaşını doldurmamış genç yetişkinlerin işledikleri suçlarda⁶² esas ve kanun yolu mahkemesi olarak görev yaparlar.

JGG §33/1’de, gençlerin işlediği kötü davranışların (suçların) gençlik mahkemelerinin yargılama yetkisi içerisine girdiği düzenlendikten sonra, §33/2’de gençlerin muhakemesinde yargılama görevi yapan makamlar sayılmıştır. Buna göre, ceza hakiminin gençlik mahkemesi hakimi olarak görev yaptığı “gençlik hakimi” (*Jugendrichter*); buna sulh hakimi de diyebiliriz; Toplu Sulh Mahkemesi (*Jugendschöffengericht*) ve Asliye Ceza mahkemesinin Genç Dairesi (*Jugendkammer*) gençlerin yargılama görevi yaparlar. Genç mahkemelerine görev yapacak olan hakim ve savcılar, gençlerin eğitimi ve yetiştirilmesi konusunda uygun eğitim almış deneyimli kişiler olması gerekir (JGG §37).⁶³

Toplu Sulh Mahkemesi, JGG §33 a’da düzenlenmiştir. Buna göre Toplu Sulh Mahkemesi, gençlik hakiminin başkanlığında iki meslekten olmayan hakimden oluşur. Her duruşmada meslekten olmayan hakimlerden birinin kadın birinin erkek olması gerekir. Bu hakimler Gençlik Destek Komitesinin önerisi üzerine dört yıl görev yapmak üzere Mahkeme Teşkilatı Kanunu madde 40’te düzenlenen Komite tarafından seçilirler.

⁶²<https://www.statista.com/statistics/1101499/juvenile-adolescent-young-adult-suspects-violent-crime-germany/> erişim tarihi: 21.10.2022 2 Mayıs 2022 Federal Almanya İstatistik Araştırma Kurumu verilerine göre; Almanya’da çocukların, ergenlerin ve genç yetişkinlerin 2021 istatistiklerine göre ağır suçlar kapsamında sistem içerisine şüpheli olarak girme sayıları şu şekildedir:

13 Yaş ve Altında Olan Çocuklar: 7 insan öldürme, 89 cinsel saldırı ve cinsel içerikli suç, 6670 nitelikli yaralama

14-17 Yaş Arası Çocuklar: 36 İnsan Öldürme, 1028 Cinsel saldırı ve Cinsel İçerikli Suç, 15940 Nitelikli yaralama.

18-20 Yaş Arası Genç Yetişkinler: 57 İnsan Öldürme, 1104 cinsel saldırı ve cinsel içerikli suç, 12940 Nitelikli yaralama

⁶³Yenisey, Feridun, “Almanya’da Gençlerin Muhakemesi”, s.93-94. (<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/76E5580409534074BD8515EA1F2684DC?doi=>; erişim tarihi: 25.06.2020).

Komite eşit sayıda kadın ve erkek üye seçer (JGG §35/1). Seçilecek üye sayısının en az iki katı üye, eşit sayıda erkek ve kadın olmak kaydıyla önerilir (JGG §35/2). Aynı İngiltere’de olduğu gibi, burada da her iki cinsiyetten hakimin bulunması koşulu aranmıştır. Önerilen adayların genç eğitimi ve yetiştirilmesine uygun bir eğitim ve tecrübeye sahip olması gerekir (JGG §35/2). JGG §33a/2’ye göre, meslekten olmayan hakimler, esas duruşma dışında alınan kararlara karışamazlar ve katılamazlar.

Asliye Ceza Mahkemesinin Genç Dairesi JGG §33b’de düzenlenmiştir. Bu daire, birisi başkan diğer ikisi meslekten olmayan hakimden oluşan üç kişilik bir heyettir.

Gençlik hakiminin görevleri JGG §34’te düzenlenmiştir. Bu kapsamda Gençlik hakimi öncelikle, yerel yetki alanı içerisindeki tüm ceza usul işlemlerini yapmakla görevlendirilmiştir (JGG §34/1). Gençlerin işlediği ve önemli olmayan bazı suçlar hakkında esasa dair karar verir. Toplu Sulh Mahkemesinde başkan sıfatıyla görev yapar. Toplu sulh mahkemelerinde meslekten olmayan hakimler sadece duruşmada yer aldığından, duruşma dışında alınması gereken kararları verirler. Örneğin son soruşturmanın açılması kararı (StPO 196) ve düşme kararı gibi⁶⁴.

Gençlik hakimleri ayrıca Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ve Mahkemelerin Teşkilatı Kanunu tarafından sulh hakimine verilen diğer işleri yapmakla görevlendirilmişlerdir. Örneğin ön soruşturmadaki hakimlik işlemleri, tutuklama, arama kararı verilmesi, keşif ve gençlik mahkemelerinin yetkisine giren yardım vazifesinin yapılması gibi⁶⁵.

JGG ayrıca gençlik hakimine bazı özel görevler de vermiştir. Bunlara örnek olarak gençlerin tutuklanması, kontrol altına alınması ve muhakeme sonucu verilen hükmün infazının idare edilmesi gösterilebilir⁶⁶.

Gençlik hakiminin gençlerle ilgili konularda aile ve vesayet hakiminin denetleme görevini üstlenmesi de düzenlenmiştir. Yetki devrine ilişkin bu düzenleme JGG §34/2’de yapılmıştır. Bu devir durumu, sadece özel sebeplerin bulunması halinde mümkündür.

3. Savcılar

Gençlerle ilgili davalarda görev yapacak savcılara ilişkin düzenleme JGG §36’da yapılmıştır. Buna göre, gençlik mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda gençlik

⁶⁴Yenisey, Feridun, “Almanya’da Gençlerin Muhakemesi”, s.94. (<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/76E5580409534074BD8515EA1F2684DC?doi=>; erişim tarihi: 25.06.2020).

⁶⁵Yenisey, Feridun, “Almanya’da Gençlerin Muhakemesi”, s.94. (<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/76E5580409534074BD8515EA1F2684DC?doi=>; erişim tarihi: 25.06.2020).

⁶⁶Yenisey, Feridun, “Almanya’da Gençlerin Muhakemesi”, s.94. (<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/76E5580409534074BD8515EA1F2684DC?doi=>; erişim tarihi: 25.06.2020).

savcıları görev yapacaktır. Denetimli serbestlik hakimleri ve denetimli serbestlikte çalışan kamu görevlileri atandıkları ilk yıl dolmadan kamu savcısı olarak atanamazlar. Gençlik savcılarının görevleri ancak gerekli koşulları sağlayan yerel mahkemelerde görevli kamu savcıları tarafından yürütülebilir. JGG §37’de de belirtildiği üzere, gençlik savcıları aynı gençlik hakimleri gibi gençlerin eğitimi ve yetiştirilmesi konusunda uygun eğitim almış ve tecrübeye sahip kişiler olmalıdır.

Eğer gencin ceza alması bekleniyorsa, kamu savcısı veya gençlik mahkemesi hakiminin hakkındaki suçlamalar yapılmadan önce genci sorgulama yetkisi bulunmaktadır (JGG §44). Bunun dışında (JGG §45 kapsamında), hakimin rızasını aramadan savcının Ceza Usul Yasası §153’teki şartların oluşması halinde soruşturmada vazgeçme yetkisi bulunmaktadır. Yine savcının gerek görmesi halinde, eğer bir güvenlik tedbiri alınmış veya başlatılmışsa, davayı hakimin önüne götürmek yerine soruşturmayı sonlandırma yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda savcının takdir yetkisi arttırılmıştır.

4. Müdafî

Federal Almanya’da da Türk Hukukunda olduğu gibi gençlerin muhakemesinde şüpheli veya sanığın her zaman bir müdafîin yardımından faydalanması mümkündür. Müdafî ihtiyari olarak genç tarafından, kanuni temsilci tarafından veya eğitim hakkı sahibi tarafından seçilebileceği gibi StPO §140’a ek olarak bazı hallerde mahkeme başkanı tarafından da şüpheli veya sanığa tayin edilebilir (JGG §68). Bu koşullar şunlardır:

- Müdafî bir yetişkin için atanmışsa
- Aile veya velayet sahibi veya kanuni temsilcinin haklarının JGG gereğince geri alınmış olması,
- JGG §51/2 gereğince ailenin veya velayet hakkı sahibinin veya kanuni temsilcinin duruşmadan çıkarılmış olması ve bu nedenle savunma hakkının zarar görme ihtimalinin bulunması,
- Sanığın kişisel gelişim durumunun incelenmek ve bu konuda bir bilirkişi raporu hazırlamak için resmi bir sağlık kurumuna yerleştirilmesi (JGG §73) gerekiyorsa,
- Tutukluluğun kaldırılması veya geçici tutulma (gözlem altına alınma) gibi durumların Ceza Muhakemesi Kanunu §126 a kapsamında genç hakkında işletilmesi, eğer genç on sekiz yaşının altında ise gecikmeksizin kendisine bir müdafî atanır.

JGG’de ilginç olan Genç muhakemesinde görev yapacak müdafiler bakımından özel bir eğitim ve tecrübe koşuluna yer verilmemiş olmasıdır. Zira yukarıda da

anlattığımız üzere meslekten olan olmayan tüm hakimler ve savcılar bakımından bu şart aranmıştır. Benzer düzenleme Türk Hukukunda da yapılmamıştır. Müdafiler bakımından özel bir eğitim zorunluluğu aranmamıştır.

5. Danışman

JGG §69'da, Mahkeme başkanının gence danışman atayabileceği düzenlenmiştir. Buna göre koşullar zorunlu bir müdafinin atanmasını gerekli kılmıyorsa, mahkeme başkanı sürecin her aşamasında gence bir danışman atayabilir. Eğer ebeveynlerin veya velayet hakkı sahibinin veya kanuni temsilcinin danışman olarak atanması, gencin eğitimi ve gelişimi bakımından faydalı olmayacaksa, bu kişiler danışman olarak atanamazlar. Danışmanın dosyada araştırma yapmasına izin verilebilir. Müdafî ile benzer yetkilere sahip olmakla birlikte, bunların genci savunma yetkisi bulunmamaktadır.

6. Gençlik Mahkemeleri Destek Hizmetleri

Gençlik Mahkemeleri Destek Hizmetleri, gençlik iyileştirme (geliştirme) bürolarının gençlik destek birimleri ile birlikte çalışması suretiyle yerine getirilir (JGG §38/1). Gençlik Mahkemesi Destek Hizmetleri temsilcileri, dosya henüz Gençlik mahkemeleri önüne gelmeden işlemler sırasında sosyal, koruyucu ve bakım hizmetleri konularına dikkat çeker. Bu amaçla, failin kişiliği, gelişimi, yaşadığı çevresel koşullar konusunda araştırma yapan kurumlarla işbirliği yaparak alınacak tedbirler bakımından bir vizyon oluştururlar. Gencin tutukluluğu halinde, bu tür tespit ve önerilerin gecikmeksizin bildirilmesi gerekir. Bu tespitler esas yargılaması yapacak mahkemeye de gönderilir. Eğer ilgili işleri yapmak için bir denetimli serbestlik memuru atanmamışsa, bu servis gencin gerekli talimatları ve şartları yerine getirmesini sağlar. Eğer genç şartlara uygun davranmaz veya yükümlülüklerini yerine getirmezse, bu durumu derhal hakime bildirmekle görevli tutulmuşlardır. Gerekli memurlar atanana kadar gençlere uygulanacak tedbir ve koruma, bu kurum görevlilerince takip edilir. Denetimli serbestlik döneminde bu kurum, denetimli serbestlik memuru ile birlikte çalışır. Ceza yaptırımının uygulanması sırasında genç ile temas içinde kalırlar ve gencin topluma uyumunu takip ederler (JGG §38/2).

Bu kurum genç hakkında yürütülen kovuşturmanın her aşamasına katılır. Bu katılımın mümkün olduğunca erken süreçte başlatılması önemlidir. Temsilcileri, genç hakkında tedbir uygulanmadan evvel konuya iştirak eder ve atanacak destek memuruna kadar görüşlerini bildirir (JGG §38/3).

KAYNAKÇA

Artuk, Emin “Küçüklerin İşledikleri Suçlar ve Ceza Sorumluluğu ve Suçlu Çocukların Yargılanmasında Hakim Olan İlkeler”, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 2000”, s.215-234.

Bateman, Tim, ‘Youth Crime and Justice: Statistical “Evidence”, Recent Trends an Responses’in Goldson B. and Muncie J. (eds.) Youth Crime and Justice: Critical Issues. London 2006, Sage, s.75; (<https://pdfs.semanticscholar.org/0856/2c17d78479c8a81cac1a58108875a1828c53.pdf>, Erişim Tarihi: 18.06.2020).

Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 12.bası, Beta 2023.

Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. bası, Beta 2022.

Çınar, Ali Rıza, Çocuk Ceza Hukuku, Yetkin, Ankara 2020.

Dönmez, Burcu Demren, Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri, İleri Kitabevi, İzmir 2012.

Goldson B. and Muncie J., “Critical Anatomy: Towards a Principled Youth Justice” in Goldson.

Heaton, R., Criminal Law, 2nd edition, Oxford- NewYork 2006.

Hucklesby, Anthea/Wahidin, Azrini (Editors), Criminal Justice, New York 2009, Oxford University Press.

Hungerford /Welch, Peter, Criminal Procedure and Sentencing, 7th ed. London and New York, 2009, Routledge Cavendish.

Loveless, Janet, Complete Criminal Law, 2nd. Edition, Oxford 2010.

Lyton, Eddie, “Muncie, M., &Goldson, B. (Eds) (2006) . Comparative Youth Justice. Thousand Oaks, CA:Sage; Youth Violence and Juvenile Justice, volume 7, Number 2, April 2009, p:158-162; s.158.

https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/yvja7&div=15&start_page=158&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults Erişim Tarihi: 29.04.2024.

Ozansoy, Cüneyt, “Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları”, TBBD, 1991/1, s.39-62.

Öztürk, Bahri ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018.

Tüysüz, Ahmet, Yenisey, Feridun, Koçyıldırım, Gökten, Güven, İrfan, Fırat, Melek Salih, Karakaya, Naim, Acar, Necla, Ziyalar, Neylan, Ejderoğlu, Özlem, Bilen, Seda Akço, Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitimci El Kitabı, Ankara 2010.

Uluğtekin, S. Sevda/ Acar, Y. Baykara/ Öntaş, Özlem Cankurtaran, “Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal İnceleme Raporları (SİR) ve Gözetim Raporlarının Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 53, 2004.

Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019.

Yenisey, Feridun, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar, 2007, (http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli-hukukta.pdf, Erişim Tarihi: 19.11.2019).

Yenisey, Feridun, “Almanya’da Gençlerin Muhakemesi”, s.93-94 <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/D58DF90A/76E5580409534074BD8515EA1F2684DC?doi=>; Erişim Tarihi: 25.06.2020.

Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası Ankara 2019.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16.bası, Ankara 2019.

^H GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ ÖNEMİ VE KARARLARININ BAĞLAYICI OLMA ZORUNLULUĞU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME*

(Araştırma Makalesi)

*Doç. Dr. Fatih ÖZKUL***

ÖZET

1961 Anayasası ile hukuk sistemimize giren Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin gerçekleşmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin fiili anlamda uygulanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünden çok önemli görevler üstlenmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kabul edilmediği takdirde, yukarıda sayılan görevlerini yerine getirebilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin faaliyet alanı dikkate alındığında, kararlarının hukuki olduğu kadar siyasi etkilerinin de olduğu, bu sebeple özellikle politik aktörler tarafından sıklıkla eleştiriye uğradığı, söz konusu eleştirilerin Mahkemenin kapatılması gerektiği boyutuna dahi ulaştığı gözükmektedir. Bu güne kadar daha çok, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri yönünden bağlayıcı olup olmadıkları hususu bir sorun olarak tartışma konusu yapıldığı halde, artık Yüksek Mahkeme'nin ulusal iradenin önünde engel oluşturduğu yönünde ithamlarla karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Bu çalışmada, norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesinin Türk hukuk sistemindeki önemi, kararlarının bağlayıcı olmaları zorunluluğu ve bu zorunluluğun faydaları detaylı bir şekilde incelenerek değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın Üstünlüğü, Anayasanın Bağlayıcılığı, Hukuk Devleti

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 26.03.2024 tarihinde Editörlüğümüze ulaşmış olup, 18.04.2024 tarihinde birinci hakem ve ikinci hakem onayından geçmiştir.

Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

** Hâkim, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, fatih4567@hotmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1082-6856>.

AN EVALUATION ON THE IMPORTANCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE TURKISH LEGAL SYSTEM AND THE NECESSITY THAT ITS DECISIONS BE BINDING IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

(*Research Article*)

ABSTRACT

The Constitutional Court, which entered our legal system with the 1961 Constitution, undertakes very important tasks in terms of the realization of the rule of law, the actual implementation of the principle of separation of powers, and the protection of fundamental rights and freedoms. However, if the binding nature of the decisions of the Constitutional Court is not accepted, it is not possible to perform the above-mentioned duties either. Considering the field of activity of the Constitutional Court, it seems that its decisions have political effects as well as legal ones, for this reason they are often criticized, especially by political actors, and these criticisms have even reached the extent that the Court should be closed. Although the issue of whether the decisions of the Constitutional Court are binding or not in terms of their reasons has been the subject of discussion until today, it is now seen that the Supreme Court is faced with accusations that it is an obstacle to the national will. In this study, the importance of the Constitutional Court in the Turkish legal system in terms of norm control, the obligation for its decisions to be binding and the benefits of this obligation will be examined and evaluated in detail.

Keywords: Constitutional Judiciary, Constitutional Court, Supremacy of the Constitution, Binding Nature of the Constitution, Rule of Law

GİRİŞ

Bir ülkede geçerli olan hukuk sisteminin bağımsız ve tarafsız yargı organları aracılığıyla sağlıklı bir şekilde işlemesi, etkisini hem toplumsal hem de siyasal yaşam üzerinde göstermektedir.¹ Anayasa'nın 138. maddesinde düzenleme altına alınan hüküm gereğince, yargı organları bağımsız ve tarafsız olduğu gibi kararları da bağlayıcılık unsuru taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi (AYM) bir yüksek mahkeme olarak yargı sisteminin deyim yerindeyse tam merkezinde bulunmakta, hukuk sisteminde çok önemli ve fonksiyonel görevler üstlenmektedir.² Dolayısıyla, hukuksal düzenin adaletli ve sağlıklı bir biçimde işlemesi, AYM'nin hareket alanıyla doğrudan ilgili bir konudur.³ 1982 Anayasası'nda AYM için

¹ **Özkul, Fatih:** "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2016, ss. 202-263, s. 203; **Tepe, Harun:** "Yargı Etiği ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2007, ss. 86-96, s. 87-88.

² **Yüksel, Metin:** "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2012, ss. 89-130, s. 90-91.

³ **Özbudun, Ergun:** Türkiye'nin Anayasa Krizi, 1. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s. 55.

öngörülen görev ve yetkiler dikkate alındığında, Yüksek Mahkeme'nin toplumsal ve siyasal hayatı biçimlendirebilme kabiliyetine sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁴ Ayrıca AYM kararları, bazı açılardan diğer yargı organlarının kararlarına göre özellik arz etmektedir. Anayasa'nın 153. maddesindeki düzenlemede, Yüksek Mahkeme kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğu düzenleme altına alınmıştır. Esasen Yüksek Mahkeme gücünü bu düzenlemeden, yani kararlarının kesin ve bağlayıcı olmasından almaktadır.⁵ Anayasa Mahkemesi kararlarının bir diğer özelliği de, üstün devlet organlarının kuvvetler ayrılığı ilkeleri doğrultusunda hareket etmelerini sağlamak, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumak ve en önemlisi mevcut iktidarı hukukla sınırlandırmaktır.⁶ Dolayısıyla AYM'nin aldığı kararlar, devlet organları kapsamında yatay etki, bireyler açısından ise dikey etki göstermekte, fakat en önemlisi tam anlamıyla bir yargısal güç sergilemektedir.⁷ Yüksek Mahkeme tarafından alınan kararların bu çok boyutlu etkisi doğaldır ki belli problemleri de beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce, bir hukuk devletinde, hangi organ tarafından kullanılırsa kullanılsın her yetkinin belirli bir alanı ve sınırı bulunmaktadır. Bu sınır aşıldığı takdirde hangi kurum olsa sorgulanır eleştirilir, meşruiyeti tartışma konusu haline gelir ve zorunlu olarak bir baskı ile karşı karşıya kalır.⁸ Aksi durumun kabulü halinde, yani AYM yetkilerinin sınırsız olduğunun kabul edilmesi durumunda, hukukun sağladığı güven ve belirlilik işlevsiz kalır, siyasal ve sosyal sistem, hukuksal düzen varoluş gayesini yitirir kendi kendisini yok etmeye başlar.

Yüksek Mahkeme ile ilgili bir diğer önemli sorun, anayasa yargısının demokratik sistemdeki konumu, kurulu mekanizmanın işleyişindeki etkisi ve uyumluluğudur.⁹ Türk Anayasa Mahkemesi hakkında yapılan politik tartışmaların çoğunun da bu merkezde olduğu görülmektedir. Bu tartışmalar öyle keskin bir boyutta yapılmaktadır ki, bazen AYM kendisini aniden politik kutuplaşmaların içerisinde bulmakta, bizzat “milli iradeye” düşman olduğu yönünde ithamlarla karşı karşıya kalmaktadır.¹⁰ Bu tartışmaların olgunluğu ve hukukilik düzeyi konuya göre değişiklik gösterse de, münakaşaların büyük çoğunluğunda AYM halkın iradesi önünde bir engel olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Yüksek Mahkeme'nin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemesi, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapması sadece ülkemizde değil, birçok demokratik devlette kabul edilmiş görevlerdir.¹² AYM'nin özellikle kanunların

⁴ **Erdoğan, Mustafa:** Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2004, s. 33.

⁵ **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 465.

⁶ **Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 403.

⁷ **Çağlar, Bakır:** “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 3, Yıl: 1986, ss. 137-187, s. 175.

⁸ **Gönenc, Levent:** “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt: 50, Sayı: 1, Yıl: 2001, ss. 131-152, s. 132.

⁹ **Ergül, Ozan:** Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 122.

¹⁰ **Dede, Kadir:** “Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 125-148, s. 126.

¹¹ **Erdoğan, Mustafa:** “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54 Sayı: 3, Yıl: 2005, ss. 58-79, s. 65.

¹² **Anayurt, Ömer:** “Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1-2, Yıl: 2009, ss. 117-160, s. 136.

Anayasa'ya uygun olup olmadığı hakkındaki kararları, yasama organının hukuka uygun olmayan, hatta keyfiyete varan kararlarını iptal ederek hukuk dışılığın önüne geçmesi, genel anlamda toplum tarafından kabul görmektedir. Ancak, mevcut iktidarın önem verdiği bir kararın iptal edilmesi durumunda devreye politik aktörler girmekte ve Yüksek Mahkeme, halkın iradesini temsil eden yasama organının, demokrasinin önünde bir engel, bir vesayet organı olarak gösterilmekte, demokratik meşruluk açısından ölçsüz bir şekilde eleştirilmektedir.¹³ Ayrıca, eleştirilen konu hakkında yasama organı ile Yüksek Mahkeme'nin farklı bakış açısı sergilemelerine ilişkin tartışmalara bakıldığında, hukukilikten ziyade siyasi olma unsurunun öne çıktığı gözükmektedir.¹⁴ Bu eleştirilerde olumsuz olan husus, yapılan eleştirilerin, ithamların tek bir boyutta kalmayıp birçok sistemselsel sorunu da beraberinde getirmesidir.

2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile birlikte, soyut ve somut norm denetimlerine ek olarak AYM'ye bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, Yüksek Mahkeme'nin yargı sistemi içerisindeki konumu noktasında yeni tartışmaların başlamasına yol açmıştır. Bireysel başvuru yolu kısaca, kişilerin Anayasa'da koruma altına alınmış temel hak ve özgürlüklerine kamu gücü tarafından zarar verilmesi durumunda, zarar gören hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve taraf olunun ek Protokoller kapsamında korunması şartıyla, olağan kanun yollarını tüketildikten sonra AYM'ye başvuruda bulunarak haklarını arayabilmeleri yoludur.¹⁵ AYM tarafından ihlal kararı verilmesi halinde, ihlal kararının verilmesine sebep olan kamu gücü, somut duruma göre ihlale son vermek, sonuçlarını ortadan kaldırmak, eski hale getirmek, benzer ihlali tekrarlamamak ve önlemekle yükümlüdür.¹⁶ İhlal kararının bir yargılama organının kararından kaynaklanması halinde ise, ilk derece mahkemesi yeniden yargılama yaparak ihlale konu hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabiliyorsa yeniden yargılama yapmakta ve AYM kararı doğrultusunda karar vermektedir.¹⁷ Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında, özellikle adli yargı ilk derece mahkemelerinin, Yargıtay tarafından onanmak suretiyle olağan yargı yolları tüketilen hükümler hakkında AYM tarafından verilen "hak ihlali" kararlarına uymadıkları, ihlal kararını yerine getirmekte direndikleri ve bu doğrultuda Yargıtay ile Yüksek Mahkeme arasında bir üstünlük probleminin doğduğu görülmektedir.¹⁸ Aslında hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir ülkede, böylesine bir

¹³ Dede, s. 143.

¹⁴ Waldron, Jeremy: "The Core of the Case Against Judicial Review", The Yale Law Journal, Sayı: 115, Yıl: 2006, ss. 1346-1406, s. 1349.

¹⁵ Aydın, Öykü Didem: "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 2011, ss. 121-170, s. 125-126.

¹⁶ Aydın, s. 160-164.

¹⁷ Gümüşay, Ramazan: "Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak "Yeniden Yargılama" Kararı ve İcrası", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1-2, Yıl: 2018, ss. 93-148, s. 96.

¹⁸ Kaboğlu, Özden İbrahim: "Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali", <https://legal.com.tr/blog/anayasa-hukuku/yargitay-karari-ve-anayasal-yokluk-hali/>. (Erişim Tarihi: 01.12.2023)

tartışmanın gündeme gelmesi kabul edilemeyecek olsa da, kanaatimizce konu öneminden dolayı incelemeye değerdir.

Bu çalışmada okuyucuya öncelikle konuya giriş mahiyetinde anayasa yargısı ile ilgili temel bilgiler sunulacak, devamında anayasa yargısının ülkemizdeki gelişimi, anayasaya uygunluk denetimi kapsamında iptal ve itiraz davaları, anılan davalar kapsamında AYM kararlarının niteliği incelenecektir. Güncel gelişmeler doğrultusunda AYM'nin en fazla bireysel başvuru yoluyla vermiş olduğu kararları sebebiyle eleştiriye uğradığı dikkate alınarak, kendine özgü ve diğer dava türlerine göre farklılık arz eden bireysel başvuru yolu, bu dava sonucunda alınan kararların nitelikleri ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir. Son olarak, AYM kararlarının bağlayıcı olma zorunluluğu tartışılacak ve Yüksek Mahkeme'nin hangi nitelikteki kararı olursa olsun uyulması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

I. ANAYASA YARGISI KAVRAMI VE ORTAYA ÇIKIŞI

Anayasaya uygunluk denetimi düşüncesini Antik Yunan dönemine kadar götürülenler olsa da, kurum gerçek kimliğini son iki yüz yıllık gelişmeler sonucunda bulmuştur.¹⁹ Anayasa yargısı genel anlamda dar ve geniş olmak üzere iki boyutta tanımlanmaktadır. Geniş anlamda ifade ettiği anlamda anayasa yargısı, anayasaya uyulmasını sağlayan her türlü işlem olarak ifade edilir. Anayasa yargısı dar anlamdaki tanımıyla ise, kanunların ve yasama organına ait bazı işlemlerin anayasaya uygun olup olmadıklarının yargısal yollarla denetimi anlamına gelmektedir.²⁰ Dikkat edileceği üzere her iki tanımda da anayasa yargısının temel işlevi hukuksal düzen içerisinde anayasaya uygunluğu sağlamaktır.²¹

Anayasaya uygunluk denetiminin dayandığı iki temel unsur hukuk devleti ilkesini ve özellikle yazılı ve katı bir anayasanın bulunması halinde anayasanın üstünlüğünü sağlamaktır.²² Diğer taraftan, bir sistemde normlar hiyerarşisi kabul edilmişse, hukuk normları öncelik ve bir üsttekine uygunluk bakımından dereceli bir şekilde sıralamaya tabi tutulmuşsa, bu hiyerarşinin mantıki sonucu olarak bir denetim mekanizmasının kabul edilmesi gerekmektedir.²³ Hans Kelsen'e ait olan normlar hiyerarşisi gözden geçirildiğinde, hukuk normlarının bir derecelendirmeye tabi tutulduğu, anayasanın en üstte yer aldığı, onu kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin izlediği, aşağıda bulunan normun geçerliliğini bir üsttekenden aldığı ve ona uygun olmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır.²⁴ Bu doğrultuda anayasanın altına bulunan

¹⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 469.

²⁰ Kaboğlu, İbrahim Özden: Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2007, s. 13.

²¹ Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 41.

²² Atay Ender Ethem: İdare Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 54.

²³ Arslan, Zühtü: Anayasa Teorisi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 183.

²⁴ Kuluçlu, Erdal: "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", Sayıştay Dergisi, Sayı: 71, Yıl: 2008, ss. 3-22, s. 3-4.

normlar ona uygun olmalıdır. Bu uygunluğu gerçekleştirmenin ve denetime tabi tutmanın yolu ise anayasa yargısından geçmektedir.²⁵

Anayasa yargısının bir diğer önemli dayanak noktasını ise hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Aslında hukuk devleti ilkesi modern demokrasinin geldiği aşamada, normlar hiyerarşisinin de ötesinde çok önemli bir önem ve anlam taşımaktadır.²⁶ Yakın bir zaman dilimine kadar sadece yürütme organının kanunla bağlı olması anlamına gelen ilke, tarihi süreçte büyük bir değişime uğramıştır.²⁷ Zaman içerisinde birey hak ve özgürlüklerine yönelik tehditlerin sadece yürütme organından gelmediği, yasama organının da anılan haklara yönelik olumsuz faaliyetlerde bulunabileceği anlaşılmış ve bu doğrultuda hukuk devleti ilkesi tüm sistemi içerisine alan bir çatı haline gelmiştir.²⁸ Özellikle yasama ve yürütme organlarının iç içe geçtiği sistemlerde, örneğin parlamenter demokrasilerde, yasama ve yürütme organlarının kanunu yapma ve uygulama görevleri birlikte dikkate alındığında, hukuk devleti ilkesine duyulan ihtiyaç daha da artmaktadır.²⁹ Hatta gelinen zaman dilimi içerisinde yasama ve yürütme organlarına yargı organı da katılmış, anılan organ tarafından da temel hak ve hürriyetler aleyhine kararlar alınabileceği görülmüş ve bunun bir sonucu olarak yargı organı bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlamak kapsamında hukuk devleti ilkesinin denetimine tabi tutulmuştur.³⁰ Dolayısıyla devletin bütün üstün erklerinin anılan ilke doğrultusunda hareket etmeleri ve yargısal denetime tabi tutulmaları gerektiği kabul edilmiş, hukuk devleti insanlığın değerini temsil eden bir düşünce bütünü haline gelmiştir.³¹ Görüleceği üzere anayasa yargısı, insan özgürlüklerini koruma doğrultusunda evrimleşmiş ve fonksiyonel bir güvence sistemi niteliğine bürünmüştür.

Anayasa yargısı, 1803 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) görülen ve *Marbury v. Madison* davası olarak isimlendirilen yargılamada ortaya çıkmıştır. Federal Yüksek Mahkeme tarafından görülen davada yargılama makamı, Amerikan Anayasası'na aykırı olan kanunların uygulanamayacağını, "ihmal edilebileceğini" belirterek bir anlamda anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır.³² ABD'de kanunların anayasaya aykırı olamayacakları daha öncesinde kabul edilmiş olsa da *Marbury v. Madison* davası ile bu ilke pratiğe dökülmüş,

²⁵ **Gözler, Kemal:** "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 3, Yıl: 2006, ss. 131-166, s. 133.

²⁶ **Alan, Nuri:** "(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, Yıl: 2003, ss. 1-9, s. 2.

²⁷ **Butleritchie, T. David:** "The Confines of Modern Constitutionalism", *Pierce Law Review*, Volume: 3, Number:1, Year: 2004, ss. 1-32, s. 6.

²⁸ **Giegerich, Thomas:** "Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 26, Sayı: 1, Yıl: 2010, ss. 123-142, s. 125.

²⁹ **Stein, Robert:** "Rule of Law: What Does it Mean?", *Minnesota Journal of International Law*, Volume: 18, Number: 2, Year: 2009, ss. 292-303, s. 302.

³⁰ **Stein**, s. 302-303.

³¹ **Stein**, s. 303; **Özbudun**, (2014), s. 403.

³² **Gözler, Kemal:** *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 449.

anayasa yargısının somut bir şekilde uygulanması suretiyle kurumsal gelişim başlamıştır.³³ Anayasacılık düşüncesinin temeli de hak ve özgürlüklerin devlet karşısında korunması, güvenceye kavuşturulması, devletin üstün organlarının kullandığı egemenliğin sınırlandırılmasında yatmaktadır.³⁴

II. ANAYASA YARGISININ TÜRK HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKIŞI

Ülkemizde anayasa yargısının yazılı, katı bir anayasanın ve AYM'nin düzenleme altına alındığı 1961 Anayasası ile başlamış olduğunu belirtmek gerekir.³⁵ Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ilk kez 1961 Anayasası³⁶ ile kabul edilmiş, bir AYM kurulmuş ve aynı tutum 1982 Anayasası'yla da devam ettirilmiştir.³⁷ 1961 Anayasası'nın 147. maddesindeki düzenleme uyarınca “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.*” Görüleceği üzere, anayasaya uygunluk denetimi genel mahkemelere verilmemiş “merkezi tipte anayasa yargısı” modeli kabul edilmiştir.³⁸ 1961 Anayasası'nın gerekçesinde, o güne kadar kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi için bir model kabul edilmemiş olmasından kaynaklanan olumsuz örnekler, bu konuda öne sürülen fikirler dile getirilmiş ve anayasa yargısının kabul edilmesinin önemli bir gelişme olduğuna vurgu yapılmıştır.³⁹

³³ **Baum, Lawrance:** The Supreme Court, Washington D.C., CQ Press, 1985, s. 16; **Feyzioğlu, Turhan:** Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Muhasebesi, 1. Baskı, Cüneyt Matbaası, Ankara, 1951, s. 26; **Lütem, İlhan:** ABD'de Düşünce Özgürlüğü Bakımından Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956, s. 39; **Clenughan, William:** Maqruder's American Government, Massachusetts, Prentice Hall Needham, 1990, s. 52-53.

³⁴ **Korucu, Serdar:** Yargısal Aktivizm, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 25; **Hönnige, Christoph:** “Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics”, International World Congress, Santiago de Chile, 2009, s. 3-4; **Sweet, Alec Stone:** “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)”, West European Politics, 25, 2002, ss. 77-100, s. 79; **Speath, Harold:** Supreme Court Policy Making: Explanation and Prediction, San Francisco, W.H. Freeman, 1979, s. 8-17.

³⁵ **Arsel, İlhan:** Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 19. Anayasa Mahkemesi ilk kez 1961 Anayasası ile kurulmuş olsa da 1961 Anayasası öncesinde de Türkiye'de anayasanın üstünlüğü ilkesi mevcuttu. Bu kapsamda 1876 Anayasası ve uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Kılıç, Selda:** “1876 Meclis-i Mebusanı ve Seçim Hazırlıkları”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 30, Yıl: 2011, ss. 28-40, s. 28; **Aliefendioğlu, Yılmaz:** “Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2001, ss. 29-68, s. 37; **Erdoğan, Mustafa:** Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Orion Yayınevi, Ankara, 2005, s. 146; **Onar, Erdal:** Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Yayınevi Belirtilmemiş, 1. Baskı, Ankara, 2003, s. 164. Yine, Anayasanın üstünlüğü ilkesi kapsamında 1924 Anayasası uygulaması ve genel mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapıp yapamayacakları hakkındaki görüşler için bkz., **Tunaya, Tarık Zafer:** Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938) Kanun-u Esasi ve Meşrutiyet Dönemi, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003, s. 32; **Balta, Tahsin Bekir:** “Türkiye'de Anayasa Yargısı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1-4, Yıl: 1961, s. 547.

³⁶ 1961 Anayasası metni için bkz., **Kili, Suna/Gözübüyük, Şeref:** Türk Anayasa Metinleri, 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 36-52.

³⁷ **Taşkın, Ş. Cankat:** “2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 97, Yıl: 2011, ss. 172-230, s. 173-174.

³⁸ **Gözler,** (2014), s. 454.

³⁹ **Daver, Bülent:** “Anayasa Mahkemesi Yargıcı”, Anayasa Yargısı, Cilt: 3, Sayı: 27, Yıl: 1994, ss. 141-147; s. 146; **Yüzbaşıoğlu, Necmi:** Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.

1982 Anayasası'nda hak ve özgürlükleri korumak, devletin üstün organlarının işlemlerini anayasa ile sınırlamak amacıyla anayasa yargısı uygulamasına devam edilmiştir. Hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda, AYM tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi düzeltici denetim niteliğindedir. Dolayısıyla her iki Anayasa'da da önleyici denetim kabul edilmemiştir.⁴⁰ Her iki Anayasa'da da AYM kararlarının geriye yürümeyeceği öngörülmüş, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için soyut ve somut norm denetimi yolları olmak üzere iki farklı başvuru yolu benimsenmiştir. 1961 Anayasası'nda, 1982 Anayasası'ndan farklı olarak soyut norm denetimi daha geniş bir kesim tarafından kullanılabilir. ⁴¹ Somut norm denetimi yolunda da 1961 ve 1982 Anayasası arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, 1961 Anayasası'nda somut norm denetimi yoluna başvurulduğunda, ilk derece mahkemesi 6 ay içerisinde anayasaya aykırılık iddiasını karara bağlamadığı takdirde, başvuruda bulunan mahkeme kendi kanaati doğrultusunda karar verme hakkına sahip oluyordu. Görüleceği üzere, anayasaya uygunluk denetimi belirli şartların oluşması halinde ilk derece mahkemelerine verilmişti.⁴² 1982 Anayasası'nda ise aynı durumun gerçekleşmesi halinde, yerel mahkeme uyuşmazlığı yürürlükteki kanun hükümleri doğrultusunda karara bağlayacaktır. Yine 1961 Anayasası'nda AYM'ye sadece davanın taraflarını bağlayıcı ve önündeki olaylı sınırlı karar verebilme yetkisi verilmişti.⁴³ Anılan yetkiler 1982 Anayasası'nda kabul görmemiştir.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği⁴⁴ ile Anayasa Mahkemesi'ne "bireysel başvuru (anayasa şikâyeti)" yapabilme yolunun tanınmış olması, anayasa yargısının gelişiminde, hak ve özgürlüklerin korunmasında çok anlamlı bir adım olarak kabul edilmelidir.⁴⁵ Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti, Cumhuriyet rejiminin temel unsurlarından birisi olarak kabul edilmiştir.⁴⁶ Anayasa'nın 5. maddesinde ise bireyin hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlandıran siyasal, sosyal, ekonomik engellerin kaldırılması, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişebilmesi için gerekli şartların hazırlanması devletin görevleri arasında sayılmıştır.⁴⁷ Hak ve özgürlüklere karşı önemli müdahalelerin devlet otoritesini temsil eden kurumlar tarafından gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, anayasa şikâyeti mekanizmasının kabul edilmesi,

103; **Memiş, Emin:** Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005), Anayasa Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 421; **İnce, Abidin Kadir:** "Ana Hatlarıyla Çift Meclis Sistemi", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2023, ss. 382-455, s. 388.

⁴⁰ **Onar,** s. 143-144.

⁴¹ **Kapani, Münci:** Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 286.

⁴² **Kıratlı, Metin:** Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 15-19.

⁴³ **Kıratlı,** s. 123.

⁴⁴ Bkz., RG: 13.5.2010, 27580.

⁴⁵ **Ekinci, Hüseyin:** "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 30, Yıl: 2013, ss. 161-197, s. 161.

⁴⁶ **Korkut, Levent:** "Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2017, ss. 43-82, s. 47.

⁴⁷ **Gümüş, Ali Tarık:** "Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2010, ss. 117-158, s. 134-135.

Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinin pratikte anlam ifade etmesine yol açmakta, en önemlisi hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesine imkân sağlamaktadır.⁴⁸ Bu doğrultuda 2010 değişikliği sonrasında, Anayasa'nın 148. maddesindeki düzenleme uyarınca bireyler, Anayasa ile teminat altına alınmış olan bir temel hak ve özgürlüklerinin kamu otoritesi tarafından ihlal edildiği iddiasıyla, o hak ve özgürlüğün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında (ek protokoller dâhil) koruma altına alınmış olması kaydıyla AYM'ye başvuruda bulunabileceklerdir. Bu sayede, hak ve özgürlük ihlalinde bulunan bir yasama, yürütme ve yargı organı işlemi, son çare olarak AYM önüne götürülecek, anayasa yargısı yoluyla hukuk devleti objektif olarak koruma altına alınacaktır.⁴⁹

III. NORM DENETİMİ KAPSAMINDA İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI İLE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

AYM'nin bir Yüksek Mahkeme olarak norm denetimi kapsamında görev ve yetkileri göz önüne alındığında, uygulanmakta olan hukuk düzenin işlerliğine olan katkısı ve önemi daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

A. İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI

Genel anlamda AYM'nin denetimini yaptığı normlar, TBMM'nin yasama yetkisi kapsamında kabul ettiği düzenlemelerdir. Yasama organının takdir yetkisine bağlı kararlar yargısal denetime tabi değildir.⁵⁰ Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca AYM, kanunları, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini, TBMM İçtüzüğünü Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunlukları yönünden denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişiklikleri ise sadece şekil bakımından incelenir ve denetlenir. AYM'nin norm denetim alanı dikkate alındığında, temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren alanlara özgüleme yapıldığı, yasama organının takdir hakkının, devletin uluslararası alanda yürüttüğü siyasi veya ekonomik faaliyetin kapsam dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.⁵¹

1. İptal Davası

İptal davasında denetlenecek norma karşı, bu normun Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren belirli bir süre içinde ve belirli kişiler tarafından doğrudan AYM'ye dava açılır. İptal davası, somut bir olaya değil doğrudan soyut bir norma karşı açılmaktadır. AYM, istemle bağlı olmak koşuluyla şekil ve esas yönünden anayasaya uygunluk denetimi

⁴⁸ Gümüş, 126-128.

⁴⁹ Gündüz, Ebru/Alkım Aktaş: "Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 1, Sayı: 55, Yıl: 2017, ss. 55-78, s. 74.

⁵⁰ Kaya, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, 3. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 220.

⁵¹ İba, Şeref: Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, s. 203.

yapar.⁵² Ülkemizde iptal davası, norm yürürlüğe girdikten sonra açılabilirdi için “sonradan denetim” niteliğindedir.⁵³ Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla AYM’de doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, “en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu” yerine, “iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları” iptal davası açılabilirdi. Anayasa’nın 148. maddesi gereğince, kanunlar ve anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, sadece Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve Meclis İçtüzüğü bakımından bu sınırlama geçerli değildir.

Anayasa’nın 151. maddesi uyarınca, AYM’ye doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğün Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer. Anayasa’nın 148. maddesi uyarınca ise anayasa değişiklikleri ve kanunlar bakımından şekil yönünden açılacak iptal davası, bunların Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, şekil bakımından iptal davası açma süresi anayasa değişiklikleri için 10 gün, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve TBMM İçtüzüğü için 60 gündür. Esas bakımından iptal davası açma süresi ise tüm normlar için 60 gündür. Görüleceği üzere, anayasaya aykırılık iddiası ile iptali istenen normlar hakkında normun niteliği, dava açmaya yetkisi olanlar ve süre yönünden farklılıklar kabul edilmiştir.⁵⁴

Yukarıda sunduğumuz pragmatik yaklaşım, yürürlüğe giren bir normun kısa sürede sonuca bağlanması, gündemi meşgul etmemesi ve devlet yönetimine engel olmaması için uygun bir yöntemdir.⁵⁵ AYM sayesinde, anayasaya aykırı bir norm yürürlüğe girdiği anda iptal davasına konu olmakta, anayasaya aykırılığı iddia edilen hükümlerin her biri üzerinde yargısal denetim yapılmakta, hangi nedenlerle aykırı olduğu gerekçeleriyle açıklanmakta, gerektiği takdirde yürürlüğü durdurma kararı verilmekte, anayasaya uygunluk, haklar ve özgürlükler koruma altına alınmaktadır.⁵⁶ Anayasa’ya inanan, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyen, birey olmanın değerine önem veren hiçbir düşüncenin bu noktada itiraz hakkı olmamalıdır.

⁵² Özbudun, (2014), s. 436.

⁵³ Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 251.

⁵⁴ İba, s. 204.

⁵⁵ Kaboğlu, İbrahim: Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 50-52.

⁵⁶ İba, Şeref/Kılıç, Abbas: Anayasa Yargısı Dersleri, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 58.

2. İtiraz Davası

İtiraz yoluna “somut norm denetimi” de denir. Bunun sebebi, anayasaya aykırılığın görülmekte olan bir yargılamada uygulanacak olan norm hakkında olmasıdır.⁵⁷ Somut norm denetiminin konusunu ancak kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri oluşturabilir.

a. Mahkemede Görülmekte Olan Dava

Mahkemede görülmekte olan bir dava olmaması halinde itiraz yoluna başvurulamaz.⁵⁸ AYM, itiraz davalarında öncelikle davaya bakan organın bir mahkeme niteliğinde olup olmadığını, ilgili organın mahkeme niteliğinde olması halinde ise görevli⁵⁹ ve yetkili olup olmadığını, son olarak da davanın derdest olup olmadığını incelemektedir.⁶⁰

b. Davada Uygulanacak Norm

İtiraz yolunda, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen normun herhangi bir norm değil, davada uygulanacak bir norm⁶¹ ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olması gerekir. Davada uygulanacak norm kapsamına sadece yargılamanın esasına ilişkin değil, usulüne ilişkin düzenlemeler de dâhildir.⁶²

İtiraz yoluyla AYM tarafından incelenmeye başlanan düzenlemeyi, TBMM'nin kaldırması veya değiştirmesi itiraz davasını sonlandırmaz.⁶³ Değiştirilen hüküm ceza kanununa ilişkinse ve yeni düzenleme lehe ise artık yargılamada sanığın lehine olan hüküm uygulanacağı için önceki hüküm uygulanan hüküm olma niteliğini kaybedeceğinden, AYM mahkemenin artık yetkisiz olmasından dolayı davanın reddine karar verir. Yeni düzenleme sanığın aleyhine ise itiraz davasına konu hüküm değişiklikten sonra da sanığın lehine olarak uygulanacak norm

⁵⁷ İba/Kılıç: s. 55

⁵⁸ AYM, savcılıkları, sorgu hâkimlerini, vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını mahkeme niteliğinde saymamakta, buna karşın icra tetkik mercileri ile askeri mahkemeleri mahkeme kavramı içinde değerlendirmiştir. Bkz., AYM: 1964/51 E., 1965/3. K., KT: 12.01.1965. Sayıştay hakkında ise içtihadını değiştirme yoluna giderek önüne gelen davayı esastan incelemiştir. Bkz., AYM: 2011/142 E., 2013/52 K., KT: 03.04.2013. Yine, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı Yüksek Mahkeme'ye göre mahkeme kavramı içinde değerlendirilmeyordu. Bkz., AYM: 1992/12 E., 1992/ 2 K., KT: 18.02.1992. Ancak AYM bireysel başvuru sonucunda önüne gelen hak ihlali iddiasında bu karardan dönmüş ve İlçe Seçim Kurullarını mahkeme niteliğinde kabul etme yoluna gitmiştir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/3912, KT: 06.02.2014. AYM, Yüksek Seçim Kurulu'nun bir yargı yeri olup olmadığı veya kararlarının yargısal nitelikte olup olmadığı konusunda ise net bir karar vermemiş, sadece önüne gelen bir davada, Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olduğuna hükmetmiştir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2015/6723, KT: 14.07.2015.

⁵⁹ AYM'ye göre görev kamu düzeni ile ilgilidir ve birey iradesi ile çözülemez, bu sebeple Yüksek Mahkeme tarafından öncelikli olarak incelenmelidir. Bkz., AYM: 1981/10 E., 1983/16 K., KT: 07.08.1984.

⁶⁰ İba/Kılıç: s. 56.

⁶¹ AYM'ye göre davayı sonuçlandırmada olumlu veya olumsuz etki yapan her düzenleme, davada uygulanacak norm niteliğindedir. Bkz., AYM: 2002/116 E., 2002/67 K., KT: 09.11.2002.

⁶² Tunç, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 242.

⁶³ AYM'ye göre, davanın açılması sonrasında herhangi bir sebeple davanın ortadan kalkması, itiraz davasının incelenmesine engel değildir. Bkz., AYM: 1981/10 E., 1983/16 K., KT: 08.07.1984.

olma niteliğinde olacağı için itiraz davası devam eder.⁶⁴ Usul değişikliklerinde ise “derhal uygulama” ilkesi geçerli olacağı için, yeni kural uygulanacak hüküm niteliğine gelecek ve bu sebeple önceki hüküm uygulanacak norm olma niteliğini kaybedecektir.⁶⁵ Anayasa’nın 152 ve 6216 sayılı Yasa’nın 40. maddesi uyarınca, Yüksek Mahkeme’ye itiraz yoluyla yapılan başvurularda, denetime tabi tutulacak norm başvuruda bulunan mahkemenin görmekte olduğu davada uygulayacağı düzenleme ile sınırlı olduğu için, AYM sadece uygulanacak düzenleme bakımından denetim yapar.⁶⁶ AYM, incelemeye konu hüküm hakkında bu sınırlamayı yaparken, davaya konu işlemi, maddi vakıanın içeriğini ve kapsamını birlikte değerlendirmektedir.⁶⁷

c. Anayasaya Aykırılık İddiasının Ciddi Olması

İtiraz yoluna başvurulabilmesi için, davaya bakan mahkeme tarafından anayasaya aykırılık iddiasının ciddi görülmesi gerekmektedir.⁶⁸ Mahkeme, anayasaya aykırılığı resen görebileceği gibi bu hususu taraflar da ileri sürebilir. Anayasaya aykırılık iddiasında ciddilikten anlaşılması gereken, hukuki bakımdan savunulabilir veya tartışılabilir olmasıdır.⁶⁹ Davayı uzatmak için kullanılan ya da hukuki olarak savunulamayacak iddialar ciddi kabul edilmez. İddianın ciddiliğini davaya bakmakta olan mahkeme kabul eder ve AYM bu konuda bir ön inceleme yapmaz.⁷⁰

Davaya bakan mahkeme, yukarıda sunduğumuz bilgiler ışığında anayasaya aykırılığın ciddi olduğuna kanaat getirirse AYM’ye başvuru kararı alır.⁷¹ Alınan bu kararda yargılamada uygulanan normun, Anayasa’nın hangi maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle birlikte açıklanır. Davaya bakan mahkeme, söz konusu iddiayı ciddi görmezse bu konudaki görüşünü gerekçeli kararda nedenleriyle birlikte açıklar ve hüküm itiraz, istinaf veya temyiz yasa yollarının kullanılması halinde üst dereceli merci tarafından incelenir.⁷²

d. Beş Aylık Karar Süresi

Anayasa’nın 152. maddesinin 3. fıkrası uyarınca AYM, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içerisinde anayasaya aykırılık iddiası hakkında bir karar verir. Anılan süre içerisinde karar verilemediği takdirde, yargılamayı yapan mahkeme uyuşmazlığı

⁶⁴ Özbudun, (2014), s. 418.

⁶⁵ Bkz., AYM: 1981/2 E., K., 1981/21, KT: 22.09.1981.

⁶⁶ Bkz., AYM: 2013/128 E., 2014/66 K., KT: 27.03.2014.

⁶⁷ Özbudun, (2014), s. 418-419.

⁶⁸ Egeligi, Ömer Emrullah: “Somut Norm Denetiminde Anayasa’ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi”, Anayasa Yargısı dergisi, Cilt: 39, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 213–261, s. 216.

⁶⁹ Anayurt, Ömer: Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 192-193.

⁷⁰ Özbudun, (2014), s. 404.

⁷¹ Anayurt, s. 192-193.

⁷² Örnek karar için bkz., AYM, 05.06.1964, E. 1964/15, K. 1964.

yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacak, ancak AYM kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar verilirse Yüksek Mahkeme'nin kararına uyacaktır. Görüleceği üzere itiraz yolunda AYM'ye beş aylık bir süre tanınmıştır ve bu süreye uyulmamasının bir yaptırımı bulunmamaktadır.⁷³ Buradaki sorun, dava mahkemesinin önündeki uyuşmazlığı Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü düzenlemeye göre sonuçlandırmak zorunda olmasıdır.⁷⁴ Uygulamada mahkemeler, AYM kararı gelene kadar davayı ertelemekte ve bu da davaların uzamasına sebep olarak adil yargılamanın en önemli unsurlarından olan uyuşmazlığın makul sürede bitirilmesi ilkesine aykırılık oluşturmasıdır.⁷⁵ 1961 Anayasası'nın 151. maddesi uyarınca, AYM işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını vermediği takdirde mahkemeler, anayasaya aykırılık iddiasını kendi takdirleri doğrultusunda sonuca bağlıyor, AYM'nin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse buna uymak zorunda kalıyorlardı. Bu düzenleme, yargılamanın uzamasını engellediği gibi, davaya bakan ilk derece mahkemeleri hâkimlerini de Anayasa hükümleri üzerinde daha titiz araştırma yapmaya teşvik ediyordu.⁷⁶

e. Red Kararından Sonra On Yıllık Başvuru Yasağı

Anayasa'nın 152. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, AYM'nin işin esasına girmek suretiyle vermiş olduğu red kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yeni bir başvuru yapılamayacaktır.⁷⁷ İptal davasının açılması için öngörülen 60 günlük hak düşürücü süre içinde, AYM'nin işin esasına girmek suretiyle red kararı vermesi ve bu süre dolmadan tekrar başvuruda bulunulması mümkün olamayacağı için, "tekrar başvuru", ancak itiraz yoluyla yapılan başvurularda mümkün olabilecektir.⁷⁸

On yıllık başvuru yasağı, AYM kararlarına içtihat istikrarı kazandırmak amacıyla ilk kez 1982 Anayasası ile kabul edilmiştir.⁷⁹ Söz konusu düzenleme 1961 Anayasası'nda hüküm altına alınmadığı için, o dönemde AYM işin esasına girerek red kararı verdikten kısa bir süre

⁷³ **Aliefendioğlu, Yılmaz:** "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Mahkemesinin 22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler içinde, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:4, 1984, ss. 101-147, s. 126.

⁷⁴ **Aliefendioğlu,** (1984), s. 126-127.

⁷⁵ **Aliefendioğlu,** (1984), s. 127.

⁷⁶ **Aliefendioğlu,** (1984), s. 126-127.

⁷⁷ AYM istikrarlı bir şekilde, on yıllık sürenin, iptal davası veya itiraz başvurusu üzerine verilmiş olması ayrımı yapılmaksızın, iptal veya itiraz başvurularından herhangi birinde işin esasına girilerek verilen red kararının Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihten itibaren başladığını savunmaktadır. Bkz., AYM: 2017/85 E., 2017/64 K., KT: 15.03.2017. Ayrıca Bkz., **Eren, Abdurrahman:** Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 653-657.

⁷⁸ Farklı görüşler ve konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., **Öden, Merih:** "Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 4, Yıl: 2000, ss. 47-81, s. 62-65; **Atar, Yavuz:** Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 322.

⁷⁹ **Sabuncu, Yavuz:** Anayasaya Giriş, 15. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 297; **Aliefendioğlu,** (1996), s. 233-234; **Eren,** s. 653.

sonra da olsa aynı düzenleme tekrar önüne geldiğinde red kararı verebilmekteydi.⁸⁰ Bu uygulamanın önüne geçebilmek amacıyla, 1982 Anayasası'nda yeni bir mekanizma kabul edilerek, işin esasına girilerek verilen red kararlarının on yıl süreyle tekrar incelenemeyeceği esası benimsenmiştir.⁸¹ On yıllık denetim yasağı, AYM'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra başladığı için, işin esasına girmeden ilk incelemede verilen red kararları bu yasağa tabi olmayacaktır.⁸²

3. Denetimin Kapsamı

Anayasa yargısında denetime tabi olan normlar, şekil ve esas olmak üzere iki yönden denetlemeye tabi tutulur. Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme uyarınca AYM, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetleyecektir. Normların şekil ve esas bakımından denetimi sadece iptal davasına konu olabileceğinden, itiraz yolunda şekil denetimi yapılamaz.⁸³

a. Şekil Yönünden Denetim

Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrası uyarınca AYM, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas yönünden uygunluğunu denetler. Şekil bakımından denetim, denetlemeye tabi tutulan normun usul kurallarına uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığına yönelik denetimi ifade etmektedir.⁸⁴ Ancak Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, her usule aykırılık iptal nedeni olarak kabul edilmemiştir. Usule aykırılık yönünden yapılan denetim, her norm yönünden farklılıklar arz etmektedir. Anayasa'nın 148. maddesinin 2. fıkrası uyarınca şekil bakımından denetimde, anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğuna, oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceğine (genel kurulda iki defa görüşülme) ilişkin yasağa uyulup uyulmadığı, kanunların ve TBMM İçtüzüğü'nün ise son oylamada öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği denetlenmektedir.⁸⁵ 2017 Anayasa değişikliği ile kanun hükmünde kararnamelerin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnameleri almıştır. Anılan kararnamelerin şekil ve esas bakımından AYM'nin denetimine tabi olacağı ifade edildiği halde, şekil denetimine ilişkin bir sınırlama

⁸⁰ 1961 Anayasası döneminde verilen örnek bir karar için bkz., AYM: 1967/13 E., 1969/5 K., KT: 23.03.1976. Ayrıca bkz., **Öden**, s. 49. On yıllık denetim yasağının içtihat gelişimine engel olduğu ve bu sebeple kaldırılması gerektiği hakkında red kararına muhalif kalan üyenin görüşleri için bkz., AYM: 2017/85 E., 2017/64 K., KT: 15.03.2017.

⁸¹ Bkz., AYM: 2003//23 E., 2006/262/K., KT: 22.02.2006; 2013/77 K., 1014/4 K., KT: 16.01.2014; 2014/82/K., 2014/143 K., KT: 11.09.2014; 2013/99 E., 2014/61 K., KT: 27.03.2014; 2014/136 E., 2014/131 K., KT: 23.07.2014. Ayrıca Bkz., **Öden**, s. 50-51.

⁸² **Azaklı, Murat**: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 73-103, s. 80.

⁸³ **Azaklı**, s. 75-76.

⁸⁴ AYM, kanunların yapım sürecine ilişkin kuralları şekil ve usul kuralı olarak ayırmayıp, usul eksikliklerini şekil denetimine ilişkin kurallar dışında tutmamaktadır. Bkz., AYM: 2014/57 E., 2014/81 K., KT: 10.04.2014; 2015/41 E., 2017/98 K., KT: 04.05.2017. Ayrıca Bkz., **Onar**, s. 132.

⁸⁵ **Eren**, s. 659-660; **Azaklı**, s. 80.

getirilmemiştir.⁸⁶ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için herhangi bir oylama söz konusu olmadığından, şekil yönünden denetim sadece Cumhurbaşkanının ilgili kararnamede imzası bulunup bulunmadığı yönünde olmalıdır.⁸⁷ Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca AYM, anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebilir. Yine, Anayasa değişikliklerine ilişkin iptal davası sadece şekil bakımından aykırılık iddiası ile açılabilir. Şekil bozukluğuna dayanan anayasaya aykırılık iddiası, anayasaya aykırılık itirazı ile ileri sürülemez.⁸⁸ Şekle aykırılıktan dolayı açılan iptal davaları, AYM tarafından öncelikle incelenerek karara bağlanmaktadır.⁸⁹

b. Esas Yönünden Denetim

Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında, AYM'nin kanunları, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini ve TBMM İçtüzüğünü esas bakımından Anayasa'ya uygunluk yönünden denetleyeceği belirtildiği halde, esasa yönelik denetimin kapsamı hakkında bir belirleme yapılmamıştır.⁹⁰ Anayasa'nın 153. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ise AYM, bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyecektir. Dolayısıyla AYM, esas denetimi yaparken anayasaya uygunluk denetimi yapabilecek, fakat yerindelik denetimi yapamayacaktır.⁹¹

Esasa bakımından denetim, denetim, denetlemeye konu olan normun içeriğine girilerek yapılan denetimi ifade eder.⁹² Dolayısıyla bu tür denetimde ilgili norm, hem anlamlandırılır hem de yorumlanır. Normun esas bakımından denetimi, sebep, amaç ve konu unsurlarını içerir.⁹³ Sebep, normun çıkarılmasında rol oynayan etkenlerdir. Bu doğrultuda AYM'nin, sebeplerin yerinde olup olmadığına yönelik denetim yapması, hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimine yol açabilecek bir tehlikeyi bünyesinde barındırmaktadır.⁹⁴ Amaç, normun Anayasa'da belirtilen amaçlara uygun olması, kişisel veya siyasi amaçlarla düzenleme yapılmaması anlamına gelmektedir.⁹⁵ Konu, normun konusunu oluşturduğu hukuki durumu

⁸⁶ **Azaklı**, s. 80-81.

⁸⁷ **Eren**, s. 661.

⁸⁸ **Eren**, s. 659-660.

⁸⁹ **Atar, Yavuz**: "Anayasa Mahkemesine İptal Davası Açma Usulü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2 (Milenyum Armağanı), Yıl: 2000, ss. 161-169, s. 163.

⁹⁰ AYM'ye göre, "Kanunların esas bakımından Anayasaya uygunluk denetimi; kanunun içeriği, başka bir ifadeyle kanunun maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasaya uygun olup olmadığını ifade etmektedir." Bkz., AYM: 2015/41 E., 2017/98 K., KT: 04.05.2017. Ayrıca bkz., **Eren**, s. 661; **Gözler**, (2014), s. 1166.

⁹¹ **Kulak, Sercan Coşkun**: "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 87, Yıl: 2010, ss. 228-261, s. 233.

⁹² AYM, esas yönünden yaptığı denetimde öncelikle önündeki düzenlemenin Anayasa'nın emredici veya yasaklayıcı hükümlerine aykırı olup olmadığını incelemektedir. Bkz., AYM: 2012/98 E., 2013/92 K., KT: 17.07.2013.

⁹³ **Aykut, Zülal**, "Anayasa Yargısı ve Uygunluk Denetimi", Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 3, Yıl: 2023, ss. 51-76, s. 66.

⁹⁴ **Erdoğan, Mustafa**: Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 205.

⁹⁵ **Erdoğan**, (2002), s. 207.

veya oluşturduğu hukuki sonucu ve içeriği ifade etmektedir. Bir yasama işleminin konusu, elde edilmesi istenen sonuç olarak karışımıza çıkmaktadır.⁹⁶

Anayasa’da belirli bir konuda emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunması durumunda Anayasa koyucunun, yasa koyucunun kanun çıkarma iradesini konu yönünden sınırladığı kabul edilir. Yasama organı ancak bu emredici veya yasaklayıcı normları göz önünde bulundurarak düzenleme yapabilir.⁹⁷ Anayasa’da belirli bir konuda emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmaması durumunda, yasama organı Anayasa’nın diğer hükümlerini de gözeterek kanunun konusunu istediği şekilde belirleyebilecektir.⁹⁸

4. İptal ve İtiraz Davalarında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Hukuki Niteliği

Anayasa’nın 153. maddesinde “Anayasa Mahkemesi’nin Kararları” kenar başlığı altında, Yüksek Mahkeme kararlarının hukuki niteliği açıklanmaktadır.

a. Kararların Kesin Olması

Anayasa’nın 153. maddesindeki düzenlemenin ilk cümlesinden, AYM kararlarının kesin nitelikte oldukları sonucu çıkmaktadır.⁹⁹ Ancak söz konusu kesinlik doktrinde farklı tartışmaların yapılmasına sebep olmuştur.¹⁰⁰ Bu sebeple konuyu, şekli anlamda kesinlik ve maddi anlamda kesinlik olmak üzere iki alt başlık altında inceleyeceğiz.

aa. Şekli Anlamda Kesin Hüküm Olma

Usul hukukunda şekli anlamda kesinlik, bir mahkemenin uyuşmazlığı çözen kararını verdikten ya da belirli bir süre geçtikten sonra, verilen hükme karşı olağan kanun yollarına başvurulamamasıdır. Hüküm için öngörülen kanun yolu tüketildiğinde veya belirli süre içerisinde başvuru yapılmaması halinde hüküm şekli anlamda kesin hüküm haline gelir.¹⁰¹ Hükümlerin bu şekilde kesinleşmesinin kabul edilmesindeki amaç, uyuşmazlıkları kısa sürede

⁹⁶ **Kanadoğlu, Korkut:** Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2004, s. 22; **Gözler,** (2006), s. 161-162.

⁹⁷ **Coşkun,** s. 235-236.

⁹⁸ **Erdoğan, Mustafa:** Anayasal Demokrasi, 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s. 88.

⁹⁹ Yüksek Mahkemenin bu yöndeki kararları için bkz., AYM: 2014/72 E., 2014/141 K., KT: 11.09.2014; 2013/77 E., 2014/4 K., KT: 16.01.2014; 2012/100 E., 2013/84 K., KT: 04.07.2013; 2016/150 E., 2017/179 K., KT: 28.12.2017; 2016/21 E., 2016/199 K., KT: 28.12.2016. AYM’nin görüşü, kararlarının hem hüküm hem de gerekçe kısmının kesin olduğu yönündedir. Bkz., AYM: 200/45 E., 2000/27 K., KT: 05.10.2000. Ayrıca bkz., **Karan, Ulaş:** Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, XII Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s.128.

¹⁰⁰ Yüksek Mahkeme çeşitli kararlarında iptal hükmünün bağlayıcılığından söz ederken, iptal kararının gerekçesinde belirtilen hususlara aykırı bir yasa düzenlemesi yapılmasının tek başına iptal nedeni olmayacağını da belirterek, bir anlamda gerekçenin bağlayıcılığını kabul etmemiş olmaktadır. Bkz., AYM: 2012/100 E., 2013/84 K., KT: 04.07.2013; 2016/150 E., 2017/179 K., KT: 28.12.2017; 2016/21 E., 2016/199 K., KT: 28.12.2016. Ayrıca bkz., **Köküsarı, İsmail:** “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: 22, Yıl: 2018, ss. 1-56, s. 3-11.

¹⁰¹ **İyilikli, Ahmet Cahit:** Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 39.

çözüme kavuşturmak ve infaz edilebilmelerini sağlamaktır.¹⁰² AYM kararlarına bu açıdan baktığımızda, kararların Yüksek Mahkeme tarafından verildiği anda kesinleştiklerini görmekteyiz.¹⁰³ Bu kabulün sebebi, AYM kararlarına karşı itiraz, temyiz ve karar düzeltme gibi yasa yollarına gidilemeyeşidir. Görüleceği üzere AYM burada, ilk ve son mahkeme olmaktadır.¹⁰⁴

bb. Maddi Anlamda Kesin Hüküm Olma

Usul hukukunda maddi anlamda kesin hüküm olma, yargılama sonucunda verilen ve kesinleşen bir hükmün bağlayıcı olması, daha sonra aynı taraflarca uyuşmazlık konusu yapılarak mahkeme önüne taşınmaması anlamına gelir.¹⁰⁵ Anayasa yargısında ise, Yüksek Mahkeme'nin işin esasına girmek suretiyle vermiş olduğu red kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra on yıllık bir süre geçmeden, aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağına ilişkin kural, bir hükmün maddi anlamda kesin nitelikte olmasına istisna oluşturmaktadır.¹⁰⁶ Dolayısıyla AYM kararlarının şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde oldukları kabul edilebilirken, özellikle red kararları söz konusu olduğunda maddi anlamda mutlak kesinlikten söz edilemeyecektir.¹⁰⁷

b. Kararları Gerekçeleştirme Yükümlülüğü

Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca yargı organlarının vermiş oldukları kararların gerekçeli olma zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu zorunluluk, AYM de dâhil olmak üzere tüm ilk derece ve kanun yollarında başvuru alan diğer mahkemeleri de kapsamaktadır.¹⁰⁸ Anayasa'nın 153. maddesinin 1. fıkrasında, Yüksek Mahkeme kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı ayrı olarak düzenleme altına alınmıştır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu, hukuk devletinin bir ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁹ Anayasa'nın 90. maddesi delaletiyle iç hukukumuzda aktarılmış olan AIHS, mahkemelerin gerekçe gösterme zorunluluğunu adil yargılanma ilkesi kapsamında değerlendirmektedir.¹¹⁰

¹⁰² İyilikli, s. 39-40.

¹⁰³ Ulaş, s. 129.

¹⁰⁴ **Kaboğlu, İbrahim Özden:** Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018, s.386.

¹⁰⁵ İyilikli, s. 39-40.

¹⁰⁶ **Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 11. Baskı, Bursa, 2018, s.1110-1111.

¹⁰⁷ **Köküsarı,** s. 6-7.

¹⁰⁸ İyilikli, s. 40.

¹⁰⁹ **Ökçesiz, Hayrettin:** "Devlet ve Gerekçesi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 10, İstanbul Barosu Yayını, Yıl:2003, ss. 11-13, s.12.

¹¹⁰ Konu hakkındaki örnek bir çalışma için bkz., **Centel, Nur:** "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Cilt:17, Yıl: 2010, s. 49- 93, s. 68.

c. Kanun Koyucu Gibi Hareket Edememe

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca AYM, bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramayacaktır.¹¹¹ Anılan hüküm, "hukuka uygunluk denetimi" ile "yerindelik denetimi" arasındaki farkın Yüksek Mahkeme için düzenlenmiş özel bir türünü ifade etmektedir.¹¹² Kanun koyucu gibi hareket etmeme yasağı, yasa koyucunun takdiri ile anayasallık denetimi arasındaki sınırı belirleyen bir tespittir.¹¹³ Kanun koyucu gibi hareket etmeme yasağı, kuvvetler ayrılığı ilkeleri doğrultusunda, AYM'nin hukuka uygunluk denetimi sınırları içinde kalması gerektiği, yerindelik denetiminden kaçınarak yargısal aktivizm içine girmemesi gerektiği yönünde bir yorum ilkesidir.¹¹⁴

d. İptal Kararlarının Yürürlüğü

Anayasa'nın 153. maddesinin 3 ile 5. fıkralarında iptal kararlarının yürürlüğü konusunda bir dizi kural bulunmaktadır. İptal kararlarının yürürlüğü ile ilgili söz konusu kurallar, hukuk kurallarının zaman bakımından yürürlük kuralları ile benzer içerik sergilemektedir.¹¹⁵ Yüksek Mahkeme'nin bir kuralın iptaline yönelik kararı, aynı kuralın yasama organı tarafından kaldırılması ile benzer hukuki sonuçları doğurmaktadır.¹¹⁶ Bu doğrultuda bir normun iptal kararı Resmi Gazete'de yayınlandığı anda o norm yürürlükten kalkacaktır. AYM'nin norm denetimi kapsamında verdiği iptal kararları, idari yargıda verilen iptal kararlarından farklılık arz etmektedir. Yüksek Mahkeme'nin kararları geriye yürümez.¹¹⁷ Fakat idari yargıda esas olan, iptal kararlarının geriye yürümesidir.¹¹⁸ İdari yargıda, iptal edilen bir işlem doğduğu andan itibaren yok sayıldığı halde, anayasa yargısında iptal edilen düzenleme, AYM kararının Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihte yürürlükten kalkmaktadır.¹¹⁹

¹¹¹ AYM'nin, kanun koyucu gibi hareket etmeyerek, kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini değil, sadece kamu yararının varlığını arayarak hukuka uygunluk denetimi ile kendini sınırlaması yönündeki kararı için bkz., AYM: 2013/114 E., 2014/184 K., KT: 04.12.2014.

¹¹² **Hakyemez, Yusuf Şevki:** "Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı, Sayı: 24, Yıl: 2007, ss. 526-568, s. 526.

¹¹³ **Hakyemez,** (2007), s. 568.

¹¹⁴ **Hekimoğlu, Mehmet Merdan:** Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, 1. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 21.

¹¹⁵ **Babayiğit, Mustafa:** "Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, ss. 183-220, s. 187; 191.

¹¹⁶ **Kaboğlu,** (2007), s. 158.

¹¹⁷ AYM'nin "Devlete güven ilkesi" gereği iptal kararlarının geçmişe yürümeyeceği yönündeki kararı için bkz., AYM: 1989/11 E., 1989/48 K., KT: 12.12.1989.

¹¹⁸ **Küçük, Adnan:** "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 3, Cilt: 1, Yıl: 2014, ss. 311-357, s. 324.

¹¹⁹ **Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s. 492.

Bu sebeple idari yargıdaki iptal kararları “açıklayıcı”, anayasa yargısındaki iptal kararları ise “kurucu” niteliktedir.¹²⁰

Genel yürürlük kurallarında da kabul edildiği gibi, iptal kararları geçmişe etkili değil, derhal etki ilkesi uyarınca Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihte sonuç doğurur ve geleceği etki eder.¹²¹ Ancak iptal kararı ile yürürlüğü son bulan kuralın ortaya çıkaracağı hukuk boşluğunu doldurmak üzere iki önemli tedbir kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, AYM’ye iptal kararının yürürlüğünü bir yıla kadar erteleyebilme yetkisinin verilmesi, ikincisi ise, iptal kararının yürürlüğünün ertelendiği durumlarda, TBMM’nin iptale ilişkin hükmün ortaya çıkaracağı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşerek karara bağlamasıdır.¹²²

AYM’ye iptal kararının yürürlük tarihini bir yıl erteleyebilme yetkisi verilmiştir. İptal kararının ertelenmesi durumunda, itiraz yolunda kuralın iptaline ilişkin AYM kararını bekleyen mahkemenin, önündeki davada hangi normu uygulayacağı sorunu doğar.¹²³ Anayasa’ya aykırılığı ciddi bulunularak iptal başvurusunda bulunulan normun Anayasa’ya aykırılığı tespit edilmiş, ancak yürürlüğü ertelenmiştir. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin AYM kararına uymaması, AYM kararlarının bağlayıcılığına yönelik anayasal hüküm bakımından sorun doğururken, uymaması halinde de anayasanın üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerine aykırı davranılmış olacaktır.¹²⁴ Ayrıca burada üzerinde durulması gereken bir nokta da, Türk hukukunda AYM’nin iptal ettiği kanunun tekrar kendiliğinden yürürlüğe girmemesidir.¹²⁵

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Anayasa’nın 153. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, AYM’nin iptal kararları geriye yürümez. Anılan kural gereğince kararları geçmişe etkili değil, geleceğe etkili sonuç doğurur. Bu ilkenin kabul edilmesinin temel sebebi, kazanılmış hakları korumak, hukuki güvenliği ve mevcut hukuk düzeninin istikrarını sağlamaktır.¹²⁶ Ancak maddi ceza hukuku yönünden, AYM kararının kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararını ortadan kaldırması veya cezayı azaltması durumlarında, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, sanık veya hükümlü lehine olan iptal hükmü geçmişe yürüyecektir.¹²⁷ İptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce

¹²⁰ **Azrak, Ülkü:** “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 1984, ss. 154-168, s. 154.

¹²¹ **Babayiğit**, s. 191.

¹²² **Demirbağ, Cengiz:** *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama-Yürütme İlişkisi*, *Yasama Dergisi*, Sayı: 39, Yıl: Ocak-Haziran 2019, ss. 13-50, s. 23.

¹²³ **Babayiğit**, s. 189.

¹²⁴ **Azrak**, s. 156.

¹²⁵ **Aliefendioğlu, Yılmaz:** “Türk Anayasa Mahkemesinin İşleyişi ve Karar Alma Süreci”, Bahri Savcı’ya Armağan, 1. Baskı, Ankara Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, s. 186.

¹²⁶ **Can, Osman:** “Anayasa Yargısında Yokluk”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan C. II, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 175-176.

¹²⁷ **Şare, Ersin:** “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının ‘Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanmasına Etkisi’”, *Yasama Dergisi*, Sayı: 47, Yıl: 2023, ss. 39-73, s. 61.

mahkemelerce verilerek kesinlik kazanmış olan hükümler, söz konusu iptal kararından etkilenmeyecek ve bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmeyecektir.¹²⁸ Fakat görülmekte olan davalar ve henüz kesinleşmemiş hükümler yönünden mahkemeler, iptal davasından sonraki hukuki duruma göre karar vermek yükümlüğündedirler. Bu hallerde iptal kararları, görülmekte olan veya kesinleşmemiş davalar bakımından geriye yürümüş olacaktır.¹²⁹ İtiraz yoluyla yapılan başvurularda, iptal edilen hükmü yargılamada uygulamak zorunda olan diğer mahkemeler de AYM kararına uymakla yükümlüdür ve bu sebeple iptal edilen kanun maddesini uygulayamazlar.¹³⁰

AYM'nin iptal kararları, gerekçeleri yazılmadan açıklanamayacağı için ve geriye de yürüyemeyeceğinden, ilgili iptal kararı Resmi Gazete'de yayınlanıncaya kadar, iptali istenen hükmün uygulanmasına devam edilecektir.¹³¹ AYM, iptal isteminin karara bağlanarak yürürlüğe girmesine kadar olan zaman dilimi içerisinde, iptali istenen hükmün uygulanmasından doğacak giderilmesi güç ve olanaksız zararları önleyebilmek için, içtihat yoluyla “yürürlüğün durdurulması” kararı verebileceğini kabul etmiştir.¹³² Yüksek Mahkeme söz konusu içtihadında, yürürlüğü durdurma konusunun Anayasa'da düzenleme altına alınmamış olmasının bir hukuk boşluğu yarattığını ve bu boşluğun yorum yoluyla doldurulabileceğini, dava yetkisin özünde yürürlüğü durdurma kararının her halükarda bulunduğunu, iptal kararı verebilme yetkisinin yürürlüğü durdurma kararı verebilmeyi de kapsadığına değinmiştir.¹³³

B. BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 1982 Anayasası'nda 2010 yılında, 148. maddenin 3 ve 4. fıkralarında gerçekleştirilen değişiklikle birlikte bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda anılan madde uyarınca herkes, Anayasa'da teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamında korunmuş olan herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvuruda bulunabilme hakkında sahip kılınmıştır. Ancak söz konusu başvurunun yapılabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, bireysel başvuru yolunda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılmayacaktır.¹³⁴ Son fıkra uyarınca da başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenecektir. Aynı zamanda, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve

¹²⁸ Şare, 62; Babayiğit, 190.

¹²⁹ Şare, 63; Babayiğit, 191.

¹³⁰ Şare, 64-65; Babayiğit, 192-193.

¹³¹ Küçük, s. 319.

¹³² Demircan, Fatih: “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 120, Yıl: 2015, ss. 132-154, s. 133.

¹³³ Bkz., AYM, 21.10.1993, E.1993/33, K1993/40-1; 1994/43 E., 1994/41-1, K., KT: 11.04.1994.

¹³⁴ Sağlam, Fazıl: “Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Göztepe, Ece/Çelebi, Aykut (Editörler), Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2012, ss. 418-466, s.420.

Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'da da 45 ve 51. maddeler arasında anılan yasa yolu hakkında düzenleme yapılmış, ancak yapılan düzenlemeler 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

AYM, gelen zaman dilimi içerisinde bireysel başvuru yoluyla verdiği kararlar yüzünden ağır eleştirilere maruz kalmış,¹³⁵ bireysel başvuru sonucunda verdiği kararların bağlayıcı olmadığı iddia edilmiş,¹³⁶ hatta eleştireler Yüksek Mahkeme'nin kapatılması gerektiği yönündeki açıklamalara dahi ulaşmıştır.¹³⁷ Bu sebeple bireysel başvuru yolu, anayasaya uygunluğun yargısal denetiminde kaybedilmemesi gereken bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireysel başvuru yolu, kamu gücü tarafından yapılan ihlallere karşı bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında, iç hukuk yönünden son bir yasa yolu olarak görülen hukuksal koruma aracı niteliğindedir.¹³⁸ Bu sebeple içeriği itibariyle istisnai ve ikincil bir başvuru yoludur. İstisnai nitelikte olmasının sebebi, her türlü değil sadece belirli anayasaya aykırılık iddialarının, yani ihlalin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadığının inceleme konusu yapılmasıdır.¹³⁹ İkincil özellik taşımasının sebebi ise, temel hakkı ihlal edilen kişilerin bireysel başvuruda bulunmadan önce tüketmesi gereken başka kanun yollarının bulunmasıdır.¹⁴⁰

1. Bireysel Başvuru Yolunun Konusu ve Şartları

Anayasa ve 6216 sayılı yasa hükümleri uyarınca, bireysel başvuru yoluna ancak belirli şartların gerçekleşmiş olması durumunda gidilebilmektedir. Söz konusu şartları şu şekilde sıralanmaktadır:

¹³⁵ 2023 yılı sonlarında AYM'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir davada iki kez hak ihlali kararı vermesi, başvuruya konu yargılamayı yapan ve kararı veren ilk derece mahkemesinin AYM'nin hak ihlali kararıyla ilgili olarak duruşma açmadan ve yeni bir hüküm kurmadan dosyayı ilgili kararı onamak suretiyle kesinleştiren Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermesi, anılan Dairenin ise AYM kararının hukuki değerden yoksun olduğunu belirterek Yüksek Mahkeme üyelerinin bir kısmı hakkında suç duyurusunda bulunması, yeni ve çok önemli bir sorunun kapılarını aralamıştır. AYM'nin bireysel başvuru sonucunda başvurucuya ait hakkın ihlal edildiğine yönelik kararları için bkz., AYM: Başvuru No: 2023/53898, KT: 25.10.2023, RG: 27.10/2023, 32532; Başvuru No: 2023/99744, KT: 21.12.2023; RG: 27.12.2023, 32414. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin kararı için bkz., 2023/12611 E., Değişik İş No: 2023/113.

¹³⁶ Bkz., **Uçum, Mehmet**: "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarındaki Sorunlar", Anadolu Ajansı, 26.01.2024.

¹³⁷ Bkz., "Anayasa Mahkemesi Ya Kapatılmalı Ya Da Yeniden Yapılandırılmalı", ANKA Haber Ajansı, 08.03.2024.

¹³⁸ **Yokuş, Sevtap**: "Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikayeti", İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 2016, ss. 33-50, s.33.

¹³⁹ **Acu, Melek**: "Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Yıl:2014, ss. 404-434, s. 405-407.

¹⁴⁰ **Yokuş**, s. 33-35.

a. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunan Hak ve Özgürlüklerden olma

AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilmek için gerekli ilk şart, ihlal edildiği iddia edilen hak ve özgürlüğün, Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında koruma altına alınmış olmasıdır. Anılan madde uyarınca, Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlükler değil, bunlardan sadece AİHS kapsamında koruma altına alınmış olanlar yönünden bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Dolayısıyla başvuruya konu hak ve özgürlük, hem Anayasa'da hem de AİHS kapsamında koruma altına alınmış olmalıdır.¹⁴¹ Anayasa'nın 148. maddesindeki AİHS kapsamındaki haklar, 6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesinde, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokoller Kapsamındaki" ibaresiyle somutlaştırılmıştır.¹⁴² AİHS'nin hak ve özgürlükleri koruduğu alan sadece Sözleşmede kabul edilenlerden ibaret değildir. Taraf olunan ek protokoller de koruma kapsamındadır. Bu husus AYM'nin çeşitli kararlarında da vurgulanmıştır.¹⁴³ Bilindiği üzere anılan Sözleşmede kural olarak klasik hak ve özgürlükler koruma altına alınmıştır. Buna karşılık, devlete olumlu edim yükleyen hak ve özgürlükler AİHS'de koruma altına alınmamıştır. Devlete olumlu edim yükleyen hak ve özgürlüklerin bireysel başvuru konusu yapılmaması, bunların niteliklerinden kaynaklanmaktadır.¹⁴⁴

b. Hak ve Özgürlüğün Kamu Gücü Tarafından İhlal Edilmesi

Bireysel başvuruda bulunabilmek için, ilgili hak ve özgürlüğün kamu gücü tarafından ihlal edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Burada kamu gücü ve ihlal kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Kamu gücünün ne anlama geldiği hakkında Anayasa'da ve 6216 sayılı Yasa'da herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, anılan ibarenin yasama, yürütme ve yargı organlarını ifade ettiği kabul edilmektedir.¹⁴⁶ Kamu gücünün egemenlik yetkilerinin kullanılması ile ilgili bir kavram olması ve Anayasa'nın 6. maddesi uyarınca, egemenliğin Anayasa'nın koyduğu esaslar doğrultusunda yetkili organlar olan yasama, yürütme ve yargı organları vasıtasıyla kullanılması sebebiyle bu kabulün yerinde olduğu anlaşılmaktadır.¹⁴⁷ Bireysel başvuruya konu olabilecek kamu gücü davranışı, eylem veya işlem gibi aktif bir

¹⁴¹ **Kontacı, Ersoy:** "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", Ankara Barosu Dergisi Cilt: 4, Yıl: 2014, ss.105-117, s. 105-107.

¹⁴² **Acu,** s. 408-409.

¹⁴³ Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/3339, KT: 6.3.2014.

¹⁴⁴ **Döner, Ayhan:** Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 518.

¹⁴⁵ **Acu,** s. 403-404.

¹⁴⁶ **Ekinci, Hüseyin:** Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Musa Sağlam, Musa (Editör), Bireysel Başvuru-Anayasa Şikâyeti, HUKB Sempozyum Serisi 1, Ankara, 2011, s. 141; **Çelik, Yeşim:** Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 152-155.

¹⁴⁷ **Yeşim,** 153.

davranış olabileceği gibi, yapılması gereken bir eylem veya işlemin yapılmaması şeklinde de gerçekleşebilir.¹⁴⁸

6126 Sayılı Yasa'nın 45. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, kamu gücü niteliğinde olmalarına rağmen, bazı işlemler denetim dışında tutulmuştur. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi, AYM kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusunu oluşturamazlar.¹⁴⁹ Bizzat kamu görevlileri tarafından değil de, onların talimatları doğrultusunda hareket eden özel hukuk kişilerin hak ve özgürlüklere karşı yapılan ihlaller ise bireysel başvuru konusunu oluşturabilir.¹⁵⁰

c. Bireysel Başvuruda Bulunabilme Hakkına Sahip Olma

Hukuk sisteminde bazı hak ve özgürlükler herkese tanınırken, bazı hak ve özgürlükler ise sadece vatandaşlara veya belli kategorideki kişilere tanınır.¹⁵¹ Hem Anayasa'da hem de 6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesinde, bireysel başvurunun süjesi "herkes" olarak belirlenmiştir. Herkes terimi, yabancı-vatandaş, gerçek-tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın tüm kişileri kapsayan bir tanımdır. Ancak bazı hak ve özgürlükler, nitelikleri gereği sadece gerçek kişilere veya vatandaşlara özgülenmiş olabilir. Bu doğrultuda belirli hak ve özgürlüklerin ihlaline yönelik bireysel başvuru hakkı, sadece ilgili özgürlüğe sahip kişiler tarafından kullanılabilir.¹⁵² Örneğin, 6216 sayılı Yasa uyarınca yabancılar, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınmış olan haklarla ilgili bireysel başvuruda bulunamazlar. Yabancı ülke vatandaşı olan gerçek kişiler, yabancılara sınırlı bir şekilde tanınan haklara ilişkin olarak, ilgili sınırlama ölçüsünde bireysel başvurudan faydalanabileceklerdir.¹⁵³ 6216 sayılı Yasa'da açıkça düzenleme altına alınmamış olsa da, vatansızların da yabancılara tanındığı ölçüde bireysel başvurudan yararlanacakları kabul edilmektedir.¹⁵⁴

6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde, bireysel başvuru hakkı açısından özel hukuk tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişileri arasında ayırım yapılmıştır. Kanunda, kamu tüzel kişilerine, bunların doğrudan kamu gücü kullanan kişiler olmaları sebebiyle başvuru hakkı tanınmamıştır. Ancak kamu hukuku tüzel kişileri, kamu gücü kullanmadan özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettikleri takdirde bireysel başvuruda bulunabilmelidir.¹⁵⁵ Özel hukuk tüzel

¹⁴⁸ **Göztepe, Ece:** Anayasa Şikâyeti, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1998, s. 42.

¹⁴⁹ **Yalçınöz, Bahadır:** "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss. 187-206, s. 199-202.

¹⁵⁰ **Aydın,** s. 138.

¹⁵¹ **Dikmen Caniklioğlu, Meltem:** "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mahmut Tevfik Bırsel Armağanı, 2001, ss. 461-493, s. 477-478.

¹⁵² **Şirin, Tolga:** Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, 1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 148.

¹⁵³ **Döner,** s. 523.

¹⁵⁴ Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/841, KT: 23.1.2014.

¹⁵⁵ **Gerçekler, Hasan:** Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Sağlam, Musa (Editör), Bireysel Başvuru-Anayasa Şikâyeti, HUKB Sempozyum Serisi 1, Ankara, 2011, s. 34.

kişilerine bireysel başvuruda bulunabilme imkânı ise sınırlı şekilde tanınmıştır. Bu doğrultuda özel hukuk tüzel kişileri, sadece tüzel kişiliklerine ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunabileceklerdir.¹⁵⁶ Örneğin, mülkiyet, eşitlik, konut dokunulmazlığı gibi haklar, tüzel kişilikle ilgili olduğu ölçüde korumadan faydalanabilecektir.¹⁵⁷

d. Olağan Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması

Bireysel başvurunun ikincil bir koruma yolu niteliğinde olması sebebiyle, bu yola başvurabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir.¹⁵⁸ Bireysel başvuru yoluna, ancak temel hak ve özgürlük ihlalinin başka bir yolla kaldırılma imkânının bulunmaması halinde başvurulabilir.¹⁵⁹ Temel hak ve özgürlük ihlaline yönelik eylem veya işlem, başka bir yolla kaldırılıyorsa başvuru konusu yapılamaz.¹⁶⁰ Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve önlenmesi öncelikli olarak yargı, yasama ve yürütme organlarının görev alanlarına girmektedir.¹⁶¹

Olağan kanun yollarında yapılan denetime rağmen hak ve özgürlük ihlali ortadan kaldırılamadığı takdirde, konu AYM'nin önüne getirilebilir.¹⁶² Bu doğrultuda hakkı ihlal edilen, bireysel başvuru yoluna başvurmadan önce idari ve yargısal anlamda hak arama yollarının tümünü tüketmiş olmalıdır.¹⁶³ Yargı organları açısından kanun yolları, davanın taraflarına tanınan ve bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesini sağlayarak düzeltilmesini sağlayan hukuki yollardır.¹⁶⁴ Kanun yolları da kendi içlerinde olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan kanun yolu, kanun yoluna konu olan davanın kesinleşmesini engelleyen, olağanüstü kanun yolları ise olağan kanun yollarının tamamlanmasından sonra veya olağan kanun yollarına başvurulmadığı için kesinleşen ve

¹⁵⁶ AYM, bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan yasal ve kanun yollarının tüketilmiş olması gerektiğini çeşitli kararlarında vurgulamıştır. Bkz., AYM: Başvuru No: 2012/95, KT: 25.12.2012; Başvuru No: 2012/1027, KT: 12.2.2013; Başvuru No: 2015/16449, KT: 6.2.2018; Başvuru No: 2014/119/25, KT: 12.6.2018; Başvuru No: 2014/194, KT: 17.05.2018.

¹⁵⁷ **Kılınc, Bahadır:** Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı No: 25, Yıl: 2008, ss. 19-59, s. 29.

¹⁵⁸ **Sağlam, Musa:** “Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, Yıl: 2018, ss. 71-98, s. 157.

¹⁵⁹ AYM, başvuru konusu işleme karşı idari ve yargısal yollar tüketilmeden önüne getirilen başvuruları, kabul edilebilirlik şartları yönünden “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermektedir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2012/74, KT: 05.03.2013.

¹⁶⁰ Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/7521, KT: 04.12.2013. Ayrıca Bkz., **Döner**, s. 525.

¹⁶¹ AYM, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve önlenmesinde öncelikli görevin, yasama ve yürütme organları ile genel mahkemelere ait olduğunu düşünmektedir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2012/403, KT: 26.3.2013.

¹⁶² **Ekinci**, (2014), s. 74.

¹⁶³ AYM'ye göre başvuru yollarının tüketilmesi sadece adli yolların tüketilmesini değil, aynı zamanda kamu gücünü kullanan idareye karşı, idarenin ihlalinin ortadan kaldırmayı sağlamaya yönelik zorunlu idari başvuru yollarını da kapsamaktadır. Bkz., AYM: Başvuru No: 2012/1027, KT: 12.2.2013; Başvuru No: 2013/850, KT: 19.12.2013; Başvuru No: 2014/5028, KT: 14.01.2018; Başvuru No: 2012/254, KT: 06.02.2014.

¹⁶⁴ **Kurtoğlu, Tülin:** Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 30.

hükmün infazını kesmeyen hukuki yollardır.¹⁶⁵ Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tüketilmesi gereken kanun yolları olağan kanun yollarıdır.¹⁶⁶ Medeni ve idari yargılama usullerinde olağan kanun yolları istinaf, temyiz ve karar düzeltme¹⁶⁷ yolları iken, yargılamanın iadesi olağanüstü kanun yolu niteliği arz etmektedir.¹⁶⁸ Ceza muhakemesi kapsamında ise olağan kanun yolları, itiraz, istinaf ve temyiz, olağanüstü kanun yolları ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı, kanun yaranına bozma ve yargılamanın yenilenmesidir.¹⁶⁹ Son olarak şu hususu belirtmeliyiz ki, tüketilmesi gereken başvuru yollarının sadece mevcut olması yeterli olmayıp, aynı zamanda şikâyet konusuna çözüm olma niteliğine de sahip olması gerekmektedir.¹⁷⁰

e. Bireysel Başvurunun Süresinde Yapılması

Bireysel başvuru yolunun kişisel ve güncel bir hak ihlaline yönelik olarak yapılması sebebiyle, başvuruların belirli bir süre içerisinde yapılması kurumun mantığı ile uyumludur.¹⁷¹ Bireysel başvuru yolu için süre şartının getirilmiş olması, kurumun olağanüstü bir yargı yolu olmasından kaynaklanmakta ve öngörülen bu süre ile yargı kararlarının kesinliği ve hukuki güvenliği sağlanmış olmaktadır.¹⁷² Bu doğrultuda 6126 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin 5. fıkrası uyarınca başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir. Otuz günlük süre, başvuru konusu bir kamu işlemi açısından tebliğ gerektiriyorsa tebliğden itibaren, tefhim (yüze karşı) yeterli ise tefhimden itibaren, diğer hallerde ise öğrenme tarihinden itibaren başlayacaktır.¹⁷³ Temel hak ihlalinin kamu gücünün ihlalinde kaynaklanması halinde ihmal devam ettiği sürece, ihmal sona ermiş ise sona erme tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılır.¹⁷⁴ Maddede öngörülen süre hak düşürücü nitelikte olup, haklı mazeretin bulunması halinde on beş günlük ek bir süre verilir.

¹⁶⁵ **Erem, Faruk:** Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 1. Baskı, Işın Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara, 1996, s. 591-601

¹⁶⁶ **Döner,** s. 525.

¹⁶⁷ AYM, istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi ile beraber, ilk derece mahkemesine yapılan karar düzeltme yolunu, tüketilmesi zorunlu bir kanun yolu olarak görmemektedir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/1582, KT: 07.11.2013.

¹⁶⁸ **Göztepe,** (1998), s. 26-27. İlgili AYM kararı için ayrıca bkz., Başvuru No: 2013/1582, 7.11.2013.

¹⁶⁹ **Ünver, Yener; Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 835.

¹⁷⁰ AYM'ye göre "Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvuru yolunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekmektedir." Bkz., AYM: Başvuru No: 2012/239, KT: 02.07.2013; Başvuru No: 2014/4705, KT: 29.05.2014; Başvuru No: 2012/239, KT: 02.07.2013; Başvuru No: 2014/3986, KT: 02.04.2014.

¹⁷¹ **Aydın,** s. 155-157.

¹⁷² **Döner,** s. 531.

¹⁷³ Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/3351, KT: 18.09.2013.

¹⁷⁴ Bkz., AYM: Başvuru No: 2014/40705, KT: 29.05.2014.

2. İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar

6216 sayılı Yasa'nın 50. maddesi uyarınca esas olarak, AYM tarafından başvuru usulü incelendikten sonra işin esasına geçilmesi halinde, başvurunun hakkının ihlal edildiğine veya ihlal edilmediğine yönelik iki şekilde karar verilebileceği öngörülmüştür. Ancak bu iki temel karar türü ile birlikte, biri ilgili maddede öngörülen düşme kararı ile birlikte ve yine Kanun'da öngörülmemiş olmakla birlikte İçtüzükle düzenlenmiş olan pilot karar türleri de bulunmaktadır.

a. Hak İhlali Olmadığına Yönelik Karar

Yüksek Mahkeme'nin başvuruya konu hakkın ihlal edilmediğine yönelik kararı bireysel başvuru talebinin reddi anlamına gelmektedir.¹⁷⁵ Söz konusu kararla, kamu gücünün eylem veya işleminin Anayasa'ya aykırı olmadığı, belirlenmiş olur ve eylem veya işlemin uygulanmasına devam edilir.¹⁷⁶

b. İhlal Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girmek suretiyle vermiş olduğu karar, kamu gücüne ait eylem veya işlemin Anayasa'ya aykırı olduğu ve bir hakkı ihlal ettiğine yönelik olduğu takdirde, başvuru konusu hak ihlal edilmiş olacaktır.¹⁷⁷ İhlal kararı verildiği takdirde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler hakkında da hüküm vermek gereklidir.¹⁷⁸ 6216 Sayılı Yasa'nın, 50. maddesinin 1. fıkrası uyarınca AYM'nin, yapılması gerekenleri belirlemek yerine, idarenin yerine geçerek eylemin veya işlemin niteliği hakkında karar vermesi, yani yerindelik denetimi yapması mümkün değildir. Yüksek Mahkeme yapılması gerekenlere hükmettiğinde, bu hükmün muhatabı işlem, eylem veya ihlali gerçekleştiren kamu gücüdür.¹⁷⁹

c. İhlalin Mahkeme Kararından Kaynaklanması Halinde Tazminat

Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen hak ihlali bir mahkeme kararından kaynaklanıyorsa ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılması gerekiyorsa, dosya ilgili mahkemeye gönderilir.¹⁸⁰ Yüksek Mahkeme'nin kararları bağlayıcı

¹⁷⁵ **Doğanoğlu, Ali Erdem:** "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Başvurunun Reddi Kararı", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2018, ss. 498-537, s. 502-505.

¹⁷⁶ **Hamdemir, Berkan:** Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 322.

¹⁷⁷ **Hamdemir,** s. 349.

¹⁷⁸ **Hamdemir,** s. 350.

¹⁷⁹ **Gümüşay, Ramazan:** Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararının İcrası, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 160-161.

¹⁸⁰ AYM, ihlalin yapılan yargılamadan kaynaklanması ve yeniden yapılacak olan yargılama sonucunda ihlalin ortadan kaldırılabilir olması durumunda, yeniden yargılama yapmak üzere kararının bir örneğini ilgili mahkemeye göndermektedir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2012/1269, KT: 08.05.2014; Başvuru No: 2015/6071, KT: 28.06.2018; Başvuru No: 2014/10626, KT: 18.04.2018; Başvuru No: 2014/2267, KT: 21.12.2017.

nitelikte olduğu için, diğer yargı organlarının bu karara karşı direnmesi veya aksi yönde karar alması mümkün değildir.¹⁸¹ Yargılama merciinin, AYM kararına uymamak suretiyle ihlale yönelik kararın gereklerini yerine getirmemesi durumunda başvuru için ayrı bir hak ihlali oluşacak ve Yüksek Mahkeme'ye yeni bir başvuru yapabilmemesinin yolu açılacaktır.¹⁸² Bu sebeple yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkeme, AYM'nin kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak yükümlülüğü altındadır.¹⁸³ AYM, yakın zamanda vermiş olduğu kararında konuya şu şekilde yaklaşmaktadır: “İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir.”¹⁸⁴

6216 Sayılı Yasa'nın 50. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı durumlarda, AYM başvuru lehine doğrudan tazminata hükmedebileceği gibi genel mahkemelerde dava açılması yolunu da gösterebilir. Örneğin, uzun süre tutukluluk, gözaltı, yargılamanın makul sürede yapılmaması gibi hak ihlallerine yönelik işlemler yönünden yeniden yargılama yapılmasının hiçbir hukuki yararı bulunmamaktadır. Uygulamada bu gibi hallerde AYM doğrudan tazminata hükmetmektedir.¹⁸⁵ Tazminata hükmetme veya tazminatın miktarını belirleme konusunda AYM'nin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁸⁶ AYM, maddi tazminat hakkında karar verirken, tespit edilen ihlal ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağına,¹⁸⁷ zararın miktarına, manevi tazminat açısından başvurucuda meydana gelen üzüntü ve sıkıntıya bakacaktır.¹⁸⁸ Ayrıca tazminatın konusunda,

¹⁸¹ **Ekinci**, (2013), s. 156.

¹⁸² **Gümüştay**, s. 163.

¹⁸³ **Hamdemir**, s. 351.

¹⁸⁴ Bkz., AYM: Başvuru No: 2023/53898, KT: 25.10.2023.

¹⁸⁵ Bkz., AYM: Başvuru No: 2015/179178, KT: 22.03.2018; Başvuru No: 2016/1924, KT: 03.07.2018; Başvuru No: 2014/3316, KT: 10.05.2018; Başvuru No: 2015/1328, KT: 10.05.2018.

¹⁸⁶ **Gümüştay**, s. 97.

¹⁸⁷ AYM, doğan zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmadığı takdirde başvurunun reddine karar vermektedir. Bkz., AYM: Başvuru No: 2014/15609; KT: 08.03.2018; Başvuru No: 2015/8491, KT: 18.07.2018; Başvuru No: 2015/10494, KT: 04.07.2018.

¹⁸⁸ Bkz., AYM: Başvuru No: 2014/10715, KT: 10.01.2018.

başvuruda bulunan kişinin mali ve sosyal statüsü, kişilik hakkına bir saldırı yapılmış olması halinde söz konusu zararın büyüklüğü, malvarlığında meydana gelen zararın niteliği gibi durumlar da göz önüne alınacaktır.¹⁸⁹ İçtüzüğün 79. maddesi uyarınca, tazminatın miktarının belirlenmesi ayrıntılı bir araştırma yapılmasını gerektiriyorsa, AYM başvuruca genel mahkemelerde dava açma yolunu gösterebilme yetkisine de sahiptir.¹⁹⁰

d. Düşme Kararı

Bireysel başvuruda bulunma kişiye bağlı haklardan olduğu için, başvuruca her zaman başvurusundan feragat edebilme yetkisi bulunmaktadır.¹⁹¹ Bu gibi durumlarda 6216 Sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca düşme kararı verilecektir. Ancak İçtüzükte düşme sebepleri sadece feragatle sınırlı tutulmamıştır. İçtüzüğün 80. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Bölümler ya da Komisyonlar feragat dışında, başvuruca davasını takipsiz bırakması, ihlal ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması, başvuruca incelenmesinin sürdürülmesinde haklı bir neden görülmemesi gibi durumlarda da düşme kararı verilebilecektir. Ancak AYM burada da takdir hakkında sahiptir.¹⁹² Anılan düzenlemenin 2. fıkrası uyarınca, yukarıda sayılan haller gerçekleşse bile, Anayasa'nın uygulanması veya yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı durumlarda başvuruca incelenmesine devam edilebilecektir.¹⁹³

e. Pilot Karar

Pilot karar uygulaması temelde AİHM'nin, üye ülkelerin yapısal sorunlu alanlarına yönelik olarak önüne getirilen çok sayıdaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, bir pilot dosya üzerinden iç hukuklardaki düzenlemelere bakılması amacıyla oluşturduğu bir çözüm yoludur.¹⁹⁴ 6216 sayılı Yasa'da öngörülmemiş olmakla birlikte pilot karar yolu, İçtüzüğün 75. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu usulde konuya ilişkin Bölüm tarafından bir pilot karar verilmektedir. Benzer nitelikteki başvurular, idari mercilerce AYM tarafından belirlenen ilkeler çerçevesinde çözümlenir.¹⁹⁵ Çözümlemediği takdirde ise Yüksek Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.¹⁹⁶ Bölümün, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının

¹⁸⁹ **Özbey, Özcan:** Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.352-353.

¹⁹⁰ Bkz., AYM: Başvuru No: 2016/1924, KT: 03.07.2018.

¹⁹¹ **Pekcanitez, Hakan:** "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", Anayasa Yargısı, Sayı: 35, Yıl: 2018, ss. 73-104, s. 84.

¹⁹² **Hamdemir,** s. 522.

¹⁹³ **Hamdemir,** s. 523.

¹⁹⁴ **Altıparmak, Kerem:** Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesinin Bayram Otel Kararı, TESEV Yayınları, İstanbul 2014, s. 10; **Döner,** s. 545. Örnek bir AYM kararı için ayrıca bkz., Başvuru No: 2016/22418; 30/5/2019.

¹⁹⁵ **Alyanak, Servet/ Bozkurt Cengiz, Burcu:** "Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi", Yasama Dergisi, Sayı: 48, Yıl: Temmuz- Aralık 2023, ss. 117-153, s. 119.

¹⁹⁶ **Alyanak/Bozkurt Cengiz:** s. 123.

veya başvurunun talebi üzerine başlatma yetkisi bulunmaktadır.¹⁹⁷ Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır. Bölüm, pilot kararında tespit ettiği sorunu ve bunun çözümünü için gerekli olan tedbirleri belirler.¹⁹⁸

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

A. İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN BAĞLAYICILIĞI

1982 Anayasası'nın yazılı ve katı bir anayasa olması sebebiyle, AYM'nin iptal davası ve itiraz yolu kapsamında vermiş olduğu kararların bağlayıcı olması, anayasanın bizzat kendisinden ve en az bunun kadar önemli olan hukuk devleti ilkesi ile Yüksek Mahkeme kararlarının özelliklerinden kaynaklanmaktadır.

1. Normlar Hiyerarşisi Bağlamında Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı

Bir hukuk düzeninde geçerli olan biçimsel kaynakların oluşumu, bağlayıcılığı ve derecelendirilmesi Hans Kelsen tarafından oluşturulmuştur.¹⁹⁹ Hans Kelsen, aynı zamanda “Avrupa Modeli Anayasa Yargısı”, “Anayasa Mahkemesi Sistemi” veya “Merkezileşmiş Denetim Modeli” uygulamalarının da fikir babasıdır.²⁰⁰ Kelsen, normativist teori uyarınca hukuk düzeninin oluşumunu ve bu doğrultuda kurallar hiyerarşisini açıklarken, hukuk kurallarının en üstünde, genel ve hipotetik veya varsayımsal bir kural kabul etmektedir. Buna “temel norm” (Grundnorm-Basic Norm) adı verilmektedir.²⁰¹ Temel norm, pozitif bir hukuk kuralı olmaktan ziyade, ona tabi olan diğer normların yürürlük sebebi niteliğine sahip olduğu için bir hipotezden ibarettir ve hukuk ötesidir.²⁰² Bu sebeple de temel normun niteliği ve kanıtlanması hukuk biliminin dışındadır.²⁰³ Kelsen'in bu hipotezi, hukuk düzeninin normatif ve hiyerarşik bir sistem olmasına dayanmaktadır.²⁰⁴ Temel normdan başlayarak birbirlerine bağlanan normların bütünü bir piramide benzemektedir. Bir normun oluşturulması, aynı zamanda daha üstte yer alan normun uygulanması anlamına gelmektedir. Ancak “Temel Norm” varsayıma dayandığı için, normların derecelendirilmesi “anayasadan” başlatılmalıdır.²⁰⁵ Örneğin, anayasa kanunların hangi usullerle yapılacağını belirler. Dolayısıyla anayasa, kendisine uygun olarak yapılan kanunun kaynağı olduğu için, yasama organı tarafından

¹⁹⁷ **Alyanak/Bozkurt Cengiz:** s. 124.

¹⁹⁸ **Alyanak/Bozkurt Cengiz:** s. 125.

¹⁹⁹ **Kelsen, Hans:** Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çeviren: Ertuğrul Uzun, 1. Baskı, Nora Kitap, İstanbul, 2016, s. 13-19.

²⁰⁰ **Uslu, Ferhat:** Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 89.

²⁰¹ **Raz, Joseph:** “Kelsen'in Temel Norm Kavramı”, Çeviren: Şule Ş. Ceylan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, ss. 117-146. s. 119; **Uslu,** s. 89.

²⁰² **Raz,** (2013), s. 120.

²⁰³ **Joseph,** s. 120.

²⁰⁴ **Aral, Vecdi:** “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 34, Sayı: 1-4, Yıl: 1968, ss. 513-552, s. 516.

²⁰⁵ **Kelsen,** (2016), s. 23.

kanunun yapılması da anayasanın uygulanması anlamına gelmektedir.²⁰⁶ Her kademedeki normun geçerliliği ve bağlayıcılığı, kendisinden üstün olan norma dayanmaktadır.²⁰⁷ Dolayısıyla normlar, anayasa, kanunlar, tüzükler ve yönetmelikler şeklinde hiyerarşik sıraya tabidir. Bu hiyerarşide anayasa hem bağlayıcı hem de en üst normdur.²⁰⁸ Kaldı ki mantık olarak da üstünlük, bağlayıcı olmayı beraberinde getirmektedir.

Yazılı bir anayasa yapmak, devleti ve onu temsil eden kamu otoritelerini bağlayan bazı kuralları, ilkeleri kabul etmek anlamına gelmektedir. Modern anayasalarda hukuk devleti ilkeleri doğrultusunda devlet organlarının yetkileri, görevleri, birbirleriyle ilişkileri düzenlenir.²⁰⁹ Devlet yetkisini kullanan organlar, işlemlerini ancak anayasanın çizdiği çerçeve içinde yerine getirebilirler. Bu oluşum aynı zamanda, anayasanın kendilerine vermediği herhangi bir yetkiye de sahip olmadıkları anlamına gelir. Tüm kamu makamları, gerek kural işlemleri yaparken, gerekse bireysel işlemleri yaparken anayasaya uymakla yükümlüdür.²¹⁰ Anayasa, devletin işleyiş esasını ve dayandığı temel ilkeleri normatif bir kurallar bütününe bağladığına göre, onun diğer hukuk normlarının üstünde olması da doğaldır.²¹¹ Devletin yazılı bir anayasasının olması, zaten üstünlüğün kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Anayasalarda birey hak ve özgürlükleri sayılarak tanınmakla kalmaz, güvenceye de alınmak suretiyle hukuki belirlilik ve güvenlik ortamı sağlanır. Bu sebeple anayasa normları, diğer hukuk kurallarının üstünde ve bağlayıcı sayılmadığı sürece kendilerinden beklenen işlevi yerine getiremezler.²¹²

1982 Anayasası'nın 11. maddesinin kenar başlığı olan "Anayasa'nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" ibaresi, Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen tarafından tanımlanan "Saf Hukuk Teorisine" veya "Normativist Teori"ye bağlı olarak yine adı geçen düşünür tarafından oluşturulan, "Normlar Hiyerarşisi" veya "Kurallar Kademelenmesi" ilkelerini yansıtmaktadır.²¹³ Anılan maddede, anayasa hükümlerinin yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla "emredici hüküm" niteliğinde olan 11. maddede, normlar arasında bir hiyerarşi belirlenmekte ve üst normun anayasa hükümleri olduğu kabul edilmektedir.²¹⁴ En kısa şekilde ifade edilmek istendiği takdirde, ülkemizde uygulanmakta olan hiçbir norm Anayasa'ya aykırı olamaz.

²⁰⁶ Kelsen, (2016), 124-135.

²⁰⁷ Kelsen, Hans, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 22-78, s.25.

²⁰⁸ Uslu, s. 89.

²⁰⁹ Kelsen, (2015), s. 25.

²¹⁰ Turhan, Mehmet: "Kelsen'e Göre 'Anayasaya Aykırı' Yasa", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 27, Ökçesiz, Hayrettin (Editör), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 373-404, s. 380.

²¹¹ Turhan, s. 382.

²¹² Vinx, Lar: "Introduction", The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 1-21, s. 3.

²¹³ Uslu, s. 88.

²¹⁴ Raz, Joseph: The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, 2. Baskı, Oxford Clarendon Press, 1980, s. 32; Vinx, s. 5.

Anayasa'nın 153. maddenin son fıkrasında ise çok önemli bir düzenleme bulunmaktadır. AYM kararları yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları, gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcıdır.

AYM, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme uyarınca, kararlarının başta yasama organı olmak üzere tüm devlet organları, gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı olduğunu değişik kararlarında vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme'nin kararlarının bağlayıcı olduğuna yönelik kararlarının özellikle 1985 yılından itibaren kendini gösterdiği görülmektedir. AYM bir kararında konuya şu şekilde yaklaştığı ve aynı gerekçeleri değişik kararlarında da vurguladığı görülmektedir: *“Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.”*²¹⁵ AYM'nin, çeşitli kararlarında kararlarının bağlayıcı olduğunu önemli ifade etmesinin önemli bir nedeni bulunmaktadır. AYM kararlarının bağlayıcı olduğuna yönelik kararların ortak özelliği, Yüksek Mahkeme'nin daha önce iptal ettiği bir düzenlemeyle ilgili ya da iptal kararı karşılanmadan yasama organı tarafından yeni bir düzenleme yapılmış olmasıdır.²¹⁶ Bu durumda açılan yeni davada, Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen yeni düzenleme AYM tarafından Yüksek Mahkeme'nin kararlarının bağlayıcılığına aykırı bulunarak iptal edilmektedir.²¹⁷ Gerçekten de Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmiş olan bir kanunun yasama organı tarafından Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri karşılanmadan çıkarılması durumunda, AYM kararlarının bağlayıcılığının bir önemi kalmamaktadır. AYM bir başka kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir. *“Hukuk Devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde, hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasa koyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetim bu amacı gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaşmasına Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının, iptal edilen kuralın aynısını veya benzerini yasalaştırması durumunda Anayasa Mahkemesinin etkinliği ortadan kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir.”*²¹⁸

²¹⁵ Bkz., AYM: 1996/51 E., 1998/17 K., KT: 13.05.1998; AYM'nin iptal ve itiraz davaları sonucunda benzer yöndeki diğer kararları için bkz., AYM: 1988/11 E., 1988/11 K., KT: 24.05.1988; 1991/27 E., 1991/50 K., KT: 12.12.1991; 1994/50 E., 1994/44-2 K., KT: 05.07.1994; 1996/51 E., 1998/17 K., KT: 13.05. 1998; 2000/14 E., 2000/21 K., KT: 13.09.2000; 2007/5 E., 2007/18 K., KT: 07.02.2007; 2010/49 E., 2010/87/K., KT: 07.07.2010; 2014/149 E., 2014/151 K., KT: 02.10.2014; 2023/104 E., 2023/177 K., KT: 11.10.2023.

²¹⁶ **Hakyemez, Yusuf Şevki:** “Anayasa Mahkemesine Göre Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss. 365-399, s. 372.

²¹⁷ **Hakyemez,** (2008), s. 372.

²¹⁸ Bkz., AYM: 1996/51 E., 1998/17 K., KT: 13.05.1998.

AYM, Anayasa'nın 153. maddesinin anlamını ise başka bir kararında ise şu şekilde ifade etmektedir: *“Bu kural, kararların hemen yayımlanma zorunluluğunu, tüm devlet organlarının, yönetim yerlerinin, gerçek ve tüzel kişilerin Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun davranma ve karar gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü duraksamaya yer vermeyecek şekilde ortaya koymaktadır. Bu organlar, gerekçesi ve sonuç bölümleriyle ayrı ayrı ya da tümüyle içeriğine katılmasalar, bilimsel yöntemlerle eleştirseler de kararın gereğini savsaklamadan yerine getirmek, karara uygun düzenlemeleri gerçekleştirmek ve tersine işlem ve eylemden kaçınmak zorundadırlar. Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasıyla öngörülen bu durum, hukuk devleti olmanın, güçler ayrılığı ilkesinin, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün, hukukun üstünlüğü ilkesinin doğal gereğidir.”*²¹⁹

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Anayasa yargısı basit anlamıyla, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini sağlamak amacıyla geliştirilmiş bir yargılama faaliyetini ifade etmektedir. AYM, anayasal düzenin işleminin sağlayan en önemli yargısal organdır. Anayasa normları diğer normların üzerinde yer alıp üstün ve bağlayıcı oldukları için, mevcut hukuk düzeni içerisinde zorunlu bir mekanizmanın kurgulanmasına yol açmaktadır.²²⁰ Söz konusu mekanizmanın işleyebilmesi ise Yüksek Mahkeme kararlarının bağlayıcı olmasına dayanır. Bu doğrultuda AYM kararları bazı özellikler taşımaktadır. Öncelikle, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca kesin olan Yüksek Mahkeme kararlarına karşı herhangi bir yasa yoluna gidilememektedir. Yine anılan madde doğrultusunda iptal kararlarının geriye yürütmesi mümkün değildir. AYM tarafından iptal edilen düzenleme, ancak ilgili kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra yürürlükten kalkmakta, normun iptalinden önce ona bağlı olarak gerçekleştirilen işlemler ise geçerliliğini korumaktadır. AYM kararları Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra yasama, yürütme, yargı organları ile idare makamları, gerçek ve tüzel için bağlayıcı hale gelecektir. Yüksek Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, denetime tabi tutulan normun yürürlüğü ve geçerliliği noktalarında önem kazanmaktadır. AYM tarafından iptal edilen norm artık uygulanabilir düzenleme olma niteliğini yitirir. Yüksek Mahkeme'nin iptal talebini reddettiği norm ise AYM'nin kendisi de dâhil olmak üzere hiçbir organ tarafından uygulanamazlık edilemez. Tüm bu hususlardan çıkan sonuç, AYM kararlarının “kurallar kademesi” içerisinde Anayasa ve anayasal teamüller ile eşit düzeyde olduğudur.

3. Hukuk Devleti İlkesinin Gereklere Uyma

Tarihsel gelişim içerisinde polis devletinden sonra ulaşılan ve üzerinde mutabık kalınan yönetim anlayışı hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır.²²¹ Hukuk devleti, egemenliğin tek bir

²¹⁹ Bkz., AYM: 1995/56 E., 1995/60 K., KT: 01.12.1995.

²²⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 553-554.

²²¹ Raz, Joseph: “The Rule of Law and its Virtue”, The Rule of Law and the Separations of Powers, Oxford University Press, 2009, ss. 210-284, s. 217-218.

kişi veya zümreden ulusa geçmesi, bu doğrultuda çeşitli kurumlar tarafından kullanılması, ancak belki de en önemlisi, hukuk kurallarının bu kuralları koyanlar da dâhil olmak üzere tüm kişi ve kuruluşları, devlet organlarını bağlaması anlamına gelir.²²² Tanımdan da anlaşılacağı üzere hukuk devletinin özü, devlet kurumlarının hukukla bağlı olmaları, eylem ve işlemlerinde hukukun çizdiği sınırlar içinde hareket etmeleridir. Ancak yargısal denetim olmaksızın bu ideali gerçekleştirmek neredeyse imkânsız gözükmektedir.²²³

Hukuk devleti kişilere güvence sağladığına göre, bu amacı gerçekleştirebilmek için belirli standartların kabul edilmesine ihtiyaç vardır. Kavram çok geniş olduğu için biz okuyucuya çalışmamızın konusu ile ilgili temel özellikleri sunacağız. Hukuk devletini oluşturabilmek için kabul edilmesi gereken ana koşullar en basit haliyle şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle temel hakların güvenceye alınması önem arz etmekte ve bu güvencenin değiştirilmesi zor metinler olan anayasalarda teminata bağlanması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ikinci bir yöntem ise, hak ve özgürlüklerin anayasalarda düzenlenen ilkeler doğrultusunda kanunlarla sınırlanmasıdır.²²⁴ Hukuk devleti ilkesini gerçekleştirebilmek için bir diğer önemli husus, yasaların anayasaya uygun olarak yapılması ve yasama organının bu doğrultuda denetlenmesidir. Bu denetim, kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından yapıldığı takdirde etkin ve işlevsel olacaktır.²²⁵ Hukuk devletinde yürütme organını ve onun uzantısı olan idarenin de hukukla sınırlı olması, mali sorumluluğunun kabul edilmesi ve yine yargısal denetime tabi tutulması bir diğer zorunluluktur.²²⁶ Ancak hukuk devletinin belki de en önemli öğelerinden birisi, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı oluşturulması ve bu organın da anayasa ile sınırlanmasıdır.²²⁷ Bu saydığımız ilkeler hukuk devleti ilkesinin olmaz ise olmazlarıdır. Alt ilkeler ve yan unsurlar doğaldır ki genişletilebilir.²²⁸

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde yasama organının Anayasa ile bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan madde uyarınca, Anayasa hükümleri yasama organını bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Bu doğrultuda TBMM Anayasa'ya aykırı yasa yapamaz. Bu husus ayrıca

²²² Raz, (2009), s. 219.

²²³ **Yayla, Yıldızhan:** "Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin Özü", Prof. Dr. Hıfzı Timur'un anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1979, s. 1012-1013.

²²⁴ **Gören, Zafer:** Temel Hak Genel Teorisi, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 87.

²²⁵ **Özkul,** (2007), s. 87-88.

²²⁶ **Gözübüyük, A. Şeref:** Yönetişel Yargı, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.5.

²²⁷ **Gözübüyük,** s. 6.

²²⁸ AYM hukuk devletini şu şekilde tanımlamaktadır: "*Hukuk devletinin temel ögesi, tüm devlet faaliyetlerinin hukuka uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve tüm faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet demektir.*" Bkz., AYM: 1963/124 E., 1963/243 K., KT: 04.12.1963. Yüksek Mahkeme'nin benzer yöndeki kararları için bkz., AYM: 1976/1 E., 1976/28 K., KT: 16.08.1976; 1989/11 E., 1989/48 K., KT: 2.12.1989; 2010/49 E., 2010/87 K., KT: 07.07.2010; 2012/107 E., 2013/90 K., KT: 10.07.2013; 2013/39 E., 2013/65 K., KT: 22.05.2013

11. maddenin 2. fıkrasında, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı şeklinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 146. maddesinde, yasama organının Anayasa'ya aykırı yasa yapmasının müeyyidesi düzenlenmiştir. Anayasa'nın devam eden maddelerine bakıldığında, kanunların Anayasa'ya aykırı olup olmadıklarının denetlenebilmesi için bir AYM'nin kurulduğu anlaşılmaktadır. 148 ve 149. maddeler uyarınca Yüksek Mahkeme, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu hem şekil hem de esas bakımından denetleyecek, aykırı olduklarını belirlemesi halinde iptal edecektir. 153. madde uyarınca AYM tarafından iptal edilen kanun, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkacaktır.

1982 Anayasası'nda yürütme organı da hukukla bağlanmıştır. Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca, Anayasa hükümleri yürütme organını ve idari makamları bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla yürütme organı ve uzantısı olan idare makamları, Anayasa'ya aykırı işlem ve eylem yapamazlar.²²⁹ Ayrıca Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca, yürütme organı yürütme yetkisini ve görevini kanunlara uygun olarak kullanacaktır. Kanunlar da Anayasa'ya uygun olacağına göre, burada Anayasa'ya uygunluk yönünden iki aşamalı bir koruma kabul edilmiştir.²³⁰ İdarenin işlemleri, bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler şeklinde ikiye ayrılır. Düzenleyici idari işlemler tüzük ve yönetmeliklerdir.²³¹ Anayasa'nın 115. maddesi uyarınca, tüzükler kanunlara aykırı olamaz. 124. maddede de yönetmeliklerin, kanunlara ve tüzüklere aykırı olamayacakları hüküm altına alınmıştır. İdarenin bireysel işlemleri ise tüzük ve yönetmeliklere dayanmaktadır.²³² Dolayısıyla yürütme organı, başta Anayasa'ya sonrasında ise kanunlara aykırı eylem ve işlem yapamayacaktır. Daha net bir ifade ile yürütme organı, öncelikle Anayasa'ya ve kanunlara aykırı tüzük çıkaramayacak, sonrasında ise Anayasa'ya, kanunlara ve tüzüklere aykırı yönetmelik yapamayacaktır.²³³ Son olarak yürütme organı, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere aykırı bireysel idari işlem yapamayacaktır. Yürütme organının bu yükümlülüklerle aykırı davranmasının yaptırımını ise Anayasa'nın 125. maddesinde hüküm altına alınmıştır. 125. madde uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Bunun anlamı, idarenin yaptığı işlemler, uyulması gereken üst kurallara göre yapılmadığı takdirde, bu işlemler dava konusu olabilir ve yargı organı tarafından iptal edilebilir.²³⁴ 1982 Anayasası hükümleri uyarınca AYM kararları ile ilgili hükümler dikkate alındığında, Yüksek Mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunun, hem demokratik hukuk devletinin gelişimi hem de hukuk sisteminin kalitesi açısından büyük önem taşıdığı ve bu

²²⁹ **Eroğlu, Hamza:** İdare Hukuku, Genel Esaslar İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, 5. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1985, s. 63.

²³⁰ **Eroğlu,** s. 64-65.

²³¹ **Yıldırım, Turan/Göçgün, Muhammed:** "İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: Güz 2016, ss. 39-60, s. 39-40.

²³² **Ulu, Güher:** "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı:38 Yıl:19, Yaz 2020/2, ss.74-102, s. 90.

²³³ **Sezer, Abdullah:** "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 353-412, s.355.

²³⁴ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil:** Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 3.

sayede toplumun tüm katmanları için geçerli olabilecek nitelikli bir kamusal fayda doğurduğu anlaşılmaktadır.²³⁵

4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkileri

AYM kararları yargısal bir faaliyet sonucunda verilmiş olduğu için kararları diğer mahkeme kararlarına göre farklılıklar arz etmektedir. Anayasa, normlar hiyerarşisinde en üstte yer almakta, Yüksek Mahkeme'nin kararları da yasama, yürütme ve yargı organları dâhil tüm devlet kurumları ve kişileri bağlamaktadır. Bu kabulden çıkan sonuç, Anayasa ve normlar hiyerarşisinin bağlayıcılığı gereği kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesidir.²³⁶ Bu sayede hem Anayasa'nın işlerliği sağlanır hem de hukuk düzeni mantıksal bir tutarlılığa kavuşur.²³⁷ Hukuki belirlilik ve güvenliğin sağlanmasında en önemli yargısal aktör Yüksek Mahkemedir. Zaten Anayasa'da AYM, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal nitelikte denetlenmesi için kurulmuş özel mahkeme niteliğindedir. Dolayısıyla, hukuk düzeninin işlerliğinde önemli fonksiyona sahip olan AYM kararlarının bağlayıcılık özelliğini daha iyi anlayabilmek için hukuk düzeni üzerindeki etki ve sonuçlarına da bakılması gerekmektedir.

a. Kararların Yatay ve Dikey Kapsamda Etkisi

Öncelikle AYM kararlarının bağlayıcılığı ve hukuk düzeni üzerindeki etkileri konusunda iki temel özelliğin göz önüne alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki, Yüksek Mahkeme kararlarının dikey etkisidir. Anayasal düzenleme gereği Yüksek Mahkeme'nin kararları yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını ve tüzelkişileri bağlamaktadır. Bu zorunluluk, devlet organlarının anayasal düzenlemeler kapsamında hukuk düzeni içerisinde hareket etmesini de beraberinde getirmektedir.²³⁸ Modern anayasacılığın kabul ettiği felsefe, hem siyasi iktidarın sınırlandırılmasını hem de sınırlı iktidar ortamında bireylerin hak ve hürriyetlerinin tanınıp korunmasını gerektirmektedir.²³⁹ Devlet iktidarı ancak bu sayede kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda anayasal düzene bağlı kalmaktadır.²⁴⁰

AYM kararlarının bir diğer etkisi Yüksek Mahkeme kararlarının gerçek kişileri de bağlamasıdır. Bu sonuç ise AYM kararlarının yatay etkisini ifade etmektedir.²⁴¹ Yatay etki, bireylere hukuki güvenlik ve belirlilik ortamı hazırlar.²⁴² Bu sayede toplum, anayasa tarafından oluşturulan düzenin belirlemiş olduğu hukuk sistemi içerisinde siyasal ve sosyal alanda sağlıklı

²³⁵ **Turhan, Mehmet:** "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Turhan, Mehmet/Tülen, Hikmet (Editörler), Ankara, 2006, ss. 1-89, s. 41-42.

²³⁶ **Çağlar,** s. 175-176.

²³⁷ **Arsel,** s. 20-21.

²³⁸ **Erdoğan,** 2004, s. 301.

²³⁹ **Alan,** s. 2.

²⁴⁰ **Eren,** s. 53; **Gözler,** (2000), s. 860.

²⁴¹ **Çağlar,** s. 175.

²⁴² **Erdoğan,** 2004, s. 302.

bir biçimde yaşayabilme fırsatına sahip olmaktadır.²⁴³ Bu doğrultuda AYM kararlarının bağlayıcılığı, modern demokrasinin gerekleri açısından hayati öneme sahiptir.²⁴⁴

b. Kararların Erga Omnes Etkisi

AYM'nin anayasaya uygunluk denetimi sonucunda vermiş olduğu red kararlarının hukuk düzenine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bunun sebebi, Yüksek Mahkeme tarafından incelenen ve hâlihazırda hukuk sisteminde uygulanmakta olan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına kanaat getirmiş olmasıdır. Dolayısıyla AYM tarafından denetlenen ve bu denetim sonucunda, Anayasa'ya aykırılığı hakkında red kararı verilen norm yürürlükte kalmaya devam edecektir.²⁴⁵ AYM'nin red kararları nisbi nitelikte, taraflar arasında (inter partes) bağlayıcı etkiye sahiptir. Dolayısıyla red kararları, Anayasa'ya uygun olduğu tespit edilen kanun hakkında sadece davanın taraflarını bağlayıcı etkiye sahiptir.²⁴⁶

Yüksek Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını yerinde bularak, yargılama faaliyetine konu düzenlemeyi iptal ettiği takdirde, iptal edilen düzenleme yasama organının herhangi bir faaliyette bulunmasına gerek olmaksızın kendiliğinden yürürlükten kalkmakta, iptale ilişkin kararın usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesi yeterli olmaktadır.²⁴⁷ Ancak iptale ilişkin bu kararın hukuk düzeni içinde bazı etkileri söz konusudur.²⁴⁸ AYM'nin Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar verdiği düzenleme herkes için hüküm ve sonuç doğurur. Buna kararın “erga omnes” etkisi denir.²⁴⁹ Bu bağlamda, AYM'nin iptal kararı, yasama, yürütme ve yargı organları dâhil herkes için bağlayıcıdır. Burada AYM kararlarının bağlayıcılığı, ilgili düzenlemenin yürürlüğü ve hukuki geçerliliğine yönelik olmaktadır.

AYM'nin kendi kararlarını cebri icra etme yetkisi bulunmamaktadır. AYM'nin gerek iptal gerekse red kararları bağlayıcılıklarını, erga omnes etkinin mantıksal sonucundan almaktadır.²⁵⁰ Bu doğrultuda, Yüksek Mahkeme'nin kararlarına uygun davranılması bir mecburiyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararların yerine getirilmesi için herhangi bir hukuksal işleme gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin iptaline karar verdiği bir norm artık hiç kimse veya organ tarafından uygulanamaz. Diğer taraftan, AYM'nin iptal talebini reddettiği bir norm, Yüksek Mahkeme'nin kendisi de dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından uygulanmaktan alıkonulamaz.²⁵¹ Anayasa'da Yüksek Mahkeme kararlarına uyulmamasına yönelik bir yaptırım hüküm altına alınmamış olsa da,

²⁴³ Döner, s. 475-476.

²⁴⁴ Turhan, s. 48.

²⁴⁵ Gözler, (2014), s. 488.

²⁴⁶ Gözler, (2014), s. 489.

²⁴⁷ Gözler, (2014), s. 488.

²⁴⁸ Azrak, s. 153.

²⁴⁹ Özbudun, (2014), s. 406.

²⁵⁰ Özbudun, (2014), s. 406.

²⁵¹ Eren, s. 665-667.

AYM tarafından iptal edilen bir düzenlemenin uygulanması ceza hukuku açısından suç, özel hukuk açısından ise haksız fiil teşkil edecektir.²⁵²

c. Kararların Res Judicata Etkisi

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca AYM kararları kesin niteliktedir. Anılan düzenlemenin son fıkrasında, Yüksek Mahkeme kararlarının Resmi Gazete'de hemen yayımlanacağı ve yasama, yürütme ile yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı düzenlemesi yer almaktadır. Bunun mantıksal sonucu olarak, AYM kararları hem kesin hüküm teşkil etmekte hem de bağlayıcı etkiye sahip olmaktadır. AYM kararlarının kesin hüküm etkisine "res judicata" denilmektedir. Anılan terim, yargılama faaliyeti sonucunda davaya konu uyuşmazlığın sonsuza kadar çözüme kavuşturulması anlamına gelmektedir.²⁵³ Kelime anlamı bakımından ise res judicata, "yargılanmış şey", veya "hükmedilmiş şey", "karara bağlanmış şey" olarak tanımlanabilir. Res judicata ile çözüme kavuşturulan hukuki uyuşmazlığın hakkaniyete uygun olduğu varsayılır.²⁵⁴ AYM, yürüttüğü yargısal faaliyet sonucunda Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen düzenlemeyi res judicata ile nihai çözüme kavuşturmakta, hukuk düzeni çerçevesinde mantıksal bir tutarlılık ortaya koymakta, hukuk devletinin gerçekleşmesi için gerekli ortamı hazırlamaktadır.²⁵⁵ Bu nedenle hukuk düzeninin güvenilirlik ve belirlilik çerçevesinde işleyebilmesi için AYM kararlarının bağlayıcı olduğunu kabul etmenin bir zorunluluk olduğu söylenebilir.²⁵⁶ Anayasal sistemde sağlıklı ve nitelikli işleyişi sağlamaya yarayan en önemli organlardan birisi, AYM ve kararlarının res judicata etkisidir.²⁵⁷

Res judicata, mevcut hukuk düzeninde "tekrar yargılama yasağı", "bağlayıcılık" ve "kesin delil teşkil etme" sonuçlarını da doğurur.²⁵⁸ Yine, "ne bis in idem" ilkesi²⁵⁹ uyarınca çözüme kavuşturulan uyuşmazlık, uyuşmazlığın konusu, sebepleri ve tarafları aynı olduğu sürece başka bir mahkemede dava olarak yargılama konusu olamaz.²⁶⁰ Res judicata uyarınca, AYM kararları herkes için bağlayıcı özellik taşımakla birlikte, kesin delil özelliğini de bünyesinde barındırmaktadır.²⁶¹ Dolayısıyla, AYM'nin çözüme kavuşturduğu bir konu, aynı konu ve sebeplerle tekrar görülemeyecek, Yüksek Mahkeme'nin ilk kararı kesin delil ve hüküm

²⁵² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 55.

²⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Gözler, Kemal: "Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 56, Sayı: 2, Yıl: 2007, ss. 45-61, s. 46-47.

²⁵⁴ Gözler, (2007), s. 47.

²⁵⁵ Gözler, (2007), s. 47.

²⁵⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 553-554.

²⁵⁷ Doğru, s. 78.

²⁵⁸ Carlisle, Jay: "Second Circuit 2005 Res Judicata Developments", Quinnipiac Law Review, 24, (2), (2006), ss. 351-363, s. 355.

²⁵⁹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Oter, İlayda: "Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirlik Alanları İle İlgili Bir Sentez Çalışma", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 50, Yıl: 2022, ss. 139-158.

²⁶⁰ Gözler, (2007), s. 47.

²⁶¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 553-554.

niteliğinde olacaktır.²⁶² AYM kararlarının kesin hüküm niteliğinde olmaları, hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesin hüküm olma özelliğini taşımaktadır.²⁶³ AYM kararlarına karşı gidilebilecek herhangi bir üst kanun yolu bulunmamaktadır.²⁶⁴ Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme uyarınca, Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararlarla birlikte ilk ve son derece mahkemesi sıfatını kazanmaktadır.²⁶⁵ Aynı sonucu doğrulayacak şekilde Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemede ise, yasama ve yürütme organları ile idarenin AYM kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlar ve idarenin Yüksek Mahkeme tarafından alınan kararları hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri belirtilmektedir.²⁶⁶

B. BİREYSEL BAŞVURU YOLU SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN BAĞLAYICILIĞI

2010 Anayasa değişikliği ile birlikte, AYM'nin önceki görevlerine ek olarak bireysel başvuru yolu getirilmiş, ancak Anayasa'nın 153. maddesinde değişikliğe gidilerek bireysel başvuru kararlarının bağlayıcı olduğuna dair bir düzenleme yapılmamıştır. Aynı şekilde 6216 sayılı Yasa'da da, Yüksek Mahkeme'nin kararlarının bu konuda da bağlayıcı olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut değildir.²⁶⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere kanaatimizce böyle bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. Bu doğrultuda tekrardan kaçınmak için bu başlık altındaki açıklamalarımıza, yukarıda iptal ve itiraz davalarının bağlayıcılığı konusunda Anayasa'nın 11, 138 ve 153. maddeleri bağlamında okuyucuya sunduğumuz bilgilere atıf yapmakla başlıyoruz.

Genel mantık ilkeleri çerçevesinde, bireysel başvuru sonucunda AYM'nin vermiş olduğu kararların da bağlayıcı olduğu, diğer bir ifadeyle ifa ve icra edilmeleri gerektiği konusunda kanaatimizce bir tereddüt bulunmamaktadır. 2010 Anayasa değişikliğiyle kabul edilen bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesiyle birlikte Yüksek Mahkeme anayasa şikâyeti hakkında da görevlendirilmiş durumdadır. Soyut ve somut norm denetimi sonucunda verilmiş olan kararların bağlayıcı olduğunu kabul edip, daha özel, hak ve özgürlükleri daha ayrıntılı ve sistematik biçimde koruma altına alan ve sonradan anayasa yargısı sistemine eklenen bireysel başvuru yolu neticesinde verilen kararların bağlayıcı olmadığını kabul etmek hukuk mantığıyla çelişmektedir.

²⁶² **Gözler, Kemal:** Hukuka Giriş, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 453.

²⁶³ **Tanör/Yüzbaşıoğlu,** s. 553.

²⁶⁴ **Erdoğan,** s. 301.

²⁶⁵ **Gözler,** (2000), s. 921.

²⁶⁶ **Gözler,** (2000), s. 920.

²⁶⁷ **Göztepe Çelebi, Ece:** "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 95.

AYM'nin bu yeni görevi, doğal ve zorunlu olarak Yüksek Mahkeme ile yargı sisteminde bulunan diğer mahkemeler arasında zorunlu bir diyalogun doğmasına yol açmıştır.²⁶⁸ AYM'nin bu diyalogu, diğer mahkemeler tarafından, Yüksek Mahkeme'nin almış olduğu kararların icra edilmesi zorunluluğunu da kapsamaktadır. En üst denetim mercii olma niteliği, kararlarının icra ve ifa edilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir.²⁶⁹ AYM kararlarına uyma zorunluluğu, hukuksal sürecin işlerliği ve sıhhati açısından büyük önem taşımaktadır.²⁷⁰ Bu sıhhat ve işlerlik, ancak Yüksek Mahkeme kararlarının bağlayıcı olması durumunda etkinlik kazanabilir. İlk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararların bir noktada bağlayıcı olduğunu kabul ederken, AYM kararının bağlayıcı olmadığını savunmak mevcut hukuk sistemini ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini tersten okumak anlamına gelmektedir. Kaldı ki Yüksek Mahkeme de, bireysel başvuru sonucunda önüne gelen uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlarında, Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin düzenlendiğini, 153. maddenin son fıkrası uyarınca da kararlarının yasama, yürütme, yargı organları ile idare makamları, gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı olduğunu vurgulamaktadır.

AYM, konuyla ilgili son kararlarından birinde konuya şu şekilde açıklık getirmektedir: *"Anayasa'nın "Anayasa Mahkemesinin kararları" kenar başlıklı 153. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile altıncı fıkrası şöyledir: Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlandırmaların Anayasa'nın sözüne aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan Anayasa'nın sözü, Anayasa'nın metnini yani lafzını ifade etmektedir. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasına aykırı davranıldığı tespit edildiği takdirde başvurucunun bireysel başvuru hakkının, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa hükümlerinin nihai ve bağlayıcı olarak yorumlanması yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin anayasal hüküm, bireysel başvuru kapsamında ihlal edildiğine karar verilen temel hak ve özgürlükler için de geçerli olan ek bir güvencedir. Başvuruya konu somut olayda İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi ile Yargıtay 3. Ceza Dairesi anayasal ve yasal zorunlulukları gözardı ederek başvurucu hakkında yeniden yargılama işlemlerine başlamamış, hükmün infazına devam olunmuş ve başvurucunun hükümlü statüsü sürdürülmüştür. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereği yerine getirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesi, Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında Anayasa Mahkemesi*

²⁶⁸ **Doğru, Osman:** Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 92; **Göztepe Çelebi,** (2016), s. 96.

²⁶⁹ **Çelik,** s. 208-209.

²⁷⁰ **Metin,** s. 95-96.

kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmü ile çatışan bir durum ortaya çıkarmıştır.”²⁷¹

AYM kararlarının bireysel başvuru yolunda bağlayıcı olup olmadıkları konusu akıllara, Yüksek Mahkeme'nin farklı anayasa şikâyeti kararlarındaki bağlayıcılığının sadece taraflar açısından olması gerekip gerekmediği, diğer devlet organlarının yürüttükleri işlemlerde, daha önce verilmiş kararları hangi oranda dikkate almaları icap ettiği sorusunu getirebilir. Konu bu açıdan incelendiğinde de bir değişiklik bulunmamaktadır. İlk olarak, AYM'nin, bireysel başvuru yolunda hak ihlali olmadığına yönelik kararı başvuru açısından kesin niteliktedir.²⁷² Yine Yüksek Mahkeme, herhangi bir hak ihlali olduğuna yönelik hüküm verdiği takdirde, ihlalin tespit edilmesiyle birlikte, söz konusu ihlali gidermekle yükümlü olan taraf AYM'nin kararı doğrultusunda ihlali gidermek zorunluluğu altına girmektedir.²⁷³ Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi olan kesin hükmün uygulanırlığı ilkesi doğrultusunda, AYM kararlarının ve bu kararlarda belirlenen temel ilkelerin devlet makamları tarafından dikkate alınması ve bu doğrultuda icra edilmesi gerekmektedir.²⁷⁴ Dolayısıyla devlet organları, yürüttükleri eylem ve işlemlerde AYM'nin benzer durumlarda vermiş olduğu kararları dikkate almak yükümlülüğü altındadır. AYM, çeşitli kararlarında bu hususa ayrıca vurgu yapmıştır.²⁷⁵

AYM'nin bireysel başvuru yoluyla vermiş olduğu kararlar, diğer yüksek yargı organları da dâhil olmak üzere tüm yargılama mercileri için bağlayıcı niteliktedir. Yüksek Mahkeme çeşitli kararlarında, bireysel başvuru incelemesi sonucunda bir yargı organının yerine getirdiği yargısal faaliyetle ilgili olarak Anayasa tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış bir temel hakkın ihlal edilmiş olduğuna yönelik karar vermesi halinde, söz konusu ihlalin önlenmesi, ihlal edilen hakkın niteliği doğrultusunda eski haline getirilmesi, diğer bir ifadeyle ihlalden önceki hale dönülmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁷⁶ İhlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması ve

²⁷¹ Bkz., AYM: Başvuru No: 2023/99744, KT: 21.12.2023. AYM'nin benzer yöndeki kararları için bkz., AYM: Başvuru No: 2012/144, KT: 02.10.2013; Başvuru No: 2014/7621, KT: 25.07.2017; AYM: 2017/85 E., 2017/64 K., KT: 15.03.2017; Başvuru No: 2020/32949, KT: 21.01.2021; Başvuru No: 2023/53898, KT: 25.10.2023.

²⁷² Doğanoglu, s. 503-503.

²⁷³ Gümüşay, s. 94.

²⁷⁴ Gülçür, Abdulkadir: “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Cilt 24, Yıl: Haziran 2018, ss. 197-214, s. 153.

²⁷⁵ AYM'nin, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi kapsamında kararlarının bağlayıcı olduğuna ve benzer durumda vermiş olduğu kararların tüm devlet organları tarafından dikkate alınması gerektiğine yönelik kararları için bkz., AYM: Başvuru No: 2012/144, KT: 02.10.2013; Başvuru No: 2019/33281, KT: 26.01.2023; Başvuru No: 2023/53898, KT: 25.10.2023; Başvuru No: 2023/9974, KT: 21.12.2023.

²⁷⁶ AYM, hak ihlalleri ve sonuçlarına yönelik olarak verdiği birçok kararında, tespit etmiş olduğu ihlallerin giderilmesine yönelik genel ilkeler belirlenmiştir. Yüksek Mahkeme ilgili kararlarında, bireysel başvuruya ilişkin olarak temel hakkın ihlal edildiğini tespit ettiğinde, ihlalin ve ihlalinin önlenmesi için hakkın mümkün olduğu ölçüde eski haline getirilmesi, yani ihlal öncesi duruma dönülmesini vurgulamakta ve ihlalin giderilmesi için “yeni bir yargılamanın” yapılması gerektiği üzerinde durmaktadır. AYM kararlarında da anlaşılacağı üzere, ihlalin sona erdirilmesi, ihlalden önceki duruma dönülmenin sağlanmasına bağlıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, yeniden yargılama yoluyla ihlalin sonuçları giderilmelidir. Diğer taraftan yetkili mahkemenin, yeniden yargılama gerekçesini değerlendirme konusunda takdir yetkisi de bulunmamaktadır. Bkz., AYM: Başvuru No: 2013/500,

mahkemenin ihlali gidermek için AYM kararı doğrultusunda yeniden yargılama yapmaması durumunda, tespit edilen anayasaya aykırılık giderilmemiş, korunan hak ve özgürlük tanınmamış olacaktır.²⁷⁷ Yüksek Mahkeme'nin kesinleşmiş ve bağlayıcı nitelikteki kararlarının diğer mahkemeler tarafından icra edilmemesi, AYM'nin işlevini yitirmesine, adil yargılanma hakkının görmezden gelinmesine yol açacaktır.²⁷⁸ Sonuç olarak AYM'nin bireysel başvuru yoluyla vermiş olduğu kararlar, tüm devlet organları ve yargılama mercileri tarafından uyulması zorunlu, ötelenemeyen, görmezlikten gelinemeyen bağlayıcı kararlardır.²⁷⁹

SONUÇ

Bir toplum sözleşmesi niteliğinde olan ve üstün olduğu kabul edilen anayasalara duyulan inanç, söz konusu üstünlüğün korunmasını da beraberinde getirmiş ve anayasa mahkemeleri bu sayede doğmuştur. Yargısal denetimin olmadığı sistemlerde, anayasanın üstünlüğü ilkesi bir anlam ifade etmeyecek, pratikte de hiçbir zaman tam bir işlevsellikle uygulanmayacaktır. Anayasa mahkemelerinin üstlenmiş olduğu anayasaya uygunluğun denetlenmesi görevi, en basit haliyle kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması anlamına gelmektedir. Anılan görev, bir yandan iktidarı mevcut hukukla sınırlandırmakta, bir yandan da denetimin bir sonucu olarak insan hak ve özgürlükleri için güvenceli bir zemin oluşturmaktadır. Anayasa mahkemeleri, görevleri itibarıyla siyasi alanı etkileyen kararlar alsalar da, sonuç olarak anayasa yargısı aracılığıyla yapılan denetimin niteliği hukukilik arz etmektedir.

İnsan hak ve hürriyetlerinin teminatı, hukuka duyulan güvene ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine bağlı bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının hukuki anlamda değer kazanması, anayasalarda bu hakların tanınarak teminat altına alınmasıyla mümkün olmakta, kuvvetler ayrılığı ilkesi de modern hukuk devleti için bir temel oluşturmaktadır. Hukuka uygun davranan devlet, egemenlik yetkisini keyfi şekilde kullanamayacak, anayasa ve kanunlar çerçevesinde hareket etmek zorunda kalacaktır. Siyasi aktörler, kendi ideolojileri doğrultusunda politik kararlar alsalar da, alınan bu kararların birey hak ve özgürlükleri yönünden sınırları bulunmak zorundadır. Egemenlik yetkisini kullanan güçlerin iktidarı hukukla sınırlandırılmadığı müddetçe, hak ve özgürlükler için her zaman bir tehlike mevcuttur. Bu doğrultuda özellikle hukuk devleti ilkesi, iktidarın demokratik değerlerle sınırlandırılmasında bir üst değer niteliğindedir. Anayasa mahkemeleri, yasama ve yürütme organının, hatta yargı organlarının vermiş oldukları kararları denetlemek suretiyle kuvvetler ayrılığı ilkesinin hayat bulmasına imkân sağlamaktadır. Bu sebeple modern demokrasilerde anayasa mahkemeleri,

KT: 20.03.2014; Başvuru No: 2013/1966, KT: 25.03.2015; Başvuru No: 2013/1780, KT: 20.03.2014; Başvuru No: 2015/1950, KT: 22.02.2018; Başvuru No: 2017/15698, KT: 26.07.2019; Ayrıca bkz., **Gümüşay**, s. 95.

²⁷⁷ **Özkan, Gürsel**: Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması", Anayasa Yargısı, Cilt: 37, Sayı: 1, Yıl: 2020, ss.193–236, s. 200.

²⁷⁸ **Kahraman, Mehmet/Şahin, Muhammed**: "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 37-61, s. 46.

²⁷⁹ **Özkan**, s. 199.

sadece anayasanın uygulanmasını sağlamakla yetinmemekte, aynı zamanda anayasal ilkeleri hak ve özgürlükler alanında genişletmekte, anayasal uygulamaları toplum yararına geliştirmekte, başka bir ifadeyle ülkenin toplumsal ve siyasal gelişimine yön vermektedir. Anayasa mahkemelerinin, anayasanın içeriğine ve anlamına ilişkin verdikleri bütün kararlar, tüm devlet organları için uyulması zorunlu hükümler niteliğindedir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin fiili olarak sağlanması, yargısal denetim olmadan gerçekleştirilemez. Bu doğrultuda, egemenlik yetkisini kullanan güçleri hukuk devleti içerisinde tutmanın en etkili yöntemi, anayasa yargısının getirdiği mekanizmalardır. Anayasa yargısı, tüm devlet organlarını bağlayıcı nitelikteki kararları ile siyasi iktidar ve anayasal demokratik düzen arasında bir denge kurmakta, bu yönüyle demokrasinin dayandığı temel değerlerin koruyuculuğunu üstlenmektedir. Anayasaya uygunluğun yargısal yolla denetimi, yürütme, yasama ve bizzat yargı organının hareket alanının sınırlarını çizmekte, görev ve yetkilerini belirli değerler çerçevesinde kullanmalarını sağlamaktadır. Anayasa yargısı, birey hak ve özgürlüklerine önem veren, ön planda tutan her sistem için olması gereken bir kurum niteliğindedir. Kişi hak ve özgürlükler anayasa yargısı sayesinde güvenceye alınır, anayasal teminatlar pratikte sağlanır, çoğulcu demokrasinin temelleri sağlam zemine atılır. Bu sayede anayasa yargısı, hem anayasaya uygunluk denetimi yaparak hukuk sistemini korumakta hem de demokratik sistemin işleyişine katkı sağlamaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetler ile demokratik hukuk devletinin gerçekleşmesi yolunda ülkemizin sahip olduğu en önemli kurumlardan birisidir. Özellikle Türkiye gibi demokratik gelişimin henüz olgunlaşmamış olduğu ülkelerde, anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemelerin fonksiyonları daha büyük anlam kazanmaktadır. Anayasa'nın üstünlüğünü hâkim kılmaya çalışan Yüksek Mahkeme, büyük bir sorumluluk üstlenmiş durumdadır. Şüphesiz ki bu durum, AYM'nin Anayasa'yı yorumlarken tamamen serbest olduğu anlamına da gelmemektedir. Yüksek Mahkeme'nin kendisi de Anayasa ile bağlıdır. Aksi halin kabulü, Anayasa'nın değil, AYM'nin üstünlüğü ilkesinin kabul edilmesi anlamına gelecektir. Yüksek Mahkeme'nin görevlerine bakıldığında en temel fonksiyonunun, yapmış olduğu Anayasa'ya uygunluk denetimiyle temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak, korumak olduğu görülmektedir. Yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemleri Anayasa'ya uygunluk bakımından denetlenmeden ve gerçekleştirilen denetim sonucunda AYM'nin aldığı kararların bağlayıcılığı kabul edilmeden, hak ve özgürlüklere ilişkin değerlerin anayasal güvence altına alınmış olmasının bir anlam ifade etmeyeceği açıktır.

Yüksek Mahkeme, Anayasa'ya uygunluk denetimini çeşitli dava türleri ile yerine getirmektedir. 2010 Anayasa değişikliği ile soyut ve somut norm denetim yollarına bireysel başvuru yolu eklenmiştir. 2012 yılında faaliyete geçen bireysel başvuru yolu, AYM'yi tam anlamıyla "vatandaşın mahkemesi" haline getirmiştir. Bireysel başvuru Türk hukukuna büyük bir zenginlik katmış, Yüksek Mahkeme'ye "özgürlüklerin mahkemesi" olma yolunda misyon

yüklemiştir. Bireysel başvuru yolu, temel hak ve hürriyetler konusunda, ulusal yargı organları tarafından verilen kararlar ile AİHM kararları arasındaki farklılığı ortadan kaldırmada büyük bir fırsat sunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin yukarıda saydığımız dava yolları sonucunda vermiş olduğu kararların bağlayıcılığı kabul edilmediği takdirde, anayasaya uygunluk denetiminin bir anlamı da kalmamaktadır. Esasen, hukuk devleti ilkesini anayasasında düzenleme altına almış olan bir devlette, anayasaya uygunluk denetimi yapan bir mahkemenin vermiş olduğu kararların bağlayıcılığının tartışılması bir yana, gündemi meşgul etmesi bile düşündürücüdür. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri, AYM kararlarının bağlayıcılığının zorunlu sonucudur. Aynı şekilde Anayasa'nın bağlayıcılığı, bir taraftan Anayasa hükümlerinin, diğer taraftan da Anayasa'ya uygunluk denetimini sonuca bağlayan AYM kararlarının, yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Aslında kanaatimizce bu tartışmalara gerek bile bulunmamaktadır. Çünkü 1982 Anayasası'nın 11. maddesinde hüküm altına alınan "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ilkesi ve yine 153. maddenin son fıkrasında yer alan AYM kararlarının yasama, yürütme, yargı organları, idare makamları, gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı olduğuna yönelik düzenleme bu zorunluluğun teyidi niteliğindedir.

Ülkemizde özellikle son on yıldır Yüksek Mahkeme'nin demokratik meşruluğunun sorgulandığı görülmekte, hatta Mahkeme'nin kaldırılması dahi bir öneri olarak öne sürülmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi yapan organların yetkilerini bazen yanlış kullanmaları, hukukilik dışında yerindelik denetimi yapmaları, anayasal yetkilerini aşmaları ve bu sebeple eleştirilmeleri sadece ülkemize ait bir olgu değildir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken nokta, anayasa yargısının esas meşruiyetinin, onun demokratik hukuk devleti sistemini ve insan haklarını koruma işlevinde yatmasıdır. Yüksek Mahkeme'nin yarım asrı aşan geçmişi dikkate alındığında, hukuk devletinin gelişmesinde ve keyfi devlet iktidarının önlenmesinde vermiş olduğu kararlar ile son derece önemli bir rol oynadığı ve tüm kararlarının bağlayıcı olması gerektiği anlaşılmaktadır.

KAYNAKLAR

Acu, Melek: "Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Yıl:2014, ss. 404-434.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Alan, Nuri: "(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, Yıl: 2003, ss. 1-9.

Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Aliefendioğlu, Yılmaz: “Türk Anayasa Mahkemesinin İşleyişı ve Karar Alma Süreci”, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988.

Aliefendioğlu, Yılmaz: “Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2001, ss. 29-68.

Aliefendioğlu, Yılmaz: “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, Anayasa Mahkemesinin 22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler içinde, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:4, 1984, ss. 101-147.

Altıparmak, Kerem: Van Depremine Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesinin Bayram Otel Kararı, TESEV Yayınları, İstanbul 2014.

Alyanak, Servet/ Bozkurt Cengiz, Burcu: “Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi”, Yasama Dergisi, Sayı: 48, Yıl: Temmuz- Aralık 2023.

Anayurt, Ömer: “Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1-2, Yıl: 2009, ss. 117-160.

Anayurt, Ömer: Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020,

Aral, Vecdi: “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 34, Sayı: 1-4, Yıl: 1968, ss. 513-552.

Arsel, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, Mars Matbaası, Ankara 1965.

Arslan, Zühtü: Anayasa Teorisi, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Arslan, Zühtü: Anayasa Teorisi, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Atar, Yavuz: “Anayasa Mahkemesine İptal Davası Açma Usulü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2 (Milenyum Armağanı), Yıl: 2000, ss. 161-169.

Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

Atay Ender Ethem: İdare Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009

Aydın, Öykü Didem: “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 2011, ss. 121-170.

Aykut, Zülal, “Anayasa Yargısı Ve Uygunluk Denetimi”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 3, Yıl: 2023, ss. 51-76.

Azaklı, Murat: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 73–103.

Azrak, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 1984, ss. 154-168.

Babayiğit, Mustafa: “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, ss. 183-220.

Baum, Lawrance: The Supreme Court, Washington D.C., CQ Press, 1985.

Butleritchie, T. David: “The Confines of Modern Costitutionalism”, Pierce Law Review, Volume: 3, Number:1, Year: 2004, ss. 1-32.

Carlisle, Jay: “Second Circuit 2005 Res Judicata Developments”, Quinnipiac Law Review, 24, (2), (2006), ss. 351-363.

Centel, Nur: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Cilt:17, Yıl: 2010, s. 49- 93.

Clenughan, William: Maqruder's American Government, Massachusetts, Prentice Hall Needham, 1990.

Çağlar, Bakır: “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 3, Yıl: 1986, ss. 137-187.

Çelik, Yeşim: Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Daver, Bülent: “Anayasa Mahkemesi Yargıcı”, Anayasa Yargısı, Cilt: 3, Sayı: 27, Yıl: 1994, ss. 141-147.

Dede, Kadir: “Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 125–148.

Demirbağ, Cengiz: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama-Yürütme İlişkisi”, Yasama Dergisi, Sayı: 39, Yıl: Ocak-Haziran 2019, ss. 13-50.

Demircan, Fatih: “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 120, Yıl: 2015, ss. 132-154.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem: “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mahmut Tevfik Birsal Armağanı, 2001, ss. 461-493.

Doğanoğlu, Ali Erdem: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Başvurunun Reddi Kararı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2018, ss. 498-537.

Doğru, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

Döner, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Egeliği, Ömer Emrullah: “Somut Norm Denetiminde Anayasa’ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi”, Anayasa Yargısı dergisi, Cilt: 39, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 213–261.

Ekinci, Hüseyin: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 30, Yıl: 2013, ss. 161-197.

Ekinci, Hüseyin: Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Ed. Musa Sağlam, Bireysel Başvuru-Anayasa Şikâyeti, HUKB Sempozyum Serisi 1, Ankara, 2011.

Erdoğan, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.

Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2004.

Erdoğan, Mustafa: “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54 Sayı: 3, Yıl: 2005, ss. 58-79.

Erdoğan, Mustafa: Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Erem, Faruk: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara, 1996.

Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Ders Notları, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018.

Ergül, Ozan: Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Eroğlu, Hamza: İdare Hukuku, Genel Esaslar İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Beşinci Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985.

Feyzioğlu, Turhan: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Muhasebesi, 1. Baskı, Cüneyt Matbaası, Ankara, 1951.

Gerçekler, Hasan: Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Ed. Musa Sağlam, Bireysel Başvuru-Anayasa Şikâyeti, HUKB Sempozyum Serisi 1, Ankara, 2011.

Gönenç, Levent: “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt: 50, Sayı: 1, Yıl: 2001, ss. 131-152.

Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000.

Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000.

Gözler, Kemal: “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 3, Yıl: 2006, ss. 131-166.

Gözler, Kemal: “Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 56, Sayı: 2, Yıl: 2007, ss. 45-61.

Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.

Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.

Gözübüyük, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Göztepe, Ece: Anayasa Şikâyeti, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1998.

Göztepe Çelebi, Ece: “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl: 2016, ss. 93-118.

Giegerich, Thomas: “Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, Yıl: 2010, ss. 123-142.

Gülçür, Abdulkadir: “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Cilt 24, Yıl: Haziran 2018, ss. 197-214.

Gümüşay, Ramazan: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararının İcrası, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Gümüşay, Ramazan: “Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak “Yeniden Yargılama” Kararı ve İcrası”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1-2, Yıl: 2018, ss, 93-148.

Gümüş, Ali Tarık: “Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2010, ss. 117-158.

Gündüz, Ebru/Alkım Aktaş: “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 1, Sayı: 55, Yıl: 2017, ss. 55-78.

Hakyemez, Yusuf Şevki: “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, Anayasa Yargısı Sayı: 24, Yıl: 2007, ss. 526-568.

Hakyemez, Yusuf Şevki: “Anayasa Mahkemesine Göre Karar Gereçlerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss. 365-399.

Hamdemir, Berkan: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Hekimoğlu, Mehmet Merdan: Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.

İba, Şeref: Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara.

İnce, Abidin Kadir: “Ana Hatlarıyla Çift Meclis Sistemi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2023, ss. 382-455.

İyilikli, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Kaboğlu, Özden İbrahim: “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, <https://legal.com.tr/blog/anayasa-hukuku/yargitay-karari-ve-anayasal-yokluk-hali/>. (Erişim Tarihi: 01.12.2023)

Kaboğlu, İbrahim Özden: Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2007.

Kaboğlu, İbrahim: Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.

Kaboğlu, İbrahim Özden: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2018.

Kahraman, Mehmet/Şahin, Muhammed: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 37-61.

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

Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Karan, Ulaş: Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2018.

Kaya, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, 3. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

Kelsen, Hans: Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çeviren: Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016.

Kelsen, Hans, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 22-78.

Kılıç, Selda: “1876 Meclis-i Mebusanı ve Seçim Hazırlıkları”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 30, Yıl: 2011, ss. 28-40.

Kılınç, Bahadır: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı No: 25, Yıl: 2008, ss. 19-59.

Kıratlı, Metin: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.

Kili, Suna/Gözübüyük, Şeref: Türk Anayasa Metinleri, 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.

Kontacı, Ersoy: “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi Cilt: 4, Yıl: 2014, ss.105-117.

Korkut, Levent: “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2017, ss. 43-82.

Korucu, Serdar: Yargısal Aktivizm, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Köküsarı, İsmail: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: 22, Yıl: 2018.

Kulak, Sercan Coşkun: “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 87, Yıl: 2010, ss. 228-261.

Kuluçlu, Erdal: “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, Sayı: 71, Yıl: 2008, ss. 3-22.

Kurtoğlu, Tülin: Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Küçük, Adnan: “Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 3, Cilt: 1, Yıl: 2014, ss. 311-357.

Lütem, İlhan: ABD’de Düşünce Özgürlüğü Bakımından Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956.

Memiş, Emin: Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005), Anayasa Hukuku Ders Notları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

Onar, Erdal: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Yayınevi Belirtilmemiş, Ankara, 2003.

Oter, İlayda: “Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirlik Alanları İle İlgili Bir Sentez Çalışma”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 50, Yıl: 2022.

Öden, Merih: “Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 4, Yıl: 2000, ss. 47-81.

Ökçesiz, Hayrettin: “Devlet ve Gerekçesi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 10, İstanbul Barosu Yayını, Yıl: 2003, ss. 11-13.

Özbey, Özcan: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Özbudun, Ergun: Türkiye'nin Anayasa Krizi, 1. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2009.

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Özkan, Gürsel: Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması”, Anayasa Yargısı, Cilt: 37, Sayı: 1, Yıl: 2020, ss.193–236.

Özkuş, Fatih: “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 16, Yıl: 3, 2016, ss. 202-263,

Özkuş, Fatih: Anayasa Hukuku Kapsamında Türkiye’de Yargı Organının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Pekcanitez, Hakan: “Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi”, Anayasa Yargısı, Sayı: 35, Yıl: 2018, ss. 73-104.

Raz, Joseph: “The Rule of Law and its Virtue”, The Rule of Law and the Separations of Powers, Oxford University Press, 2009, ss. 210-284.

Raz, Joseph: The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, 2. Baskı, Oxford Clarendon Press, 1980.

Raz, Joseph: “Kelsen’in Temel Norm Kavramı”, Çeviren: Şule Ş. Ceylan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, ss. 117-146.

Sabuncu, Yavuz: Anayasaya Giriş, 15. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015.

Sağlam, Fazıl: “Anayasa Şikâyeti- Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Ece Göztepe, Aykut Çelebi (Haz.), Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, İstanbul 2012.

Sağlam, Musa: “Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, Yıl: 2018, ss. 71-98.

Sezer, Abdullah: “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 353-412.

Speath, Harold: Supreme Court Policy Making: Explanation and Prediction, San Francisco, W.H. Freeman, 1979.

Stein, Robert: “Rule of Law: What Does it Mean?”, Minnesota Journal of International Law, Volume: 18 Number: 2, Year: 2009, ss. 292-303.

Sweet, Alec Stone: “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy(Special Issue on Delegation)”, West European Politics, 25, 2002, ss. 77-100.

Şirin, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, 1. Baskı, Onikilavha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Taşkın, Ş. Cankat: “2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 97, Yıl: 2011, ss. 172-230.

Tepe, Harun: “Yargı Etiği ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2007, ss. 86-96, s. 87-88.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012.

Tunaya, Tarık Zafer: Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938) Kanun-u Esasi ve Meşrutiyet Dönemi, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003.

Tunç, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2019.

Turhan, Mehmet: “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Turhan, Mehmet/Tülen, Hikmet (Editörler), Ankara, 2006, ss. 1-89.

Turhan, Mehmet: “Kelsen’e Göre ‘Anayasaya Aykırı’ Yasa”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 27, Ökçesiz Hayrettin (Editör), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 373-404.

Ulu, Güher: “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı:38 Yıl:19, Yaz 2020/2, ss.74-102.

Uslu, Ferhat: Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Ünver, Yener; Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Vinx, Lar: “Introduction”, The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 1-21.

Yalçınöz, Bahadır: “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss. 187-206.

Yayla, Yıldızhan: “Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin Özü”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1979.

Yıldırım, Turan/Göçgün, Muhammed: “İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: Güz 2016, ss. 39-60.

Yokuş, Sevtap: “Türkiye’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikayeti”, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 2016, ss. 33-50.

Yüksel, Metin: “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1 Yıl: 2012, ss. 89-130.

Yüzbaşıoğlu, Necmi: Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.

Waldron, Jeremy: “The Core of the Case Against Judicial Review”, The Yale Law Journal, Sayı, 115, Yıl, 2006, ss. 1346-1406.

^H GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞE İADE DAVALARI*

(Araştırma Makalesi)

Av. Arb. Mehtap ŞAHİN ALTINTAŞ**

ÖZET

İş hukuku mevzuatımızda iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli bir neden olmaksızın sonlandırılması konusunda birtakım sınırlandırmalar bulunmaktadır. Geçersiz feshin bir yaptırımını olarak kabul edilebilen bu sınırlamaların başında, işveren tarafından iş sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın ya da neden gösterilmeksizin feshedilmesi durumunda işçiye işe iade talebinde bulunma imkânının tanınması gelmektedir. İşçinin işe iade davasını kazanması ve yasal süresinde usulüne uygun olarak işverene başvurması hâlinde işverene işçiyi işe başlatma yükümlülüğü getirilmiştir. Yargılama makamının verdiği işe iade kararına dayanarak işverene yasal başvurusunu gerçekleştiren işçinin bu başvurusu karşısında işverenin ödemekle yükümlü olduğu tazminat, ücret ve sair ödemelerin kapsamı farklı olasılıklarda farklı hukukî sonuçlara tabidir. Bu çalışmada işverenin iş güvencesi hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini geçerli bir nedene dayanmaksızın feshetmesinin iş hukukundaki yaptırımlarından biri olarak düzenlenen işe iade davaları Yargıtay kararları ışığında farklı olasılıklar üzerinden incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesi, Geçersiz Fesih, İşe İade, İşe Başlatmama Tazminatı, Boşta Geçen Süre Ücreti

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 31.01.2024 tarihinde Editörlüğümüze ulaşmış olup, 24.03.2024 tarihinde birinci hakem, 03.04.2024 tarihinde ise ikinci hakem onayından geçmiştir.

Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Avukat, Arabulucu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, mehtap@nehirarabuluculuk.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2962-1452>.

REINSTATEMENT LAWSUITS IN THE LIGHT OF RECENT SUPREME COURT DECISIONS

(Research Article)

ABSTRACT

Within our labor legislation, there are certain restrictions regarding the termination of employment contracts by the employer without valid cause. One of the most significant limitations, recognized as a sanction for invalid termination, is the provision that allows the employee to request reinstatement if the employment contract is terminated without valid grounds by the employer. Should the employee win the reinstatement case and apply to the employer within the legal timeframe, the employer is obligated to reinstate the employee. The scope of compensation, wages, and other payments that the employer is obliged to make in response to the employee's legal application based on the reinstatement decision of the judicial authority may vary under different legal consequences. This study thoroughly examines reinstatement lawsuits, which are regulated as one of the sanctions in labor law against employers terminating employment contracts without valid cause in violation of job security provisions. The examination is conducted through various legal outcomes illuminated by decisions of Supreme Court.

Keywords: Job Security, Invalid Termination, Reemployment, Non-Hiring Compensation, Idle Time Compensation

GİRİŞ

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin çerçevesi niteliğindeki iş sözleşmesi, devamlı bir sözleşme niteliğinde olup işin ifasında sürekliliğin sağlanması esastır. Ağırlıklı olarak 4857 Sayılı İş Kanunu¹ hükümleri ile düzenlenen işçi-işveren ilişkilerinde bir yandan tarafların sözleşme serbestisi uyarınca, çalışma esaslarının kanunda öngörülen sınırlamalara tabi olmak kaydıyla özgürce düzenlenmesi amaçlanırken; bir yandan da bu ilişkinin hukuken korunmaya muhtaç tarafı olarak işçi lehine iş güvencesi niteliğinde bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin temel amacı çalışma hayatının

¹ RG: 10.06.2003, Sayı: 25134.

sürekliliğini sağlarken, hayatını emek harcadığı işi üzerinden idame ettirmeye çalışan işçi yönünden etkili bir iş güvencesi sisteminin oluşturulmasıdır.

“158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki ILO Sözleşmesi²” ile getirilen çözümlerle paralel olarak mevzuatımızda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerle işverenin keyfi işten çıkarmalarına karşı işçiye işe iade talep etme imkânı getirilmiş, işe iade talebini yerine getirmeyen işveren bazı tazminat ve ücretleri ödemekle yükümlü tutulmuştur. Çalışmamızda iş güvencesinin bir görünümü ve iş hukukuna özgü bir düzenleme olan işe iade davaları inceleme konusu yapılmıştır. Öncesinde geçerli fesih kavramının ne olduğu, hangi durumlarda işveren tarafından yapılan fesih bildirimini geçersiz sayıldığını anlatmakta fayda vardır.

I. GEÇERLİ FESİH KAVRAMI

İş sözleşmesinin işveren tarafından keyfi olarak feshedilmesini önlemek üzere getirilmiş düzenlemelerin bütünü olarak iş güvencesi olgusu, işçinin geçersiz feshe karşı korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle iş güvencesi kapsamında çalışan bir işçinin tâbi olduğu iş sözleşmesi işveren tarafından ancak geçerli bir nedene dayanarak feshedilmelidir³.

Geçerli nedenle fesih durumunda işverenin geçerli bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmakla birlikte bu sebeplerin neler olacağı İş Kanunu'nun “*Feshin geçerli sebebe dayandırılması*” başlıklı 18. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde göre, feshin geçerli nedene dayandırılması için bu maddede belirtilen koşulların bulunması gerekmektedir⁴. Maddenin birinci fıkrası şu şekildedir:

“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/2 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.”

² RG: 12.10.1994, Sayı: 22079.

³ **Sümer, Halûk Hadi:** İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.102; **Günay, Cevdet İlhan:** İş Kanunu Şerhi, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.401 vd; **Kalkan, Arif:** İş Sözleşmesinde Fesih Halleri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1,2018, s.299; **Tulukçu, Nezih Binnur:** İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.161.

⁴ **Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca Ercüment:** İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2023, s.527; **Çil, Şahin:** İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.200 vd; **Sümer,** İş Hukuku, s.104.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında 18. maddenin nispi emredici mahiyette olduğuna vurgu yapılarak⁵, tarafların toplu iş sözleşmesinde işçi yararına olmak kaydıyla bu hükümlerin aksini kararlaştırabilecekleri, işçi sayısının otuzun altında olması durumunda ya da işçinin kıdeminin altı ayın altında kaldığı durumlarda dahi iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağına yönelik sözleşme hükümlerine uyulması gerektiği belirtilmiştir⁶.

Maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmesinde işveren tarafından yapılan feshin geçerli nedenle dayanması gerektiği düzenlenmiştir. Sözü edilen maddeye göre *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”*⁷

Anılan düzenlemede geçerli fesih nedeni olarak öngörülen hususların bir kısmı işçiye, bir kısmı da işletmeye ilişkin nedenlerdir. Avrupa Birliği ülkelerinde de iş güvencesi sistemlerinde geçerli neden olarak bu iki neden kabul edilmiş olup, bu hususlar esas itibarıyla 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 4. maddesinden alınmıştır⁸.

A. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ VEYA DAVRANIŞLARI NEDENİYLE FESİH

Yetersizlik, işçinin görev kapsamındaki işleri yerine getirmesi için beklenen beceri ve performansı ortaya koyamama hâlidir⁹.

Yargıtay verdiği bir kararda¹⁰ yeterlilik kavramını şu şekilde tanımlamıştır:

⁵ **Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut:** İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul: 2022, s.225.

⁶ Y9HD E. 2005/12317, K. 2005/19404, T. 26.05.2005; Y9HD E. 2010/4905, K. 2010/4260, T. 22.02.2010; Y22HD, E. 2011/5056, K. 2012/194, T. 12.06.2012. Corpus içtihat programı. (E.T.10.03.2024)

⁷ Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y9HD, E. 2022/17386, K. 2023/4478, T. 28.03.2023; Y9HD, E. 2023/3540, K. 2023/5286, T. 11.04.2023; Y9HD, E. 2023/5102, K. 2023/5288, T. 11.04.2023; Y9HD, E. 2022/17933, K. 2023/4479, T. 28.03.2023. Corpus. (E.T.10.01.2024)

⁸ **Süzek, Sarper:** İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021, s.593; **Tulukçu**, s.161.

⁹ **Kar, Bektaş:** Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:11, Eylül 2008, s.35; **Keser, Hakan:** 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.67; **Köseoğlu, Ali Cengiz:** İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2011, s.152; **Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/Uluçan, Devrim/ Başkan, Esra:** İş Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2020, s.201.

¹⁰ Y22HD, E. 2015/6541, K. 2015/10192, T. 16.03.2015. Corpus. (E.T.09.03.2024)

“...Bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular...”

İşçinin, işverene geçerli nedenle fesih imkânı veren yetersizliği ya da davranışları, İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen haklı neden düzeyinde olmamakla birlikte; “normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen¹¹” durumlarıdır. Belirtilen durumlar madde gerekçesinde “ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma” şeklinde örnek kabilinden sıralanmıştır¹².

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde soyut olarak örnekler üzerinden belirtilen geçerli nedenlerin kapsamı, uygulamada öğreti ve yüksek yargı kararlarına bırakılmıştır¹³. İşçinin benzerlerine oranla daha verimsiz çalışması, işe yatkın olmaması, düşük performansla çalışma ve iş hedeflerini tutturamama¹⁴; çalışamaz duruma gelmemekle birlikte işin görülmesini devamlı surette etkileyen hastalık ya da uyumsuzluk durumları¹⁵ gibi nedenler işçinin yetersizliğine örnek olarak gösterilen nedenler arasındadır.

¹¹ **Sümer, Halûk Hadi:** İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.214; **Günay, İş Kanunu Şerhi,** s.393 vd; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkara,** s.527; **Süzek,** s.593; **Kılıçoğlu, Mustafa/ Şenocak, Kemal:** İş Güvencesi Hukuku, Legal Kitabevi, İstanbul, 2007, s.407; **Senyen Kaplan/Tuncay, Emine:** Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, İstanbul, 2019, s.286; **Centel, Tankut:** İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.85; **Sümer,** İş Hukuku, s.105; **Tunçomağ/Tankut,** s.226; **Tulukçu,** s.163.

¹² **Güzel, Ali:** İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, Sendika Yasası Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Öngörülen Değişiklikler, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004, 2004, s.44; **Demir, Fevzi:** En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir, 2018, s.325; **Kılıçoğlu/Şenocak,** s.331; **Süzek,** s.567; **Günay,** İş Kanunu Şerhi, s.401 vd; **Tunçomağ/Tankut,** s.226; **Çil,** İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, s. 214 vd.

¹³ **Tunçomağ/Tankut,** s.226; **Tulukçu,** s.161-162.

¹⁴ **Güneş, Volkan:** İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021, s.237.

¹⁵ **Baysal, Ulaş:** İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.47 vd.

İşçinin yetersizliğine dayalı geçerli fesih nedenleri, işçinin öznel yetenekleri ile yakından ilişkili olup bu nedenlerin işverene geçerli fesih imkânı sağlaması için, “işyerinde bir olumsuzluğa yol açması” gerekmektedir¹⁶. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin anılan kararında da bu hususlara işaret edilmiştir:

“...İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih sebebinin oluşabilmesi, sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmamasına bağlıdır. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi sebebiyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması hâlinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir...”¹⁷”

İşçinin yetersizliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan nedenlerin mevcudiyeti, bu nedenlerin işveren açısından geçerli neden oluşturması için yeterli sayılmamaktadır. Feshin geçerli sayılması için geçerli nedenin “gelecekte de devam edeceği öngörüsünün bulunması”¹⁸ gerekmektedir. Bu yaklaşım işçinin keyfi tutumlarla işten çıkarılmasına karşı işvereni dizginleme işlevi sağlamasının yanı sıra, işin devamlılığı esasına dayalı iş sözleşmesinin feshinde içtihatlarda hukuk dünyasına dâhil edilen feshin son çare olması ilkesiyle uyumlu olması itibarıyla de isabetlidir.

Değinmek gerekir ki, 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nden sonra aynı yıl içinde çıkarılan 166 sayılı Tavsiye Kararı’nda da uygulamaya ışık tutacak mahiyette düzenlemeler mevcuttur¹⁹. Anılan Tavsiye Kararı’na göre işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler açısından, işveren tarafından yazılı bir uyarının yapılması ve işçiye

¹⁶ **Bayrak, Ahmet:** Sık Sık Kısa Süreli Hastalanma Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi ve Konunun COVID 19 Salgını Bağlamında Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:30, S:1, 2022, s.261-261; **Dulay, Dilek:** İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:7, S:27, 2010, s.976; **Ulucan, Devrim:** İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2003, s.45; **Köseoğlu,** s.107; **Mollamahmutoğlu, Hamdi:** İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.725; **Kılıçoğlu/Şenocak,** s.333; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca,** s.529; **Sümer,** İş Hukuku Uygulamaları, s. 105.

¹⁷ Benzer içerikli Yargıtay kararları için bkz. Y9HD, E. 2015/25369, K. 2016/1485, T. 21.01.2016; Y9HD, E. 2016/6664, K. 2017/3766, T. 13.03.2017; Y9HD, E. 2016/10400, K. 2017/6541, T. 17.04.2017; Y9HD, E. 2021/9866, K. 2021/16909, T. 23.12.2021; Y9HD, E. 2023/4430, K. 2023/4173, T. 21.03.2023 Corpus. (E.T.09.03.2024)

¹⁸ **Kılıçoğlu/Şenocak,** s. 211 vd; **Çelik, /Caniklioğlu, /Canbolat/ Özkaraca,** s.529.

¹⁹ **Çelik, /Caniklioğlu, /Canbolat/ Özkaraca,** s.532.

makul bir süre tanınması gerekirken; işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler itibariyle de bu davranışın en az bir defa tekrarlanması gerektiği belirtilmiştir²⁰.

B. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESİH

İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işveren "*işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri*" nedeniyle iş sözleşmesini feshedebilir. Bu başlık altında incelenen hususlar işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan; işyerinde ekonomik sorunlar, yeniden yapılanma ya teknolojik dönüşümler sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlalığını ifade eder²¹.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletme, işyeri veya işin gereklerinin ne olduğu konusunda bir açıklama bulunmamasıyla birlikte, maddenin gerekçesinde söz konusu sebepler tahdidi olarak sayılmış olup, belirtilenler dışında başkaca geçerli sebep türünün ilave edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir²².

Anılan madde çerçevesinde değerlendirildiğinde işletme, işyeri veya iş ile ilgili bir ihtiyaç veya zorunluluktan kaynaklanan bir geçerli sebepten söz edildiği anlaşılmaktadır. Sözü edilen zorunlulukların neler olduğu hususunda ise İş Kanunu'nun 6. ve 29. maddelerinde kullanılan ifadeler yol göstericidir. İş Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrasında geçen "*Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları*" ifadesinden hareketle geçerli sebeplerin ekonomik, teknolojik ya da yapısal bir ihtiyaç veya zorunluluklardan ileri geldiği anlaşılmaktadır²³. Yine İş Kanunu'nun 29. maddesinde yer alan "*ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri*" ifadeleri işle ilgili fesih nedenleri olarak yorumlanmaktadır²⁴. Başka bir deyişle iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde işveren tarafından yapılan feshin geçerli olması için feshin ekonomik güçlüklerle, teknolojik değişimlere, yapısal zorunluluklara ya da buna benzer "*işle ilgili*" nedenlere dayanması gerekir²⁵. Bununla birlikte bu zorunluluklar işyerinde

²⁰ Çelik, /Caniklioğlu, /Canbolat/ Özkaraca, s.532.

²¹ Sümer, İş Hukuku, s.105-106; Süzek, s.616; Ulucan, s.58.

²² Çelik, /Caniklioğlu, /Canbolat/ Özkaraca, s.506; Centel, s.73; Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2022, s.63; Süzek, s.593.

²³ Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.306 vd; Süzek, s.617.

²⁴ Kar, s.306 vd; Süzek, s.617-618.

²⁵ Süzek, s.618. Ayrıca bkz. Y9HD, E. 2023/3529, K. 2023/3640, T. 13.03.2023. Corpus. (E.T.17.03.2024)

bir istihdam fazlalığı oluşturmali ve işçinin çalışmasına duyulan ihtiyacı ortadan kaldıracak mahiyette olmalıdır²⁶.

II. GEÇERSİZ FESHİN SONUÇLARI

İş Kanunu'nun 21. maddesinde geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları şu şekilde düzenlenmiştir:

“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyeye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyeye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. (Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md²⁷.) Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiyeye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. (Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md.)

²⁶ **Tulukçu**, s.204; **Demir**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, s. 317; **Çelik, Nuri**: İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.31; **Alp, Mustafa**: İşletme Gereklerinden Kaynaklanan Fesih, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyum, 2009, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, s.91. Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y9HD E. 2023/4429, K. 2023/4170, T. 21.03.2023; Y9HD E. 2023/3529, K. 2023/3640, T.13.03.2023; Y9HD E. 2023/3529, K. 2023/3640, T. 13.03.2023. Corpus. (E.T. 10.03.2024)

²⁷ RG: 25.10.2017, Sayı: 30221.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde;

a) İşe başlatma tarihini,

b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,

c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını, belirlenmeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak

buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”

Geçerli bir nedene dayanmayan feshin sonuçlarını düzenleyen madde hükmünde geçersizliğe yüklenen anlam açık olmamakla birlikte²⁸, maddenin birinci fıkrası amacına uygun olarak yorumlandığında geçerli nedene dayanmayan feshin sonuçlarını işçinin işe iadesi, işçinin işe başlatılması zorunluluğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen işverenin tazminat ödeme yükümlülüğü ve işverenin boşa geçen sürelerle ilişkin ücret başta olmak üzere diğer tazminat ve hakları ödeme yükümlülüğü şeklinde özetlemek mümkündür²⁹. Bu yönüyle düzenleme, geçersiz feshe karşı çalışanları korumak üzere farklı çözüm önerileri getiren “158 Sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki ILO Sözleşmesi” ile ortaya konulan çözümlerin bir karması olarak değerlendirilmektedir³⁰.

III. İŞE İADE KARARININ HUKUKÎ SONUÇLARI

Yargılama makamınca verilen işe iade kararına karşı işçinin işverene başvurması ya da başvurmaması; öte yandan işverenin işçiyi işe başlatması ya da başlatmaması farklı

²⁸ **Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş:** İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.1000; **Aktay, Nizamettin /Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, Tuncay, Emine:** İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2011, s.170; **Demir, Şamil:** İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, S:3, 2013, s 342.

²⁹ **Demir,** İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları, s.342.

³⁰ **Yiğit, Yusuf:** İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:3, S:0, 2013, s.1143.

hukukî sonuçlara yol açmaktadır. Bu sonuçlar ihtimaller üzerinden ele alınarak incelenecektir.

A. İŞÇİNİN İŞE İADE TALEBİYLE İŞVERENE BAŞVURMASI

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, işe iade davasının açılması ile iş ilişkisinin askıda olduğu ve işe iade davasını kazanan işçinin kesinleşen işe iade kararıyla birlikte usulüne uygun olarak işverene başvurusu üzerine işverenin işçiyi işe başlatması ile kesintisiz olarak devam ettiği kabul edilmektedir³¹.

İş Kanunu, işçinin işe başlamak üzere işverene yaptığı başvuru hususunda işçiye işe iade ile tazminat arasında seçimlik bir hak tanımamaktadır. Bu nedenle işverene başvuran işçinin işe başlama iradesinin bulunması gerekmektedir³². İşe iade yerine tazminat istenmiş olması durumunda, yapılan başvuru kanunda aranan koşullara uygun bir başvuru olarak nitelendirilmediğinden, başvuru yapılmamış sayılarak geçersiz feshe bağlı tüm sonuçlar ortadan kalkmaktadır³³.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin altıncı fıkrası ile işçinin işverene başvurması için on iş gününü içeren hak düşürücü süre öngörülmektedir. Düzenlemeye 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile eklenen ek fıkraya göre, arabulucu huzurunda anlaşma sağlanmış olması durumunda son tutanağa işçinin işe başlatılacağı tarih yazılmalıdır. Bu ihtimalde işçinin belirtilen sürede işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. Kanunda öngörülen on iş günü süresi, kesinleşen mahkeme kararının işçiye tebliğinden itibaren başlar. Bu süre geçtikten sonra yapılan başvurular işveren açısından işçiyi işe kabul etme yükümlülüğü doğurmamakta olup hak düşürücü olan on iş günü süresi hâkim tarafından re'sen dikkate alınır³⁴.

İş Kanunu'nun işverene yapılacak başvuruyu düzenleyen 21. maddesinde başvurunun şekline ilişkin hususlara yer verilmemiştir. Bu nedenle işçi herhangi bir şekil şartı ile bağlı olmaksızın işe başlama iradesini işverene yazılı ya da sözlü olarak

³¹ Y22HD E. 2015/29712, K. 2017/25391, T. 21.11.2017; Y9HD E. 2021/12471, K. 2022/1343, T. 27.01.2022; Y9HD E. 2016/25817, K. 2020/12037, T. 15.10.2020; Y9HD E. 2021/4726, K.2021/8890, T. 29.04.2021; Y7HD E. 2015/3809, K. 2015/6008. T. 31.03.2015. Corpus. (E.T.01.03.2024)

³² **Günay**, İş Kanunu Şerhi, s.682 vd; **Süzek**, s. 658; **Ekmekçi, Ömer**: Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, s.178. (Kısaltma: Soru-Cevap). Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, E. 2015/279, K. 2017/388, T. 01.03.2017. Corpus. (E.T.10.03.2024)

³³ **Manav, A. Eda**: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 345-346.

³⁴ **Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen**, s.173; **Manav**, s.346; **Yiğit**, s.1162.

yansıtmakta özgürdür³⁵. Bunun yanı sıra, başvurunun bizzat işçi tarafından yapılması mümkün olduğu gibi, işçinin vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığıyla yapılması da mümkündür³⁶.

İşçi tarafından işe iade talebiyle işverene başvurulması durumunda, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmaması da farklı hukukî sonuçlar doğurmaktadır.

1. İşçinin İşverence İşe Başlatılmasının Hukukî Sonuçları

İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır...”

Mahkemece feshin geçersizliği nedeniyle işçinin işe iadesine ilişkin olarak verilen kararın işveren tarafından uygulanması yasal bir zorunluluktur³⁷. İşveren, işçiyi başvurusundan itibaren bir ay içinde işe başlatmadığı takdirde, bu sürenin geçmesinden sonra işçi ancak kendi rızasıyla işe başlatılabilir. Dolayısıyla bir aylık sürenin geçmesinden sonra işçinin yeniden işe başlatılması mevcut iş ilişkisinin devamı niteliğinde olmayıp artık yeni bir iş ilişkisi olarak kabul edilmektedir³⁸.

İşçi işe iade başvurusu üzerine işveren tarafından belirtilen sürede işe başlatıldığı takdirde yapılan fesih geçersiz sayılmaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki iş

³⁵ **Centel**, s.216; **Ekmekçi/Yiğit**, s.701; **Manav**, s.349-350. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E. 2018/677, K. 2021/499, T. 15.04.2021. Corpus. (E.T.22.11.2022)

³⁶ **Çelik, Nuri**: İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2010, s.244-246; **Günay**, İş Kanunu Şerhi, s. 682 vd; **Günay, Cevdet İlhan**: İş Davaları, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, Yayıncılık, 2022, s.1166-1167; **Manav**, s.350,362; **Özekes, Muhammet**: İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 508. Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı için bkz. YHGK E. 2009/9-232, K. 2009/278, T. 17.06.2009. Corpus. (E.T.22.11.2022)

³⁷ **Günay**, İş Kanunu Şerhi, s.682 vd; **Demir**, İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları, s.351. Öğretide baskın olan görüşe göre işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira işveren işçiyi işe başlatmak ile başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik bir hakka sahiptir. Her ne kadar İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında “işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır” ifadesi kullanılmakta ise de, maddenin lafzından ve devamında işverenin işçiyi işe başlatmadığı takdirde en az dört en fazla sekiz aylık ücret tutarında işe başlatmama ücreti ödeyeceğinin düzenlenmiş olması, kanun koyucunun işverene seçimlik bir hak tanıdığına göstergesidir. Bu yöndeki görüşler için bkz. **Güzel**, s.106; **Süzek**, s.661 vd; **Ekonomi, Münir**: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C:17, S:2, Mart 2003 Özel Eki, s.16; **Alpagut, Gülsevil**: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 2005, s. 246. (Kısaltma: İş Sözleşmesinin Feshi); **Sarıbay, Gizem**: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s.125.

³⁸ **Manav**, s.354; **Özekes, Muhammet**: İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 yılı toplantısı, (Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 152; **Süzek**, s. 659.

sözleşmesi yeniden kurulmuş olmamakta; aksine iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiği kabul edilmektedir³⁹.

İşçinin işe iade talebini kabul eden işveren, işçinin bireysel iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden ve yerleşik işyeri uygulamasından doğan bütün haklarını eksiksiz ödemekle yükümlüdür⁴⁰. İşe iade kararının kesinleşmesi ile usulüne uygun olarak işverene başvuran işçiye işe başlatılıp başlatılmadığı fark etmeksizin boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ödenmelidir⁴¹. Boшта geçen süre ücreti ve diğer haklar aşağıda detaylıca anlatılacağından, burada değinmekle yetiniyoruz.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca *“İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.”* İşçinin sözü edilen bu iade yükümlülüğü, işe başlatıldığı tarihten itibaren geçerlidir⁴².

Yargıtay kararlarında ihbar tazminatı için farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre, işveren tarafından işçiye ihbar süresi tanınmış ise, işe iade davasında feshin geçersizliğinin tespit edilmesi hâlinde işçi bildirim süresi içerisinde çalışarak işverene olan iş görme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayıldığından ihbar tazminatını iade etmek ya da boшта geçen süre ücretinden mahsup etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴³. Aynı yaklaşımla işçinin, işveren tarafından verilen ihbar öneli sona ermeden kendi isteğiyle işi bırakması hâlinde de ihbar tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır⁴⁴.

³⁹ **Süzek**, s. 659; **Tulukçu**, s.141; **Manav, Eda**: İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C:1, S:3, Ankara, 2010, s.330; **Centel, Tankut**: Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, Tekstil İşveren Dergisi, S:286, Eylül 2003, s. 42; **Sümer**, Haluk Hadi: İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul, Aralık 2006, S. 4, s. 93; **Taşkent, Savaş**: Boшта Geçen Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi), Kamu- İş Dergisi, İstanbul, C: 7, S: 3, 2004, s.6.

⁴⁰ **Bilgili, Abbas**: Fesihten Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki 4 Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu (Karar İncelemesi), Adana Barosu Dergisi, S:1, 2006, s.184.

⁴¹ **Süzek**, s. 667; **Astarlı, Muhittin**: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, S: 38, s. 44.

⁴² **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan**, s.220 vd. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, E. 2016/21438, K. 2019/3371, T. 12.02.2019. Corpus. (E.T. 25.01.2024)

⁴³ Y9HD, E. 2007/42521, K. 2008/12221, T. 13.05.2008; YHGK E. 2018/241, K. 2018/768, T. 11.04.2018. Corpus. (E.T. 25.01.2024)

⁴⁴ Y9HD, E. 2022/11232, K. 2022/14411, T. 07.11.2022. Corpus. (E.T. 25.01.2024)

İşçinin iade talebini kabul eden işverenin bir süre sonra geçerli bir sebebe dayanmaksızın tekrar işine son vermesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmamaktadır. Bu tür tutumlar, yargılama sürecinde işe başlatmama tazminatının artırım gerekçesi olarak kabul edilmektedir⁴⁵.

2. İşçinin İşe Başlatılmamasının Hukukî Sonuçları

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararı üzerine işverene işe iade talebiyle başvuran işçinin işe başlatılmaması hâlinde iş akdi işveren tarafından feshedilmiş sayılmaktadır. Bu durumda iş sözleşmesinin ilk yapılan fesih bildirimini ile değil, işçinin işveren tarafından işe başlatılmadığı tarihte feshedilmiş sayıldığı ağırlıklı olarak kabul edilmekle birlikte⁴⁶; "*işe başlatmamanın açık, örtülü ya da eylemlerle hiçbir şekilde fesih olarak nitelendirilemeyeceği*"⁴⁷ yönünde karşıt görüşler de mevcuttur.

Aşağıda işe iade talebiyle usulüne uygun olarak işverene başvuruda bulunan işçinin işe başlatılmamasının hukukî sonuçları, öğretide yer bulan görüşler ve Yargıtay içtihatları ışığında detaylandırılmıştır.

a. İşçinin İşe Başlatılmamasının Yeni Bir Fesih Olması

Öğretide ağırlıklı görüş⁴⁸ işverenin işçiyi işe başlatmamasını yeni bir fesih olarak kabul etme yönünde olup, Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁴⁹. Feshin geçersizliğine karar verildikten sonra iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam ettiğinden, işverenin işçiyi işe almaması yeni bir fesih olarak değerlendirilmektedir. Yeni fesih sonucunda işe başlatılmayan işçiye ihbar süresi verilmemiş ya da ihbar süresine ilişkin ücret peşin ödenmemişse, ihbar tazminatının ve şartları varsa kıdem tazminatının da ödenmesi gerekmektedir⁵⁰.

Yüksek Mahkemeye göre, işveren işe başlatmayacağını işçiye bildirdikten kısa bir süre sonra işe başlamak üzere onu davet ederse, bu davet feshin geçersizliğini ve işe

⁴⁵ **Yılmaz, Merve:** İş Güvencesi Kapsamında Olan ve Olmayan İşçilerin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan Haklarının Karşılaştırılması, Kültür Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s.115,131.

⁴⁶ **Süzek,** s.661; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,** s.1123; **Centel,** s.231. Ayrıca bkz. Y9HD E. 2022/5432, K. 2022/6141, T. 17.05.2022; Y9HD E. 2021/4642 K. 2021/8534, T. 27.04.2021.

⁴⁷ **Çil, Şahin:** İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 29, 2013, s.79.

⁴⁸ **Süzek,** s. 661; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,** s.1123; **Centel,** s.231.

⁴⁹ Y9HD E. 2022/5432, K. 2022/6141, T. 17.05.2022; Y9HD E. 2021/4642 K. 2021/8534, T. 27.04.2021. Corpus. (E.T. 10.03.2024)

⁵⁰ **Aktay/Arıcı/Kaplan Tuncay,** s.175; **Süzek,** s.655-656; **Manav,** s.386-387; **Yiğit,** s.1175-1176.

iadeye ilişkin sonuçları ortadan kaldırmamakta; sadece taraflar arasında yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olmaktadır⁵¹. Bunun doğal sonucu olarak, işveren başlangıçtaki fesih ile birlikte işçiye ihbar ve kıdem tazminatını ödemiş ise, artık bunların iadesini işçiden talep edemeyeceği gibi; işçi, işe başlatmama anına kadar iş sözleşmesinin devam etmesi nedeniyle söz konusu sürede ortaya çıkan artışları da işverenden talep etmeye hak kazanmaktadır⁵².

b. İşe Başlatmama Tazminatının Ödenmesi

İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca işçiyi usulüne uygun başvurusuna rağmen işe başlatmayan işveren işçiye en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür⁵³. Bir tür iş güvencesi tazminatı niteliğindeki bu tazminat öğretide ve mahkeme kararlarında “işe başlatmama tazminatı⁵⁴” ya da “iş güvencesi tazminatı⁵⁵” olarak adlandırılmaktadır⁵⁶.

Anılan maddede “en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti” ifadesine yer verilmesi, kanun metninde işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırının düzenlendiğini göstermektedir. Yargıtay kararlarında bu düzenlemenin emredici olduğuna atıf yapılarak işe iade davasında belirtilen sınırın altında ya da üstünde işe başlatmama tazminatı talep edilmesi durumunda dahi kanunda öngörülen sınırları aşan düzeyde tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu yöndeki Yargıtay kararlarından birinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak

⁵¹ Y9HD 28.12.2006, E. 2006/15281, K. 2006/35118. Corpus.. E.T.15.04.2023.

⁵² **Alpagut, Gülsevil:** Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2001, s.248; **Süzek**, s.661 vd; **Ulucan**, s.85; **Mollamahmutoğlu**, s.578; **Güzel**, s.102.

⁵³ **Sümer/Kayırgan**, s.596; **Günay**, İş Kanunu Şerhi, s.686 vd.

⁵⁴ **Narmanlıoğlu, Ünal:** İşe Başlatmama Tazminatı, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C: 8, Özel Sayı, 2013, s.1959; **Centel**, s.234; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.591 vd; **Kar**, İş Güvencesi ve Uygulaması, s.505; **Ekmekçi/Yiğit**, s.708. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y9HD E. 2015/33571, K. 2019/1171, T.15.01.2019; Y9HD E. 2018/7703, K. 2019/2650, T. 04.02.2019; Y22HD E. 2018/16305 K. 2019/945, T. 15.01.2019. Corpus. (E.T.24.04.2023)

⁵⁵ **Süzek**, s. 664; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.1124; **Senyen Kaplan**, s.425; **Öcal, Kemal Evren:** İş Güvencesi Tazminatı, Terazi Hukuk Dergisi, S: 15, Kasım 2007, s. 52.

⁵⁶ Biz çalışmamızda yaygın olarak kullanılan “İşe Başlatmama Tazminatı” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31.maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden hâlinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır⁵⁷”.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk üç fıkrasının mutlak anlamda emredici mahiyette olmasının bir diğer sonucu da, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde dört ila sekiz aylık ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatına ve en çok dört aylık ücret tutarına ilişkin hususların, işçi lehine olsa dahi değiştirilememesidir⁵⁸. Yargılama makamınca işe başlatmama tazminatına hükmedilebilmesi için işçinin işe iadeyi istemiş olması yeterli ve gerekli olup, ayrıca bu tazminatın talep edilmiş olması gerekmemektedir. Zira bu tazminat, işçinin işe iade talebinin mahkemece kabul edilmesinin doğal sonucu niteliğinde olup, işçinin işverence işe iade edilmemesinin en temel yasal yaptırımıdır⁵⁹.

İşe iade istemine ilişkin davalar, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, bu davalarda taleple bağıllık ilkesi mutlak olarak uygulanmamaktadır⁶⁰. Yargıtay kararlarında da istikrarla kabul edilen görüşe göre, işçinin işe başlatmama tazminatı talebi bulunmasa dahi gerek işe başlatmama tazminatı gerekse de boşa geçen zamana ait ücretin açık kanun düzenlemesi gereği feshin geçersizliğine bağlanan mali sonuçlar olduğu, bu nedenle mahkemece bu alacaklara re'sen hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2021/11748 Esas, 2021/15966 Karar sayısı, 01.12.2021 tarihli bir kararında dört aylık ücrete karşılık gelen alt sınır ile sekiz aylık ücrete karşılık gelen üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla; işe başlatmama tazminatının

⁵⁷ Y7HD E. 2016/24301, K. 2016/20381, T. 01.12.2016. Benzer içerikli kararlar için bkz. Y7HD E. 2016/24301, K. 2016/20381, T. 01.12.2016 Y7HD E. 2016/23075, K. 2016/20136, T. 28.11.2016; Y22HD E. 2017/4694, K. 2017/7511, T. 03.04.2017; Y22HD E. 2017/2729, K. 2017/7512, T. 03.04.2017; Y9HD E. 2017/26860, K. 2018/11163, T. 21.05.2018; Y9HD E. 2019/4215, K. 2019/21933, T. 09.12.2019; Y9HD E. 2005/9014, K. 2005/11551, T. 31.03.2005; Y9HD E. 2018/4661, K. 2018/23810, T. 20.12.2018. Corpus. (E.T.10.03.2024)

⁵⁸ **Süzek**, s.664; **Özkaraca,ERCÜMENT**: İş Güvencesinin Kapsamı, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s. 61; **Özkaraca,ERCÜMENT**: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2012, s.95; **Kar**, s.43.

⁵⁹ **Süzek**, s.665; **Mollamahmutoglu**, s.599; **Güzel**, s.108; **Ekmekçi, Ömer**: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, Mercek Dergisi, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) Yayını, Temmuz 2003, s.136. (Kısaltma: Uygulama Sorunları).

⁶⁰ **Çankaya, Osman G./Günay, Cevdet/Göktaş, İlhan/ Göktaş, Seracettin**: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.738; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.1134; **Senyen Kaplan**, s.423;

⁶¹ Y9HD E.2004/8609, K.2004/26668, T. 06.12.2004; Y9HD E.2004/14428, K.2004/29669, T. 27.12.2004; Y9HD E. 2004/15783, K. 2004/23504, T. 11.10.2004; Y9HD E. 2016/10642 K. 2016/22375, T. 19.12.2016; Y9HD E. 2016/11203, K. 2017/7807, T. 04.05.2017. Corpus. (E.T.05.05.2022)

hesaplanmasında işçinin kıdemi ve fesih sebebi gibi olguların dikkate alınması gerektiğini şu şekilde hükme bağlamıştır:

“4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. İş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Dosya içeriğine göre, davacı işçinin davalıya ait işyerinde 14 yıl, 10 ay çalıştığı, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği, işverence gerçekleştirilen feshin geçerli ve haklı nedene dayandığı kanıtlanmadığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Söz konusu tazminatın davacının 5 aylık ücreti tutarında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir.”

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 2017/5288 Esas, 2017/7384 Karar sayılı, 03.04.2017 tarihli kararında da işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alınacak hususlara vurgu yapılarak sendikal tazminat talep edilen durumlarda İş Kanunu’nun 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatı için öngörülen alt ve üst sınırların uygulanmayacağı; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi uyarınca feshin sendikal sebebe dayanılması hâlinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti üzerinden hesaplanacağı ifade edilmiştir. Anılan karara göre;

“İşverence yapılan feshin sendikal sebebe dayanıp dayanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; söz konusu tazminatın belirtilen sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesindeki sendikal sebeple yapılan fesihlerdir. Anılan maddeye göre feshin sendikal sebebe dayanması hâlinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesi gerekir.”

Yargıtay bir kararında, işçinin kıdemine yüksek olduğu bir olayda işe başlatmama tazminatının alt sınırından belirlenmesini hatalı bulmuş⁶²; bir diğer kararında

⁶² Y9HD E.2004/26393, K.2004/898, T. 13.01.2005; Y9HD E.2006/18276, K.2006/26041, T. 09.10.2006. Corpus. (E.T.03.01.2023)

ise, sürenin belirlenmesinde iş sözleşmesini feshederken işverenin hukuka aykırı davranışlarının ağırlığının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır⁶³.

Yargıtay, herhangi bir somut gerekçeye dayanmaksızın tazminatın üst sınırdan belirlenmesini hatalı kabul etmekte, ancak alt tutardan uzaklaşıldığında bunun gerekçelendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁶⁴.

Öğretide işçinin kıdemi ile fesih nedeninin yanı sıra⁶⁵, “*feshin Türk Medenî Kanunu⁶⁶’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesine aykırı kullanılıp kullanılmadığı*” hususlarının da değerlendirildiği görülmektedir⁶⁷.

İşe iade yönündeki kararda işe iade tazminatının hesabında, tazminatın muaccel olduğu tarihteki emsal işçi ücretlerinin dikkate alınması gerekmektedir⁶⁸. Ayrıca tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, işe iade davasının açıldığı tarihteki çıplak brüt ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁹.

İşçiye ödenecek olan işe başlatmama tazminatı ücret niteliğinde olmadığından, bu tutardan sosyal sigorta prim kesintisi yapılmamaktadır⁷⁰. Nitekim 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun⁷¹ 25. maddesinde değişiklik yapılmasına yönelik 5904 Sayılı Kanun⁷² ile madde metni şu şekilde düzenlenmiştir:

⁶³ Y9HD E.2006/5566, K.2006/8468, T. 03.04.2006. Corpus. (E.T.03.01.2023)

⁶⁴ **Çankaya/Günay/Göktaş**, s.640. Benzer içerikli kararlar için bkz. Y9HD E.2005/10916, K.2005/12802, T.11.04.2005; Y7HD E. 2016/468, K. 2016/838, T. 25.01.2016; Y22HD E. 2016/503, K. 2016/4502, T. 18.02.2016; Y22HD E. 2015/35993, K. 2016/4527, T. 22.02.2016; Y22HD E. 2017/29449, K. 2017/7543, T. 03.04.2017; Y22HD E. 2016/7989, K. 2016/11668, T. 20.04.2016; Y22HD E. 2016/11132, K. 2016/14437, T. 11.05.2016; Y22HD E. 2017/30947, K. 2017/7902, T. 06.04.2017; Y22HD E. 2016/12905, K. 2016/18884, T. 22.06.2016; Y22HD E. 2016/14485, K. 2016/19307, T. 27.06.2016; Y22HD E. 2016/10189, K. 2016/12298, T. 25.04.2016; Y22HD E. 2016/4144, K. 2016/9401, T. 24.03.2016; Y22HD E. 2016/3018, K. 2016/6482, T. 03.03.2016. Corpus. (E.T.16.03.2024)

⁶⁵ **Şahlanan, Fevzi**, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003 Yılı Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, s.15 (Kısaltma:2003 Yılı Kararları); **Mollamahmutoğlu**, s.557; Ayrıca bkz.Y9HD E.2004/440, K.2004/1754; T.09.02.2004. Corpus. (E.T.09.08.2023)

⁶⁶ RG: 08.12.2001, Sayı: 24607.

⁶⁷ **Kılıçoğlu, Mustafa**: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, Ankara, 2005, s.237.

⁶⁸ **Sümer, Halûk Hadi/Kayırgan, Hasan**: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.602-603. **Ekmekçi/Yiğit**, s.703; **Tulukçu**, s.346.

⁶⁹ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan**, s.221; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.591 vd.

⁷⁰ **Engin, Murat**: Tartışma Bölümü, İşe İade ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, Cep Kitapları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s.93.

⁷¹ RG: 06.01.1961, Sayı: 10700.

⁷² RG: 03.07.2009, Sayı: 27277.

“Aşağıda yazılı tazminat ve yardımlar Gelir Vergisinden müstesnadır:

1. (Değişik:18/1/2019-7162/2 md.) Ölüm, engellilik ve hastalık sebebiyle verilen tazminat ve yardımlar ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu⁷³ uyarınca ödenen işsizlik ödeneği ve 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu’na göre ödenen işe başlatmama tazminatı.”

Anılan madde ile işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında sıralanmıştır. Bu bağlamda işe başlatmama tazminatından sadece damga vergisi kesintisi yapılmalıdır⁷⁴.

c. Boşta Geçen Süre Ücretinin ve Diğer Hakların Ödenmesi

İş Kanunu’nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasına göre *“Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. (Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md.) Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.”*

İşe iade kararının kesinleşmesi üzerine işe başlama talebiyle işverene başvuran işçinin işe başlatılmaması hâlinde, işveren, işçinin boşta geçen süreye ilişkin ücretini ve diğer hakları ödemekle yükümlüdür⁷⁵. İşçinin çalıştırılmadığı (en çok dört aylık sürede) ücrete ilişkin yapılan zamlar, ücretin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁷⁶.

İş Kanunu’nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen *“ücret ve diğer hakları ödenir”* ifadesiyle sözü edilen ücret çıplak ücret olmayıp, diğer ek ödemeleri de kapsayan giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanır⁷⁷. Bu nedenle asıl ücrete ilaveten işveren tarafından işçiye sağlanan para ya da para ile ölçülebilen, kanundan ya da iş

⁷³ RG: 08.09.1999, Sayı: 23810.

⁷⁴ Y9HD E. 2016/8224, K. 2019/19618, T. 12.11.2019. Corpus. (E.T.22.01.2024)

⁷⁵ **Süzek**, s.667; **Astarlı**, s.44; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.1126; **Centel**, s.238; **Astarlı**, s.44 vd; **Sümer/Kayırgan**, s.585 vd. Ayrıca bkz. Y9HD E. 2016/30347, K. 2020/14723, T.04.11.2020. Corpus. (E.T.15.10.2023).

⁷⁶ Anılan düzenlemede yer alan “en çok dört aya kadar” ibaresinin, Anayasa’da düzenlenen çalışma hakkı ve ödevi ile sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle başvuruda bulunulmuşsa da, Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla vermiş olduğu kararla “4857 sayılı Kanun’un 20. ve 21. maddelerindeki düzenlemelerde bütünlük olduğu, 20. maddedeki yargılama süresi olarak öngörülen toplam 4 aylık sürenin, 21. Maddede boşta geçen zamana ait ücretin belirlenmesinde ölçü olarak kabul edildiği, mezkûr düzenlemenin, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçsüzlüğe yol açmadığı” gerekçeleriyle başvurunun reddi yönünde karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. Anayasa Mahkemesi E. 2005/2, K. 2008/181, T. 18.12.2008. Corpus. (E.T.10.03.2024)

⁷⁷ **Süzek**, s.668; **Tulukçu**, s.367. Ayrıca bkz. Y9HD E. 2016/8224 K. 2019/19618, T. 12.11.2019. Corpus. (E.T. 20.01.2024)

sözleşmesinden kaynaklanan, aynî ya da nakdî her türlü kazanımların boшта geçen süre ücretinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁸.

Giydirilmiş brüt ücret hesaplanarak boшта geçen süre ücretine eklenecek “*diğer hakların*” içeriği konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, işçinin fiilen çalışmaya devam ediyor olması hâlinde elde edeceği prim, ikramiye, aile yardımı, yakacak yardımı, giyim yardımı gibi tüm ödemeler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu görüşü savunan yazarlarca yemek ücreti ve servis ücreti gibi kazanımlar açısından ikili bir ayırıma gidilerek, işveren tarafından fiilen sunulan hizmet bedelleri ücrete dâhil edilmezken; bu hizmetlerin bedel olarak işçiye verilmesi hâlinde bu kazanımlar da ücrete dâhil edilmektedir⁷⁹.

Bir diğer görüşe göre ise, İş Kanunu’nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen “*diğer haklar*” ibaresi geniş yorumlanmalıdır⁸⁰. Bu bağlamda asıl ücrete ilaveten işçiye sağlanan para ya da para ile ölçülmesi mümkün; sözleşmeden ya da kanundan doğan gıda yardımı gibi aynî ve/veya ikramiye, yol yardımı, yakacak yardımı, servis gibi nakdi menfaatlerin de ücret kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸¹. İşçinin fiili çalışmasının sonucunda ortaya çıkabilecek fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, satışa bağlı prim gibi ödemeler ise boшта geçen ücret kapsamında değerlendirilmemektedir⁸².

Yargıtay’ın konuya ilişkin içtihatları, boшта geçen süre ücretinin kapsamına yemek, servis, ikramiye, yiyecek yardımı, yakacak yardımı, yok yardımı gibi işçi işyerinde çalışıyor olsa idi elde edeceği para ile ölçülebilen tüm hakların dâhil olması yönünde yerleşikti⁸³. Yakın zamanlarda verdiği kararlarda bu yaklaşımdan vazgeçen Yargıtay, giydirilmiş ücreti işveren tarafından nakden karşılanan haklarla sınırlayarak, boшта geçen süre zarfında işçinin fiilen yararlanmadığı ve ikame bir harcama yapmak zorunda kalmadığı barınma ve servis yardımı gibi parasal hakların giydirilmiş ücrete dâhil olmadığına hükmetmiştir⁸⁴.

⁷⁸ Centel, s.218; Senyen Kaplan, s.424.

⁷⁹ Çil, İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, s.53; Duran, Abdurrahman: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.341.

⁸⁰ Manav, s.363.

⁸¹ Senyen Kaplan, s.424; Centel, s.218; Süzek, s.668; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1130.

⁸² Süzek, s.668; Senyen Kaplan, s.424; Centel, s.218; Süzek, s.668; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1130.

⁸³ Y9HD E. 2022/4307, K. 2022/5784, T. 11.05.2022. Corpus. (E.T. 20.05.2023)

⁸⁴ Y9HD E. 2021/10930, K. 2021/15323, T. 03.11.2021; Y9HD E. 2021/10930, K. 2021/15323, T. 03.11.2021; Y9HD E. 2021/11159, K. 2021/15307, T. 03.11.2021; Y9HD 22.09.2021, E. 2021/8447, K. 2021/12505; Y9HD 11.05.2022, E. 2022/4307, K. 2022/5784. Corpus. (E.T.10.01.2024)

İşe iade kararının kesinleşmesi ile işverene başvuran işçi, işveren tarafından işe başlatılmasa da ücret ve diğer haklarını almaya hak kazanmaktadır. Bu nedenle işveren tarafından bu tutarların ödenmemesi durumunda yasal faiz işlemektedir⁸⁵. Boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklara ilişkin alacaklar, işçinin işverene başvurusuyla muaccel hale geldiğinden bu tarihten itibaren faiz talep edilebilmektedir. Ancak bu hususta İş Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında *“boşta geçen süreye ilişkin ücretin işçinin, işverene başvurusu ile muacceliyet kazanacağı, bu sebeple bu ücrete ilişkin faizin işçinin işverene başvurduğu tarihten itibaren başlayacağı”* ortaya konularak boşta geçen süre ücretine işverenin temerrüde düştüğü tarihten itibaren yasal faiz uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶. Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide de yaygın olarak kabul görmektedir⁸⁷. Bu görüşteki yazarlara göre, aksi düşüncenin kabulü halinde, işçinin geçersiz fesih nedeniyle işverene karşı açtığı bir davada, henüz haklılığı yargılama makamlarınca kabul görmemiş bir alacak iddiasıyla belirsiz bir tarihten itibaren faiz işletilmiş olacaktır ki, bu sonuç da hukuk mantığıyla örtüşmemektedir⁸⁸. Ancak aksi yöndeki görüş sözü edilen bu hakların işe başlatma ya da başlatmama ile ilgisiz olduğundan bahisle, işe başlatma durumunda dahi ödenecek olan bu tutarlara dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁹.

Biz de kanuna dayalı olarak elde edilmiş bu hakka karar tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiği kanısındayız. Zira alacak, mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibariyle doğmuş olacağından; asıl alacağa karar tarihinden itibaren faiz işletilmesi daha doğru bir yaklaşımdır.

Feshin geçersizliğine hükmedilmesiyle, iş sözleşmesi en baştan itibaren geçerlilik kazandığından, SGK tarafından işçiye ödenecek olan boşta geçen süre ücreti ve diğer alacaklardan sigorta primi alınmakta ve bu süreler hizmetten sayılmaktadır⁹⁰.

⁸⁵ **Manav**, s.103.

⁸⁶ Y9HD E. 2003/12442, K. 2003/13123, T. 08.07.2003 T; Y9HD E. 2015/36281, K. 2019/2761, T. 05.02.2019. Corpus. (E.T. 21.11.2023)

⁸⁷ **Centel**, s.28; **Ekmekçi, Ömer**: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, 2004/1, s.177. (Kısaltma: İşe İade); **Alpagut, Gülsevil**: İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Kitabevi, Adana, 2005, s.247-248. (Kısaltma: İş Güvencesi); **Şahlanan**, s.109-110; **Güzel**, s.117; **Uçum**, s. 2229.

⁸⁸ **Centel**, s.28; **Ekmekçi**, İşe İade, s.177; **Alpagut**, İş Güvencesi, s.247; **Şahlanan**, 2003 Yılı Kararları, s.109- 110; **Uçum**, s.2229.

⁸⁹ **Duran**, s.811.

⁹⁰ Y9HD E.2004/28355, K.2004/26161, T.06.12.2004; YHGK E. 2023/186, K. 2023/240, T.22.03.2023. Corpus. (E.T. 25.01.2024)

İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek dört aylık sürenin geçersiz fesihden sonraki dört aylık süre mi yoksa mahkeme kararının kesinleşmesinden önceki dört aylık süre mi olduğu hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işçi kararın kesinleşmesinden önceki dört aylık süre zarfındaki ücret ve diğer haklarını talep edilebilecek olup, bu sürede ücrete gelen zamlar da tazminat tutarında dikkate alınmalıdır⁹¹. Yargılamanın uzun sürmesinin maliyetini iş ilişkisinin güçsüz tarafı olan işçiye yüklememek üzere ortaya konulan bu görüş bize göre de isabetlidir.

Başka bir görüşe göre ise, bu süre işçinin fiilen işten ayrıldığı, başka bir deyişle, işveren tarafından işçinin çalıştırılmadığı süreden itibaren başlayacak olup; geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki değişiklikler dikkate alınmalıdır⁹². İş sözleşmesinin işveren tarafından ihbar öneli verilerek feshedilmiş olması halinde de kanunda işçinin çalıştırılmadığı süreden bahsedildiği için, bu sürenin fesih bildirimiminin işçiye ulaştığı tarihten değil, bildirim süresinin sona erdiği tarihten itibaren başlaması gerektiği ileri sürülmüştür⁹³. Nitekim bir Yargıtay kararında “boşta geçen süre ücretinin fiili fesih tarihindeki ücrete göre... TL olduğu” belirtilerek fesih tarihini izleyen dört aylık sürenin esas alınması ile bu görüşün benimsendiğini söylemek mümkündür⁹⁴.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar brüt olarak hüküm altına alınırken infaz aşamasında kesintiler dikkate alınmaktadır. Brüt olarak hükmedilen boşta geçen süre ücretinden gelir vergisi, sigorta ve damga vergisi kesintileri yapılmaktadır⁹⁵.

d. Ödenmiş İhbar ve Kıdem Tazminatının İşçide Kalması

İşveren işe başlatmadığı işçiye daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ödemişse, bu tutarlar işçide kalacaktır⁹⁶. İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca işçiye ihbar süresi verilmemişse veya ihbar süresine ilişkin ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı işveren tarafından ayrıca ödenmelidir. İlaveten, koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatının da işçiye ödenmesi gerekmektedir⁹⁷.

⁹¹ Uçum, s.2229.

⁹² Sarıbay, s.212.

⁹³ Sarıbay, s.212.

⁹⁴ Y9HD E. 2023/4754, K. 2023/7895, T. 29.05.2023. Corpus. (E.T.11.01.2024)

⁹⁵ Y9HD E. 2016/8224, K. K. 2019/19618, T. T. 12.11.2019. Corpus. (E.T.18.03.2024)

⁹⁶ Süzek, s. 657.

⁹⁷ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.175; Süzek, s. 657; Manav, s.387-388.

İşveren tarafından işçinin işe iade talebinin yerine getirilmemesi yeni bir fesih mahiyetinde olduğundan bu feshin de usulüne uygun olarak yapılması gerekir⁹⁸. Buna göre işçiye ihbar öneli tanınmalı ya da buna ilişkin ücret peşin ödenmelidir. İşçinin ihbar ve kıdem tazminatı belirlenirken yeni fesih tarihi üzerinden değerlendirme yapılmalı, ilk yapılan geçersiz fesih ile yeni fesih tarihi arasında geçen süre de eklenmek suretiyle tespit edilen kıdem tazminatı işçiye ödenmeli, iş ilişkisinin devam ettiği varsayılan dönemde ücretlere gelen zamlar da ücret hesaplamada dikkate alınmalıdır⁹⁹.

B. İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURUDA BULUNMAMASI

İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre *“İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.”*

Görüldüğü gibi yargılama makamınca verilen kararın kesinleşmesinden itibaren on iş günü içinde ya da arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanmış ise son tutanakta belirtilen sürede işverene başvurmayan işçi bu haklarını kaybetmektedir. Zira anılan madde uyarınca işçinin işe iade başvurusunda bulunmamasının sonucu olarak geçersizliğine karar verilen fesih geçerli hâle gelmektedir¹⁰⁰.

1. İşe İade Talebi Kabul Edilen İşçinin İşverene Başvurmaması

İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre *“İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.”*

Görüldüğü gibi işçi tarafından işe iade talebiyle işverene başvurulmadığında işveren tarafından yapılan fesih geçerli hâle geldiğinden, işveren artık yalnızca geçerli feshin hukukî sonuçları ile bağlı olmaktadır. Başka bir deyişle, taraflar arasındaki iş

⁹⁸ **Süzek**, s.668; **Şahlanan, Fevzi**: İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, *Tekstil İşveren*, 388, Ağustos-Eylül 2012, Hukuk 73, s.3. (Kısaltma: İhbar Öneli); **Şen, Murat**: Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullandırılması, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S:17, Mart 2010, s.165.

⁹⁹ **Süzek**, s. 662-663; **Şahlanan**, İhbar Öneli, s.3; **Şen**, s.165. Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y9HD E. 2008/22949, K. 2010/7943, T. 22.03.2010. Corpus. (E.T.24.04.2023)

¹⁰⁰ **Mollamahmutoglu**, s.597; **Süzek**, s.657; **Kurt, Resul**: İşe İade Davalarında SGK işlemleri ve Uygulama Sorunları, *Mali Çözüm Dergisi*, C:22, S:112, 2012, s.123. Ayrıca bkz. Y9HD E. 2015/29051, K. 2016/9441, T. 14.04.2016; Y9HD E. 2015/18355, K. 2015/26031, T. 17.09.2015. Corpus. (E.T. 16.03.2024)

ilişkisi geçerli fesih nedeniyle son bulmuş sayılacağından, koşullarının bulunması hâlinde işçi kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarını talep edebilmektedir¹⁰¹.

Kesinleşen işe iade kararından sonra işe başlamak için işverene başvuruda bulunan işçinin, işveren tarafından henüz kabul edilmeden başvurusunu geri alması ya da işverenin işe başlatma teklifi üzerine işe başlamaktan kaçınması hâlinde sorunun nasıl çözümleneceği konusunda İş Kanunu'nda açık düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, işçi işverene başvurmamışsa işveren tarafından yapılan feshin geçerli bir fesih olarak kabul edilmesi gerekir. Bu olasılıkta, boшта geçen süre ücreti ve diğer haklar talep edilemeyeceği gibi; işveren tarafından daha önce ödenmemiş ise ihbar tazminatı ile kıdem tazminatı da ilk fesih tarihi itibarıyla işçiye ödenmelidir¹⁰². Zira hiç başvuru yapmayan işçinin dahi ihbar ve kıdem tazminatı talep hakkı bulunmaktayken, başvuruda bulunan işçinin işe başlamamakla bu hakları kaybedeceği düşünülemez¹⁰³.

Diğer bir görüşe göre ise, boшта geçen süreye ücretine hak kazanabilmek için işçinin işverene başvurması yeterli olup, ayrıca çalışmaya başlaması zorunlu değildir¹⁰⁴. Bu gerekçeyle işçi, işverene başvurmakla boшта geçen süre ücretine hak kazanırken; işveren tarafından işe davet edilmesine rağmen işe başlamaması nedeniyle işe başlatmama tazminatı alamayacaktır. Ayrıca yine ilk fesih tarihi esas alınarak koşulları varsa kıdem ve ihbar tazminatına da hak kazanacaktır.

Bir Yargıtay kararında, işe iade talebiyle işverene başvuran işçinin, işveren tarafından yapılan davete rağmen işe başlamaması durumunda dahi İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiği karara bağlanmıştır¹⁰⁵. Bu yaklaşımın temelinde işe iade davasının bir tazminat davası olmayıp iş güvencesi kapsamında açılan ve iş ilişkisinin devamlılığını sağlamaya yönelik bir dava olduğu düşüncesi yatmaktadır. Kanun maddesi uyarınca da feshin geçersizliğine karar verildiğinde iş ilişkisi hiç kesintiye uğramamışçasına en başından itibaren geçerli kabul edilmektedir. Bu durumda işçi, işverenin davetine rağmen başka bir iş bulduğu gerekçesiyle işe dönmezse, iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirildiği

¹⁰¹ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.173; Süzek, s.657; Manav, s.403-404. Ayrıca bkz. Y9HD E. 2022/15482, K. 2023/99, T. 10.01.2023. Corpus. (E.T. 12.03.2023).

¹⁰² Ekonomi, s.7; Uçum, s.87- 88.

¹⁰³ Uçum, s. 88; Süzek, s.583; Tuncay, A. Can: Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD) İş Kanunu Toplantı Dizisi IV, 14 Haziran 2007, İstanbul, s.15 vd.

¹⁰⁴ Bilgili, s.195-196.

¹⁰⁵ Y9HD E. 2008/4328, K. 2008/6932, T. 31.03.2008. Corpus. (E.T. 26.03.2023)

kabul edilmektedir¹⁰⁶. Zira işveren tarafından yapılan önceki fesih artık geçersiz hâle gelmiş ve kanun hükmü gereği baştan beri geçerli hâle gelen iş ilişkisi, bu kez işçi tarafından işe başlamamakla fiilen sona erdirilmiştir. Bu nedenle işçi daha önce peşin olarak kıdem tazminatı tahsil etmiş ise bunları iade etmekle yükümlüdür¹⁰⁷.

Konuyla bağlantılı bir uyuşmazlıkta Yargıtay, işe başlaması yönünde işçiyi davet eden işverenin, işçinin başka bir işte çalışmaya başladığını bilmesi sebebiyle kötü niyetli davrandığını kabul ederek, işverenin işe başlatma isteğine rağmen işe başlamayan işçinin bu davranışının askıda bulunan iş ilişkisini sonlandırma iradesi olarak yorumlanmasını kabul etmemiş, “işçi lehine yorum” ilkesi uyarınca işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarını almaya hak kazandığını ortaya koymuştur¹⁰⁸. Bahse konu Yargıtay kararına 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁰⁹ hükümlerine atıf yapılarak yazılan karşı oy yazısıyla bazı eleştiriler yapılmıştır. Buna göre “İşçinin işe başlama isteği işverence kabul edildikten sonra başka bir anlatımla iradeler birleşince işçinin tek taraflı, işverenin rızası olmadan işe başlama iradesini geri alması, Borçlar Kanunu’nun 23-30 maddelerinde düzenlenen hata, hile ve ikrah hâlleri olmadıkça aynı yasanın 1-9 maddeleri hükümleri karşısında mümkün değildir. Feshin geçersiz sayılmış ve baştan itibaren sözleşme feshedilmemiş gibi sonuçlarını doğurur hâle gelmesinden sonra, sözleşme ancak tarafların birisinin iradesi ile veya karşılıklı anlaşarak sona erdirilebilir. Bu fesih haklı veya geçerli bir nedene dayanabileceği gibi haksız bir fesih de olabilir. İşçinin zarar göreceği düşüncesi, sözleşme hukukunun genel prensiplerinin yok sayılmasını gerektirmez. İşçinin işverenin davetine rağmen işe başlamaması hâlinde iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirdiğini kanıtlaması gerekmektedir. Aksi hâlde iş sözleşmesinin, işçi tarafından sona erdirildiğinin kabulü gerekecektir”.

Öğretide karşı oy yazısı ile ortaya atılan yaklaşımı benimseyen bir görüşe göre, işverenin daveti üzerine işçinin işe başlamaması iş ilişkisini feshettiği anlamına gelmekte olup, bu durumda işveren tarafından ödenen ihbar ve kıdem tazminatlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁶ **Alpagut, Gülsevil:** Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Bankacılar Dergisi, S:65, 2008, s.104. (Kısaltma: Esaslı Değişiklik); **Aktay, Nizamettin:** İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Dergisi, S:3, Eylül 2006, s.107.

¹⁰⁷ **Alpagut,** Esaslı Değişiklik, s.104.

¹⁰⁸ Y9HD E. 2005/20810, 2005/24800 K, T. 11.07.2005. Corpus. (E.T. 26.03.2023)

¹⁰⁹ RG: 04.02.2011, Sayı: 27836.

¹¹⁰ **Duran,** s.338-339; **Ekmekçi,** Uygulama Sorunları, s.178.

2. “Samimi” Olmayan Başvurunun Yapılmamış Sayılması

İşe iade talebiyle süresinde işverene başvuran işçinin bu başvurusunda “samimi” olması gerekmektedir. İş hukuku mevzuatında yer almayan “samimiyet” olgusu yargı kararlarında Medenî Kanun’un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesiyle ilişkilendirilerek ele alınmakta ve işçinin gerçek iradesinin yansımaları olarak değerlendirilmektedir. Zira gerçekte işe başlama niyeti olmadığı hâlde sadece işe iade kararında takdir edilen parasal tutarları elde etmek maksadıyla işverene yapılan başvuru gerçek anlamda işe iade başvurusu olarak kabul edilmemektedir¹¹¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuya ilişkin bir kararında¹¹² bu husus şu şekilde dile getirilmiştir:

“...4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olduğu gibi, işçinin işe iade yönündeki başvurusu ciddi ve samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı hâlde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yaptığı başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez...”

Yargıtay’ın konuya ilişkin bir başka kararında şu hususlara vurgu yapılmıştır:

“İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması hâlinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.”

¹¹¹ **Süzek**, s. 657; **Öktem Songu, Sezgi**: İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2018, s.149 vd; **Taşkent, Savaş**: Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2018, s.243-244; **Yiğit**, s.1172; **Centel**, s.213; **Elbir, Nazlı**: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:11, S:1, 2020, s. 146.

¹¹² YHGK E. 2016/2592, K. 2018/1276, T. 27.06.2018. Corpus. (E.T.10.03.2024)

Görüldüğü gibi, işçi tarafından işe iade amacı taşımayan, sadece tazminat ve diğer hakları elde etmek maksadıyla yapılmış, şekli prosedürlerden ibaret bir başvuruyu hiç yapılmamış sayarak samimiyet olgusunun önemine işaret etmiştir¹¹³.

Bize göre, işe iade başvurusunun samimi olmasına yönelik yaklaşım, hızla değişen çalışma koşulları ve yargılamanın içinde bulunduğu kronik hantallık olgusu karşısında pratikte anlamını yitirmiştir. Şöyle ki, geçerli olmayan nedenle iş akdi feshedilen ve işe iade talebiyle mahkemeye başvuran bir işçi 3 yıl, 5 yıl hatta 8 yılı bulan yargılama süreçleri devam ederken yaşamını idame ettirme zorunluluğuyla iş arayışlarına yönelmekte ve çoğunlukla başka bir işte çalışmaktadır. Aynı şekilde işveren de işin sürekliliğini sağlamak üzere işten çıkardığı işçinin yerine yeni işçiler istihdam etmekte ya da alternatif çözümler geliştirmektedir. Üstelik pandemi, ekonomik kriz, doğal afetler gibi çalışma formlarında hızlı ve köklü değişiklikler yaratan unsurların da etkisiyle bu değişime hızlıca uyum sağlamak bu ilişkinin tüm paydaşları için bir zorunluluk hâline gelmiştir. Çalışma şartlarının bu denli hızlı değişmesi karşısında yıllar süren davalar sonucunda işe iade talebi kabul edilen işçinin adeta zamanda yolculuk yapmasını beklercesine yıllar önce çalıştığı şartlara geri dönmesini beklemek gerçekçi olmadığı gibi; işvereni yıllar önce işten çıkardığı bir işçiyi işe kabule zorlamak da hukuk düzeninin koruduğu haklar bağlamında sorunludur. Nihayetinde karşılıklı iradelerin uyuşmasına dayalı bir iş sözleşmesinde her ne sebeple olursa olsun bitmiş bir iş ilişkisini sürdürmeye zorlamak her iki taraf açısından da işlevsizdir. Hiçbir birey malî kaygıların yarattığı çaresizlikle istenmediği bir ortamda çalışmaya zorlanamayacağı gibi; işverenin işten çıkarma iradesine muhatap olan bir işçinin çalışma motivasyonunu sürdürmemesi bir yana, aksi düşüncenin kabulü, işçiyi neredeyse her gün yeni psikolojik manipülasyon biçimleri ile iş hayatında ortaya çıkan mobing uygulamalarına kurban vermek tehlikesini barındırır. Bu sonuç, işe iade ile sağlanmaya çalışılan iş güvencesi kurumu ile taban tabana zıt bir yaklaşımdır. Geçerli neden olmaksızın işten çıkarılan işçinin işe iade talebinin arka planında, çoğunlukla geçerli olmayan feshe dayalı diğer parasal hakları elde etme beklentisi yatmaktadır ki biz bu hususu samimiyetsizlik olarak değerlendirmemekteyiz. Kaldı ki, iş hukuku mevzuatımıza 2018’de dâhil olan dava şartı zorunlu arabuluculuk uygulamalarında, bazı işverenlerce işe iade talep eden işçinin işe iade talebini nasılsa pratikte mümkün olmadığı düşüncesiyle kabul ederek bu imkânı bir tür psikolojik baskı unsuruna dönüştürdükleri ve halihazırda başka bir işte çalışan işçiyi çaresiz bıraktıkları da bir gerçektir. Dolayısıyla işe iade talep eden işçinin işe iade isteminde samimi olması zorunluluğunun, güncel koşullarla uyumsuz olduğu

¹¹³ Y9HD E. 2017/27438, K. 2018/1075, T. 23.01.2018. Daha fazlası için bkz. YHGK E.2015/22-1888, K. 2017/233, T.08.02.2017; Y22HD E. 2017/42887, K. 2017/31284, T. 28.12.2017; Y9HD E. 2010/13227, K. 2010/834, T. 22.01.2010. Corpus. (E.T. 16.03.2024)

kanısında yız. Uygulamada büyük ölçüde tazminat ve diğer parasal hakların elde edilmesi düşüncesiyle açılan işe iade davalarına ilişkin bu olgu, mevzuatın güncellenmesi gerekliliğinin açık işaretidir.

IV. İŞE İADE DAVASINA DAİR BAZI TARTIŞMALI HUSUSLAR

Mevzuatta açık hüküm bulunmayan bazı hususlar öğretide tartışma konusudur. Bu hususlar aşağıda incelenmiştir.

A. FAİZ VE ZAMANAŞIMI

Hukukî niteliği itibariyle tazminat sayılan işe başlatmama tazminatının tabi olduğu zamanaşımı konusunda İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında genel hükümler uygulanarak anılan tazminatın Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde belirtilen 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴.

İşe başlatmama tazminatına hangi tarihten itibaren faiz işletileceği hususunda İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından bu hususun çözümü de öğretiyeye ve yüksek yargı kararlarına bırakılmıştır. Öğretideki bir görüş bu soruna ihtimaller üzerinden cevap vermektedir: Şayet işçi işe başlatmama tazminatını işverenden yazılı olarak talep etmişse işverene başvuru tarihi, icra takibine konu etmişse takip tarihi, alacak davası ikame ettiyse dava tarihi faizin başlangıç tarihi sayılmaktadır¹¹⁵. Bu görüşün temelinde bir alacağın muaccel olması ile faizin kendiliğinden işlemeye başlamayacağı, bunun için borçlunun temerrüde de düşürülmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır¹¹⁶.

Öğretideki diğer bir görüş, işçinin işe iade talebiyle işverene başvurması hâlinde bir ay içinde işverence işe başlatılmamışsa, bir aylık sürenin dolması ile işe başlatmama tazminatının muaccel olacağı, faizin de bir aylık sürenin dolduğu bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı yönündedir¹¹⁷. İşveren bir aylık süre dolmadan iade talebini reddederse, işe başlatmama tazminatı bu tarihte muaccel olacaktır¹¹⁸. Bu görüşü benimseyen Yargıtay da işçinin işe iade kararı ile işe başlamak üzere işverene başvurması hâlinde, işe başlatmama tazminatı yönünden işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmediği, işçinin geçerli başvurusunun ardından işverence işe başlatılmaması ile bir aylık işe başlatma süresinin dolduğu tarihten itibaren faiz hakkının doğduğunu kabul

¹¹⁴ Y9HD E. 2021/5434, K. 2021/9577, T. 26.05.2021. Corpus. (E.T.18.03.2024)

¹¹⁵ Sarıbay, s.262-263.

¹¹⁶ Sarıbay, s.263.

¹¹⁷ Süzek, s.667; Centel, s.298; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.1126.

¹¹⁸ Çankaya/Günay/Göktaş, s.266.

etmektedir¹¹⁹. İşe başlama talebiyle işçi tarafından işverene yapılan başvurunun, bu başvurunun kabul edilmemesi hâlinde işe başlatmama tazminatını da içerdiği düşüncesine dayalı bu yaklaşım bizce de isabetlidir.

Boşta geçen süre ücretine hangi tarihten itibaren faiz işletilmesi gerektiği hususu da öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kesinleşen mahkeme kararına dayanarak işe iade talebiyle işverene başvuran işçinin başvuru tarihi boşta geçen süreye ilişkin ücretin muacceliyet tarihi olup, alacağı bu tarihten itibaren faiz işletilmelidir¹²⁰. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007/40624 Esas, 2008/5165 Karar sayılı, 17.03.2008 tarihli kararında da bu yaklaşımın benimsendiği ve *“İşe başlatılmak için işverene başvuru tarihi boşta geçen süre ücreti bakımından işverenin temerrüde düştüğü tarih olarak kabul edileceğinden bu tarih itibariyle faiz işlemeye başlanacaktır”* denilerek işçinin işverene başvuru tarihinin faiz başlangıç tarihi olarak kabul edildiği görülmektedir.

Bir diğer görüş, faiz başlangıcının işçinin işverene başvuru tarihine bağlı olmadığı yönündedir¹²¹. Boşta geçen süre ücretinin ortaya çıkması, işçinin başvurusunun ardından işverence yapılacak davetin ardından işçinin işe başlayıp başlamamasına bağlı olduğundan, faiz başlangıcı da dava tarihi olarak kabul edilmektedir¹²². Diğer taraftan işe iade davası sonucunda mahkemece verilen kararın kesinleştiği tarihi faizin başlangıç tarihi olarak kabul eden yazarlar da mevcuttur¹²³.

Öğretilerde faizin başlangıç tarihi olarak tek bir tarihten söz edilemeyeceği de dile getirilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, işçinin kesinleşen mahkeme kararının ardından on iş günü içinde işe başlamak üzere işverene yaptığı başvuru ile boşta geçen süre ücretini talep etmesi hâlinde faiz bu tarihten; aksi durumda işverenin işçiyi işe başlatması için öngörülen otuz günün son gününden itibaren işleyecektir¹²⁴.

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında boşta geçen süre ücretin işçinin işe iade talebiyle işverene başvurduğu tarih itibariyle muaccel olacağı görüşü benimsenmektedir. İşe iade talebiyle işverene başvuran işçinin bu başvuruda boşta geçen süre ücretini talep etmesi hâlinde işverenin bu tarihte temerrüde düşürüldüğü, faizin de bu talepten

¹¹⁹ Y9HD E. 2014/17964, K. 2015/30728, T. 02.11.2015; Y9HD E. 2015/25930, K. 2018/22446, T. 05.12.2018. Corpus. (E.T.16.03.2024)

¹²⁰ Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, s.1133; Centel, s.221; Tulukçu, s.362; Centel, s.221.

¹²¹ Duran, s.811.

¹²² Duran, s.811.

¹²³ Özekes, s.168.

¹²⁴ Sarıbay, s.214; Akı, Erol/Altıntaş, H. Olcay/ Bahçivanclar, İbrahim: Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s. 160,

itibaren işlemeye başlayacağı¹²⁵; başvuruda açık bir şekilde boşta geçen süre ücretinin talep edilmemesi hâlinde işverenin temerrüdü söz konusu olmayacağı için bu alacağın tahsili amacıyla dava açılmadan önce yürütülen arabuluculuk sürecine ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihin faizin başlangıç tarihi olduğu kabul edilmektedir¹²⁶.

Boşta geçen süre ücreti, niteliği itibariyle ücret sayıldığından, İş Kanunu'nun "Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır" ifadesine yer veren 34. maddesi uyarınca, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹²⁷.

Son olarak, hukukî niteliği itibariyle ücret alacağı sayılan boşta geçen süre ücreti, İş Kanunu'nun 32. maddesinin son fıkrası uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

B. İŞÇİNİN ÇALIŞTIRILMADIĞI DÖRT AYLIK SÜRENİN KIDEM SÜRESİNE EKLENİP EKLENMEYECEĞİ

İşverenin, süresi içinde işe başlatılmak için başvuran işçinin işe iade talebini kabul etmemesi durumunda boşta geçen sürenin kıdeme dâhil edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, mahkemece feshin geçersiz olduğuna karar verilmesi, iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiği anlamına gelmektedir¹²⁸. Bu durumda işçinin yasal süresinde başvurusuna rağmen işçiyi işe başlatmayan işveren tarafından yeni bir fesih yapıldığı kabul edilerek; son durumda kıdem, ihbar ve sair işçilik alacaklarının işverene başvuru tarihi esas alınarak hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür. Şayet ilk fesih tarihinde belirtilen işçilik alacakları işçiye ödenmişse, ilk fesih tarihi ile işe başlatmama tarihi arasında geçen sürenin kıdem süresine eklenmesi ve bu iki tarih arasında ortaya çıkan artışların da işçilik alacaklarına yansıtılması gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay benzer bir uyuşmazlıkta "...işe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmekle, iş ilişkisi kesintisiz devam eder. Davacının işverence işe başlatılmadığı tarihte iş ilişkisi sonlandığından, kıdem tazminatı hesabında bu tarihteki tavanın

¹²⁵ Y9HD E. 2018/7326, K. 2018/16821, T. 27.09.2018; Y9HD E. 2015/25930, K.2018/22446, T. 05.12.2018; Y9HD E. 2019/5886, K. 2021/2712, T. 28.01.2021. Corpus. (E.T.16.03.2024)

¹²⁶ Y9HD E. 2022/3222, K. 2022/3813, T. 21.03.2022. Corpus. (E.T.16.03.2024)

¹²⁷ Y9HD E. 2019/5886, K. 2021/2712, T. 28.01.2021; Y12HD E. 2018/2961, K. 2018/6488, T. 21.06.2018. Corpus. (E.T.03.03.2024)

¹²⁸ **Ekonomi**, s.35; **Taşkent, Savaş**: Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2006, s.72-73.

*gözetilmesi, kıdem tazminatına esas alınacak sürenin tespitinde ise feshi izleyen dört aylık sürenin dikkate alınması gerekir*¹²⁹” şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Görüldüğü gibi Yargıtay kararında, iş sözleşmesi işçinin işverence işe başlatılmadığı tarihte feshedilmiş sayılırken, aradaki bu süre işçinin kıdemine dâhil edilmemektedir. Benzer uyuşmazlıklara yönelik Yargıtay kararlarında kıdeme esas alınacak boşta geçen sürenin dört ay olarak esas alınması istikrarlı bir uygulama hâline gelmiştir¹³⁰.

Boşta geçen süreye ilişkin olarak dört aylık azamî bir süre esas alınmış olmasına rağmen, öğretide haksız fesih nedeniyle işçinin çalıştırılmadığı sürenin tamamının kıdemine sayılması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur¹³¹. Temel düşüncesini feshin geçersizliğine karar verilmesi ile iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş sayılmasından alan bu yaklaşım, Yargıtay tarafından benimsenmemiştir. Yargıtay, boşta geçen süreye ilişkin olarak en çok dört aylık süre için işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklarının belirlenmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım geliştirmiştir¹³².

Yargıtay uygulamasında kıdem tazminatının hesabında feshi izleyen çalıştırılmayan dört aylık sürenin bitiş tarihi esas alınmaktadır. Oysa işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar geçen tüm süre bakımından boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi yerine bu süreyi en fazla dört ayla sınırlı tutmanın mantığı, yargılamanın uzamasının tüm yükünü işverenin üzerine bırakmayıp taraflar arasında dengeli bir dağılımın sağlanmasıdır¹³³. Bunun yanı sıra, boşta geçen süre ücretinin dört ayla sınırlandırılması da iş ilişkisinin devamı ile değil, geçersiz fesih nedeniyle boşta geçen sürenin ne kadarlık kısmının işveren tarafın sorumluluğunda olacağına ilişkin bir ücret değerlendirmesinden ibarettir. İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile iş ilişkisinin bu tarihe kadar devam ettiği kabul edilmektedir. Bu gerekçelerle kıdem süresinin hesaplanmasında boşta geçen tüm sürenin dikkate alınması ve hesaplamanın işverenin işçiyi işe başlatmayarak sözleşmeyi feshettiği tarihe göre yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁴.

¹²⁹ Y9HD E. 2004/18066E, K. 2005/12952, T.12.04.2005; Y9HD E. 2004/28355, K. 2004/2029, T. 06.12.2004. Corpus. (E.T. 30.09.2022)

¹³⁰ Y9HD E. 2022/15496, K. 2022/18194, T. 29.12.2022; Y9HD E.2021/7063, K. 2021/11386, T. 01.07.2021; Y9HD E. 2020/2748, K. 2020/10148, T. 01.10.2020. Corpus.(E.T.15.01.2024).

¹³¹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 1123; **Tulukçu**, s.354; **Sarıbay**, s.207; **Manav**, s.380 vd.

¹³² Y9HD, E. 2009/34595, K. 2009/37899, T.28.12.2009; Y9HD E. 2022/15496, K. 2022/18194, T. 29.12.2022; Y9HD E.2021/7063, K. 2021/11386, T. 01.07.2021; Y9HD E. 2020/2748, K. 2020/10148, T. 01.10.2020. Corpus. (E.T.05.03.2023)

¹³³ **Ekmekçi**, Soru-Cevap, s.213.

¹³⁴ **Ekonomi**, s.35; **Sarıbay**, s.207-208.

İşe iade davaları, işverenin işçi ihtiyacının yanı sıra işçinin iş bulma zorunluluğunun bir sonucu olarak niteliği itibarıyla özünde aciliyet barındıran davalardır. Bu düşünceyle 4857 sayılı Kanun'un ilk halinde seri yargılama usulüne tabi olan bu davalar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹³⁵ yürürlüğe girmesi ve seri yargılama usulünün kaldırılması ile basit yargılama usulüne tabi olmuştur. Bu değişiklikle iş yükü altında ezilen yerel mahkemelerde davaların yıllarca sürüncemede kalmasına ilaveten, sınırlı sayıdaki bölge adliye mahkemelerinde de davaların kısa sürede sonuçlandırılmaması ile ivedilikle karara bağlanması gereken işe iade davaları yıllarca derdest kalmaktadır. Öyle ki, işe iadenin düzenleniş gerekçesi olan iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamak bir yana, davaların yıllarca uzayıp gitmesi nedeniyle taraflar somut uyuşmazlığın detaylarını hatırlamakta bile zorlanmakta, adeta davadan ümitlerini kesmektedirler. Kanaatimizce bu hususta yeni bir düzenleme getirilerek, işe iade davalarına özgü, hızlı ve verimli işleyen bir yargılama sürecine işlerlik kazandırılması bir zaruret halini almıştır. Bu doğrultuda hızlıca sonuca bağlanan bir işe iade kararı ile işçinin gerçekte çalışmadığı tüm zamanın boşa geçen süre ücreti hesabında dikkate alınması, somut olay adaleti bakımından daha isabetli olacaktır.

C. İŞÇİNİN BAŞKA BİR İŞYERİNDE ÇALIŞMASI

Konuyla ilgili bir diğer husus, işe iade davası açan işçinin, bu sürede başka bir işyerinde çalışmış olması nedeniyle kazandığı tutarın iade edilip edilmeyeceğine ilişkindir. Kanunun amacı dikkate alındığında işçinin başka bir işte çalıştığı için kazandığı tutarın, işçiye ödenecek en çok dört aylık boşa geçen süreye ilişkin ücretinden mahsup edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁶. Zira işçi işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir yerde işe girmiş ve işe iade davasını da kazanmışsa, hem davalı olduğu işverenden “*boşa geçen süre ücreti*” adı altında ücretini alacak, hem de dava sırasında çalıştığı diğer işyerinden bu çalışması sebebiyle gelir elde edecektir. Bu durum da işçinin çift maaş alması gibi bir sonuca yol açacaktır¹³⁷. Bu görüşün temelinde Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde geçen “*yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı ya da kazanmakta bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir*” hükmü bulunmaktadır. Anılan düzenlemenin uygulanması ile tazminat niteliği bulunmayan boşa geçen süreye ilişkin ücretin esas amacının taraflara ek menfaat sağlamak olmayıp, işçinin çalıştırılmadığı sürede maruz kaldığı ücret kaybının telafisi olduğu, bu nedenle işçinin

¹³⁵ RG: 04.02.2011, Sayı: 27836.

¹³⁶ **Manav**, s.112; **Ekmekçi**, Uygulama Sorunları, s.179

¹³⁷ **Manav**, s.112.

başka bir işte çalışarak kazandığı ücretin boşta geçen süre ücretinden mahsup edilmesi gerektiği öne sürülmüştür¹³⁸.

Öğretide yer bulan bir görüşe göre, mahkemece bu ücrete hükmedilirken, işçinin fesih tarihinden itibaren ilk dört aylık sürede başka bir işte çalışıp çalışmadığının araştırılması, bu sürede başka bir işte çalıştığının belirlenmesi halinde, işçinin kazandığı miktarın, dört aylık ücretten düşülmesi gerekmektedir.¹³⁹ Alman Hukukundan esinlenerek ortaya atılan bu görüş, feshin amacının işçinin kârlı çıkması olmadığı düşüncesinden yola çıkmaktadır¹⁴⁰.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen diğer görüşe göre ise, madde metninde işçinin çalışmadığı değil, işveren tarafından “*çalıştırılmadığı*” süreden bahsedildiği için, işçinin diğer işten kazandığı tutarın dört aylık tutardan düşülmesi âdil değildir¹⁴¹. Zira her ne kadar karşıt görüşü savunanlarca Alman Hukuku referans gösterilerek mahsuplaşma yapılması gerektiği ileri sürülmekteyse de, Alman Hukukunda¹⁴² dört aylık azamî süreyle sınırlandırılmaksızın boşta geçen sürenin tamamına hükmedildiği, bizim hukukumuzda ise bu sürenin dört ayla sınırlanması sebebiyle zaten sınırlı olan bir tutarda yeniden bir indirim yapılmasının hakkaniyetli olmayacağı ortaya konulmuştur¹⁴³.

Yargıtay, işçinin yeni bir bulmasının işe iade davasını etkilemeyeceğini, yeni işyerinden aldığı ücretin, yargılama sonunda hak kazanacağı dört ayla sınırlı ücretini almasını engellemeyeceğini veya mahsuplaşma yapılamayacağını belirtmektedir¹⁴⁴. Nitekim;

¹³⁸ **Soyer**, s.63; **Alpagut**, İş Sözleşmesinin Feshi, s.247.

¹³⁹ **Alpagut**, İş Güvencesi, s.63.

¹⁴⁰ **Alpagut**, İş Güvencesi, s.247-248; **Ekmekçi**, Soru-Cevap, s.214.

¹⁴¹ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan**, s.220; **Ekonomi**, s.59; **Güzel**, s.111; **Süzek**, s. 648; **Uşan, Fatih**: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, Kamu İş, 2008, C:10, S:1, s. 20; **Manav**, s.368; **Tulukçu**, s.374.

¹⁴² Almanya’da, “genel feshe karşı koruma” ile “özel feshe karşı koruma” birbirinden ayrılmıştır. Uygulanma şartları oluştuğunda, iş ilişkisinin türü ve işçinin niteliğine bakılmaksızın, genel feshe karşı koruma hükümleri bütün iş ilişkilerinde uygulanır (BGB § 622). Genel feshe karşı koruma, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası (KSchG) içerisinde düzenlenmiştir. Öte yandan özel feshe karşı koruma hükümleri, sadece belirli nitelikteki işçiler ve iş ilişkileri için söz konusudur. Alman hukukunda belirli çalışan grupları “özellikle korunmaya muhtaç” olarak kabul edilerek bu kişilerin feshe karşı koruma haklarını genişletilmiş ve fesih yapılması ya bir idari makamın iznine bağlanmış ya da belirli hallerle sınırlandırılmıştır. Başka bir deyişle feshin yapılması ya zorlaştırılmış ya da yasaklanmıştır (§ 85 SGB IX). Detaylı bilgi için bkz. **Laçiner, Vedat**: Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları, Yönetim Bilimleri Dergisi, C:3, S:2, 2005 s.150-158.

¹⁴³ **Süzek**, s.589; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan**, s.176; **Tuncay**, s.61; **Uçum, Mehmet**: İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, C:1, S:9, 2003, s. 90; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s.267.

¹⁴⁴ **Abbas**, s.101; **Alpagut**, İş Güvencesi, s.247-248; **Soyer, Polat**: Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları,

“Feshin geçersizliğinin tespitiyle işe iade kararı sonrasında işçinin başvurusu üzerine ödenmesi gereken boşta geçen süre ücretinden başka bir işten elde edilen gelirin indirilmesi ya da diğer işte çalışılan sürenin mahsubu doğru değildir. Davacının yasa gereği en çok dört aya kadar süre içinde çalışması varmış gibi işçilik alacaklarının hesabı gerektiğinden Mahkemece indirim yapılmak suretiyle istekle ilgili hüküm kurulması hatalıdır. Çalışılmayan süre dört aydan fazla olduğundan kıdemine dört ay eklenerek farklı kıdem tazminatına karar verilmelidir.” ifadeleriyle bu hususlar hükme bağlanmıştır¹⁴⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından benzer bir uyuşmazlıkta verilen kararda¹⁴⁶; *“Davacının işe başlatılması için işverene müracaat ettiği 26.04.2012 tarihinde başka bir işyerinde çalıştığı sabit ise de, iş sözleşmesinin feshinden, işe iade kararının kesinleşmesine kadar 25 aylık bir sürenin geçtiği dikkate alındığında, bu kadar uzun süre işe iade kararını çalışmadan geçirmesi davacıdan beklenemez. O hâlde Mahkemenin davacının süresinde işverene işe başlatılması için müracaat ettiğine dair kabulü ve bu kabul çerçevesinde davaya konu edilen alacakları hüküm altına alması doğru olmuştur...”* denilerek işe iade kararının verilmesine kadar geçen sürede işçinin çalışmadan beklemesinin olanaksızlığına değinilerek, bu sürede başka bir işte çalışan işçinin geçersiz feshe bağlı haklarının ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira, feshin geçersizliğine hükmedildiği durumda işçinin boşta geçirdiği zamanın tamamı değil, en çok dört aylık süreye ilişkin ücret ve hakları ödenmektedir. Bu denli sınırlı tutulmuş bir alacak hakkından indirim yapılmasını gerektiren görüşler adalete aykırı olduğu gibi işçinin korunması ilkesiyle de çelişmektedir. Kaldı ki İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü bendinin lâfzında herhangi bir mahsuplaşma yapılması hususuna değinilmeksizin *“Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.”* ifadesiyle net bir düzenleme getirilmiştir. Kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin 408. maddedeki¹⁴⁷ düzenlemesine paralel olarak mahsuplaşmanın yapılacağını öngören bir düzenlemeye yer

İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları-İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.63. Ayrıca bkz. Y9HD E. 2005/12592, K. 2005/19362, T. 26.05.2005; YHGK E. 2015/7-1828, K. 2018/1093, T. 16.05.2018. Corpus. (E.T. 25.01.2024)

¹⁴⁵ Y9HD E. 2006/942, K. 2006/2409, T. 06.06.2006; Y9HD E. 2016/11408, K. 2019/22589, T. 17.12.2019. Corpus. (E.T.17.03.2024)

¹⁴⁶ Yargıtay HGK E. 2015/7-1828, K. 2018/1093, T.16.05.2018. Corpus. (E.T.17.03.2024)

¹⁴⁷ Borçlar Kanunu Madde 408- İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.

verilirdi. Zaten aksi yöndeki görüşler işçinin çalışma hürriyetine de dolaylı yoldan bir baskı yapma sonucunu doğuracaktır. Bilhassa yargılama süreçlerinin yıllarca devam ettiği güncel pratiklerde, 4 aylık bir ücret ve alacak hakkını talep eden işçinin, bu alacağını kaybetmemek için yıllarca çalışmamasını beklemek somut olay adaleti açısından da isabetsizdir. Nitekim yukarıda atıf yapılan Yargıtay kararları da bu yöndedir.

D. İŞSİZLİK ÖDENEĞİNİN İADESİ VE DÖRT AYLIK ÜCRETİN MAHSUBU

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 47. maddesine göre işsizlik sigortası "*Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan sigorta*" olarak tanımlanmıştır. İşçinin işsizlik ödeneğini alabilmesinin koşulları anılan İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir¹⁴⁸.

Uygulamada sorun teşkil eden husus, yargılama sonucunda işçinin işe iadesine karar verilmesi hâlinde, işçinin daha önce almış olduğu işsizlik ödeneğinin iade edilip edilmeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Bu husus kanunda düzenlenmemiştir.

Bir görüşe göre, kanunda işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin olarak dört aylık ücretini ve diğer haklarını alabileceği düzenlenmiş olduğuna göre, işçinin almış olduğu işsizlik ödeneğini iade etme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴⁹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca işsizlik ödeneğinin iadesi için işçinin kusurlu olması gerekmektedir. Oysa işe iade davası kabul edilen işçi kusurlu olmadığı gibi; anılan İşsizlik Sigortası Kanunu'nda işe iadeye dayalı ödemelerin tahsili hâlinde işsizlik ödeneğinin iadesini gerektiren bir düzenlemenin bulunmadığını, başka bir işyerinde çalışan işçinin işsizlik ödeneği almasının zaten mümkün olmadığını, İşsizlik Sigortası Kanunu'na göre işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanabilmesi için işveren tarafından çalıştırılmamasının yeter koşul olduğu ve bu ücretin işçiye kanunen tanınmış bir hak olduğu gerekçelerine dayanmaktadırlar¹⁵⁰.

Karşıt görüşe göre ise, kanunda konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yine de işçinin almış olduğu işsizlik ödeneğini iade etmesi gerekmektedir. Bu görüş dayanağını Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinden almaktadır¹⁵¹. Bu görüşü

¹⁴⁸ Günay, İş Davaları, s.1701,1702.

¹⁴⁹ Güzel, s.112; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.176; Sarıbay, s.233-234; Uçum, s.84.

¹⁵⁰ Centel, s.229; Şahlanan, İhbar Öneli, s.67; Güzel, s.112.

¹⁵¹ Bkz. dipnot 147.

savunan yazarlara göre işsizlik ödeneği işçinin “*yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı ya da kazanmakta bilerek kaçındığı yararlar*” kapsamındadır. Zira boşa geçen süre ücretinin esasında bir tazminat niteliğinde olmadığı, işçiye ek bir menfaat sağlamaktan ziyade işçinin çalışmadığı dönemdeki kayıplarını telafi amacı taşıdığı vurgulanarak işsizlik ödeneğinin iade edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵². Kaldı ki, işçinin işe iade davasını kazanması durumunda aynı döneme ilişkin olarak hem boşa geçen süre ücretini hem de işsizlik ödeneğini almış olması sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği gibi, işe iade davası sonucunda ücret alacağını elde eden işçi açısından işsizlik sigortasını alma koşullarından biri (belki de en önemlisi) ortadan kalkmış sayılmaktadır. Bu durumda da yasal dayanağı ortadan kalkan işsizlik ödeneğinin iade edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵³.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2009/10508 Esas, 2010/4814 Karar sayılı, 05.04.2010 tarihli kararında işçinin gerek SGK’dan gerek işverenden iki ayrı gelir elde etmesinin işsizlik ödeneğinin düzenleniş amacına aykırı olduğunu, aynı zaman kesiti için iki kez ödeme alan işçinin sebepsiz zenginleşmiş sayılacağını, bu durumda işçinin işsizlik ödeneğini iade etmesi ya da bu ödeneğin boşa geçen süre ücretinden mahsup etmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

Kanaatimizce, işsizlik sigortasının iade edilmesi yönündeki görüşler bu sigortanın düzenleniş amacıyla çelişmektedir. İşsizlik Sigortası Kanunu’nun 47. maddesinde “*Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigorta*” olarak tanımlanan işsizlik sigortası, işe iade talebiyle dava açan işçileri de korumak üzere mevzuat sistemimize dâhil edilmiş bir iş güvencesi müessesesidir. İşsizlik sigortasına başvuru yapıldığı tarih itibariyle bu şartları taşıyan ve ödemeye hak kazanan işçinin, daha sonra işe iade talebinin kabul edildiği gerekçesiyle geriye dönük olarak bu ödemeyi iade etmekle yükümlü tutulması hakkaniyete aykırı sonuçlara kapı aralayacaktır. Aksi görüşün kabulü, işsizlik sigortasının korumaya çalıştığı menfaatin ihlâli sonucuna yol açacağı gibi, bu yaklaşım kazanılmış hak olgusuyla da bağdaşmamaktadır.

İŞKUR uygulamasına bakılacak olursa, işe iade davasının kabul edildiği ve işverenin geriye dönük dört aylık primi yatırdığı durumlarda işçinin belirtilen dört aylık

¹⁵² **Ekmekçi**, Uygulama Sorunları, s.179; **Soyer**, s.63; **Alpagut**, İş Güvencesi, s.247; **Engin**, s.76; **Bilgili**, s.276.

¹⁵³ **Bilgili**, s.276.

periyotta hem işsizlik ödeneği hem de ücret aldığı görülmektedir. Bu durumda İŞKUR personeline geriye dönük yatırılan primlerin son günü fesih tarihi olarak güncellenmekte, çalışılmayan dönem için işsizlik ödeneği ödeme plânı oluşturulmaktadır. Ödeme plânına bağlı olarak yapılan fazla ödemeler yeni ödemededen mahsup edilmekte ve gerektiğinde işçiden bu ödeneğin iadesi istenmektedir. Bazı durumlarda iş sözleşmesi feshedilen işçinin fesihten itibaren otuz gün içinde İŞKUR'a yaptığı başvuru şartların oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. Bu durumda işe iade davasını kazanan işçi, mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren otuz gün içinde İŞKUR'a işsizlik ödeneği talebiyle başvurma hakkına sahiptir. İşçinin işe başlatılıp başlatılmadığına bakılmaksızın, işe iade kararına göre yatırılan geriye dönük dört aylık primlerin son günü fesih tarihi kabul edilerek işsiz kalan dönemler için işsizlik ödeneği ödenmektedir¹⁵⁴.

E. İŞÇİ TARAFINDAN İADE EDİLEN TAZMİNATLARA FAİZ İŞLETİLİP İŞLETİLMEYECEĞİ

Bir diğer tartışma da işçinin peşin olarak almış olduğu ücret ve kıdem tazminatını işe iadeyle birlikte işverene iade etmesi durumunda bu tutara faiz yürütülüp yürütülmeyeceği hususunda toplanmaktadır. Öğretide bir görüş, bu ödemenin mevduat faizine tabi olduğu yönündedir¹⁵⁵. Ancak yaygın görüş aksi kanaattedir¹⁵⁶. Buna göre geçersiz fesih işlemini gerçekleştiren işverenin bizzat kendisi iken, kendi iradesiyle gerçekleştirdiği bir ödemenin faizini talep etmesi hakkaniyete aykırıdır. Aksi takdirde işveren, kendi kusurlu eyleminden haksız bir menfaat temin etmiş sayılmaktadır. Bilhassa yıllar süren yargılama faaliyeti neticesinde işverenin vermiş olduğu bu tutarı bir de yargılamanın da uzamasıyla edindiği avantajla faizle geri alması, iş güvencesi sistemine uymadığı gibi, bu durumun işe iade davası açacak işçi bakımından çekince yaratacağı dile getirilmiştir¹⁵⁷. Ancak işçi, işe başladığı hâlde kıdem tazminatının asıl alacak kısmını da ödemekten kaçınıyorsa, bu durumda temerrüt söz konusu olacak ve işçinin işveren tarafından işe başlatılmasından itibaren temerrüt faizi uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ **Yılmazkaya, Ebru:** İşe İade Davasında İşsizlik Ödeneğinin İadesi Gerekebilir (<https://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/ebuyilmazkaya/046/>) (E.T.19.01.2024)

¹⁵⁵ **Demir, Fevzi:** İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2005, s.151.

¹⁵⁶ **Kılıçoğlu,** s.96-97; **Duran,** s.344.

¹⁵⁷ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan,** s.177.

¹⁵⁸ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Başkan,** s.177; **Uzun, Bekir:** Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No: 2004-31, İstanbul, 2004, s.90.

SONUÇ

İş hukukunda uluslararası standartlara uyum sağlamak ve mevzuatımızı Avrupa Birliği müktesebatı ile uyumlu hâle getirmek amacıyla, ILO Sözleşmelerinin büyük çoğunluğuna taraf olmanın yanı sıra, hizmet ilişkisinin korunmaya muhtaç tarafı olan işçilere hukukî güvenceler getiren bir dizi düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, işverenler açısından iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamayı hedeflerken, işçilerin iş güvencesi kapsamında korunmasını ilke edinmiştir. Sağlanan korumanın mevzuattaki görünümünden biri olarak, iş ilişkisini geçerli bir nedene dayanmaksızın fesheden işverenlerin keyfî tutumlarını önlemek ve bu tutumlara bazı yaptırımlar getirmek üzere feshin geçerli nedenle yapılması yasal zorunluluk olarak öngörülmüştür. İş ilişkisinin sürekliliği ve feshin son çare olarak başvurulacak bir imkân olduğu düşüncesiyle, geçerli nedene dayanmayan fesih nedeniyle işçiye işe iade davası açma hakkı verilmiştir. Bu sayede işe iade hakkı kazanan işçi, işveren tarafından işe başlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde bazı malî haklara sahip olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, içinde bulunduğumuz toplumsal ve ekonomik faktörler belki de en çok işçi-işveren ilişkilerinde yansıma bulmaktadır. Öyle ki, tüm dünyayı etkileyen bir virüs salgını, ekonomik kriz, tabii afetler gibi küresel ölçekli faktörler yeni çalışma stillerini beraberinde getirmektedir. Salgın döneminde uzaktan çalışma gibi esnek çalışma formlarının ortaya çıkması ve uygulamanın bu dönüşüme uyum sağlaması bu etkileşimin bir örneğidir. Bu denli değişime açık çalışma hayatında değişen ihtiyaçlara cevap verebilen, işçi-işveren arasındaki güç dengesini hakkaniyet ekseninde tesis edebilen, değişime uyum sağlamış güncel çalışma modelleri içeren mevzuat hükümlerine duyulan ihtiyaç had safhadadır.

2003 yılında yürürlüğe giren iş hukuku mevzuatımızda yapılan değişiklikler Kanun'un güncel sorunlara cevap vermede yetersiz kaldığını ortaya koyduğu gibi; bilhassa arabuluculuk uygulamasının yaygınlaşması ile mahkemeler ve arabulucular arasında çözüm aranan işçi-işveren uyuşmazlıklarında ortaya çıkan ve mevzuatın cevapsız kaldığı hususlar da çözüm beklemektedir. Mevcut haliyle iş hukuku mevzuatımızın baştan sona güncellenerek çoğunluğu âtıl kalmış hükümlerin tüm bu değişkenler dikkate alınarak yenilenmesi gerektiği kanısındayız.

Çalışmamıza konu işe iade davaları açısından bakıldığında, bir tür iş güvencesi niteliğinde olan işe iade davalarına ilişkin hükümler de artık ihtiyaca cevap vermekten uzaktır. Zira yasal mevzuatta boşta geçen süreyi ifade etmek için dört aylık bir süreden bahsedilmekteyse, uygulamada da yargılamanın bu süreyle uyumlu olması beklenir. Oysa

iş yoğunluğunun yüksek olduğu mahkemelerde, dava açılış tarihi ile ilk duruşmanın verildiği tarih arasında bile daha geniş bir zaman aralığının bulunduğu herkesin malumudur. Dolayısıyla işe iade davasına ilişkin hükümlerin düzenleniş amacına uygun ve etkili olarak uygulandığını söylemek yersiz bir iyiyetten ibarettir.

İlk olarak, oldukça sorunlu bulduğumuz “işe iade” kavramının değiştirilmesi gerektiği kanısındayız. Her ne kadar işçi-işveren ilişkisinde işçi aleyhine bir güç dengesizliğinden bahsedilse de, nihayetinde genel hükümlere göre tarafların özgür iradeleriyle ortaya koydukları bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin taraflardan herhangi biri için devamının beklenemeyeceği hâllerde her iki tarafın da sözleşmeyi sonlandırma iradesini özgürce ortaya koyabilmesi beklenir. Bu bağlamda “işe iade” gibi işlevini yitirmiş bir müessesenin tamamen kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz. Taraflardan biri tarafından iş ilişkisinin sonlandırılması durumunda işe iade ya da başka bir ad altında bu ilişkinin yeniden canlandırılmasına yönelik hiçbir zorlayıcı çabayı doğru bulmuyoruz.

İkinci olarak, bu yaklaşımın yol açabileceği keyfiliği göz önünde bulundurarak işveren tarafından yapılan, haklı nedene ya da geçerli nedene dayanmayan fesihler açısından kanunda aranan şartların bulunması halinde işçiye seçimlik hakların sunulması gerektiğini de gözden kaçırmamak gerekir. Bu minvalde işe iade yerine, çalışmamız boyunca atıf yaptığımız Yargıtay kararlarında ve öğreti görüşlerinde de dile getirildiği gibi işçinin kıdemine bağlı olarak somut olay adaletine uygun bir tazminatla yetinilmesi gerektiği kanısındayız. Bu çözüm, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti gibi işe iade davasına bağlı özel taleplerin uygulamada yol açtığı birçok tartışmayı da kendiliğinden sonlandıracağı gibi; uygulamada karşılığını çoktan yitirmiş olan işe iade başvurusunun “gerçek ve samimi” olması koşuluna atıf yapılan Yüksek Yargı kararlarının havada kalmasını da önleyecektir.

Uygulama örnekleri, öğreti görüşleri ve içtihatlarla ortaya çıkan tablo, işe iade talebinin daha ziyade tazminat beklentisiyle başvuru olan bir hukukî yol olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda her şeyden önce ağır işleyen yargı sistemimize hız kazandıracak uygulamaların hayata geçirilmesinin yanı sıra; gerekli mevzuat değişikliklerinin yapılarak, geçersiz feshin en önemli hukukî sonucu olarak ortaya çıkan işe iade davalarının ağırlıklı olarak tazminat beklentisiyle başvuru olan bir yol olduğu gerçeğinden hareketle, işverene tanınan imkânın işçiye de tanınması ve işe iade talebinin tazminat talebini de içerir şekilde işçiye hukukî bir seçenek sunma mekanizmasına dönüştürülmesi, işçiyi korumak amacıyla yapılan bir düzenlemenin amacına daha uygun bir yaklaşım olarak görünmektedir. Bu yaklaşım da uygulamada ağırlıklı olarak para

alacağı talebine dönüşen işe iade davalarına ilişkin mevzuat hükümleri ile uygulama arasındaki boşluğu ortadan kaldıracak mahiyettedir.

KAYNAKÇA

Akı, Erol: İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Sonuçları (Fesih), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006.

Akı, Erol/Altıntaş, H. Olcay/ Bahçivancılar, İbrahim: Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Dergisi, S:3, Eylül 2006, (ss.103-109).

Aktay, Nizamettin /Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, Tuncay, Emine: İş Hukuku, 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.

Alp, Mustafa: İşletme Gereklerinden Kaynaklanan Fesih”, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyum, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, 2009, (ss. 90-118).

Alpagut, Gülsevil: Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2001.

Alpagut, Gülsevil: İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Kitabevi, Adana, 2005. (Kısaltma: İş Güvencesi)

Alpagut, Gülsevil: Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Bankacılar Dergisi, S.65, 2008, (ss.89-110). (Kısaltma: Esaslı Değişiklik)

Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 2005, (ss.200-251). (Kısaltma: İş Sözleşmesinin Feshi)

Astarlı, Muhittin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:38, 2017, (ss.50-53).

Baysal, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Bayrak, Ahmet: Sık Sık Kısa Süreli Hastalanma Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi ve Konunun COVID 19 Salgını Bağlamında Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:30, S:1, 2022, (ss.259-299).

Bilgili, Abbas: Fesih Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki 4 Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu (Karar İncelemesi), Adana Barosu Dergisi, S:1, 2006, (ss.107-115).

Centel, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Centel, Tankut: Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, Tekstil İşveren Dergisi, S: 286, Eylül 2003, (ss.32-38).

Çelik, Nuri/Caniklioğlu Nurşen/ Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul: 2010.

Çankaya, Osman G./Günay, Cevdet/Göktaş, İlhan/ Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İş İade Davaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Çankaya, Osman G./Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Çil, Şahin: İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:29, 2013, (ss.77-97).

Dulay, Dilek: İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:7, S:27, 2010, (ss. 963-978).

Duran, Abdurrahman: Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları", Legal İHSGHD, 2006, S.3.

Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2005.

Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir, 2018.

Demir, Şamil: İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, S:0, C:3, 2013, (ss.341-367).

Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2022.

Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Dergisi, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) Yayını, S:17, Temmuz 2003, (ss. 132-139) (Kısaltma: Uygulama Sorunları).

Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İş İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, 2004/1. (Kısaltma: İş İade)

Ekmekçi, Ömer: Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul. (Kısaltma: Soru Cevap)

Ekonomi, Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, S:2, C:17, Mart Ayı Özel Eki, 2003, (ss.1- 40).

Elbir, Nazlı: Yargıtay Kararları Işığında İş İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde "Samimiyet" Olgusu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:1, 2020, (ss.139-154).

Engin, Murat: Tartışma Bölümü, İş İade ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, Cep Kitapları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/ Başkan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2020.

Güneş, Volkan: İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021.

Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, Sendika Yasası Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Öngörülen Değişiklikler, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2004, (ss.15-145).

Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Günay, Cevdet İlhan: İş Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Kalkan, Arif: İş Sözleşmesinde Fesih Halleri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:13, S: 1, 2018, (ss.281-314).

Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Kar, Bektaş: Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihle Yargısal Denetim, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:11, Eylül 2008, (ss.34-42).

Keser, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Kitabevi, İstanbul, 2007.

Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, Ankara, 2005.

Köseoğlu, Ali Cengiz: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Kurt, Resul: İş İade Davalarında SGK işlemleri ve Uygulama Sorunları, Mali Çözüm Dergisi, C:22, S:112, 2012, (ss. 111-132).

Laçiner, Vedat: Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları, Yönetim Bilimleri Dergisi, S:3, C: 2, 2005, (ss.141-162).

Manav, A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Manav, A. Eda: İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C:1, S:3, Ankara, 2010, (ss.259-300)

Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C: 8, Özel Sayı, 2013, (ss.1957-2052).

Öcal, Kemal Evren: İş Güvencesi Tazminatı, Terazi Hukuk Dergisi, S: 15, Kasım 2007, (ss.43-51).

Öktem Songu, Sezgi: İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.

Özekes, Muhammet: İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, (ss. 479-514).

Özekes, Muhammet: İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 yılı toplantısı, (Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Özkaraca, Ercüment: İş Güvencesinin Kapsamı, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017.

Özkaraca, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012.

Sarıbay, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Senyen Kaplan/Tuncay, Emine: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, İstanbul, 2019.

Soyer, Polat: Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, (ss.27-69).

Sümer, Halûk Hadi: İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Sümer, Halûk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Sümer, Haluk Hadi: İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul, Aralık 2006, S.4.

Sümer, Halûk Hadi/Kayırgan, Hasan: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı; Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Süzek, Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021.

Şahlanan, Fevzi: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003 Yılı Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. (Kısaltma: 2003 Yılı Kararları)

Şahlanan, Fevzi: İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, Tekstil İşveren, S. 388, Ağustos – Eylül 2012, Hukuk Eki. (Kısaltma: İhbar Öneli)

Şen, Murat: Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Hâlinde Bildirim Süresi Kullandırılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:17, Mart 2010.

Taşkent, Savaş: Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

Taşkent, Savaş: Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2006.

Taşkent, Savaş: Boşta Geçen Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi), Kamu- İş Dergisi, İstanbul, C:7 S:3, 2004.

Tuncay, A. Can: Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD) İş Kanunu Toplantı Dizisi IV, 14 Haziran 2007, İstanbul.

Tulukçu, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul: 2022.

Uçum, Mehmet, İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, C:1, S:9, 2003.

Ulucan, Devrim: İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2003.

Uşan, Fatih: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, Kamu İş, C:10, S:1, 2008, (ss.1-47).

Uzun, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No: 2004-31, İstanbul, 2004.

Yılmaz, Merve: İş Güvencesi Kapsamında Olan ve Olmayan İşçilerin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan Haklarının Karşılaştırılması, Kültür Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Yılmaz Kaya, Ebru: İşe İade Davasında İşsizlik Ödeneğinin İadesi Gerekebilir (<https://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/ebuyilmazkaya/046/>).

Yiğit, Yusuf: İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, 2011, (ss. 1169-1170).

H VİCDANIN YEDEĞİ OLABİLİR Mİ: GÜNCEL BİR AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARININ İNCELEMESİ “KANATLI / TÜRKİYE”

(BAŞVURU NO: 18382/15, K.T: 12.03.2024)*

(Karar İncelemesi)

Gökberk ÖNGEL**

ÖZET

Vicdani ret hakkı yarım asırı aşkın süredir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni meşgul eden bir husustur. Ülkemiz de vicdani ret hakkını hukuken tanımamış olması nedeniyle birden çok ihlal kararına maruz kalmış ve buna rağmen halen vicdani ret hakkını tanımamıştır. Çalışma kapsamında incelenecek karar da yine bu hususa ilişkindir fakat diğer kararlardan farklı olarak bu kez başvuranın yerine getirmeyi reddettiği hizmet “yedek (rezerv)” askeri hizmettir. Ayrıca başvuran askerlik hizmetini en başından itibaren değil, birden çok kez bu hizmeti ifa etmesinin ardından reddetmiştir. Uyuşmazlık Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde ortaya çıkmasına karşın, AİHM’in yerleşik içtihadı uyarınca karar ülkemiz aleyhine verilmiştir.

Kararın incelemeye konu edilme sebebi; daha evvel mahkemeye vicdani ret ile alakalı yapılan başvurulardan belirli yönleriyle ayrışması, güncel bir karar olması ve açıkça söylemek gerekirse 2024 yılında halen devam etmekte olan Rusya-Ukrayna ve İsrail-Filistin çatışmaları ışığında vicdani ret meselesinin tekrardan irdelenmesidir. İnceleme kapsamında öncelikle karara konu olay özetlenecek, hemen ardından da mercilerin çözüm yöntemleri tespit edilecektir. Bu tespitin ardından çözülmesi gereken hukuki mesele ortaya konulacak ve sonuç bölümüne gelindiğinde uluslararası ve ulusal hukuktaki mevcut hukuki düzenlemelerin belirtilmesinin ardından tarafımın karar konusundaki değerlendirmesine yer verilerek inceleme tamamlanacaktır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 18.05.2024 tarihinde Editörlüğümüze ulaşmış olup, 30.05.2024 tarihinde birinci hakem, 24.06.2024 tarihinde ise ikinci hakem onayından geçmiştir.

Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**İzmir Barosu Stajyer Avukat, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, gokberkongel@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-3863-2433>.

Anahtar Kelimeler: Vicdani Ret, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zorunlu Askerlik, Vicdan Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

**CAN THERE EVER BE A RESERVE FOR CONSCIENCE: A REVIEW OF
THE RECENT EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION
“KANATLI v. TURKEY”**

(APPLICATION NO: 18382/15, DATE OF DECISION: 12.03.2024)

(Review of Judgment)

ABSTRACT

The right to conscientious objection has been an issue occupying the European Court of Human Rights for more than half a century. Due to the fact that our country has not legally recognized the right to conscientious objection, it has been subject to multiple violation rulings and still has not recognized this right. The decision to be examined within the scope of this study also pertains to this issue; however, unlike other decisions, this time, the service the applicant refused to perform is “reserve” military service. Additionally, the applicant did not refuse military service from the beginning, but rejected it after performing this service multiple times. Although the dispute arose in the Turkish Republic of Northern Cyprus, the decision was rendered against our country in accordance with the established jurisprudence of the ECHR.

The reason for examining this decision is that it differs in certain aspects from previous applications to the court regarding conscientious objection; it is a recent decision, and frankly, in light of the ongoing conflicts in 2024 between Russia-Ukraine and Israel-Palestine, the issue of conscientious objection is being re-examined. Within the scope of the examination; first, the incident underlying the decision will be summarized, followed by determination of the authorities’ resolution methods. After this determination, the legal issue that needs to be resolved will be presented, and in the conclusion section, the current legal regulations in international and national law will be specified, followed by my assessment of the decision to complete the review.

Keywords: Conscientious Objection, European Court of Human Rights, Compulsory Military Service, Freedom of Conscience, European Convention on Human Rights

I. İNCELEME KONUSU KARAR

İncelemeye konu karar¹; Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapılan 18382/15 numaralı başvurunun mahkemece ele alınmasının ardından 12.03.2024 tarihinde verilmiş *Kanatlı / Türkiye* kararıdır. Başvuru; yedek askerlik hizmetinin yerine getirilmesinin vicdani nedenlerle reddedilmesinin karşılığında bir yaptırım olarak mahkumiyete maruz kalınması, vicdani ret hakkının davalı ülkede tanınmıyor olması ve tanınmamasına karşılık zorunlu askerlik hizmetine alternatif teşkil edecek bir imkanın da sunulmuyor olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9.maddesinde düzenlenen “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü” kapsamında ihlale yol açtığı iddiasına dayalı olarak yapılmış ve mahkeme tarafından değerlendirmeye alınmıştır.

II. OLAYIN ÖZETİ

Başvuran 1973 yılında doğmuş olup Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) başkenti olan Lefkoşa'da ikamet etmektedir. Başvuran gibi KKTC vatandaşı olan erkeklerin hepsi, askerlik hizmetini yerine getirmekle yükümlü olup² askerlik çağının başlangıcı olarak 19 yaş esas alınmaktadır. Askerlik çağı azami otuz yıl süre ile sınırlandırılmış olduğundan, çağın bitişi kural olarak 49 yaşına tekabül etmektedir.

KKTC'de askerlik çağı; yoklama, muvazafılık (aktif hizmet) ve ihtiyatlık (yedek hizmet) olarak 3 devreye ayrılmaktadır. Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcı olan 19 yaşına girilmesiyle başlayıp kıtaya katılmasına kadar geçen süreci ifade etmektedir. Askerlik çağına giren kişinin kıtaya katılmasıyla bu devre sona ermektedir ve muvazafılık devresi başlamaktadır.

Muvazafılık devresi ise kişinin eğitim merkezine katılmasından terhisine kadar geçen dönemi ifade etmektedir. Bu noktada belirtmekte yarar vardır ki muvazafılık devresinde yapılan hizmete mükellefiyet hizmeti adı verilmekte ve hizmeti yerine getirmekte olan kişilere de mükellef denilmektedir. Başka bir deyişle mükellefler, zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmekte olan kişilerdir. Mükellefiyet hizmetini tamamlayanlar askerlikten terhis edilmektedir, terhis olan kişilere de mükellefiyet hizmetini tamamladıklarına dair “*Terhis Belgesi*” verilmektedir.

Askerlik çağının üç devresinden sonuncusunu teşkil etmekte olan ve inceleme konusu karar ile de yakından bağlantılı ihtiyatlık devresi ise; muvazafılık devresinin

¹ *Kanatlı / Türkiye Başvurusu*, (<https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-231540>, Erişim Tarihi: 27.03.2024).

² Elbette bu yükümlülükten, sağlık gibi nedenlerle, muaf tutulabilecek kişilerin hakları saklıdır.

bitiminden askerlik çağının sonunun gelişine kadar olan devreyi ifade etmektedir. Yani ihtiyatlığın; yükümlünün terhisinden, askerlik çağının kural olarak sonunu teşkil eden 49 yaşına kadar olan süreci ifade ettiği söylenebilir.

İhtiyatlık devresindeki kişi; 1 yıllık zorunlu askerlik hizmetini tamamlamıştır ancak askerlik çağı sona erene dek belirli kanuni koşullar altında³ barış zamanında dahi askere çağrılabilir. İhtiyati çağırma; bir yıl için azami 30 gün süreyle sınırlandırılmıştır, yükümlüler KKTC uygulamasında genellikle yılda 1 gün ihtiyati hizmet için askeri kışlaya çağrılmaktadırlar. İhtiyati hizmeti yerine getirmek de zorunlu olup, yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde idari para cezası ve buna ek olarak ceza davası açılması sonucunda hapis cezası yaptırımını ile karşılaşma riski mevcuttur.

KKTC'deki askerlik sistemiyle alakalı giriş mahiyetindeki bu bilgilerden sonra başvuranın askerlik durumunun açıklanması gereklidir. Başvuran; 1 yıllık zorunlu askerlik hizmetini (muvazafalık devresi) Kıbrıs Türk Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığında, 20 Aralık 2005 tarihinde tamamlamıştır. Yoklama ve muvazafalık devrelerini bu şekilde tamamlayıp ihtiyatlık statüsüne geçen başvuran daha sonrasında kanuni düzenlemelere uygun olarak, her yıl ihtiyati hizmetini yerine getirmek üzere askeri kışlaya çağrılmıştır. Çağrı, yukarıda belirtilmiş KKTC uygulamasına paralel olarak 1 günlük hizmeti ihtiva edecek şekilde yapılmıştır. Başvuran ihtiyati hizmetlerini Dikmen Lojistik Destek Komutanlığında ve sırasıyla; 1 Kasım 2006, 31 Ekim 2007 ve 5 Kasım 2008 tarihlerinde yerine getirmiştir.

4 Kasım 2009'da ihtiyati hizmet için tekrar aynı Komutanlık'a çağrılmışsa da bu sefer çağrıyı reddetmiştir. Çünkü başvuran 2008 yılında Avrupa Vicdani Ret Bürosunun (EBCO⁴) Kıbrıs temsilcisi olmuş, 2009 yılında da EBCO'nun yönetim kuruluna seçilmiştir. EBCO; ulusal çaplı vicdani retçi toplulukları tek bir Avrupa çatısı altında toplamak ve desteklemek amacıyla 1979 yılında kurulmuş federasyondur.

Olay tarihinde yürürlükteki mevzuat uyarınca; barış zamanında ihtiyati hizmet çağrısını reddedenlere, güncel asgari ücretin çeyreği tutarında (olay tarihi için 140 Euro) para cezası kesilmektedir. Anılan para cezası başvurana da kesilmiş fakat o ödemeyi reddetmiştir. 26 Nisan 2011'de askeri savcılık tarafından başvuran aleyhine, askeri

³ İlgili kanuni koşullar; çalışmanın devamında "V" numaralı kısımda, "A" bölümünde, "*Mevcut Hukuki Düzenlemeler*" başlığı altında detaylı olarak inceleneceğinden, gelinen noktada yalnızca uygulamanın kanuni dayanağının mevcut olduğundan bahsedilmekle yetinilmiş ve düzenlemelerin esasına girilmemiştir.

⁴ **EBCO**: European Bureau for Conscientious Objection ile alakalı detaylı bilgi için bkz. (<https://ebco-beoc.org>, Erişim Tarihi: 16.05.2024).

hizmet çağrısına uymayı reddederek Seferberlik Yasası'nın⁵ 7, 9 ve 11.maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle, Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesine cezalandırma talebiyle başvurulmuştur.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜMÜ

A. İÇ HUKUK BAKIMINDAN

1. KKTC Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi

Başvuran; anılan ceza davası kapsamında ilk kez 24 Kasım 2011 tarihinde mahkeme önüne çıkmıştır. Hakim tarafından gerçekleştirilen sorgusunda; EBCO'nun yönetim kurulu üyesi olduğunu ve Lefkoşa'nın askersizleştirilmesi (demilitarizasyon) kampanyasındaki gösteri yürüyüşleri gibi Kıbrıs'ın iki tarafı arasındaki anlaşmazlıklara barışçıl çözüm arayan birçok faaliyette aktif yer aldığını, askerlik karşıtı ve barışçıl inançları nedeniyle de ihtiyati hizmeti bilinçli olarak yerine getirmek istemediğini belirterek vicdani ret hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, askerlik hizmetini vicdani nedenlerle reddetmiş olduğunu ifade ederek bu hizmetin yerine alternatif bir sivil hizmeti yerine getirmeye daima hazır olduğunu belirtmiştir. Son olarak da askerlik hizmetinin zorunlu olmadığını iddia etmiş, askerlik yerine geçebilecek alternatif sivil hizmetin yasal olarak öngörülmemiş olmasının AİHS ile uyumlu olmadığını öne sürerek ilgili Seferberlik Yasası'nın Anayasaya uygunluğunun Yüksek Mahkeme tarafından incelenmesini talep etmiştir.

Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi bu talebi değerlendirmiş ve 8 Aralık 2011'de Anayasaya uygunluk sorununun, Anayasa Mahkemesi olarak hareket eden Yüksek Mahkeme tarafından çözümlenmesi gerektiği sonucuna vararak, Yüksek Mahkeme'den gelecek karara kadar davanın askıya alınmasına karar vermiştir.

2. KKTC Yüksek Mahkemesi (Anayasa Mahkemesi Olarak⁶)

Yüksek Mahkeme; dosyanın kendisine intikal etmesi üzerine gerçekleştirmiş olduğu incelemede her şeyden evvel, vicdani ret ile alakalı daha önce incelemesini gerçekleştirdiği başvurularda vermiş olduğu kararları özetlemiştir. Özellikle de zorunlu

⁵ 17/1980 sayılı KKTC Seferberlik Yasası'nın tam metni için bkz. (<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/17-1980.doc>, Erişim Tarihi: 27.03.2024).

⁶ KKTC Anayasası m.143/2 uyarınca KKTC Yüksek Mahkemesi; Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan, Yargıtay ve Yüksek İdare Mahkemesi görevlerini yerine getirir. Başka bir deyişle KKTC Yüksek Mahkemesi'nin incelemesini gerçekleştirirken sahip olacağı sıfat somut olaydaki yargılama evresine göre değişiklik gösterebilmektedir. İncelenen başvuruda Yüksek Mahkeme'nin görevini Anayasa Mahkemesi sıfatıyla yerine getirmesi ise KKTC Anayasası m.148 uyarınca olmuştur.

askerlik hizmetinin öngörölmüş olduğu 59/2000 sayılı Askerlik Yasası'nda⁷ vicdani retçilere yönelik, askerlik hizmetine alternatif teşkil edecek herhangi bir sivil hizmetin yerine getirilmesi imkanının öngörölmemiş olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme anılan durumun; Anayasa ile çatışmakta/çelişmekte olan bir norm sorunu olarak değil hukuki düzenleme yokluğu olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu duruma dayanarak da başvuran tarafından Anayasaya aykırı oldukları iddia edilen yasal düzenlemelerin, Anayasaya herhangi bir aykırılık içermediği sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme; vatan hizmetinin Anayasa'da öngörölen bir görev olduğunu ve askeri seferberliğin de vatan hizmetinin bir uzantısı olduğunu, inançları askerlik hizmeti ile çelişen kişileri bu hizmetten muaf tutan bir kuralın mevcut olmadığını belirtmiştir. 59/2000 sayılı Askerlik Yasası'nın zorunlu askerlik hizmetini düzenleyen 4.maddesi ve 17/1980 sayılı Seferberlik Yasası'nın askeri seferberlikle ilgili 7.maddesinin; Anayasa'nın 74.maddesinde öngörölen vatan hizmetini düzenleme altına alan özel nitelikli normlar olduğunu da eklemiştir. Ayrıca bu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığını; AİHM'e göre de sorunlu olanın düzenlemeler değil askeri hizmeti vicdani nedenlerle reddeden kişilere yönelik muafiyet öngören bir düzenleme olmaması olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme son olarak; yürürlükteki mevzuat uyarınca askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden kişilerin alternatif bir sivil hizmet yapamayacaklarını, kaldı ki yükümlülere askerlik hizmeti yerine alternatif bir hizmeti yerine getirme imkanı tanıyıp tanımamanın, ulusal yasama organının takdirine bırakılmış bir durum olduğunun da gözden kaçırılmaması gerektiğini belirtmiştir.

3. KKTC Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi (Askıya Almanın Ardından Devam Eden Yargılama)

Yüksek Mahkeme'nin, Anayasaya aykırılık olmadığı yönünde vermiş olduğu kararın ardından yargılamaya devam edilmiş ve 26 Kasım 2013 tarihinde icra edilen duruşmada başvuran suçunu kabul ettiğini beyan etmiştir. 21 Ocak 2014'de yeni bir duruşma düzenlenmiş ve başvuran önceki duruşmadan farklı olarak bu kez suçlamayı kabul etmediğini belirtmiştir.

Başvuran anılan duruşmada; 2006 yılından 2007'e kadar üç kez ihtiyati hizmet çağrısına yanıt vermiş olduğunu, aynı şekilde 5 Kasım 2008'de ihtiyati hizmeti yerine getirdiğini ve 2008 yılına kadar bu hizmeti toplumsal bir etkinlik olarak gördüğünden askerlik hizmetinin vicdani inancıyla çelişmediğini, 15 Mayıs 2008'de EBCO'nun KKTC

⁷ 59/2000 sayılı KKTC Askerlik Yasası'nın tam metni için bkz.(<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/59-2000.doc>, Erişim Tarihi: 27.03.2024).

faaliyetlerinde aktif olarak rol almaya başlamasından ve 15 Mayıs 2009'da da EBCO yönetim kuruluna seçilmesinden itibaren ise artık vicdani retçi olarak faaliyet gösterdiğini, 2009'da kendisine yapılan ihtiyati hizmet çağrısını da vicdani retçi olarak faaliyet gösterdiği bir zamanda bu tarz bir hizmetin inançlarıyla çelişeceğini düşündüğünden reddettiğini belirtmiştir.

Duruşma esnasında savcının, askerlik hizmetinin meşru savunma teşkil ettiğini söylemesi üzerine de başvuran; Kıbrıs sorununun silahla çözülemeyeceğini, savaşın insanlığın kaynaklarını tükettiğini ve barışçıl bir çözümün teşvik edilmesi için faaliyetlerde bulunduğunu söyleyerek cevap vermiştir. Ayrıca "*Kimsenin katılmadığı bir savaş hayal edin!*" şeklindeki deyişi alıntılanmış ve vicdani retçilerin tam olarak böyle bir dünya için mücadele ettiğini belirterek Güney Kıbrıs'taki vicdani retçi sayısının da giderek artmakta olduğunu ifade etmiştir.

4 Şubat 2014'te savcı dosya kapsamında esas hakkındaki mütalaasını bildirmiş, başvuranın avukatı da mütalaaya yönelik son savunmasını yapmıştır. Başvuran; ileri sürdüğü argümanlarını tekrarlamış ve yedek hizmet yapmaya çağrılmaması gerektiğini, ayrıca alternatif bir sivil hizmeti yerine getirmeye hazır olduğunu söylemiştir. Savcı ise başvuranın beyanları dikkate alındığında, askerlik hizmetine karşı muhalefetinin ciddi ve aşılabilir bir çatışmadan kaynaklanmakta olduğunu kanıtlayamadığından mahkeme içtihatları da göz önünde bulundurulduğunda vicdani retçi olduğunu kanıtlayamadığı için yükümlülüğünü yerine getiremediğini belirtmiş, başvuranın askerlik hizmetini ve birden çok ihtiyati hizmetini halihazırda yerine getirmiş oluşuna da ayrıca dikkat çekmiştir.

Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi 25 Şubat 2014 tarihinde verdiği kararda; başvurana Seferberlik Yasası'nın 11.maddesi uyarınca 500 Türk Lirası (167 Euro) para cezası vererek, para cezasının ödenmemesi durumunda 10 günlük hapis cezasına dönüştürülebileceğini belirtmiştir. Anılan kararının gerekçesinde; önce vicdani retçiler için alternatif bir sivil hizmette çalışma olanağı tanıyan yasal bir düzenlemenin olmadığını belirtmesine rağmen sonrasında başvuranın vicdani retçi statüsünün tanınabilir olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede; başvuranın daha öncesinde askerlik hizmetine karşı muhalefetini yetkililere bildirmediği ve üç kez ihtiyati hizmete iştirak etmiş olmasının da bu hizmetin toplumsal değere sahip olduğunu düşündüğü anlamına geleceği, ayrıca başvuranın ihtiyati hizmeti yerine getirdiği sırada silahlı eğitim almamış olduğu belirtilmiştir. Başvuranın yargılamadaki tüm beyanları birlikte değerlendirildiğinde de ihtiyati hizmet yapma yükümlülüğü ile vicdani veya derin ve samimi inançları arasında ciddi ve aşılabilir bir çatışmanın mevcudiyetine işaret olunmadığı, aksine başvuranın tüm argümanlarının siyasi motivasyona ve Kıbrıs'ın iki

tarafında vicdani retçi olanların sayısının artmasının savaşı önleyebileceği umuduna dayandığı saptanmıştır. Mahkeme başvuranın “*vicdani ret*” terimine yüklediği anlamla; vicdani retçi olarak nitelendirilemeyeceğine, başvuranın gerçek bir vicdani retçi olmadığına karar vermiştir.

Başvuran, ilk derece mahkemesinin verdiği bu karara karşı 26 Şubat 2014’te temyiz başvurusunda bulunmuştur.

4. KKTC Yüksek Mahkemesi (Yargıtay Olarak⁸)

Temyiz incelemesi sonucunda 9 Ekim 2014’de başvurunun reddine karar verilmiş ve bu şekilde mahkumiyet hükmü kesinleşmiştir. Temyiz başvurusunun reddi gerekçesinde; vatan hizmetinin Anayasa m.74 ile her vatandaşa getirilen bir yükümlülük olduğu ve vatan hizmetinin Askerlik, Seferberlik Yasası ile düzenleme altına alındığı ancak bu yasaların hiçbirinin vicdani retçiler için alternatif bir hizmet imkanı öngörmemiş olduğu belirtilmiştir, böyle bir imkanın öngörüldüğü yasal bir düzenleme olmadığından da vicdani retçinin ihtiyati hizmeti yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Temyiz mercinin kararındaki en dikkat çekici nokta ise; ilk derece mahkemesinin, yasal bir düzenlemenin yokluğuna rağmen başvuranın vicdani retçi olup olmadığını değerlendirmesinin hatalı bulunmuş olmasıdır. Temyiz merci; her ne kadar başvuran tarafından vicdani retçi olduğuna dair çeşitli argümanlar sunulmuşsa da vicdani retle alakalı yasal bir düzenleme olmadığından ilk derece mahkemesinin bunları dikkate alamayacağını ve değerlendirme yapmasının olanaksız olduğunu belirtmiştir.

Temyiz mercine göre; ilk derece mahkemesinin, başvuranın vicdani ret nedeniyle beraat etmemesine karar vermesi isabetliyen yasal bir düzenleme yokluğuna rağmen vicdani retçiliğin gerçekliği bakımından yapılan değerlendirme yerinde olmamıştır.

Kesinleşen hüküm sonrasında 500 TL para cezasını ödemeyi reddeden başvuran, ödemediği para cezasından dolayı 10 günlük hapis cezasını çekmiştir. 27 Ekim 2010 ve 26 Ekim 2011 tarihlerinde çağrıldığı ihtiyati hizmetlere de katılmayı reddetmiştir. Bu nedenle başvuran hakkında Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi’nde iki ek dava açılmıştır.⁹

⁸ Yüksek Mahkeme’nin, incelenen başvuruda Yargıtay sıfatıyla hareket etmesi ise KKTC Anayasası m.151 uyarınca olmuştur. Ayrıca KKTC’deki yargılama sistemi, Türk hukuk düzeninden farklı olarak üç değil iki derecelidir ve Yargıtay olarak hareket eden Yüksek Mahkeme’nin vereceği kararla olağan yargı yolları tüketilmiş olmakta ve karar kesinleşmektedir. Başka bir deyişle istinaf kanun yolu öngörülmemiştir.

⁹ Anılan davaların, incelenen kararlar herhangi bir bağlantısı olmadığından bu davalar hakkındaki sürecin devamıyla ilgili bilgi verilmemiş olup yalnızca mevcudiyetlerinden bahsedilmekle yetinilmiştir.

B. ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

a. Genel Olarak

Başvuran; vicdani retçi olarak askerlik hizmeti yapmayı reddetmesi nedeniyle aldığı cezanın ve vicdani ret hakkının ülkesinde tanınmıyor oluşunun, AİHS'in 9.maddesinde düzenlenen “*Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü*” nü ihlal etmekte olduğunu düşündüğünden AİHM'e sözleşmeye aykırılık iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

AİHM her şeyden evvel başvuranın iddia ettiği olayların sözleşmenin taraflarından Türkiye Cumhuriyeti'nin yargı yetkisi kapsamında olduğunu ve bu nedenle de başvurunun Türkiye'yi ilgilendirmekte olduğunu tespit etmiştir. Kaldı ki yargı yetkisine ilişkin tarafların da bir itirazı mevcut değildir. Bu saptamanın ardından başvurunun kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesine geçilmiştir.

b. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

ba. Kişi Bakımından Kabul Edilebilirlik (Ratio Persoane)

Kabul edilebilirlik incelemesinde öncelikle kişi bakımından kabul edilebilirlik değerlendirilmiştir.

Davalı hükümet tarafından; başvuranın vicdani retçi olduğunu kanıtlayamamış olması nedeniyle ihlal iddiasının kendisi adına değil de vicdani retçiler topluluğu adına yapılmış olduğu, ayrıca başvuranın 2013 yılında 40 yaşına girdiği ve artık yedek hizmet yapma zorunluluğunun bulunmadığı ileri sürülerek başvurunun kabul edilemez olduğu, savunması yapılmıştır. Anılan savunmayı değerlendiren mahkeme; başvuranın ihtiyati hizmeti reddetmesinin ardından ceza davasıyla karşı karşıya kaldığını ve bu davanın para cezasıyla sonuçlandığını, para cezasını ödemeyi reddeden başvuranın 10 gün hapis cezasına çarptırıldığını ve cezasını çektiğini belirterek başvuranın sözleşmeye aykırılık iddiasının mağduru olabileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla davalı hükümetin kişi yönünden kabul edilmezlik yolundaki savunması mahkeme tarafından kabul görmemiştir.

bb. Konu Yönünden Kabul Edilebilirlik (Ratione Materiae) / AİHS m.9'un Uygulanabilirliği

Kabul edilebilirlik incelemesinin ikinci aşamasında; sözleşmenin 9.maddesinin, ilgili başvuruda uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Mahkeme öncelikle; bir kişinin askerlik hizmetine karşı çıkışının, kişinin askeri hizmete katılma zorunluluğu ile kişinin vicdani veya samimi inançları arasında ciddi ve aşılabilir bir çatışma tarafından motive edildiği durumlarda, 9.maddenin sağladığı korumadan yararlanabilme bakımından mahkeme nezdinde yeterli bir inancın oluşabileceğini söylemiştir. Tabii ki 9.maddenin de kapsam ve sınırları olduğu belirtilmiş ve vicdani ret talebinin inandırıcılığı bakımından belirli bir ispat seviyesine ulaşamadığı takdirde yerel mahkeme tarafından verilecek ret kararının 9.maddeye aykırı sayılmadığı mahkeme içtihatlarının da mevcut olduğu ifade edilmiştir.

İlgili davada başvuran barışçıl bir felsefeyi benimsemesi sebebiyle vicdani retçi olduğunu iddia etmektedir. Davalı hükümetin savunmasına göre ise; başvuran, askerlik hizmetine vicdani nedenlerden dolayı değil yalnızca vicdani ret aktivizmine olan sempatisi ve EBCO üyeliğinin sonucu olarak karşı çıkmaktadır. Hükümete göre; başvuranın, vicdani red gerekçesi olarak kullandığı “*Kıbrıs sorununa barışçıl çözüm*” gibi kavramlar ütöpiktir ve sözleşmenin 9.maddesinin sağladığı koruma bu tarz kavramları kapsamamaktadır. Mahkeme ise bu savunmaya karşılık verdiği cevabında; somut olayda başvuranın yerel mahkeme önündeki beyanlarında, barış yanlısı ve anti-militarist bir felsefeyi benimsediğini dile getirmiş olduğuna dikkat çekerek barışçıl bir felsefenin de sözleşmenin 9.maddesi kapsamında korunacak bir “*inanç*” olarak kabul edilebileceğini söylemiştir.

Hükümet; başvuranın, 2005 yılında zorunlu askerlik hizmetini tamamlamasından sonra iki kez daha ihtiyati hizmeti yerine getirmesinin ardından vicdani retçi olduğunu ilan ettiğini söylemektedir. Dahası, hükümete göre başvuran 15 Mayıs 2008’de vicdani retçi olduğunu söylemiş olmasına rağmen 5 Kasım 2008 tarihindeki ihtiyati hizmetini tamamlamıştır. Hükümete göre tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde ilk derece mahkemesinin; başvuranın ihtiyati hizmeti yerine getirmeyi reddediyor oluşunun, askerlik yükümlülüğüyle ciddi ve aşılabilir bir şekilde çatışan samimi inançlarından kaynaklanmadığı sonucuna ulaşmasına yol açmıştır.

Başvuruyu incelemekte olan AİHM; hükümetin fiili gerçekliklerle ilgili öne sürmüş olduğu argümanların aksini düşünmüyor olduğunu belirtmişse de ilk derece mahkemesinin vicdani retçilik iddiasının kanıtlanmadığı yönündeki kararının temyiz

merci tarafından kabul görmediğini hatırlatmaktadır. Temyiz merci hatırlanacağı üzere; başvuranın askerlik hizmetinden muafiyet talep edebileceği bir imkanın mevcut olmadığını, bu nedenle de ilk derece mahkemesinin başvuranın vicdani retçi olup olmadığını karar vermesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme de başvuranın iddiasının temelinde bu sorunun yatmakta olduğunu saptamış; yürürlükteki mevzuat açısından, başvuranın askerlik hizmetinden muafiyet talebinde bulunma olanağının olmadığını ve vicdani ret talebi reddedildiği takdirde cezai kovuşturmayaya maruz kalacağını ifade etmiştir.

Mahkeme; başvuranın yargılama sürecindeki beyanları, katılım sağlamış olduğu aktivist faaliyetler ve karşılaştığı yaptırımlara rağmen askerlik hizmetini reddetme yönündeki ısrarı göz önünde bulundurulduğunda, vicdani ret iddiasının yeterli kuvvet, ciddiyet ve öneme ulaşan bir inançla motive edildiğini düşünmeye hazır olduğunu belirtmiş ve böyle bir durumun da AİHS m.9 güvencelerinin uygulanmasına dayanak oluşturabileceğini düşündüğünü belirtmiştir.

Mahkeme bu başvuruyu incelerken; hükümetin ihtiyati askerlik hizmetinin 1 gün sürmekte olduğu ve herhangi bir askeri faaliyeti ihtiva etmediği yolundaki savunmasını da göz önünde bulundurduğundan, zorunlu askerlik kapsamında incelediği vicdani ret başvurularıyla ihtiyati hizmetten kaynaklanan bu başvurunun doğasının farklı bir yaklaşım gerektirebileceğini de belirtmiştir. Mahkeme her ne kadar farklı bir yaklaşımı benimsemiş olsa da yürürlükteki KKTC mevzuatı uyarınca ihtiyati hizmetin, zorunlu askerlik hizmetinin bir parçası olduğunu saptamıştır, ayrıca KKTC Yüksek Mahkemesi'nin 10 Ekim 2013 tarihli kararında, askeri seferberliğin askeri hizmetin bir uzantısı olarak nitelenmiş oluşuna dikkat çekmiştir. Bu nedenlerle de hükümetin konu bakımından kabul edilmezlik iddiasını reddederek, başvuranın sözleşmenin 9.maddesi çerçevesinde dile getirdiği iddiasının açıkça dayanaksız olmayıp kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

c. Esas Bakımından Değerlendirme

ca. Hükümetin Argümanları

Davalı hükümet esasa yönelik savunmalarında; KKTC mevzuatında vicdani ret hakkının tanınmadığını, başvuranın ihlal edildiğini öne sürdüğü "*Vicdan Özgürlüğü*" ne yönelik gerçekleştirilen müdahalenin Askerlik ve Seferberlik Yasaları ile düzenleme altında oluşuyla yasal olduğunu ve kamu güvenliği ile düzenini sağlama amaçlarına yönelik olmasıyla meşru olduğunu, böyle bir müdahalenin demokratik bir toplum olan Kıbrıs'ta tam bir silahsızlanmaya halen ulaşamadığından ulusal savunma için gerekli

olduğunu belirtmiştir. Hükümete göre 40 yaşına kadar yedek hizmet zorunluluğu, 1 yıllık zorunlu askerlik hizmetini vicdani ret olmadan yerine getirmiş olmanın doğal bir sonucudur. Son olarak da; başvuran yedek hizmet çağrısına uyarak para cezasına çarptırılmama ya da en azından cezayı ödeyerek hapse girmeme gibi bir imkana sahipken bundan yararlanmamıştır, hal böyleyken işlenen suç ile verilen cezanın orantısız olduğu iddia edilemez.

cb. Başvuranın Argümanları

Başvuran ise, hükümet tarafından gerçekleştirilen müdahalenin yasal olduğunu inkar etmemektedir. Ancak başvurana göre; gerçekleştirilen yasal müdahale meşru bir amaca yönelik değildir, hükümetin bu müdahaleyi güvenlik ve kamu düzenini koruma amacıyla yaptığı yönündeki tezi dayanaksızdır. Başvuran birkaç vicdani retçinin zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmasının güvenlik veya kamu düzeni üzerinde herhangi bir olumsuz etkiye sahip olmayacağını düşündüğünü ifade etmiştir. Kıbrıs Cumhuriyeti'nde vicdani ret hakkının tanındığını da belirtmesinin ardından KKTC hükümetinin 2018 yılında zorunlu askerlik hizmetine alternatif sivil hizmet imkanının öngörüldüğü bir yasa tasarısını¹⁰ hazırladığını hatırlatmıştır. Son olarak da ceza almama ya da para cezasını ödemek suretiyle hapse girmeme imkanına sahip olduğuna yönelik hükümet tarafından ileri sürülen iddiaya da, böyle bir para cezasını sırf hapse girmemek amacıyla ödemesinin askerlik hizmetine karşı çıkmasıyla çelişeceğini düşündüğünden ödemediğini belirterek yanıt vermiştir.

cc. Mahkemenin Nihai Değerlendirmesi

Mahkeme öncelikle, başvuranın salt devletin bir eylemini şikayet etmekten ziyade vicdani ret hakkının uygulamaya konulmamasından şikayetçi olduğunu gözlemlemiştir. Ayrıca davalı devleti, vicdani retçi olduğunu ileri süren kişinin böyle bir haktan yararlanıp yararlanamayacağını belirlebilmesini sağlayacak bir prosedür dahi getirmediği için eleştirmiştir.

Mahkeme; olası vicdani retçilere yönelik zorunlu askerlik hizmetine alternatif olabilecek bir hizmetin öngörülmemiş olduğunun ulusal yargı mercileri tarafından da kabul edilmiş oluşuna dikkat çekmiştir, somut olayda başvuranın mahkumiyetle karşı karşıya kalmasının nedeni de mahkemeye göre bu eksikliklerdir. Başvurunun konusu her ne kadar zorunlu askerlik hizmeti olmayıp yılda azami 30 gün sürebilecek yedek hizmet olsa da sonuç olarak ihtiyati hizmet de askeri kışlada, ordu subaylarının otoritesi ve denetimi

¹⁰ AİHM, gerçekleştirmiş olduğu incelemede böyle bir tasarıya rastlamadığını belirtmiştir.

altında gerçekleştirilen askeri hizmetin bir uzantısı niteliğindedir. “Uzantı” olma niteliği ulusal yargı mercileri tarafından da kabul edildiği gibi hükümet de bu hizmetin hiyerarşik veya kurumsal bakımdan ordudan farklı olduğunu iddia etmemiştir.

Mahkeme son olarak daha önce incelediği benzer başvurularda vermiş olduğu kararlarla oluşan yerleşik içtihadının; askerlik hizmeti yerine geçebilecek alternatif bir hizmet öngörmeyip kişinin vicdani ret hakkından yararlanıp yararlanamayacağının belirlenmesine dahi olanak tanımayan erişilebilir ve etkili bir prosedürden yoksun bir sistemin, toplumun genel çıkarları ile vicdani retçilerin çıkarları arasında adil bir denge sağlamayacağından kabul edilemeyeceğine yönelik olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkemenin yerleşik içtihadından dönmesi genellikle başvuru özelinde davalı hükümet tarafından ileri sürülen ikna edici sebeplerin mevcudiyeti halinde söz konusu olmaktadır, mahkeme somut başvuruda yerleşik içtihadattan dönülmesini gerektirecek bir iddia ileri sürülmediği kanaatine ulaşmıştır.

Tüm bu anılan nedenlerle de başvuranın AİHS m.9’da düzenlenen haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELE

Somut olayda çözümlenmesi gereken hukuki mesele; belirli bir yaşa kadar yükümlülük olarak öngörülmüş yedek askerlik hizmetini, yerine getirmeyi vicdani nedenlerle reddetmesi olası kişilere karşı muafiyet tanıyacak yasal bir mekanizmanın Devlet tarafından oluşturulmamış olmasının, AİHS m.9 da düzenlenen “*Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*” nü ihlal edip etmeyeceğidir.

V. SONUÇ

A. KONUYA İLİŞKİN MEVCUT HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. Uluslararası Belgeler

En baştan belirtmek gereklidir ki “*vicdani ret*” hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹¹’nde münhasıran düzenleme altına alınmış bir hak olmamasına¹² rağmen 1967 yılından başlayarak Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin çeşitli

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin tam metni için bkz. (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur, Erişim Tarihi : 29.03.2024).

¹² EREN, Abdurrahman: Türk Hukukunda Vicdani Red, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.61, S.3, s.112.

kararlarında¹³ tanınmış ve yine Avrupa Parlamentosu'nun çeşitli kararlarında kendisine yer bularak “*üye devletlerin bu hakkı kendi hukuk sistemlerindeki temel haklar arasına eklemesi*” önerisine konu olmuş mahiyette bir haktır. Avrupa kapsamı haricinde; Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde de İnsan Hakları Komisyonu'nun birden çok ilke kararında vicdani ret hakkından bahsedilmiş, Türkiye'nin de tarafı olduğu Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi¹⁴'nde bu hakka atıf yapılmıştır.

AİHS'de doğrudan ve münhasıran bu hakka yönelik bir düzenleme olmadığı belirtilmişse de sözleşmenin zorla çalıştırma yasağını düzenleme altına alan 4.maddesinin 3.fıkrasında, zorla çalıştırma yasağından sayılmayacak haller düzenlenirken “*b*” bendinde : *askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdani reddin meşru sayıldığı ülkelerde vicdani reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmetten* bahsedilmek suretiyle vicdani ret hakkına dolaylı yoldan değinilmiştir.¹⁵ Fark edileceği üzere AİHS'de yer alan bu düzenleme, BM bünyesinde akdedilen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin az evvel anılan (bkz. Dipnot no.13) m.8/3 düzenlemesiyle yüksek ölçüde benzerlik göstermektedir.

AİHS m.4 ün lafzından anlaşılan, sözleşmecı devletlerin m.9 uyarınca vicdani ret hakkını tanımak zorunda olmadıklarıdır.¹⁶ Aynı madde askerlik görevi yerine sivil hizmet hakkını güvence altına almadığı gibi taraf devletleri askerlik hizmetini reddetme (vicdani ret) hakkını tanımakla yükümlü de kılmamaktadır.¹⁷ Yani bu maddede de vicdani ret hakkı mutlak şekilde korunma altına alınmamış olup yalnızca devletlere böyle bir hakkı tanıma hususunda opsiyon, tercih hakkı tanınmış olduğu söylenebilir.

Her ne kadar belirtilen düzenlemeler sonrasında vicdani ret hakkının uluslararası bağlamda etkili bir şekilde korunmuyor olduğu düşüncesi akıllara gelebilirse de; AİHM,

¹³ Örneğin “337(1967)” sayılı kararda “*Vicdani kanaat nedeniyle veya derin dini, etik, ahlaki, insani, felsefi veya bu nitelikte herhangi bir inanç nedeniyle silahlı hizmet yapmayı reddeden ve askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü altında olan şahısların, bu hizmetten muaf olmaları için sübjektif bir hakka sahip olmaları gerekmektedir.*” denilmiştir. Yine “1518(2001)” sayılı kararda “*Vicdani ret hakkının sözleşme ile tanınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü temel hakkının bir parçası olduğu*” belirtilmiştir. Anılan meclis kararları için bkz. **Bayatyan/Ermenistan Başvurusu**, Başvuru No: 23459/03, Karar Tarihi: 07.07.2011, p.51-52, (<https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-116450>, Erişim Tarihi 29.03.2024).

¹⁴ Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin tam metni için bkz. (<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>), Erişim Tarihi: 27.03.2024, “ m.8/3: (a) Hiç kimseden zorla ya da zorunlu olarak çalışması istenemez. (c) Bu fıkra açısından ‘zorla’ ya da ‘zorunlu çalışma’ terimi : (ii) Askeri nitelikteki herhangi bir hizmeti ve bu hizmete katılmayı vicdani bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmeti kapsamaz. ”.

¹⁵ **DEMİR, Hande Seher**: Vicdani Ret Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/4, Temmuz 2011, s.266.

¹⁶ **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, Rifat Murat**: İnsan Hakları El Kitabı, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.437.

¹⁷ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, s.191.

içtihatları aracılığıyla vicdani ret hakkını etkin bir şekilde korumaya gayret göstermektedir. AİHM'in kendine özgü yorum yöntemi olan Dinamik (Evrimci) yorum yöntemi uyarınca mahkeme, önüne gelen başvuruları incelerken sözleşmenin lafzına sıkı sıkıya bir bağlılıktan veya sözleşmeyi sadece metnin hazırlandığı günün şartlarına göre yorumlamaktan ziyade sözleşme hükümlerini güncel şartlar ve toplumsal özelliklere göre yorumlamaktadır. AİHM'e göre, sözleşme yaşayan bir belgedir dolayısıyla mahkeme içtihatları da sabit ve durağan olmayıp zamanla değişiklik gösterebilmektedir.¹⁸ İlerleyen kısımda detaylıca yer vereceğimiz, mahkemenin vicdani ret konusundaki içtihadı da yapılan açıklamalara paralel bir gelişim göstermiştir. Dahası, bu gelişimin sona ermeyip devam etmekte olduğu da inceleme konusu yapılan *Kanatlı/Türkiye* kararı ile adeta tescillenmiştir.

2. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukuku

Başvuru konusu olay KKTC mevzuatından kaynaklanmakta olduğundan bu başlık altında ilgili ülke mevzuatındaki düzenlemelere yer verilecektir. Ancak netleştirmek gerekir ki KKTC yalnızca Türkiye nezdinde bağımsız bir devlet olarak tanınmaktadır ve AİHS'e de taraf değildir. İnsan hakları da evrensel çapta korunması gerekli değerler olduklarından AİHM; KKTC'nin olası insan hakkı ihlallerine karşı, adada 1974'den beri asker bulundurmak suretiyle ulusal sınırlarının ötesinde ve etkin siyasal güç kullanan, AİHS tarafı ülke Türkiye'yi sorumlu tutmaktadır. Türkiye'nin KKTC ihlallerinden sorumlu olması yalnızca *de facto* (fiili) egemenlik kaynaklı olmayıp aynı zamanda buradaki ihlalden Türkiye sorumlu tutulmadığı takdirde, ihlal sorumluluğu bakımından bir boşluğun ortaya çıkabileceği endişesi kaynaklıdır.¹⁹

AİHS'in 9.maddesinde düzenleme altına alınan *Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü*'nün Kıbrıs Anayasası'ndaki²⁰ yansıması m.23/1'de "*Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahiptir.*" şeklindeki düzenlemede görülebilir. Anılan madde 3 fıkradan oluşmakta ise de çalışma konusunu ilgilendirmekte olan vicdan

¹⁸ **GÜL, Yunus Emre:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri, Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C.18, S. 36, Ekim 2018, s.231.

¹⁹ **DEREBOYLULAR, Özde/ ARMAN, Perçem:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs ile İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 31, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 322-323.

²⁰ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'nın tam metni için bkz. (<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/anayasa.doc>, Erişim Tarihi : 29.03.2024).

özgürlüğüne yalnızca ilk fıkrada açık olarak değinilmiş, diğer iki fıkrada²¹ ise bundan ziyade dini inanç ve kanaat özgürlüğüne yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

KKTC Anayasası'nın incelenme konusu kararı doğrudan ilgilendirmekte olan diğer bir hükmü de “*Yurt Ödevi*” başlıklı 74.maddesidir. Bu maddede; *silahlı kuvvetlerde yurt ödevinin, her yurttaşın hakkı ve kutsal ödevi olduğu ve yurt ödevine ilişkin kuralların yasa ile düzenleneceği* belirtilmiştir.

Anayasa'da öngörülen yurt ödevine dair esas kuralları düzenleyen temel yasa, *59/2000 sayılı Askerlik Yasasıdır*. Anılan yasanın 4.maddesinin ilk cümlesinde *KKTC yurttaşı olan her kişinin bu yasa gereğince askerlik ödevini yapmakla yükümlü olduğu* belirtilmektedir. Aynı maddenin devam cümlelerinde ise olağanüstü durumlarda kadın yurttaşların da askere çağrılabilmesi belirtilmiş olup buradan çıkarılabilecek bir sonuç KKTC'de kadın yurttaşların olağanüstü durumlar haricinde askerlik hizmetiyle yükümlü olmadıklarıdır. Kadın yurttaşlar bakımından “zorunlu askerlik hizmeti” söz konusu olmadığından, vicdani ret hakkının tanınması hususunun onlar açısından pratik bir fayda sağlamayacağı söylenebilir.²²

Askerlik çağının başlangıcı 18.maddede, 19 yaş esas alınarak belirlenmiştir. Askerlik çağının en çok otuz yıl süreceği de aynı maddede belirtilmiştir. Yani askerlik çağı 19 yaşında başlamaktayken azami olarak 49 yaşına kadar sürebilecektir. 49 yaşından sonra yurt ödevi ile yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.

20.maddede askerlik çağının devreleri; yoklama, muvazzaflık ve ihtiyatlık olarak üçe ayrılmıştır. Belirtilmelidir ki; AİHM inceleme konusu başvuruyu incelerken muvazzaflık devresini, aktif hizmet olarak, ihtiyatlık devresini ise yedek (rezerv) hizmet olarak nitelmiştir. Bu nitelmenin; yalnızca uluslararası kavramlar kullanmak suretiyle kolay anlaşılmayı amaçlamaktan kaynaklanıyor olup esasa dair bir farklılıktan kaynaklanmadığı, kararın içeriğiyle de sabit haldedir.

²¹ **MADDE 23-** (2) *Kamu düzenine, genel ahlaka veya bu amaçla çıkarılmış yasalara aykırı olmayan ibadetler, dinsel ayin ve törenler serbesttir. (3) Kimse, ibadete, dinsel ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlarından dolayı kınanamaz.*

²² Pratik faydadan bahsedilmesinin sebebi; kadın yurttaşlar zaten zorunlu hizmetle yükümlü olmadıklarından vicdani ret hakkının tanınması ihtimalinde onlar açısından önceki durumdan farklı bir durum doğmayacağı lakin yurttaşı oldukları ülkenin insan hakları anlayışında ve hukuk devleti olma yolunda olumlu bir gelişme teşkil edeceğidir.

İhtiyatlık devresi 50.maddede düzenleme altına alınmış ve bu devrenin, muvazaflık (aktif hizmet) devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadar olan devreyi ifade ettiği belirtilmiştir.²³

52.maddede ihtiyatlık devresindeki kişilerin, hizmete çağrılmasıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. 1.bentte *ihtiyatların celplerinin Güvenlik Kıvvetleri Komutanlığının teklifi, Başbakanlığın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile yapılacağı; ihtiyatların tamamen veya kısmen, olağanüstü durum veya sefer hallerinde veya asayiş, eğitim, manevra ve tatbikat maksadı ile ihtiyaca göre askere çağrılacakları* belirtilmiştir. Ardından gelen 2.bentte ise *eğitim, manevra ve tatbikat için ihtiyati hizmete çağrılma süresinin yılda azami otuz gün olduğu* belirtilmiştir.

Yurt ödeviyle alakalı kurallar ihtiva eden bir diğer belge de 17/1980 s. Seferberlik Yasasıdır. Anılan yasanın 7.maddesinde *barış zamanında başlanan seferberlik hazırlıklarının; personel, araç, gereç ve hizmet seferberliği şeklinde gerçekleştirileceği, personel seferberliğinin personelin eğitimi dahil, barış zamanında personel seferberliği düzenlemelerine uygun olarak yapılan işlem ve hizmetlerin tamamını içerdiği* belirtilmektedir. *Yurttaşların, personel seferberliği düzenlemelerine uygun olarak kendilerine yükletilecek yoklama, celp ve sevk, eğitim, silah altına alınma mükellefiyetlerini yerine getirmek zorunda oldukları* ifade edilmiştir.

Seferberlik Yasası'nın 9.maddesinde yedek hizmet için yapılacak çağrının usulü, Askerlik Yasası ile paralel olacak şekilde düzenlenmiştir.²⁴ 11.maddede de bu çağrıya uymamanın sonuçları yaptırıma bağlanmıştır :

“Barış zamanında bu yasanın 9.maddesi uyarınca yapılan denetim veya eğitim çağrısına uymayanlar suç işlemiş olurlar ve suçun ilk defa işlenmesi halinde aylık asgari ücretin ¼'i kadar sabit para cezasına, suçta ısrar veya tekrür halinde ise aylık asgari ücretin ½'si kadar sabit para cezasına çarptırılırlar. Para cezalarını tebliğden itibaren 30 gün içerisinde ödeyenler hakkında adli işlem yapılmaz. Sabit para cezasını ödeyenler

²³ Askerlik devreleriyle ilgili detaylı açıklama için bkz. “II. Bölüm”, “Olay Özeti” başlığı.

²⁴ **MADDE 9** – “Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı, Bakanlar Kurulunun onayını alarak, barış zamanında bu Yasanın 7'nci maddesinde belirtilen hususlarla ilgili seferberlik hazırlıklarının uygulamalı olarak denetimi ve/veya manevra ve/veya eğitim amaçları ile bu Yasa uyarınca çıkarılan Seferberlik Tüzüğünde belirtilen esaslar ve usullere göre kendilerine görev ve yükümlülük verilen resmi ve yarı resmi veya özel kuruluşlar ile yurttaşları, tümü ile veya kısım kısım belli zamanlarda denetim ve/veya manevra ve/veya eğitime çağırabilir. Denetim ve/veya manevra ve/veya eğitime çağırma süresi yılda toplam 30 günden fazla olamaz.”.

bu cezaya ek olarak, çağrıya rağmen katılmadığı seferberlik yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Parayı ödemiş olmak ihtiyati hizmetten muafiyet sağlamayacaktır.

Sabit para cezasını tebliğden itibaren 30 gün içerisinde ödemeyenler ve ödemiş olmasına rağmen çağrıya karşılık katılmamış olduğu seferberlik yükümlülüğünü sonradan yerine getirmeyenler suç işlemiş olurlar ve Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesinde yargılanarak bir aylık asgari ücret kadar para cezasına veya bir yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilirler.”

Özetle Seferberlik Yasası'nın 11.maddesi uyarınca; ihtiyati hizmet çağrısına uymayarak para cezasına mahkum edilenler, parayı ödemezler ise veya parayı ödeyip de çağrıya rağmen katılmamış oldukları ihtiyati hizmetlerini yerine getirmezler ise hapis cezası ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

B. KONUYA İLİŞKİN AİHM İÇTİHADİ

1966 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun önüne gelen *Grandrath/Almanya* Başvurusu²⁵ ile başlayan vicdani ret ile alakalı hukuki süreç; komisyona yapılan birden çok başvuruyla devam etmiş, komisyonun varlığının sona erdiği 1998 yılından itibaren de AİHM incelemelerine konu olmaya başlamıştır ve görüldüğü üzere olmaya da devam etmektedir.²⁶ Bu başvuruların birçoğu esaslarında benzerlik teşkil etmekte olsalar da ufak ayrıntılarla birbirlerinden ayrışmaktadırlar. Bahsedilen ayrıntılar “ufak” olmalarına karşılık, olaya farklı bir perspektiften bakmayı gerektirebildiklerinden önem arz etmekte olup AİHM'in bu konudaki içtihadının genişleyerek gelişmesine hizmet etmişlerdir. Tıpkı, başvuruların çoğu zorunlu muvazaflık (aktif hizmet) devresine ilişkin inceleme konusu karardaki başvurunun zorunlu ihtiyati (yedek/rezerv) hizmet devresine yönelik olması ve Kanatlı/Türkiye başvurusunda verilen kararla da mahkemenin vicdani reddi yorumlayışında yedek hizmeti de kapsayacak bir gelişmenin yaşanmış olması gibi...

Grandrath/Almanya başvurusunda konuyu ilk kez inceleyen komisyon; vicdani retçilerin askerlikten muaf olma hakkına sahip olmadıklarını çünkü böyle bir hakkı vatandaşlarına tanıyıp tanımamanın her sözleşmecî devletin takdirine bağlı bir durum olduğunu ve vicdani ret hakkı tanınsa dahi retçilerin ikame kamu hizmetini görmeye

²⁵ Grandrath/ Almanya Başvurusu, Başvuru No: 2299/64, Karar Tarihi: 12.12.1966, (https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/Grandrath__v._Germany_-_Report_of_the_Commission.pdf, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

²⁶ İnsan haklarının korunmasında Komisyon'dan, AİHM'e uzanan süreç için bkz. **SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar**: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1-2, 2009, s.255-258.

mecbur kılınabileceklerini ifade ederek sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Yine 1973 yılında karara bağlanan *G.Z/Avusturya*²⁷ başvurusunda; Komisyon, önceki görüşünü aynen tekrarlayarak sözleşmecî devletlerin bu konuda takdir yetkisine sahip olduklarını ve vicdani ret hakkı tanımının bir yükümlülük olmadığını belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Anılan başvurularda komisyon, vicdani reddi; m.4/3-b, m.9 ve m.14 kapsamında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Komisyona göre; vicdani ret hakkı 9.madde kapsamındadır ancak 4.maddede vicdani ret hakkının tanınması halinde, bunun yerine alternatif bir kamu hizmeti öngörülebileceği açıkça belirtilmiş olduğundan 9.maddenin bu konuda bir muafiyet sağlaması olanaksızdır.²⁸ Başka bir deyişle; komisyona göre, vicdani ret hakkını tanımayan sözleşmecî devletler m.9'un ihlaline sebebiyet vermiş olmayacaklardır.

Özetle; komisyonun vicdani ret konusundaki yaklaşımının oldukça katı olduğu, askerlik hizmetinin daha çok devletlerin egemenlik yetkisini ilgilendiren bir konu olmasından dolayı da bu konuya fazla müdahil olmak istemediği anlaşılmaktadır zira komisyon gerçekleştirmiş olduğu incelemelerin bir tanesinde dahi ihlal sonucuna varmamıştır. Bu noktada itiraf etmek gerekecektir ki içerisinde bulunduğumuz günün koşulları her ne kadar komisyonun kararlarının az evvel belirtilen yönde yorumlanmasına neden olsaydı da komisyon kararlarının verildiği yıllarda; meseleye, günümüz insan hakları perspektifinden yaklaşılmasını beklemek hakkaniyetli olmayacaktır. Çünkü günümüzde; küresel bağlamda, 1 yıl veya aylarla ifade edilebilecek daha kısa süreler içerisinde dahi büyük gelişmeler ve farklılıklar tezahür edebiliyorken, komisyon kararlarının verildiği dönem ve günümüz arasında 50 küsur yıllık bir zaman farkı mevcuttur.

Komisyonun varlığının sona ermesinin ardından, bu konudaki başvuruları incelemeye devam eden mahkemenin ise daha cesur ve özgürlükçü bir yaklaşımla konunun üzerine eğildiği söylenebilir.²⁹ Bu eğilimin daha da net görülebileceği ve vicdani

²⁷ G.Z/ Avusturya Başvurusu, Başvuru No: 5591/72, Karar Tarihi: 02.04.1973, (https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/G.Z.%20v.%20AUTRICHE.pdf, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

²⁸ Komisyonun bu konuda incelediği diğer başvurular için bkz; **X/Almanya**, Başvuru No: 7705/76, Karar Tarihi: 05.07 1977, (https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_7705-76, Erişim Tarihi: 15.04.2024); **N/İsveç**, Başvuru No: 10410/83, Karar Tarihi: 11.10.1984, (https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/N.%20v.%20SWEDEN.pdf, Erişim Tarihi: 15.04.2024); **Peters/Hollanda**, Başvuru No: 22793/93, Karar Tarihi: 30.11.1994, (<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?filename=PETERS+v.+THE+NETHERLANDS.pdf&id=001-2432&library=ECHR&logEvent=False>, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

²⁹ Tabii bu yaklaşımda az evvel belirtildiği üzere aradan geçen yaklaşık 35 yıllık zaman diliminin ve gelineen noktada günün koşullarının meselenin farklı yorumlanmasına yol açtığı etkisi olduğunu söylemek gerekir.

ret konusunda AİHM içtihadı bakımından adeta bir “kilometre taşı”³⁰ teşkil etmekte olan bir karar vardır ki o: *Bayatyan/Ermenistan*³¹ kararıdır. Karışıklığa yol açmamak açısından belirtelim ki mahkeme; *Bayatyan* kararından önce yapmış olduğu 2 incelemede, komisyonun aksine olarak, ihlal sonucuna ulaşmıştır bu yönüyle *Bayatyan* kararı ulaşılan ilk ihlal sonucu değildir.

Bayatyan kararının önemi de ihlal sonucuna ulaşılmışından ziyade ilk kez bu karar aracılığıyla vicdani ret hakkının, vicdan özgürlüğü (m.9) kapsamında ihlal edildiğine karar verilmiş olmasıdır. *Bayatyan*’dan önceki ihlal kararlarının, aşağıda da açıklanacağı üzere, biri kötü muamele yasağının diğeri ise ayrımcılık yasağının (m.14) ihlal edilmesine dairdir. Mahkeme *Bayatyan* kararında sözleşmeyi dinamik ve yaşayan bir belge olarak yorumlayarak AİHS’de açıkça tanınmamış bir hakkı (vicdani ret) ilk kez koruma kapsamına almıştır.³²

Bahsedilen iki ihlal sonucundan ilki *Thlimmenos/Yunanistan*³³ başvurusunda; başvuranın vicdani retçi olması nedeniyle hapis cezasına mahkum edilip cezasını çekmiş olmasına rağmen anılan suçtan sabıka kaydı bulunması nedeniyle mali müşavirlik mesleğine kabul edilmemesinin, suçun dini/felsefi temelli oluşu karşılığında orantısız bir yaptırım teşkil etmekte olduğunun mahkeme tarafından saptanarak sözleşmenin 14.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi ile ortaya çıkmıştır.

Diğer ihlal sonucuna ise ülkemiz aleyhine yapılan *Ülke/Türkiye*³⁴ başvurusunun incelenmesi sonucunda ulaşılmıştır. Başvuran barış yanlısı inançları nedeniyle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiştir ve sonucunda hapis cezasına mahkum edilse de halen askerlik hizmetini reddetmeye devam ettiğinden bir mahkum edilme döngüsü içerisine girmiştir. Mahkeme yaptığı incelemede öncelikle yürürlükteki Türk mevzuatının vicdani retçiler bakımından doğabilecek sonuçlara çözüm üretebilme bakımından yetersiz olduğuna dikkat çekmiş ardından da başvuran hakkında durmaksızın tekrarlanan takibat ve mahkumiyet kararlarının sözleşmenin 3.maddesi kapsamında insanlık dışı muamele olarak sayılması gerektiğini belirterek ihlal sonucuna ulaşmıştır.

³⁰ **Kilometre Taşı:** Önemli bir durumu belirleyen, üzerinde durulması gereken nokta; Bir işteki aşamaları belirleyen olay veya kimse, (<https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 17.05.2024).

³¹ *Bayatyan/Ermenistan* Başvurusu için bkz. Dipnot no.13.

³² **ALTIPARMAK, Kerem:** *Bayatyan*’ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2011, (https://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/04/Bayatyan-Karari-Yorum_Kerem_Altiparmak.pdf, Erişim Tarihi: 17.05.2024).

³³ *Thlimmenos/Yunanistan* Başvurusu, Başvuru No: 34369/97, Karar Tarihi: 06.04.2000, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>, Erişim Tarihi: 01.04.2024).

³⁴ *Ülke/Türkiye* Başvurusu, Başvuru No: 39437/98, Karar Tarihi: 24 Nisan 2006 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72>, Erişim Tarihi: 01.04.2024).

Kilometre taşı olarak nitelediğim *Bayatyan* kararına gelecek olursak; Yehova şahidi olan başvuran 2001 yılında zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyeceğini fakat bunun yerine alternatif bir kamu hizmetini yerine getirmeye hazır olduğunu beyan etmiştir, 2003 yılına dek Ermenistan’da askerlik hizmetine yönelik böyle alternatif bir hizmet imkanı da öngörülmemiş olduğundan başvuran hapis cezasına mahkum edilip daha sonrasında şartla salıverilmiştir. AİHM’e göre; Ermenistan her ne kadar 2004 yılında zorunlu askerlik hizmetine alternatif öngören yasayı yürürlüğe koymuş olsa da bunun başvuranın durumu üzerinde bir etkisi olmamıştır, askerlik hizmetini dini inançlar nedeniyle yerine getirmemenin mahkumiyetle karşılanıyor olması da din özgürlüğüne bir müdahaledir, sözleşmecî devletin askerlik hizmetine yönelik alternatif kamu hizmetini tanıması gerekmektedir aksi halde ret nedeniyle karşılaşılabilecek mahkumiyet yaptırımını demokratik toplumda gerekli bir müdahale sayılamaz.³⁵

Bayatyan’dan sonra içtihadını istikrarla ve genişleterek sürdürmeye devam eden mahkeme; ülkemiz aleyhine yapılan ve *Ülke/Türkiye* ile oldukça benzer olup tek farkları burada başvuranın Yehova şahidi olması olan *Erçep/Türkiye*^{36 37} başvurusunda da zorunlu askerliği reddetme karşılığında, kişinin adeta “sivil bir ölüm” teşkil eden mahkumiyet döngüsüne maruz kalmasının sözleşmenin 9.maddesini ihlal ettiği kanaatine ulaşmış ve Türkiye’nin vicdani ret hakkını tanıyarak bu karar uyarınca yasal düzenleme yapması gerektiği ifade edilmiştir.³⁸ Anılan kararlar Türkiye Cumhuriyeti’nin vicdani ret konusundaki tutumuyla ilgili hareket alanını oldukça daraltmış, Türkiye’yi adeta bu konuda düzenleme yapması için köşeye sıkıştırmıştır.³⁹

³⁵ Bayatyan kararı büyük ölçüde vicdani ret meselesi ile alakalı olsa da sözleşmenin genel kapsamı dahilinde de önemli bir karardır. Çünkü; herkes bakımından geçerli bir yasanın kendisine uygulanmasını vicdani nedenlerle reddeden kişiler, kural olarak AİHS m.9’a dayanamaz. Ancak Bayatyan kararıyla birlikte zorunlu askerlik hizmeti yönünden meşru bir dayanağın önu adeta mahkeme tarafından açılmıştır.

³⁶ Erçep/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 43965/04, Karar Tarihi: 22.11.2011, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-314> ,Erişim Tarihi: 15.04.2024).

³⁷ Her ne kadar *Erçep* kararı başvuranın dini saiklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmışsa da askerlik hizmetinin yerine getirilmesinin din dışı saiklerle reddi halinde de ülkemiz aleyhine vicdani ret hakkının tanınmamış olmasından dolayı verilmiş ihlal kararları mevcuttur bkz. **Fethi Demirtaş/Türkiye**, Başvuru No: 37819/03, Karar Tarihi: 10.01.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108502> Erişim Tarihi: 15.04.2024); **Tarhan/Türkiye**, Başvuru No: 9078/06, Karar Tarihi: 17.07.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112199> Erişim Tarihi: 15.04.2024) ; **Buldu ve Diğerleri/Türkiye**, Başvuru No: 14017/08, Karar Tarihi: 03.06.2014, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144352> Erişim Tarihi: 15.04.2024).

³⁸ Benzer yönde bkz. **Savda/Türkiye** Başvurusu, Başvuru No: 42730/05, Karar Tarihi: 12.09.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3892>, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

³⁹ **CENGİZ, Serkan**: Vicdani Red Hakkı Bağlamında Tünelin Ucunda Beliren Işık: Bayatyan/Ermenistan Kararı, 2011, Serkan Cengiz Avukatlık & Danışmanlık Bürosu Web Sayfası, (https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Vicdani_Red_Hakkı_Bağlamında_Tünelin_Ucunda_Beliren_Işık_-Bayatyan_v._Ermenistan.doc, Erişim Tarihi: 17.05.2024).

Tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bağlayıcılığını düzenleme altına alan 46.maddesine, *Erçep* kararının ardından geçen 13 seneye ve bu süreçte aynı yönde verilen AİHM kararlarıyla birlikte uluslararası kuruluşlardan gelen birçok uyarıya/öneriye rağmen ülkemizin mevzuatında halen vicdani ret hakkıyla ilgili olumlu yönde bir adım atılmamış olması hukuk düzenimiz bakımından üzüntü vericidir. Ne yazık ki Türkiye; 2024 yılı itibariyle, Avrupa Konseyi'nin 46 üye ülkesi arasında vicdani ret hakkını tanımayan tek ülkedir.⁴⁰ İnceleme konusu kararla bağlantılı olarak belirtmek gerekir ki bu durum, fiili hakimiyetimiz altında olan ve sadece ülkemiz tarafından tanınan KKTC açısından da geçerlidir.⁴¹

C. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanatlı kararı; yukarıda ana hatlarıyla değinilen mahkeme içtihatlarından belirli noktalarda ayrışmakta olup bugüne dek mahkeme önüne gelen tipik vicdani ret başvurularından farklı bir temele dayalı olduğundan, bu kararın ayrı bir öneme haiz olduğu kanaatindeyim. *Bayatyan, Ülke, Erçep* vb. kararlarda mahkemenin gerçekleştirdiği inceleme zorunlu muvazafılık hizmetinin reddedilmesine yönelik idi. *Kanatlı*'da ise muvazafılık devresine yönelik bir ret söz konusu olmayıp ihtiyati, yedek (mahkemenin deyiimiyle rezerv) hizmetin reddedilmesi söz konusudur.

Hükümet de ileri sürdüğü argümanlarında hizmetin “yedeklik” yönüne özellikle dikkat çekmek istemiş ve “*sadece 1 günlük bir hizmet ve herhangi askeri bir faaliyet ihtiva etmiyor*” şeklinde beyanda bulunmuştur. Hükümet her ne kadar böyle bir argüman ileri sürmüş olsa da ihtiyati hizmetin, KKTC mevzuatı kapsamında “zorunluluk” teşkil etmekte olduğu hukuki düzenlemelerle sabittir. Yükümlülerin bu ihtiyati hizmeti yerine getirmeme gibi bir seçeneği mevcut değildir. Dolayısıyla bu hizmetin değil 1 gün, 1 saatlik dahi olması onun zorunlu mahiyette bir askerlik hizmeti teşkil ediyor olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

⁴⁰ Avrupa Konseyi bünyesinde olup 2024 yılı itibariyle zorunlu askerlik hizmeti öngörmeyen veya öngörmüş olsa da vicdani ret hakkını yasal olarak tanıyan ülkeler: İtalya, İsveç, İsviçre, Norveç, Arnavutluk, Letonya, Estonya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Ermenistan, Polonya, Portekiz, Çekya, Macaristan, Hırvatistan, Slovenya, Slovakya, Romanya, Avusturya, Finlandiya, Yunanistan, Moldova, Güney Kıbrıs, Sırbistan, Karadağ, Litvanya, Lüksemburg, Bosna Hersek, Hollanda, Polonya, Andorra, Azerbaycan, Bulgaristan, Liechtenstein, Birleşik Krallık, İspanya, Ukrayna, Kuzey Makedonya, Monako, Malta, İrlanda; EBCO: Annual Report on Conscientious Objection to Military Service in Europe 2022/23, 2023, (https://ebco-beoc.org/sites/ebco-beoc.org/files/attachments/2023-05-12-EBCO_Annual_Report_2022-23.pdf) , s.4, “*Türkiye (the only CoE Member State who has not yet recognised the right to conscientious objection), and consequently the Turkish-occupied northern part of Cyprus (the self-styled “Turkish Republic of North Cyprus”)*”, Erişim Tarihi: 17.05.2024.

⁴¹ Ibid.

Kaldı ki ihtiyati hizmetin herhangi askeri bir faaliyet ihtiva etmemekte olduğu kabul olunacak olsa dahi yükümlünün askeri ortama girip üniforma giyeceği, kendini hiyerarşinin hakim olduğu askeri⁴² bir ortamda hissedeceği gerçeği öte yanda mevcudiyetini sürdürecektir. Vicdani retçilerin amacı askerlik hizmetinden kaçmak veya halk arasındaki deyişle “yırtmak” değildir. Onlar-bireysel bir direnişin kamusallaşarak değişim yaratması ve otkökü (grassroot) bir örgütlenme meydana getirmesini arzulamaktadırlar⁴³, sadece bireysel menfaatlerini düşünerek askeri hizmetten kaçınmaları söz konusu değildir. Dolayısıyla, üniforma giymek ve bir gününü askeri kışlada geçirmek diğer yükümlüler bakımından her ne kadar küçük ve önemsiz hususlar gibi görülebilirse de vicdani retçi inandığı değerler uğruna hapis cezasına mahkumiyeti, sivil ölümü göze almaktayken⁴⁴ ona zorla askeri üniforma giydirmek, ruhi yönden acı verici ve vicdani retçinin düşüncelerini önemsememesiyle⁴⁵ insan onuruyla bağdaşmayan manevi bir işkenceye⁴⁶ benzetilebilir.⁴⁷

Vicdani ret ve “rezerv (yedek)” askerlik hizmeti ilişkisinin *Kanatlı* kararında tartışılmış olmasının; dahası da bu konuda m.9 açısından sağlanan olumlu yöndeki korumanın, mahkemenin gelecekte karşılaşılabileceği olası benzer başvurulardaki bakış açısı bakımından yararlı olacağını düşünmekteyim. Her ne kadar I. ve II. Dünya Savaşları sonrasında başlayarak⁴⁸ bugüne değin gelinen noktada birçok Avrupa Konseyi üye ülkesi tarafından zorunlu askerlik sistemi terk olunup⁴⁹ profesyonel askerlik⁵⁰ sistemi

⁴² Askeri: Askerlikle ilgili, askere özgü, (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

⁴³ **BAŞKENT, Can**: Vicdani Ret Yazıları, 2015 , (<https://propagandayayinlari.net/shop/vicdani-ret-yazilari>), Erişim Tarihi: 16.05.2024).

⁴⁴ Sivil ölüm kavramının AİHM tarafından kullanımı için bkz. Ülke/Türkiye Başvurusu (dipnot no.29), Tarhan/Türkiye Başvurusu (dipnot no.32).

⁴⁵ **DEMİRBAŞ, Timur**: İşkence Suçu, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.23-25.

⁴⁶ İşkence suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEMİRBAŞ**, s.89-105; **ÖNOK, Rıfat Murat**: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.380-467.

⁴⁷ Daha anlaşılır olması adına bu durumu örneklemek gerekirse; hayatını Hristiyanlık dininin gereklerine adanmış ve bu gerekler doğrultusunda yaşamını sürdüren dindar bir bireyin başına rızası olmaksızın İslam dininin simgelerinden olan “Takke” takılması veya tersi olarak hayatını İslam dininin gereklerine adanmış ve hayatını bu gerekler doğrultusunda sürdüren bir kişiye rızası olmaksızın Hristiyanlık dininin simgesi olan “Haç” işaretinin bulunduğu kolyenin takılması ve bununla dolaşmasının istenmesi gibi. Her ne kadar verilen örneklerde anlık, geçici bir durum söz konusu olsa da, tıpkı ihtiyati hizmet gibi, kişinin inançlarına taban tabana zıt bir harekette bulunmasının istenmesi söz konusu olduğundan manevi yönden ağır bir hasara sebep olabilecektir.

⁴⁸ **SEVİNÇ, Murat**: Anayasa Yazıları, 1.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s.154, “II. Dünya Savaşı’nın ardından özellikle 60’lı yıllarla birlikte batı demokrasileri retçiliği kabul etmeye ve karşılığında kamu hizmeti seçeneği sunmaya başlamışlardır.”, “Vicdani retçiliğin Avrupa’da kabul edilmesi tarihinin, savaş karşıtı eylemler ve insan hakları alanındaki gelişmelerin tarihiyle at başı gittiği söylenebilir.”

⁴⁹ Konuyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. **ESMER, Barış**: Türkiye’de ve Dünya’da Vicdani Ret, 2012, (<https://propagandayayinlari.net/shop/tuerkiye-de-ve-duenya-da-vicdani-ret>), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

⁵⁰ Geniş manada askerlik kavramıyla da bağlantılı olarak profesyonel askerlik ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **ATEŞ, Barış**: Türkiye’de Profesyonel Askerliğin Sosyolojik Bir İncelemesi: Meslek, Görev ya da Yaşam Tarzı, İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi, C.42, S.1, 2022, sy.21-44.

benimsenmeye başlanmış olsa da⁵¹ makalenin kaleme alındığı 2024 yılı itibariyle devam etmekte olan Rusya-Ukrayna ve İsrail-Filistin çatışmaları; zorunlu askerliğin bazı ülkeler tarafından, ihtiyaç halinde tekrar dönülebilecek “güvenli bir liman” olarak görülmesi tehlikesini doğurabilecek ve tekrardan zorunlu askerlik sistemine dönüş trendini yaratabilecek potansiyele sahiptir.⁵² Bu bakımdan AİHM’in ihtiyati hizmeti, zorunlu askerlik hizmetinin bir uzantısı olarak yorumlayışının belirtmiş olduğum potansiyel tehlike karşısında yerinde ve amaca uygun⁵³ olduğu kanaatindeyim.

Diğer değinmek istediğim bir nokta da AİHM’in varmış olduğu ihlal sonucunun temelini teşkil etmekte olan ve KKTC’nin ulusal yargı mercilerinin kendi aralarında dahi uyumsuzluğa düşmelerine ve birbirlerini eleştirmelerine sebep olmuş eksikliğe dairdir.

İlk derece mahkemesi olarak KKTC Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi; yapmış olduğu değerlendirme sonucunda başvuranın gerçek bir vicdani retçi olmadığına kanaat getirmiş ise de KKTC Yüksek Mahkemesi (Yargıtay sıfatıyla), ilk derece mahkemesinin böyle bir sonuca ulaşmasından ziyade böyle bir değerlendirme yapmasının dahi hatalı olduğunu zira yürürlükteki mevzuatın böyle bir değerlendirme yapılmasına imkan sağlamamakta olduğunu belirtmiştir. Görüldüğü gibi AİHM’in vardığı ihlal sonucundaki temel neden aslında henüz ulusal yargı aşamasında iken temyiz merci tarafından da saptanmıştır. Gel gelelim ki temyiz mercinin bu eksiklikle alakalı eleştiri yapma dışında bir aksiyon alma yetkisi mevcut değildir o yalnızca bu eksikliğin mevcut olduğu yasal mevzuata uygun bir karar alma yetkisiyle donatılmıştır. Peki bu eksiklikle ilgili aksiyon alabileceğini söyleyebileceğimiz yegane merci olan Anayasa Mahkemesi sıfatıyla hareket eden KKTC Yüksek Mahkemesi ne yapmıştır?

Çalışmanın “III.A/2” kısmında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi sıfatıyla hareket eden KKTC Yüksek Mahkemesi bu konuda olumlu yönde hiçbir aksiyon almamıştır. Üstüne üstlük vicdani ret hakkının tanınmamış olması ile ilgili olarak; bu durumun Anayasa ile bir çelişki içermediği, yalnızca hukuki düzenleme yokluğundan ibaret olduğu açıklamasında bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu yokluğun da devletlerin ilgili konudaki takdir yetkisinden kaynaklanmakta olduğu ilavesini yaparak

⁵¹ 2024 yılı itibariyle halen zorunlu askerlik sistemini benimseyen ülkeler: Ukrayna, Türkiye, İsviçre, İsveç, Avusturya, Azerbaycan, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Kıbrıs Cumhuriyeti, Yunanistan, Norveç, Moldova, Gürcistan, Litvanya, (<https://worldpopulationreview.com/country-rankings/countries-with-mandatory-military-service>) Erişim Tarihi: 07.04.2024.

⁵² Bu tespitimizi destekler nitelikte güncel bir haber için bkz. (<https://vicdaniret.org/avrupada-rusya-etkisi-zorunlu-askerlik-yayiliyor/>), Erişim Tarihi: 18.05.2024.

⁵³ Amaca uygunluk yorumu hakkında detaylı bilgi için bkz. **SÖZER, Ali Nazım**: Hukukta Yöntembilim, 7.Baskı, BETA Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.82-91, “Düzenlemenin amacı belirlenirken günün değer yargıları ve koşulları esas alınacak ancak gerek duyulduğunda ve ihtiyacı karşıladığı ölçüde kuralın getirildiği dönem de dikkate alınabilecektir.”.

adeta vicdani ret hakkının tanınmamış olmasının bilinçli bir tercih olduğuna işaret etmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin, mevcut hukuki düzenlemenin Anayasa ile çelişmemekte olduğu yönündeki yorumu, KKTC Anayasası m.74 çerçevesinde makul bir zemine dayandırılabilir. Çünkü yürürlükteki, vatan hizmetini düzenleyen Anayasal hüküm ile askerlik hizmetini düzenleyen özel mahiyetteki düzenlemeler gerçekten de çelişki içermemektedir. Ancak bu ihtimalde de aynı hukuki belgenin 23.maddesi karşımıza çıkmaktadır. Zira bu madde uyarınca KKTC vatandaşları vicdan ve din özgürlüğüne sahiptirler. Vicdani retçiliğin de anılan özgürlükler kapsamında değerlendirilmesi gerekliliği AİHM'in istikrarlı içtihadıyla sabit vaziyettedir. Hal böyleyken Yüksek Mahkeme'nin, vicdani ret hakkının tanınmamış olmasının Anayasa'nın 23.maddesine aykırı olduğu yönünde yorum yapabilmesi de pekala olanaklıyken yorumunu bu doğrultuda yapması içinde bulunduğumuz 21.yüzyılın insan haklarına dayalı modern hukuk düzenine uygun düşen tercih olurdu diye düşünmekteyim. Ne yazık ki Yüksek Mahkeme, tercihini az önce belirtmiş olduğum yorum şeklinin tam aksi yönünde kullanmış fakat bu yorumunu da hukuki bir zemine dayandırmayı ihmal etmemiştir.⁵⁴

Verilen ihlal kararının esasında Türkiye aleyhine olması nedeniyle belirtmek isterim ki Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası⁵⁵, KKTC Anayasası'na kıyasla vicdani ret hakkının tanınmasına daha elverişlidir. “*Vatan Hizmeti*” kenar başlıklı 72.madde “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” şeklindedir. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere Anayasa, vatan hizmetini yalnızca silahlı kuvvetlerde yerine getirilebilecek bir hizmet olarak düzenlememekte tam aksine bu hizmetin kamu kesiminde de yerine getirilebileceğini belirterek vicdani retçiler için alternatif hizmet imkanını apaçık tanımaktadır. Oysa konuya ilişkin yasa olan 1111 s. Askerlik Kanunu'nun⁵⁶ 1.maddesi askerliğin zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır.⁵⁷

⁵⁴ Bu noktada itiraf etmek gerekir ki mahkemenin, temenni ettiğimiz üzere Anayasaya aykırılık sonucuna vardığı bir yorumda bulunması çok da kolay değildir. Zira vicdani ret, askerlik hizmetine yönelik olmasıyla yasama ve yürütme erkinin izleyeceği politikayı oldukça yakından ilgilendiren bir konudur. Mahkemenin Anayasaya aykırılık yönünde vereceği bir karar ülkenin askerlik politikasını kökten değiştirebilecektir. KKTC'nin küçük hacimli ve az nüfusa sahip bir ülke olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, mahkemenin böyle bir sonuca varmasının yürütme erki açısından olağanüstü sonuçlara yol açabilmesi ihtimal dahilindedir. Hal böyleyken de Yüksek Mahkeme'nin kararını verirken, doğabilecek sonuçları göz önünde bulundurarak, konuya ister istemez daha ılımlı yaklaşma yolunu tercih ettiği kanaatindeyim.

⁵⁵ 1982 Anayasası'nın tam metni için bkz. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>), Erişim Tarihi: 10.04.2024.

⁵⁶ 1111 s. Askerlik Kanunu'nun tam metni için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1111.pdf>), Erişim Tarihi: 10.04.2024.

⁵⁷ SEVİNÇ, s.156-158.

Daha önce Türkiye aleyhine verilen ve Türkiye'nin bu konudaki tutumu değişmediği sürece verilmeye de devam olunacak ihlal kararları göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa'nın elverişli yapısına rağmen vicdani ret hakkının tanınmasını olanaksızlaştıran özel nitelikteki normun tadile uğraması gerektiğini düşünmekteyim. Bu şekilde bir tadilat sonucunda vicdani ret hakkının tanınmasına elverişli Anayasamıza rağmen almış olduğumuz mahkumiyet kararlarının sona erebileceği ve AİHS'den doğan taahhütlerimizi⁵⁸ yerine getirerek hukuk devleti idealine ulaşma yolunda olumlu bir adım atılmış olacağı kanaatindeyim.

AİHS'in insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralları, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, KKTC iç hukukunun da bir parçasıdır. KKTC Yargıtayı önüne gelen birden çok dosyada bu durumu vurgulamış olduğu gibi KKTC Anayasa Mahkemesi de *AİHS'in, KKTC iç hukukunun bir parçası olduğunu ancak sözleşmenin normlar hiyerarşisinde Anayasa ile değil yasalar ile eşit düzeyde sayılması gerektiğini* belirtmektedir.⁵⁹ KKTC uluslararası alanda tanınmıyor olduğundan, verilen ihlal kararı her ne kadar Türkiye aleyhine olsa da iki devletin koordinasyon halinde ve uyum içerisinde hareket ederek, mevzuatlarını acilen vicdani ret hakkını tanıma ve vicdani retçilere alternatif kamu hizmeti olanağı sunma yönünde tadil etmeleri gerekmektedir.⁶⁰ Türkiye'nin KKTC üzerindeki "fiili otoritesi" ve iki devlet arasındaki sıkı ilişkiler de bu koordinasyonun sağlanmasında kolaylaştırıcı bir etken olacaktır. Zira Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bir raporunda KKTC'yi, "*Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki bağımlı yerel yönetimi*" olarak adlandırmıştır⁶¹. Bu koordinasyonun fazlaca bir gayrete ihtiyaç olmadan sağlanabileceğine ışık tutan bir ifadedir.

Türkiye; daha önce bu konuda aleyhine yapılan başvurularda birden çok ihlal kararına maruz kalmış, ayrıca mevzuatımız yukarıda açıklandığı üzere gerekli düzenlemenin yapılmasına oldukça elverişli olmasına rağmen halen vicdani ret hakkı ve vicdani retçilere alternatif kamu hizmeti imkanı tanınmamıştır. İlave olarak AİHM, Türkiye aleyhine vicdani ret ile alakalı vermiş olduğu *Erçep* kararında AİHS'in 46.maddesiyle ilgili bir paragraf ekleyerek Türkiye'nin artık bu konuda yasal düzenleme

⁵⁸ **AİHS, m.46/1:** *Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş karara uymayı taahhüt ederler.*

⁵⁹ **DEREBOYLULAR, Özde:** Kuzey Kıbrıs Hukukunda Tutuklama Tedbirinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.35, S.162, Eylül-Ekim 2022, s.371; **DEREBOYLULAR/ARMAN**, s.296.

⁶⁰ Zira KKTC hükümeti de kendilerinin sebep olduğu insan hakları ihlallerinden Türkiye'nin sorumlu tutulduğunu bilmektedir. Bu nedenle sadece Türkiye'nin mevzuat değişikliğine gitmesi tek başına yeterli olmayıp KKTC'nin de mevzuatını AİHS ile uyumlu hale getirmesi gerekmektedir.

⁶¹ **DEREBOYLULAR/ARMAN**, s.303; İlgili komisyon raporu için bkz. Komisyonun 09.07.1999 tarihli Türkiye hakkındaki Kıbrıs raporu 15318/89, prg. 97-98.

yapması gerekliliğine işaret etmiştir.⁶² Gel gelelim ki Türkiye bu yönde herhangi hukuki bir adım atmamış olduğu gibi hükümet yetkilileri (özellikle ilgili Bakanlar) tarafından da bu hakkın tanınması konusunda geleceğe yönelik olumlu adımlar atılmakta olduğuna dair bir açıklama yapılmış değildir.

KKTC Yüksek Mahkemesi'nin deyiimiyle “*hukuki düzenleme yokluğu*” na ilişkin yapılan açıklamaları toparlamak gerekirse, AİHM'in vicdani ret hakkının tüm üye ülkeler tarafından tanınması gerekliliğine ilişkin istikrarlı içtihadına ve Türkiye'nin bu nedenden daha önce aleyhine almış olduğu ihlal kararlarına rağmen vicdani ret hakkını tanımamakta direnmesinin “*takdir yetkisi*” nin kullanımından ziyade en başta iki devletin de Anayasası'nda düzenleme altına alınmış hukuk devleti ilkesine aykırı bir tutum teşkil ettiğini söylemek isterim.

Nihai sonuç olarak; AİHM'in ihlal kararı her ne kadar bizzat ülkemizin eyleminden kaynaklanmasa da günün sonunda ihlalcı ülke olarak tespit edilen Türkiye olmuştur. Ayrıca AİHM'in Türkiye'yi vicdani ret hakkını tanıma ve alternatif kamu hizmeti olanağı sağlama konusunda uyarması yeni bir durum değildir. Kaldı ki bu konuda uyarılan Avrupa Konseyi üyesi tek ülke de Türkiye değildir ancak 2024 yılı itibariyle zorunlu askerlik sistemini benimseyip vicdani ret hakkını tanımayan tek ülke olarak Türkiye kalmıştır. Bu durum ülkemizde usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası bir antlaşma olan AİHS'in 46.maddesine aykırılık teşkil ettiği gibi Anayasamızın m.90/5 hükmüne⁶³ de aykırıdır. Geçtiğimiz yıllarda ülkemizde tekrar aktif hale getirilen bedelli askerlik⁶⁴ uygulamasının ise AİHM'in aradığı anlamda bir alternatif hizmet sayılması mümkün değildir. Çünkü bedelli askerlik için ödenen bedel yine askerlik kurumuna karşılık olarak ödenmekte dolayısıyla sivil bir nitelik taşımamakta ve en önemlisi kişi kısa süreli de olsa temel bir askerlik eğitiminden geçmektedir, ayrıca yoklama kaçağı gibi kişiler bedelli askerlik kurumundan yararlanamamaktadır.⁶⁵ Hal böyleyken ülkemizden

⁶² Erçep/Türkiye Kararı için bkz. (Dipnot no.31), Anılan kararın 80.paragrafında “...*Bu açıklamalara göre; Sözleşme'nin 9.maddesi tarafından güvence altına alınan, başvuranın hakkının ihlali bir yandan başvuranın sahip olduğu sıfat sorunundan, vicdani retçiler için hukuk sistemindeki yetersizlikten ve diğer yandan da alternatif hizmetin olmamasından ileri gelmektedir. AİHM, davada tespit edilen ihlallere benzer Sözleşme'nin ihlallerini önlemek için gerekli, yasal bir reformun kabul edilmesi ve alternatif hizmetin getirilmesinin saptanan ihlale son vermeye imkan tanıyan uygun bir telafi biçimini oluşturduğu kanaatine varmaktadır.*”.

⁶³ 1982 Anayasası, m.90/5: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bynlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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.*”.

⁶⁴ 7179 s. Askeralma Kanunu'nun tam metni ve bedelli askerlik sistemini düzenlemekte olan 9.maddesi için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7179.pdf>, Erişim Tarihi:13.04.2024).

⁶⁵ **YILDIZ TARMAN**, Gamze: Vicdani Ret Hakkı ve Türk Hukukundaki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.36, S.170, Ocak-Şubat 2024, s.57.

ve “yavru vatan” KKTC’den beklenen, mevzuatlarında vicdani retçiler bakımından gerekli düzenlemeleri yaparak alternatif kamu hizmetinde bulunma olanağını bir an evvel sağlamalarıdır. Elbette; gelinen tarih itibariyle zorunlu askerlik hizmeti pek çok Avrupa Konseyi üye ülkesi tarafından terk olunup profesyonel askerlik sistemi benimsenmeye başlamışken Türkiye ve KKTC’ye de bu sistemi benimsemek suretiyle vicdani retçiler ile alakalı problemi toptan bir şekilde ortadan kaldıracakları de tavsiye olunabilir. Fakat bu durum bir tavsiyeden öteye gidemeyecektir zira AİHM şimdiye dek vermiş olduğu kararlarda bu yönde bir uyarıda bulunmamıştır ve iki ülke de profesyonel askerlik sistemini benimsemekle yükümlü değildir. Vicdani ret hakkının tanınması açısından kanaatimce en önemli husus AİHM’in de belirttiği gibi “*en azından kişinin gerçek vicdani retçi olup olmadığının tespitini sağlayacak etkili bir prosedürün*” getirilmesidir. Böyle bir prosedür ayrıntılı olarak düzenlendiği ve etkin biçimde uygulandığı takdirde, yükümlülerin gerçek vicdani retçi olmamalarına rağmen zorunlu askerlik hizmetinden kaçınmak, sıyrılmak amacıyla bu yola başvurmalarına dair yürütme erki tarafından hissedilen çekince de bertaraf edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Kerem: Bayatyan’ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2011, (https://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/04/Bayatyan-Karari-Yorum_Kerem_Altiparmak.pdf), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

ATEŞ, Barış: Türkiye’de Profesyonel Askerliğin Sosyolojik Bir İncelemesi: Meslek, Görev ya da Yaşam Tarzı, İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi, C.42, S.1, 2022, s.21-44.

BAŞKENT, Can: Vicdani Ret Yazıları, Propaganda Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2015, (<https://propagandayayinlari.net/shop/vicdani-ret-yazilari>), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

CENGİZ, Serkan: Vicdani Red Hakkı Bağlamında Tünelin Ucunda Beliren Işık: Bayatyan/Ermenistan Kararı, Serkan Cengiz Avukatlık& Danışmanlık Bürosu Web Sayfası, 2011, (<https://serkancengiz.av.tr/tr/makaleler/vicdani-red-hakki-baglaminda-tuenelin-ucunda-beliren-isik-bayatyan-ermenistan-karari/>), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

DEMİR, Hande Seher: Vicdani Ret Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Y.69, S. 2011/4, Temmuz 2011, s.239-283.

DEMİRBAŞ, Timur: İşkence Suçu, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

DEREBOYLULAR, Özde/ ARMAN, Perçem: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrısla İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 31, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s.293-326.

DEREBOYLULAR, Özde: Kuzey Kıbrıs Hukukunda Tutuklama Tedbirinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.35, S.162, Eylül-Ekim 2022, s.367-414.

EREN, Abdurrahman: Türk Hukukunda Vicdani Red, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.61, S.3, s.103-130.

ESMER, Barış: Türkiye'de ve Dünya'da Vicdani Ret, 2012, (<https://propagandayayinlari.net/shop/tuerkiye-de-ve-duenya-da-vicdani-ret>), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

GÜL, Yunus Emre: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri, Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C.18, S. 36, Ekim 2018, s.215-237.

ÖNOK, Rifat Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

SEVİNÇ, Murat: Anayasa Yazıları, 1.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

SÖZER, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, 7.Baskı, BETA Yayıncılık, İstanbul, 2020.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1-2, 2009, s.253-281.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

YILDIZ TARMAN, Gamze: Vicdani Ret Hakkı ve Türk Hukukundaki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.36, S.170, Ocak-Şubat 2024, s.39-64.

Bayatyan/Ermenistan Başvurusu, Başvuru No: 23459/03, Karar Tarihi: 07.07.2011, (<https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-116450>), Erişim Tarihi 29.03.2024.

Buldu ve Diğerleri/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 14017/08, Karar Tarihi: 03.06.2014, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144352>), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

Erçep/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 43965/04, Karar Tarihi: 22.11.2011, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-314>), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

Fethi Demirtaş/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 37819/03, Karar Tarihi: 10.01.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108502>), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

G.Z/ Avusturya Başvurusu, Başvuru No: 5591/72, Karar Tarihi: 02.04.1973, (https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/G.Z.%20v.%20AUTRICHE.pdf), Erişim Tarihi: 31.03.2024.

Grandrath/ Almanya Başvurusu, Başvuru No: 2299/64, Karar Tarihi: 12.12.1966, (https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/Grandrath__v._Germany_-_Report_of_the_Commission.pdf), Erişim Tarihi: 31.03.2024.

Kanath / Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 18382/15, Karar Tarihi: 12.03.2024 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-231540>), Erişim Tarihi: 27.03.2024.

N./İsveç Başvurusu, Başvuru No: 10410/83, Karar Tarihi: 11.10.1984, (https://wri-irg.org/sites/default/files/public_files/N.%20v.%20SWEDEN.pdf), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

Peters/Hollanda Başvurusu, Başvuru No: 22793/93, Karar Tarihi: 30.11.1994, (<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?filename=PETERS+v.+THE+NET+HERLANDS.pdf&id=001-2432&library=ECHR&logEvent=False>), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

Savda/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 42730/05, Karar Tarihi: 12.09.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3892>), Erişim Tarihi: 02.01.2024.

Tarhan/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 9078/06, Karar Tarihi: 17.07.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112199>), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

Thlimmenos/Yunanistan Başvurusu, Başvuru No: 34369/97, Karar Tarihi: 06.04.2000, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>), Erişim Tarihi: 01.04.2024.

Ülke/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 39437/98, Karar Tarihi: 24 Nisan 2006 (<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72>), Erişim Tarihi: 01.04.2024.

X/Almanya Başvurusu, Başvuru No: 7705/76, Karar Tarihi: 05.07 1977, (https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_7705-76), Erişim Tarihi: 15.04.2024.

DIĞER ELEKTRONİK KAYNAKLAR

(<https://ebco-beoc.org>), Erişim Tarihi: 16.05.2024.

(<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7179.pdf>), Erişim Tarihi: 13.04.2024.

(<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1111.pdf>), Erişim Tarihi: 10.04.2024.

(<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>), Erişim Tarihi: 10.04.2024.

(<https://worldpopulationreview.com/country-rankings/countries-with-mandatory-military-service>), Erişim Tarihi: 07.04.2024.

(<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

(https://ebco-beoc.org/sites/ebco-beoc.org/files/attachments/2023-05-12-EBCO_Annual_Report_2022-23.pdf), Erişim Tarihi: 17.05.2024.

(<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/anayasa.doc>), Erişim Tarihi: 29.03.2024.

(<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>), Erişim Tarihi: 27.03.2024.

(<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/17-1980.doc>), Erişim Tarihi: 27.03.2024.

(<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/59-2000.doc>), Erişim Tarihi: 27.03.2024.

(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur), Erişim Tarihi: 29.03.2024.

(<https://vicdaniret.org/avrupada-rusya-etkisi-zorunlu-askerlik-yayiliyor/>), Erişim Tarihi: 18.05.2024.

