

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF
2025/1
SAYISI İÇİN

Web Sitesi / Web Site: <https://www.aybu.edu.tr/ybhd/>

Dergipark: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk>

İletişim / Contact: ybhukukgersisi@aybu.edu.tr



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2024/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor

Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editörler

Doç. Dr. Belkis VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Anıl Güven YÜKSEL

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR (İngilizce Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR (Fransızca Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu KAYA (Almanca Dil Editörü)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hatice AKTÜRK

Arş. Gör. Mehmet Zahid YENER - Arş. Gör. Sıdika BULUŞ

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ - Arş. Gör. Elif Banu ÜNAL

Arş. Gör. Miray ÖZHAN - Arş. Gör. Betül ARGUNHAN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGISİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

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

Yayın Yeri-Yılı / Place-Year of Publication: Ankara-Temmuz 2024

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.aybu.edu.tr/ybhd/

E-posta / E-mail: ybhukukdersisi@aybu.edu.tr

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul -Türkiye)</i>
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Kayseri-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İzmir-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İzmir-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Konya-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ	<i>Carballo-Calero University of Vigo Faculty of Law (Pontevedra-İspanya)</i>
Assoc. Prof. Dr. Zsolt SZABÓ	<i>Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary Faculty of Law (Budapeşte-Macaristan)</i>

Saygıdeğer Okuyucularımız,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 18. sayısını (2024/2) sizlerle buluşturmanın mutluluğunu ve heyecanını yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, Heinonline ve Asos indekslerinde taranan Dergimiz, değerli okuyucularımızın da desteği ve ilgisiyle, ilk sayının yayınlandığı 2016 yılından bugüne istikrarlı bir şekilde faaliyetini sürdürmektedir.

İlk sayısından itibaren, her aşamasında büyük emek sarf ederek yayına hazırladığımız dergimizin her alandan akademisyen ve uygulayıcılar tarafından ilgiyle takip edildiğini görüyoruz; bununla birlikte her yeni sayıda daha çok okuyucuya ulaşmayı hedeflemeye devam ederek çalışıyoruz.

YBHD'nin bu sayısında hukukun çeşitli alanlarından teori ve uygulamaya ilişkin ikisi kamu hukukuna, dördü de özel hukuka ilişkin çok değerli altı makale yer almaktadır.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsiniz hakemlik görevini üstlenerek katkı sunan bütün Hocalarımıza burada özel olarak teşekkür etmek isteriz.

Son olarak, yayın aşamasındaki çalışmalarımızda desteklerini sunan herkese ve özellikle de Yayın Kurulu'ndaki tüm arkadaşlarımıza teşekkür eder, bütün okuyucularımıza saygılarımızı sunarız. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS^(*)

Editörler Kurulundan	vi
İçindekiler	vii

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

THOMAS HOBBS'UN ON DOKUZ DOĞA YASASININ HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ
THE TRANSITION FROM THE STATE OF NATURE TO POLITICAL SOCIETY: THOMAS HOBBS'S NINETEEN LAWS OF NATURE

Hasibe BALER 1

RONALD DWORIN'İN ULUSLARARASI HUKUK TEORİSİ
RONALD DWORIN'S THEORY OF INTERNATIONAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Eray Sinan DEMİRHAN 37

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İŞVERENİN MENFAATLERİ ARASINDAKİ DENGİ VE MİSİLLEMİYİ KARŞI KORUMA
(DEDE/TÜRKİYE KARARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME)

*BALANCE BETWEEN THE EMPLOYEE'S FREEDOM OF EXPRESSION AND THE EMPLOYER'S INTERESTS AND PROTECTION AGAINST RETALIATION
(AN EVALUATION IN THE CONTEXT OF THE DEDE/TÜRKİYE JUDGMENT)*

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR 89

TOPLU SÖZLEŞME İLE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARININ DİSİPLİN KURULLARINDA SENDİKA TEMSİLCİSİNİN YER ALMASI

INCLUSION OF A UNION REPRESENTATIVE IN THE DISCIPLINARY BOARDS OF HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS BY COLLECTIVE AGREEMENT

Öğr. Gör. Fatih DURMUŞ - Arş. Gör. Mücahit TÜRKMEN 129

DAVANIN BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILDIĞININ DAVA DİLEKÇESİNDE GÖSTERİLMESİ GEREKİP GEREKMEDİĞİ MESELESİ

THE ISSUE OF WHETHER IT IS NECESSARY TO INDICATE IN THE PETITION THAT THE CASE HAS BEEN FILED AS AN UNDETERMINED CLAIM LAWSUIT

Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu ERZURUMLU IŞIK 179

İCRA TAKİBİ İLE PARA BORCUNUN TAHSİL EDİLMESİNİN BORÇLU TEMERRÜDÜNE ETKİSİ

THE EFFECT OF THE COLLECTION OF PECUNIARY DEBT THROUGH EXECUTION PROCEEDING ON THE DEBTOR'S DEFAULT

Dr. Öğr. Üyesi Vildan PEKSÖZ 223

(*) Makaleler yazarların soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

THOMAS HOBBS'UN ON DOKUZ DOĞA YASASININ HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Hasibe BALER^(**)

ÖZET

Tarih boyunca devletin kökenine ilişkin muhtelif kuramlar geliştirilmiştir. Bu kuramlardan birisi de toplum sözleşmesi kuramıdır. Toplum sözleşmesi kuramcıları arasında akla ilk gelen isimlerden biri ünlü İngiliz düşünür Thomas Hobbes'tur. Hobbes'un siyaset felsefesinde doğa durumu kavramı önemli bir yer tutar. Doğa durumunu, insanların sürekli korku içinde yaşadıkları güvensiz bir ortam olarak tasvir eder. Leviathan adlı ünlü eserinde doğa durumundan siyasal topluma geçişin niçin gerekli olduğu üzerinde durur ve bu geçişin hangi araçlarla sağlanacağına bir reçetesini sunar. Hobbes, bu geçişin değişmez ve ebedi on dokuz doğa yasasıyla mümkün olacağını belirtir. Çalışmamızda öncelikle Hobbes'un siyaset felsefesi hakkında kısaca bilgi verilecek ve doğal hak ve doğal hukuk kavramını nasıl ele aldığı üzerinde durulacaktır. Ardından doğa durumundan siyasal topluma geçişte kullanılan on dokuz doğa yasasının neler olduğundan bahsedilecek ve doğal hak ile doğa yasalarının farkına değinilecektir. Son kısımda ise günümüz modern ve uygar toplumlarının vazgeçilmez ilkelerinden biri olarak kabul edilen hukuk devleti ilkesinden ve asgari koşullarından kısaca bahsedilecek; Hobbes'un barışçıl ve güvenilir bir toplumun inşası için gerekli gördüğü doğa yasaları, hukuk devleti ilkesi bağlamında ele alınacaktır. Bu doğrultuda insanlar arasında adil, eşitlikçi, barışçıl, güvenilir bir toplum inşa etme gayesi taşıyan hukuk devleti ilkesinin, tamamen olmasa da benzer amaçlara hizmet ettiği Hobbes'un doğa yasaları ile ne ölçüde örtüştüğü açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Doğa Durumu, Doğa Yasaları, Doğal Hak, Hukuk Devleti, Thomas Hobbes.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1417006 - **Geliş Tarihi:** 09.01.2024 - **Kabul Tarihi:** 29.03.2024.

^(**) Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), Hazine ve Maliye Uzman Yardımcısı, Ankara - Türkiye,

E-posta: hasibe_baler@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0001-3016-1070>.

THE TRANSITION FROM THE STATE OF NATURE TO POLITICAL SOCIETY: THOMAS HOBBS'S NINETEEN LAWS OF NATURE

ABSTRACT

Throughout history, various theories of the origin of the state have been developed. One of them is the social contract theory. One of the first names that comes to mind among social contract theorists is the famous English philosopher, Thomas Hobbes. In Hobbes's political philosophy, the concept of the state of nature plays an important role. He describes state of nature as an unsafe environment in which people live in constant fear. In his famous work, Leviathan, he emphasises why the transition from the state of nature to political society is necessary and offers a prescription for the means by which this transition would be achieved. According to Hobbes, this transition is made possible by nineteen immutable and eternal laws of nature. In our study, firstly brief information will be given about Hobbes's political philosophy and how he handles the concept of natural right will be emphasised. Then the nineteen laws of nature used in the transition from the state of nature to political society will be examined and the difference between natural right and laws of nature will be scrutinized. In the last section, the principle of the rule of law, which is accepted as one of the indispensable principles of today's modern and civilised societies, and its minimum conditions will be briefly mentioned; the laws of nature, which Hobbes considers necessary for the construction of a peaceful and reliable society, will be discussed in the context of the principle of the rule of law. In this direction, it will be explained to what extent the principle of the rule of law, which aims to build a just, egalitarian, peaceful and reliable society among people, overlaps with Hobbes' laws of nature, which serve similar purposes, although not completely.

Keywords

Laws of Nature, Natural Right, Rule of Law, State of Nature, Thomas Hobbes.

GİRİŞ

Toplum sözleşmesi kuramının kökeni oldukça eskiye dayanmaktadır. Ancak özellikle 17. ve 18. yüzyıl siyaset felsefesi düşünürleriyle önem kazandığını söylemek mümkündür. Toplumsal sözleşme kuramı, insanları bir arada tutacak egemen bir gücün ve hukuk düzeninin olmadığı doğa durumu ile başlar. Doğa durumunda yaşayan insanlar üzerinde çeşitli zorluklar ve baskılar bulunmaktadır. İnsanlar, canlarını ve mallarını korumak için özgürlüklerinin ve haklarının bir kısmını ya da tamamını egemen bir güce bırakmayı taahhüt edeceği bir sözleşme yaparlar. Böylece egemen güç -bu güç tek kişide toplanabileceği gibi birçok kişiden teşekkül eden bir toplulukta da toplanabilir- kişilerin can ve mal güvenliğini tesis eder. İnsanlar yaptıkları bu sözleşmeyle birbirine karşı saygı ve barışın hüküm sürdüğü bir toplumu taahhüt eder.

Ünlü toplum sözleşmesi kuramcısı Hobbes'un tasvir ettiği doğa durumu oldukça karanlık ve kasvetlidir. İnsanların doğa durumundaki bencil varoluşlarına vurgu yaparak sürekli güç arayışı içinde oldukları ve bu nedenle sonu gelmez bir rekabet ortamında yaşadıklarını ifade eder. Doğa durumunda herkesin her şey üzerinde hakkı olduğunu iddia eder. Hobbes, insanın çıkarıcı ve rekabetçi doğasının her istediğini yapabilme özgürlüğü ile birleştiğinde, doğa durumunu kimsenin güvende olmadığı, herkesin herkesle savaştığı bir ortam olarak ele alır. Hobbes'un siyaset felsefesinde kişilerin kendini güvende hissetmesi büyük bir önem taşır. Bu nedenle insanların yapacakları bir sözleşmeyle haklarını, onları güven içinde tutacak bir egemene devretmesi gerektiğini belirtir. Böylece büyük ve korkutucu Leviathan doğar.

Çalışmanın amacı, Hobbes'un toplum sözleşmesi kuramında doğa durumundan siyasal topluma nasıl geçildiğini ve bu geçişin gerçekleşmesinde birer aracı olarak kullanılan on dokuz doğa yasasının neler olduğunu ve bu yasaların hukuk devleti ilkesi ile ne ölçüde bağdaştığını ortaya çıkarmaktır. Bu çalışmada doğa yasalarının hangi koşullar altında ortaya çıktığını anlayabilmek adına öncelikle Hobbes'un siyaset felsefesine kısaca değinilecektir. Hobbes'a göre rekabet ve itibar arayışının hüküm sürdüğü herkesin her şeye hakkının olduğu ancak kimsenin güvende olmadığı doğa durumu kavramı üzerinde durulacak ve insanların bir araya gelerek yaptıkları bir sözleşmeyle müphem ve güvensiz bir varo-

luşu daha iyi ve güvenli bir varoluşla takas etmesinin niçin gerekli olduğu hususu incelenecektir. Daha sonra doğa yasalarını daha iyi anlayabilmek için Hobbes'un doğal hak ve doğal hukuk kavramını nasıl ele aldığı üzerinde durulacaktır. Hobbes'a göre siyasal topluma geçişin adeta anahtarı olan doğa yasasının doğal hakla farkına değinilecek ve on dokuz doğa yasası tek tek irdelenecektir. Huzurlu, barışçıl ve güvenilir bir topluma bahsi geçen on dokuz doğa yasasıyla geçişin mümkün olduğunu iddia eden Hobbes'un savı; adalet, barış, güvenlik, eşitlikçi ve özgürlükçü bir düzen tesis etme gibi amaçlara hizmet eden hukuk devleti ilkesi bağlamında değerlendirilerek aralarındaki bağ gösterilmeye çalışılacaktır.

I. THOMAS HOBBS'UN SİYASET FELSEFESİ

Thomas Hobbes'un (1588-1679) yaşamı İspanyol Armadası'nın¹ yenilgisinden Dışlanma Krizi'ne² (Exclusion Crisis) kadar doksan bir yıl sürmüştür. Ancak 1642-1651 İngiliz Devrimi hayatında dönüm noktası olmuştur. Hobbes'un siyaset teorisini olarak kariyeri 1640'ta başlamış ve 1650'lerdeki Interregnum³ sırasında sona ermiştir⁴. Hobbes'un en ünlü eseri olan "Leviathan"ın İngiliz siyaset felsefesi ansiklopedik külliyatına yerleştirilmiş ilk büyük eser ve en etkili

¹ İspanyol Armadası, 1588 yılında İngiltere'yi istila etmek amacıyla Lizbon'da toplanan büyük filodur. İspanya İmparatorluğu'nun koyu Katolik hükümdarı II. Felipe, Protestanları kâfir olarak görmekteydi. Bu nedenle Protestan olan İngiltere ve İrlanda Kraliçesi I. Elizabeth'i tahttan indirmek için büyük bir filo göndermiştir. İşgal filosunu oluşturan yüz otuz gemiden yirmi altı tanesi İrlanda kıyılarına batmış ve yaklaşık beş bin kişi hayatını kaybetmiştir. **Lowth, Cormac F.** (2004) "Finds of the Spanish Armada." Dublin Historical Record, C:57, S:1, s.24. İngiltere, filoyu püskürtmeyi başararak İngiltere ve Hollanda'yı İspanyol İmparatorluğu'na dâhil olmaktan kurtarmıştır. <https://www.britannica.com/topic/Armada-Spanish-naval-fleet> s.e.t. 05.03.2024.

² Dışlanma Krizi, 1660'ların sonlarında kişisel inançları nedeniyle Katolikliğe geçen Kral II. Charles'in küçük kardeşi ve vefatı adayı York Dükü James'in İngiltere, İrlanda ve İskoçya tahtlarından dışlanma sürecini ifade eden, 1679-1681 yılları arasında gerçekleşen siyasal gelişmedir. **Glasse, Lionel K.** (2011) "Shaftesbury and the exclusion crisis": Cooper, Anthony Ashley (Editör), First Earl of Shaftesbury 1621-1683, MPG Books Group, s.208-209.

³ Bir ülkenin veya kuruluşun liderinin olmadığı döneme Interregnum denilmektedir. <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/interregnum>> s.e.t. 18.09.2023.

⁴ **Collins, Jeffrey R.** (2005) The Allegiance of Thomas Hobbes, Oxford University Press, s.1.

siyaset incelemesi olduğu düşünülmektedir⁵. Hobbes'un doğal hak ve doğa yasa-sı kavramını nasıl ele aldığını anlamak için öncelikle siyaset felsefesinin anlaşıl-ması gerekmektedir.

Siyaset felsefesi literatüründe, doğa durumuna ilişkin olarak Hobbes tarafından söylenmiş şu ünlü pasaj yer alır⁶. “Ne sanat; ne yazı; ne de toplum vardır. Hepsinden kötüsü, hep şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır; ve insan hayatı yalnız, yoksul, kötü, vahşi ve kısa sürer.”⁷ Doğa durumu kavramının Hobbes'un siyaset felsefesinde önemli bir yer tuttuğunu söylemek mümkündür. Doğa durumundaki yaşam, insan davranışlarının kendini koruma içgüdüğü temeline dayanan güvensizlik ile karakterize edilir. Hobbes, insanlar arasındaki karşılıklı saldırganlık ve doymak bilmez iştahlarını irrasyonel kibir duygusunun bir sonucu olarak değerlendirir⁸.

Hobbes'a göre doğa durumu, insanların hiçbir hükümete, siyasi kuruma, polis gücü veya ordu gibi yürütme güçlerine sahip olmadığı bir durumu ifade eder. Aslında bir anarşi durumu olduğunu söylemek de mümkündür. Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694) ve John Locke (1632-1704) gibi teori-lerinde doğa durumuna yer veren diğer düşünürler, siyasi bir otoritenin olmadığı yaşamı Hobbes'tan daha az çalkantılı olarak tasvir etmişlerdir. Ancak aralarındaki farklılıklara rağmen doğa durumu fikri tüm bu teorilerde genel olarak benzer bir amaca hizmet eder. Bu amaç, siyasi otoritenin haklı olduğunu göstermektir⁹.

Leviathan'ın “Mutluluğu ve Mutsuzluğu Bakımından İnsanlığın Doğal Du-rumu Üzerine” başlıklı bölümünde Hobbes'un genel olarak bilindiği şekliyle

⁵ **Springborg, Patricia** (Editör) (2007) *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge University Press, s.1.

⁶ **Schochet, Gordon J.** (1967) “Thomas Hobbes on the Family and the State of Nature”, *Political Science Quarterly* C:82, S:3, s.427.

⁷ **Hobbes, Thomas** (2007) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çeviren: Lim, Semih) *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil*, 6. Baskı, İstanbul, YKY Yayınları, s.94-95.

⁸ **Starkstein, Sergio** (2018) *A Conceptual and Therapeutic Analysis of Fear*, Fremantle, Palgrave Macmillan, s.130.

⁹ **Newey, Glen** (2014) *The Routledge Guidebook to Hobbes' Leviathan*, New York, Routledge, s.84.

doğa durumu doktrini yer almaktadır. Bu doktrin kısaca şu şekilde özetlenebilir: Zihin ve beden yetileri bakımından insanlar neredeyse eşittir¹⁰. Hobbes'a göre yeri geldiğinde en güçsüz insan bile çeşitli hilelerle güçlü birini öldürebilecek durumdadır. Bu nedenle zihinsel ya da fiziksel farklılıkların önemli olmadığını vurgular¹¹. Yetenek eşitliğinden, arzu edilen amaçlara ulaşmada umut eşitliği doğar. “Bundan ötürü, iki kişi aynı anda sahip olamayacakları bir şeyi arzu ederse, birbirlerine düşman olurlar ve esas olarak varlığını korumak ve bazen de sadece zevk almak olan amaçları uğruna, birbirlerini yok etmeye veya egemenlik altına almaya çalışırlar.”¹² İnsanlar arasında üç temel kavga nedeni vardır; birincisi, rekabet arzusu; ikincisi, güvenlik arzusu ve üçüncüsü de şan ve şeref arzudur. İnsanları huşu içinde tutacak ortak bir güç olmadığında, savaş denilen ve herkesin herkese karşı savaştığı bir durum ortaya çıkar. Bu savaşın sürekli bir çatışma olması gerekmez ancak güvenliğin olmadığı bir ortamda savaş her zaman bir potansiyel olarak durmaktadır. Böyle bir savaş durumunda -fiili ya da potansiyel- insanın durumu çok talihsiz ve içler acısıdır¹³.

Doğa durumunda insanlar aynı nesnelere arzuladıkları ve bunları elde etmek için benzer kapasitelere sahip oldukları için yetenekleri, ihtiyaçları, arzuları, korkuları ve endişeleri bakımından eşit olduğundan¹⁴ daha önce bahsedilmiştir. Hobbesçu doğa durumunda, bireylerin eşitliği ve metaların kıtlığı, herkesin doğanın sağladığı her şey üzerinde hak sahibi olduğu ve alabildiği her şeye ya da en azından yararlı bulduğu kadarına el koyabildiği kalıcı bir karşılıklı güvensizlik durumuna yol açar¹⁵. Hobbes'a göre insanı diğer hayvanlardan ayıran şey ölüm bilincidir. Bu farkındalığın sonucu sürekli bir endişe ve gelecek kaygısıdır. Dolayısıyla

¹⁰ **Merriam, Charles Edward** (1906) “Hobbes’s Doctrine of the State of Nature”, Proceedings of the American Political Science Association, C:3, s.151.

¹¹ **Hampton, Jean** (1988) Hobbes and the Social Contract Tradition, New York, Cambridge University Press, s.25.

¹² **Hobbes**, s.93.

¹³ **Merriam**, s.151.

¹⁴ **Starkstein**, s.132.

¹⁵ **Biser, Jennis J.** (2020) “Locke Versus Hobbes: Political Economy of Property Rights”, Journal for Economic Educators, C:20, S:1, s.4.

gelecekte yaşama eğilimidir. Buna göre, insan yalnızca ölümden korkmakla ve mevcut tehlikeyi bertaraf etmeye çalışmakla kalmaz; aynı zamanda gelecek için korktuğu kötülöklere karşı kendini güvence altına almaya çalışır. Yalnızca güvende olmayı değil, aynı zamanda kendini güvende hissetmeyi de ister¹⁶. Hobbes, insanın temel arzusunun kendini korumaya yönelik sınırsız arzu olduğunu ifade eder fakat insanların zaman zaman özellikle de onur veya intikam uğruna hayatlarını feda etmeye istekli olduklarını da kabul eder. O halde, insan doğasının iki yönü vardır: endişeli ve ölümden korkan taraf ile kibirli, şan ve şeref peşinde koşan taraf. Her iki taraf da savaş durumuna yol açar. Şan ve şeref arzusu insanları başkalarından zorla onur koparmaya yönelttiği gibi kaygı dolu güvende olma arzusu da insanları yaşamlarını tehdit edebilecek herkesi bastırmaya ya da önceden öldürmeye yöneltir. Hobbes, bu arzuların her zaman fiili savaşa yol açtığını iddia etmez sadece her zaman savaş tehlikesine yol açabileceğini iddia eder¹⁷.

Doğa durumu, barışı koruyabilecek etkin bir hükümetin ya da gücün yokluğu ile karakterize edilir. Barış olmadan hiçbir hak korunamaz ve hiçbir görev yerine getirilemez¹⁸. Bu nedenle Hobbes'a göre mülkiyet hakkı doğal değildir, çünkü doğa durumunda "mülkiyetin, egemenliğin, benim ve senin ayrımının bulunmaması; sadece, herkesin eline geçirebildiği şeye onu elinde tutabildiği sürece sahip olmasıdır."¹⁹ Dahası, mülkiyetin olmadığı yerde adaletsizlik de yoktur. Hobbes, mülkiyet hakkından bahsedebilmek için bir egemenin zorunluluğuna vurgu yapar ve bu egemenin gerekliliğine yalnızca hakkın belirlenmesi için ihtiyaç duymaz. Aynı zamanda maddi kaynakların dağıtımının da egemen güce ait olduğunu ifade eder²⁰.

Görüldüğü üzere doğa durumu herkesin herkese karşı savaştığı ve bir tür anarşinin hâkim olduğu bir ortamdır. Bu nedenle, insan doğa durumundaki konumu-

¹⁶ **Ahrensdoꖑ, Peter J.** (2000) "The Fear of Death and the Longing for Immortality: Hobbes and Thucydides on Human Nature and the Problem of Anarchy", *The American Political Science Review*, C:94, S:3, s.580.

¹⁷ **Ahrensdoꖑ**, s.581.

¹⁸ **Biser**, s.6.

¹⁹ **Hobbes**, s.96.

²⁰ **Ward, Lee** (2020) "Equity and Political Economy in Thomas Hobbes", *American Journal of Political Science*, C:64, S:4, s.3.

nun güvensizliği nedeniyle kendi türüne karşı mücadeleden kaçamaz. Birbirlerine karşı doğuştan gelen güvensizlik ortadan kaldırılamadığı için bütün insanlar savaş tehdidi altındadır. Ancak insanların akıl yürütme kapasitesi bu korkunç durumdan kaçmalarını sağlar. Akıl, barışı bulmak için bir dizi doğa yasası öngörür²¹.

Hobbes, doğal hakkı Leviathan'ın "Birinci ve İkinci Doğa Yasaları ve Sözleşmeler Üzerine" başlıklı 14. bölümünde kendini koruma hakkı olarak tanımlar. Doğa durumunda, doğal haklar her bireyin her şey üzerinde hakkı olduğu anlamına gelir ve bireylerin her şey üzerindeki haklarından vazgeçerek bu haklarını bir sözleşmeyle egemen güce devrederek Leviathan'ın "Bir Devletin Nedenleri, Doğuşu ve Tanımlanması Üzerine" başlıklı 17. bölümünde bahsettiği devlet ya da Hobbes'un kendi deyimiyle Leviathan meydana gelir²².

Kendini korumak, sefalet ve acıdan kaçınmak için insanlar bir sözleşme yapmıştır. Kendini koruma ve kollama fikri insanın doğasına mündemiç bir olgu olup bunu başarmak için bu sözleşmeyle tüm hak ve özgürlüklerini itaat etmesi gereken bir otoriteye gönüllü olarak teslim etmişlerdir²³. Hobbes, doğa durumunda güç ve hilenin temel erdemler olduğunu adaletin ya da adaletsizliğin olmadığına vurgu yapar ve bu doğa durumundan çıkıp siyasi bir duruma girilmediği sürece her insanın gücü yettiği kadar her şeyi alma hakkı olduğunu iddia eder²⁴. Hobbes'a göre doğa durumundaki sorunu çözmenin ve savaştan kaçınmanın tek yolu toplumsal bir sözleşme yapmaktır. Her birey diğer bireylerle bir antlaşma yaparak birbirlerine zarar vermemeyi kabul etmeli ve toplumda barış ve düzeni sağlamayı amaçlamalıdır. Ancak Hobbes, anlaşmayı tek başına barış için yeterli görmez ve toplumu denetleyecek ve barışı sağlayacak güçlü bir hükümdara ihtiyaç duyulduğunu iddia eder²⁵.

²¹ Biser, s.6.

²² Carmichael, Don J. C. (1990) "Hobbes on Natural Right in Society: The 'Leviathan' Account", Canadian Journal of Political Science / Revue Canadienne de Science Politique, C:23, S:1, s.4.

²³ Laskar, Manzoor (2013) "Summary of Social Contract Theory by Hobbes, Locke and Rousseau", Locke and Rousseau (April 4, 2013), s.2.

²⁴ Merriam, s.151.

²⁵ Sasan, John Michael V. (2021) The Social Contract Theories of Thomas Hobbes and John Locke: Comparative Analysis, s.36.

Hobbes için toplumsal sözleşme tamamen barış ve güvenlik arayan bireylerin ihtiyatlı hesaplamalarının bir ürünüdür ve aslında oldukça avantajlı bir mübadeledir. Zira bireyler bir devlet kurarak belirsiz ve güvensiz bir varoluşu daha iyi ve daha güvenli bir toplumla takas ederler²⁶. Ancak Hobbes'un doğal insanın siyasallaşmasına ilişkin açıklamasının çözülemez bir paradoksa düştüğü iddiaları da bulunmaktadır. İddiaya göre paradoks şudur: Eğer insanlar sözleşme yapacak kadar rasyonel ve sosyal olsalardı, en başta zaten doğa durumunda olmazlardı; eğer doğa durumunda olacak kadar hayvani olsalardı, bu durumdan asla çıkamazlardı²⁷. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere doğa durumunda amaçlara erişme konusunda eşit olan insanlar bu ortamda tutkularıyla hareket ederek sürekli daha güçlü olmanın yollarını aramaktadır. Bu durum herkesin herkesle savaştığı, insanların hayatta kalabilmek için sonu gelmeyen tehditlerle mücadele etmek zorunda kaldığı bir ortam yaratmaktadır²⁸. Böyle bir ortamda ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalan insanlar için güvenlik kaygısı dolayısıyla hayatta kalma tutkusu diğer her şeyden önemli hale gelmektedir. İşte tam da bu noktada insanlar genel bir güvenlik konusunda uzlaşa sağlayarak bu amaç doğrultusunda bir araya gelmek suretiyle yaptıkları bir sözleşme ile “her şeyi yapabilme haklarını” egemen bir güce devreder²⁹. Doğa durumundan kurtuluş, “kimsenin hiçbir şey yapmaya hakkının olmaması” yani insanların güç ve erki bir kişi ya da bir kurula bırakması suretiyle mümkün hale gelir³⁰. Görüldüğü üzere insanı doğa durumuna sokan da doğa durumundan çıkararak da tutkularıdır³¹. Konu bu bağlamda ele alındığında paradoksal bir durumun söz konusu olmadığı söylenebilir.

²⁶ **Steinberger, Peter J.** (2008) “Hobbes, Rousseau and the Modern Conception of the State”, *The Journal of Politics*, C:70, S:3, s.597.

²⁷ **Ake, Claude** (1970) “Social Contract Theory and the Problem of Politicization: The Case of Hobbes”, *The Western Political Quarterly*, C:23, S:3, s.463.

²⁸ **Ağaoğulları, Mehmet Ali** (Editör) (2015) “Batı’da Siyasal Düşünceler: Sokrates’ ten Jakobenlere” 6. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s.435.

²⁹ **Gökberk, Macit** (2010) “Felsefe Tarihi” 20. Baskı, İstanbul, Remzi Kitapevi, s.253.

³⁰ **Şenel, Alaeddin** (1995) “Siyasal Düşünceler Tarihi, Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş” 4. Baskı, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, s.325.

³¹ **Ake**, s.469.

Hobbes'a göre toplumsal sözleşmeyle ortaya çıkan egemen güç, mutlak olup devredilemez ve bölünemez bir niteliktedir³². Egemen, yasama, yürütme, yargı erklerini, cezalandırma yetkisini, savaş ve barış yapma yetkisini kendi bünyesinde toplamıştır³³. Egemenin temel görevi, insanların can ve mal güvenliğini sağlamaktır. Keza uyrukları arasında ayırım gözetmeksizin adil bir düzen tesis etmek, kamunun huzurunu ve refahını temin etmek, halkı eğitmek, egemenin dolayısıyla devletin bekasını korumak egemen gücün diğer görevleri arasında sayılmaktadır³⁴. Hobbes'a göre egemen güç, tek bir kişide toplanabileceği gibi bir meclis ya da bir kurulda da toplanabilir ve bu doğrultuda üç tür commonwealth ortaya koyar³⁵. Bunlar monarşi, demokrasi ve aristokrasidir³⁶. Bahsedilen bu üç yönetim şekli dışında başka bir yönetim şekli olamayacağını iddia eder³⁷. Hobbes, monarşiyi tercih eder çünkü ona göre kendi içinde bölünmüş bir krallık ayakta duramaz ve gücünü etkili ve verimli bir şekilde kullanamaz³⁸. Hobbes'a göre monarşiden hoşnutsuzluk duyanlar onu zorbalıkla, aristokrasiyi beğenmeyenler oligarşiyle, demokrasiyi sevmeyenler ise onu anarşi ile özdeşleştirir³⁹. Oysa bu üç tür commonwealth arasındaki fark, güç farkından değil halkın huzur ve güvenliğini sağlamaya elverişlilik ya da yatkınlık farkından kaynaklanmaktadır. Halk monarşide, demokraside ve aristokraside aynı haklara sahiptir. Hobbes'un monarşiyi, demokrasi ve aristokrasiyi tercih etmesini, savaş çağında yaşamış olmasına bağlamak mümkündür. Zira otuz üç yıl (1618-1648) boyunca devam eden ve zayıf bir egemenin toplumun barış ve düzenini sağlamadığını gören Hobbes, yönetimde mutlak güce sahip olmanın gerekliliğine vurgu yapar⁴⁰.

³² Ağaoğulları, (2015), s.444.

³³ Şenel, s.326.

³⁴ Ağaoğulları, (2015), s.450-451.

³⁵ Göze, Ayferi (1989) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s.142.

³⁶ Ağaoğulları (2015), s.449.

³⁷ Göze, s.143.

³⁸ Sasan, s.38.

³⁹ Göze, s.143.

⁴⁰ Sasan, s.38.

Yukarıda Hobbes'un doğa durumunu nasıl ele aldığına ve insanların niçin toplumsal bir sözleşme yapma gereksinimi duyduğuna kısaca değinilmiştir. Hobbes, doğa durumundan siyasal topluma geçişin aşağıda ayrıntılarıyla yer vereceğimiz üzere on dokuz doğa yasasıyla mümkün olduğunu ifade eder. Bu kapsamda doğa yasalarının daha iyi anlaşılabilmesi için doğal hak ve doğal hukuk kavramı üzerinde durulacaktır.

II. THOMAS HOBBS'DA DOĞAL HAK KAVRAMI

Doğal hak doktrini, klasik doğal hak ve modern doğal hak doktrini olmak üzere iki ekole ayrılmaktadır. Klasik doğal hak doktrininin Sokrates, Platon, Aristoteles, Stoacı filozoflar ve Aquino'lu Thomas ile Aziz Augustinus başta olmak üzere Hıristiyan düşünürler tarafından geliştirildiğini⁴¹, modern doğal hak doktrininin ise Hobbes, Spinoza, Locke, Grotius, Rousseau gibi düşünürler tarafından şekillendirildiğini söylemek mümkündür⁴². Modern ya da subjektif doğal hak doktrini, kişilerin sorumluluklarından ziyade özgürlüklerine odaklanır. Diğer insanların haklarına müdahale etmedikleri müddetçe insanların özel hayatlarını dilediği gibi şekillendirebileceğini ifade eder. Doğru-yanlış ya da iyi-kötü gibi kavramların kişilerin bireysel alanına bırakılmasından mütevellit subjektif doğal hak doktrini olarak nitelendirilir⁴³. Klasik ya da objektif doğal hak doktrini; modern doğal hak doktrininin aksine kişilerin özel hayatlarında sınırsız bir özgürlüğe sahip olmadığını, herkesin kendi hayatında tatbik etmekle yükümlü olduğu objektif birtakım normlar olduğunu iddia eder. Bahsi geçen bu yasaların beşeri yasalarla düzenlenmesi zorunlu olmayıp, kişiler bunlara kendi iradeleri ile uyma yükümlülüğü altındadır⁴⁴. Klasik doğal hak doktrine göre kişilerin şahsi tercihlerinin ötesinde ve üstünde Tanrı, doğa veya yasa gibi bir kaynaktan neşet eden evrensel bir adalet ve hakkaniyet anlayışı bulunmaktadır⁴⁵.

⁴¹ **Strauss, Leo** (2011) *Doğal Hak ve Tarih*, (Çeviren: Erşen, Murat/Onur, Petek) Natural Right and History, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, s.147.

⁴² **Güller, Abdülsamet** (2021) "Tabii Hukuk Anlayışının Klasik ve Modern Dönem Görünümleri Üzerine Bir Karşılaştırma", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:2, s.1287.

⁴³ **Uslu, Cennet** (2007) "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar", (Doktora), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.12.

⁴⁴ **Uslu**, s 11.

⁴⁵ **Uslu**, s 25.

Çağdaş filozoflar arasında yer alan Alan Gewirth, hak kavramının açık veya net bir şekilde tanınmadığı ve açıklanmadığı durumlarda bile hakların tüm toplumlarda var olduğunu savunmakta iken; diğer uçta yer alan Alisdair MacIntyre, Gewirth'in argümanını eleştirerek doğal hakları, modern liberal bireyciliğin talihsiz bir icadı olarak görmekte ve bir kenara atmamız gereken kurgular olarak nitelendirmektedir. Öte yandan Jack Donnelly, doğal haklar teorisinin Batı menşeli 17. ve 18. yüzyıllardaki burjuva devriminin bir ürünü olduğunu kabul etmekte ancak buna rağmen teorisinin, günümüzün tüm toplumlarına genel olarak uygulanabilir kılan bir evrenselliğe sahip olduğunu savunmaktadır⁴⁶.

İnsan hakları ifadesi iki yüzyılı aşkın bir süredir kullanılmakta olup, İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana yaygınlaşmıştır. Daha eski bir ifade olan doğal haklar ile bariz benzerlikleri vardır. Hatta bazı yazarlar bu iki terimi eş anlamlı olarak ele almaktadır⁴⁷. Doğal haklar, birileri tarafından insana verilmeyen insanların doğuştan kazandığı haklar olup bu haklar devredilemez niteliktedir⁴⁸. Leo Strauss, “modern dönem öncesi doğal hukuk doktrinlerinin insanın ödevlerini öğrettiğini” oysa modern liberal siyaset teorisinin “insanın ödevlerinden farklı olarak haklarını temel siyasi olgu olarak gördüğünü” belirtmektedir⁴⁹. Ancak doğal hak kavramına yönelik olarak muhtelif eleştiriler de söz konusudur. Doğal hakların insan aklı tarafından fark edilebilen ve evrensel olarak kabul edilen haklar olduğu iddia edilmesine rağmen tarihsel olarak bunun kanıtlanabilir olmadığı iddia edilmektedir⁵⁰. Zira bu görüşe göre, farklı toplumların farklı zaman dilimlerinde adalet ve hak kavramının ne kadar değişkenlik gösterebileceğini tarihi ve antropolojik kayıtlarda görmek mümkündür.

⁴⁶ **Tierney, Brian** (2001) *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law*, Grand Rapids, MI: William B. Eerdmans Publishing Company, s.2.

⁴⁷ **Pennock, J. Roland** (1981) “Rights, Natural Rights, And Human Rights-A General View”, *Nomos*, C:23, s.1.

⁴⁸ **Çavuşoğlu, Aslı** (2019) “Doğal Haklar ve Jeremy Bentham”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C:37, s.26.

⁴⁹ **Pennock**, s.1.

⁵⁰ **Strauss, Leo** (1950) “Natural Right and the Historical Approach”, *The Review of Politics*, C:12, S:4, s.422.

Doğal hak denilince akla ilk gelen filozoflardan biri olan Hobbes, doğal hak kavramını doğa durumundaki insan doğasından yola çıkarak inşa eder⁵¹. Fortin, Hobbes'un modernliğin ve özellikle de modern hak kavramının kurucusu olduğunu savunur. Bu görüşe göre, Hobbes'un pozisyonunun yeniliği, birincil ahlaki karşıt olarak ödevlerden ziyade hakları ilan etmesinden ibarettir⁵². Hobbes, doğal hakkı Leviathan'ın "Birinci ve İkinci Doğa Yasaları ve Sözleşmeler Üzerine" başlıklı 14. bölümünde şöyle tanımlar: "Kendi doğasını, yani kendi hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve kendi muhakemesi ve akli ile bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür."⁵³. Hobbes doğal hak kavramını siyasal toplum ile doğa durumu arasındaki bir orta terim olarak değerlendirir ve toplum sözleşmesini mümkün kılan bir aracı olarak bakar⁵⁴. Hobbes için doğal hak, insan doğasının en temel içgüdüleri olan yaşamaya devam etme tutkusuna dayanan temel bir haktır. Diğer doğal haklar ise özgürlük ve sosyal eşitliğe ilişkin haklardır. Bireyler, baskıdan kurtulma ve gerektiğinde öldürerek hayatlarını savunma hakkına sahiptir⁵⁵.

Hobbes, doğa durumunda herkesin her şeye hakkı olduğunu vurgular fakat önemli bir şeyin altını çizer. Herkesin her şey üzerinde hakkı olduğu bir durum kaosu meydana getirir. Hiç kimse doğanın bahsettiği yaşam süresini güven içinde geçiremez. Herkes geleceğe dönük olası bir can ve mal kaybı endişesiyle hayatını idame ettirir⁵⁶. Doğa durumunda insanların sahip olduğu bu haklar kaynağını doğal hukuktan alır⁵⁷. Doğal hukuk teorisi, bir üst hukukun varlığına dair

⁵¹ **Karagözoğlu, Hümeýra** (2006) "Homo Homini Lupus: Thomas Hobbes'un Ahlak Felsefesi Üzerine" Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:31, s.224.

⁵² **Tierney, Brian** (2002) "Natural Law and Natural Rights Old Problems and Recent Approaches", The Review of Politics, C:64, S:3, s.396.

⁵³ **Hobbes**, s.96.

⁵⁴ **Cevzici, Ahmet** (2016) "Felsefe Tarihi 3 17. Yüzyıl Felsefesi", 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, s.130.

⁵⁵ **Starkstein**, s.135.

⁵⁶ **Bravo**, s.73.

⁵⁷ **Geçit, Bekir** (2021) "Thomas Hobbes'da Eşitlik, Özgürlük ve Güvenlik Sorunu: Doğa Yasası Temelinde Bir Değerlendirme", Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:11, S:21, s.206.

argümanlar sunar ve bu üst hukukun içeriğine dair detaylandırmalar ile bir üst hukukun varlığının ne gibi sonuçlar doğurduğuna dair analizler ortaya koyar⁵⁸. Doğal hukuk insanların fitratları gereği uymak zorunda oldukları insanları barışa teşvik eden ve tüm insanlar için evrensel kabul edilen yasalardır. Toplum yasaları genel itibarıyla doğal hukukla aynı şeyleri ihtiva eder fakat yaptırım gücü noktasında birbirinden ayrılırlar. Devletin kurulmasıyla yazılı hale gelen doğal hukuk, toplum yasası halini alır ve toplum yasasına dönüştüğü andan itibaren egemen güç bu yasaların ihlali halinde kişileri cezalandırır⁵⁹. Bir diğer üzerinde durulması gereken husus pozitif hukuk ile doğal hukuk arasındaki ilişkidir. Pozitif hukuk ile doğal hukukun çakıştığı noktalar olduğu gibi ayrıştığı noktalar da vardır. Her ikisi de toplumsal düzeni sağlamaya yönelik kurallardan teşekkül eder. Pozitif hukuk, doğal hukuktan farklı olarak insanların karar ve uzlaşmaları doğrultusunda gerçekleştirilen yasama eylemiyle yaratılan hukuk sistemidir⁶⁰. Pozitif hukuk devlet tarafından tekvin edilip cebir gücüne sahipken⁶¹, doğal hukuk insanın doğasına mündemiç beli birtakım evrensel adalet ilkeleri olduğunu ve insanların kural koyarken mezkûr ilkelere uyması gerektiğini savunur⁶². Bu iki kuram arasındaki temel farklılık, doğal hukukun değişmez ve evrensel birtakım ilkelerin varlığı varsayımına karşılık; pozitif hukukun, hukukun çağa ve topluma göre kendini yenilediği ve değiştiği varsayımıdır⁶³.

Hobbes'a göre "Doğal hukuk, ancak bir devlet kurulduğunda, gerçekten yasa hükmü kazanır, daha önce değil; çünkü ancak o zaman devletin buyruğu ve devletin yasası haline gelir. İnsanları ona uymaya zorlayan şey egemen güçtür... Dolayısıyla, doğal hukuk dünyanın bütün devletlerinde toplum yasalarının bir

⁵⁸ **Bix, Brian** (2010) "Natural Law Theory", A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, s.211.

⁵⁹ **Geçit**, s.206.

⁶⁰ **Cevzici, Ahmet** (2005) Felsefe Sözlüğü, 6. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, s.1368.

⁶¹ **Çetin, Yalçın** (2009) "Thomas Hobbes, John Locke ve Benedictus (Baruch) de Spinozada Doğal Hukuk", (Yüksek Lisans), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.25.

⁶² **Ingram, David Bruce** (2019) Hukuk Felsefesi, (Çeviren: Dağabak, Ezgi Su), Key Concepts in Philosophy, 1. Baskı, İstanbul, Fol Yayınları, s.36.

⁶³ **Çetin**, s.28.

parçasıdır.”⁶⁴ Görüldüğü üzere Hobbes, doğal hukuku kabul eder. Hobbes’a göre doğa durumunda herkesin her şeye hakkı olması nedeniyle ortaya çıkan kaostan kurtulmak için siyasal topluma geçen insanlar, haklarını kendi özgür iradeleri doğrultusunda doğal hukuka uygun hareket etmek üzere sınırlandırır⁶⁵.

III. THOMAS HOBBS’UN ON DOKUZ DOĞA YASASI

Yukarıda doğal hak ve doğal hukuk kavramının Hobbes tarafından nasıl anlaşıldığı değerlendirilmiştir. Bir diğer üzerinde durulması gereken husus ise “doğa yasası” kavramıdır. Zira Hobbes’un siyaset felsefesinde hem doğal hak hem de doğa yasası kavramları önemli bir yer tutmaktadır. Hobbes, doğa yasasını “Akılla bulunan ve insanın kendi hayatı için zararlı veya hayatını koruma yollarını azaltıcı olan şeyleri yapmasını yasaklayan veya insanın hayatını en iyi şekilde koruyabileceğini düşündüğü bir ilke veya genel kural”⁶⁶ olarak ifade eder. Bunu söyledikten sonra hak ve yasanın farkını şu şekilde açıklar: “Hak, yapmak veya yapmamak özgürlüğünden oluşur; Yasa ise, bunlardan birini tespit ve ilzam eder: yani, yasa ve hak, aynı konuda birbiriyle tutarlı olmayan yükümlülük ve özgürlük kadar ayrı şeylerdir.”⁶⁷ Buradan hareketle doğal hakkın bireylerin bir şeyi yapıp yapmama özgürlüğü olduğunu, doğa yasasının ise kişilere tercih hakkı sunmayan herkes için geçerli olan ve uyulmadığı takdirde müeyyidesi olan kurallar bütünü olduğunu belirtir⁶⁸.

Hobbes, insanın kendi yaşamına zarar veren ya da yaşamını korumanın yollarını ortadan kaldıran şeyleri yapmasının yasaklandığı; akıl tarafından bulunan insanların üzerinde anlaşmaya varabilecekleri uygun barış maddeleri öneren doğa yasasını türetir⁶⁹. Hobbes için doğa yasaları, tüm insanların kendilerini

⁶⁴ **Hobbes**, s.191.

⁶⁵ **Uzun, Ertuğrul** (2004) “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S: 2, s.309.

⁶⁶ **Hobbes**, s.96-97.

⁶⁷ **Hobbes**, s.97.

⁶⁸ **Ağaoğulları, Mehmet Ali** (2010) Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, s.439.

⁶⁹ **Zagorin, Perez** (2009) Hobbes and the Law of Nature, Princeton University Press, s.42.

koruma arzusuyla vardıkları bir antlaşma ya da sözleşme gibi işler. Zira ona göre insanları, arzularını dizginleme ve ortak bir egemeni kabul etme konusunda birleştirecek olan en önemli şey ölüm korkusudur⁷⁰.

Hobbes, toplamda on dokuz tane değişmez, uyulması kolay ve ebedi doğa yasası sayar ve ekler “Bu yasaların bilimi, gerçek ve tek ahlak felsefesidir.”⁷¹. Bu yasalar akılla buldukları için doğal değildir ancak devlet içerisinde ortaya çıkmadıkları için yapay olduklarını söylemek de mümkün değildir. Söz konusu yasalar esasında doğa durumundan siyasal topluma geçişi sağlayan vasıtalar⁷². Hobbes, Leviathan’ın “Birinci ve İkinci Doğa Yasaları ve Sözleşmeler Üzerine” başlıklı 14. bölümünde birinci ve ikinci doğa yasası üzerinde önemle durur. “Diğer Doğa Yasaları Üzerine” başlıklı 15. Bölümünde ise kalan on yedi adet doğa yasasını sıralar.

Birinci doğa yasası barışı aramak ve izlemektir⁷³. Bu yasa ile aklın genel kuralı veya emrini formüle eder. Esasında bu yasa ile her insanın elde etme umudu olduğu müddetçe barış için çaba göstermesi gerektiği kastedilir. Bu ilk doğa yasasına bağlı olarak, eğer bir insan barışı arar ama elde edemezse, o zaman kendisini her türlü yolla savunabileceği doğal hakkını kullanmakta özgürdür⁷⁴.

Hobbes’un çok küçük yaşlarından itibaren ve hayatının sonuna kadar korku ve güvenlik sorunuyla iç içe olması dolayısıyla “güvenlik sorunu” siyaset felsefesinde oldukça önemli bir alanı işgal eder. Hobbes, savaş ve fetihden gerçekten zevk alan bazı insanlar olduğunu kabul eder ancak gücün genel itibarıyla kişinin hayatı da dâhil olmak üzere sahip olduklarını güvence altına almaya hizmet ettiğini belirtir. Peki, insanların çoğu gerçekten güvenlik ve huzur arıyorsa, bunu sağlamak niçin bu kadar zordur? Eğer taraflardan hiçbiri diğerinin bir başkası üzerinde güç kullanmayacağından emin olamıyorsa, o zaman barışı gerçekten arzulayanlar arasında bile

⁷⁰ Starkstein, s.136.

⁷¹ Hobbes, s.116.

⁷² Zelyüt, Solmaz (2010) Dört Adalı: Hobbes-Locke Berkeley-Hume, 2. Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, s.35.

⁷³ Hobbes, s.97.

⁷⁴ Zagorin, s.43.

savaş sürmeye devam eder⁷⁵. İşte tam da bu noktada Hobbes'un birinci ve temel doğa yasası devreye girer "herkesin, onu elde etme umudu olduğu ölçüde, barış sağlamak için çalışması gerektiği; onu sağlayamıyorsa, savaşın bütün yardım ve yararlarını araması ve kullanması gerektiği"⁷⁶ ilkesi ortaya çıkar.

Barış arayışına yönelik bir emir olan birinci doğa yasası, doğru akıl tarafından onaylanan, nesnel olarak doğru ve her bireyin rasyonel öz çıkarına hitap eden ahlaki bir yasadır. Hobbes, birinci doğa yasası başta olmak üzere diğer tüm doğa yasalarını Yeni Ahit'te yer alan şu altın kural ile özetler: "Kendine yapılmamasını istemediğin şeyi başkasına yapma!". Hobbes'a göre bu söz en aptal insanların bile anlayabileceği bir söz olup doğru ve her bireyin rasyonel öz çıkarına hitap eden ahlaki bir yasadır⁷⁷.

İkinci doğa yasası kişinin barışı ve kendini korumak için her şey üzerindeki hakkını bırakarak diğer insanlara tanıdığı kadar özgürlükle yetinmektir⁷⁸. İkinci doğa yasası doğrudan birinci doğa yasasından kaynaklanır. İlk yasa olan "barışı aramak" barış getirici olarak tanımlanan belirli bir eylemi gerçekleştirmeyi emretmekten çok kişinin tutumunu değiştirmesini emreder⁷⁹. Esasında burada kişiye aktif bir edim yüklenmez. Savaşı istememek aslında barışı istemektir şeklinde basit bir formül üzerine kurulur. Toplumun çok büyük bir kısmı savaş istemese bile azınlığın istemesi halinde güvensizlik devam eder. Hobbes, herkesin her şey üzerinde hakkının olduğu bu doğal hakkı devam ettiği müddetçe hiç kimsenin güven içinde olmayacağını belirtir⁸⁰. Böyle bir ortam kişinin, her konuda kendi kendisinin yargıcı olmasının yolunu hazırlar. İkinci yasa bu temayı ele alır ve kişi, başkaları da istekli olduğunda, her şey üzerindeki hakkını bir kenara bırakmaya istekli

⁷⁵ **Read, James H.** (1991) "Thomas Hobbes: Power in the State of Nature, Power in Civil Society", *Polity*, C:23, S:4, s.511.

⁷⁶ **Hobbes**, s.97.

⁷⁷ **Zagorin**, s.43.

⁷⁸ **Hobbes**, s.97.

⁷⁹ **Ross, Ralph Gilbert/Schneider, Herbert Wallace/Waldmann, Theodore** (1974) *Thomas Hobbes in His Time*, U of Minnesota Press, s.76.

⁸⁰ **Hobbes**, s.97.

olmalı ve diğer insanlara karşı onların kendisine karşı izin verdiği kadar özgürlüğe razı olmalıdır⁸¹. Hobbes ikinci doğa yasasının işler olabilmesini, insanların sözleşme yoluyla her şey üzerindeki doğal haklarından feragat etmesine bağlar⁸².

Üçüncü doğa yasası adalettir. Bu yasa, ikinci yasadaki kaynaklarıdır. Zira hakların karşılıklı olarak ortaya konmasına yönelik bir anlaşma, insanların ahitlerine sadık kalmaları gibi bir yükümlülük olmasaydı barışı engelleyen etkisiz bir anlaşma olurdu. Hobbes, adalet kelimesini bazen geniş bazen de dar ve daha kesin bir anlamda kullanır. Adaleti dar anlamda geçerli anlaşmaların yerine getirilmesi olarak tanımlar. Bu nedenle, doğanın üçüncü yasası genellikle adaleti öngören yasa olarak anılır⁸³. Hobbes'a göre devletin kurulmasından önce ortada ne adalet ne de mülkiyet kavramı vardı. Adaleti olumsuz şekliyle oldukça basit bir şekilde tanımlar: "Ahdî ifa etmemek adaletsizliktir."⁸⁴ Hobbes, doğa yasalarına rağmen insanların kendi üzerlerinde onlara güvenlik sağlayacak ve onları huşu içinde tutacak büyük bir güç kurmalarının gerekli olduğunu belirtir. Aynı şekilde doğa yasalarını aklın emirlerinden, gerçek ve uygulanabilir yasalara dönüştürmek için görünür egemen bir gücün iradesi ve emrinin gerekli olduğunu ifade eder. Başka bir deyişle, doğal hukukun yürürlüğe girmesi için, egemenliğin gereklerinden biri olan yasa koyma ve yasaları çiğneyenleri cezalandırma yetkisi de dâhil olmak üzere, büyük bir güçle donatılmış bir egemen tarafından yönetilen bir topluluğun var olması gerekliliğine vurgu yapar⁸⁵. Adalet kavramıyla, insanların yaptıkları ahitleri ifa etmesi gerekliliği üzerinde dururken taraflardan birinin üstüne düşen görevi yapmadığında niçin bu durumun kimsenin çıkarına olmayacağını tartışır. Taraflardan biri ahdi ihlal eder ve adaletsiz davranırsa bu durum kişinin temerrüde düşen taraf olarak ününün kendisinden önce geleceğini ve kişiyi başkalarının düşmanı haline getireceğini iddia eder⁸⁶.

⁸¹ Ross, Ralph Gilbert/Schneider, Herbert Wallace/Waldmann, Theodore, s.76.

⁸² Zagorin, s.43.

⁸³ Undersrud, David (2014) "On Natural Law and Civil Law in the Political Philosophy of Hobbes", History of Political Thought, C:35, S:4, s.694.

⁸⁴ Hobbes, s.106.

⁸⁵ Zagorin, s.52.

⁸⁶ Springborg, s.130.

Dördüncü yasa minnettarlıktır. Bir bireyin diğerine özgürce sağladığı faydalar için diğer bireyin minnettarlık duyması gerekir; zira nankörlük hüküm sürer ve fayda sağlayanlar iyi niyetlerinden pişmanlık duymak için makul nedenlere sahip olursa⁸⁷, Hobbes'un belirttiği gibi “hayırseverlik veya itimat ve dolayısıyla karşılıklı yardım ve insanlar arasında uyum olmayacaktır ve dolayısıyla hep savaş durumunda kalacaklardır.”⁸⁸ Bu doğa yasasını egemen üzerinden yorumlayan görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre birçok kişiden hak devrini alarak kendisini ya da insan topluluğunu egemen kılan kişi ya da insan topluluğu için bu doğa yasası bir armağandır. Ancak insanların haklarını bıraktığı egemen, barışı sağlamaz ve bunu sağlamak için elinden geleni yapmazsa bu doğa yasasını çiğnemiş olur⁸⁹.

Beşinci doğa yasası, karşılıklı uyum ve nezakettir. Hobbes, topluma uyum göstermeyen inatçılığı yüzünden ıslah edilemeyen ve toplum üzerinde bir yük gibi duran insanların toplum dışında bırakılmasını ya da toplumdan tamamıyla atılması gerektiğini belirtir⁹⁰. Bu bağlamda kolektif kendini koruma ya da barış için gereksiz olan her şeyi, özellikle de çatışmayı ya da barışın bozulmasını kısırtan gereksiz her şeyi elde tutan bir kişinin davranışı beşinci doğa yasasına aykırılık teşkil eder⁹¹.

Altıncı doğa yasası, affetmektir. Bir kimsenin geçmişte yaptıklarından pişman olması halinde affetmek temel ve birinci doğa yasası olan barışı izlemenin bir uzantısıdır⁹². Affetmek aynı zamanda beşinci doğa yasası olan karşılıklı uyum ve nezaketle de bağlantılı olup, kişileri affetmek toplumda yer alan insan ilişkileri arasındaki uyumu da artırır⁹³.

Yedinci doğa yasası, ölç alırken gelecekteki fayda hesabının yapılmasıdır. Hobbes, amacı elde edecek bir şey olarak değerlendirir ve ölç alarak başkasının

⁸⁷ Zagorin, s.43.

⁸⁸ Hobbes, s.111.

⁸⁹ Springborg, s.130.

⁹⁰ Hobbes, s.111.

⁹¹ Springborg, s.130.

⁹² Hobbes, s.112.

⁹³ Springborg, s.130.

uğradığı zarardan gurur duymanın hiçbir amaca hizmet etmeyeceğini belirtir⁹⁴. Sekizinci doğa yasası aşağılamaya karşı olmaktır. Hobbes, aşağılama duygusunun kavgayı kışkırttığını ve bu nedenle kimsenin ne sözle ne de jestle karşı tarafı aşağıladığını gösterecek bir davranışta bulunmaması gerektiğini belirtir⁹⁵.

Dokuzuncu doğa yasası kibre karşı olmaktır. Hobbes, bu doğa yasasını eşitlik bağlamında ele alır. Kişinin kendini bir başkasından üstün görmesini kibir olarak nitelendirir ve barış ortamını bozduğunu ifade eder. Onuncu doğa yasası, küstahlığa karşı olmaktır. Barış ortamını tesis etmek için bütün insanların haklarını bir egemene devrettiği bir ortamda bazı insanların diğer insanlara verilmeyen birtakım hakların kendilerine verilmesini talep etmesini Hobbes, küstahlık olarak değerlendirir. On birinci doğa yasası, hakkaniyettir. Hobbes, insanlar arasında çıkacak bir ihtilafta hakem olarak görevlendirilen kişinin tarafsız olması gerekliliği üzerinde durur. Bu yasaya uyulmaması halinde kavga ortamının tekrar oluşacağını belirtir⁹⁶.

On ikinci doğa yasası, ortak şeylerin eşit olarak kullanılması iken, on üçüncü doğa yasası bölünemeyen ve ortaklaşa kullanılmayan şeylerin kura ile belirlenmesi gerekliliğidir. On dördüncü doğa yasası ekberiyet ve ilk zilyetliğe ilişkindir. Bir önceki doğa yasasında belirtildiği gibi bölünemeyen ve ortaklaşa kullanılmayan ilk zilyede ya da bazı durumlarda en büyük çocuğa verilmesidir. On beşinci doğa yasası, barış için aracılık edenlere yardım ederek güvenlik içinde geçmelerine izin vermektedir. On altıncı doğa yasası insanların anlaşmazlıklarını çözmek için rıza gösterdikleri hakem kararlarına razı olmasıdır. On yedinci doğa yasası, herkes kendi çıkarını gözetmesi için kendi davasının yargıcı olmaması esasına dayanır. On sekizinci doğa yasası kendinden kaynaklı olarak hakemin tarafsızlığını gölgede bırakacak bir durumun olması halinde o kişinin hakem olmamasıdır⁹⁷. On dokuzuncu ve son doğa yasası, bir anlaşmazlık durumunda yargıç iki tarafa da eşit mesafede durduğu için anlaşmazlığı çözmek için tanıklara başvurmasını ifade eder⁹⁸.

⁹⁴ Hobbes, s.112.

⁹⁵ Hobbes, s.112.

⁹⁶ Hobbes, s.113.

⁹⁷ Hobbes, s.114.

⁹⁸ Hobbes, s.115.

Hobbes'un ahlak anlayışını sözleşme öncesi ve sonrası olarak ikiye ayırmak mümkündür. Sözleşmeden önce yani doğa durumunda insanların en büyük amacı hayatta kalmak olduğu için insanlar tarafından bu amaç uğrunda gerçekleştirilen her eylem mübahtır. İşte tam da bu nedenle doğa durumunda iyi ya da kötü kavramı yoktur. Hobbes, akli ahlakın kaynaklarından biri olarak görür ve akılla ulaşılan on dokuz doğa yasasının ahlaki olduğuna vurgu yapar. Sözleşmeyle birlikte müeyyide gücünü elinde bulunduran egemenin ortaya çıkmasıyla bu ahlaki yasalara uymak zorunlu hale gelir. Böylece sözleşmeye uygun her davranış ahlaki, uygun olmayanlar ise gayri ahlaki olarak değerlendirilir⁹⁹.

IV. THOMAS HOBBS'UN ON DOKUZ DOĞA YASASININ HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk devleti deyimi, 1860'larda iki Alman hukukçu tarafından kullanılan "Rechtsstaat" kelimesinden gelmektedir. Anglo-Sakson ülkelerde ise hukukun üstünlüğü anlamına gelen "Rule of Law" kelimesi tercih edilmektedir. Ancak temelde bu iki kelime arasında bir fark yoktur¹⁰⁰. Hukukun üstünlüğü kavramı antik çağlardan beri var olmuştur. Platon ve Aristoteles'in yanı sıra erken dönem Hıristiyan filozofların yazılarında da yer alan bu kavram, 'kaynağı hükümdarın dışında olan bir kurallar sistemi olarak hukuka' dayalı bir toplum ideali olarak tezahür etmiştir. Ana fikir, hem devletin hem de vatandaşların hukuka bağlı olduğu ve hukuka uygun olarak hareket etmesi ve vatandaşların devletin keyfi yönetiminden korunması temeline dayanır¹⁰¹.

Öğretide hukuk devleti kavramı genellikle biçimsel ve maddi hukuk devleti teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Biçimsel anlamda hukuk devleti anlayışı, yargılamalar gerçekleştirilirken uyulacak usul kurallarının belirlenmesi, kanunların genelliği ya da kazanılmış haklara saygı gösterilmesi gibi biçimsel bir-

⁹⁹ Demiraslan, Müslüm (2023) "Thomas Hobbes'ta Ahlak-Siyaset", (Yüksek Lisans), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.52-56.

¹⁰⁰ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi (2012) 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s.106.

¹⁰¹ Bleiker, Christoph/Krupanski, Marc (2012) "The Rule of Law", In the Rule of Law and Security Sector Reform: Conceptualising a Complex Relationship, Ubiquity Press, C:5, s.21.

takım ilkeler koyarak egemenliği kullanan yasama, yürütme ve yargı erklerine yönelik olarak iktidarı sınırlama amacı güder¹⁰². Maddi hukuk devleti anlayışı ise, bir hukuk düzeninin yalnızca biçimsel kurallardan teşekkül etmemesi gerektiğini, aynı zamanda insan haklarının korunması, kamu yararı, insan onuru gibi içeriksel birtakım özelliklere de sahip olması gerektiğini savunur¹⁰³.

Hukuk devleti kavramından; devletin karar ve işlemlerinde hukuka uyduğu ve yargı denetimine tabi olduğu, insan haklarına dayalı, demokratik ve hukuki güvenliğin sağlandığı devlet anlaşılır¹⁰⁴. Bir devletin hukuk devleti olarak kabul edilebilmesi için birtakım asgari koşulları sağlaması gerekmektedir. Bu koşullar; devletin hukuk kuralları ile bağlı olması, hukuki güvenlik, insan hak ve özgürlüklerinin korunması, kanun önünde eşitlik, idarenin yargısal denetimi, bağımsız ve tarafsız yargı, demokratik siyasal rejim ve kuvvetler ayrılığı olmak üzere sekiz başlık altında toplanabilir¹⁰⁵. Bu koşullara sırasıyla aşağıda kısaca değinilecektir.

Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için hukukun genel ilke ve esasları çerçevesinde kendini sınırlandırması ve bu hukuk kurallarına bağlı kalması gerekmektedir¹⁰⁶. Hukukun genel ilkeleri kavramının tanımı üzerinde tam anlamıyla uzlaşılmış olmasa da genel olarak bulunduğu döneme bağlı olmaksızın, toplum içinde ortak adalet kavramını gerçekleştirmeyi amaçlayan, evrensel kabul edilen soyut, genel ve normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan kurallar bütünü olduğunu söylemek mümkündür¹⁰⁷. Fransız kamu hukukunda ortaya çıkan hukukun genel ilke ve esasları kavramı, zaman içinde daha da gelişerek bugün anayasa hukuku, idare hukuku, uluslararası hukuk başta olmak diğer hukuk alan-

¹⁰² **Aktaş, Sururi** (2020) “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, s.9.

¹⁰³ **Aktaş**, s.21.

¹⁰⁴ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.107.

¹⁰⁵ **Somuncu, Kübra** (2019) “Türkiye’de Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı” (Doktora), Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.18.

¹⁰⁶ **Gül, Mehmet Akif** (2022) “Egemenliğin Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti” (Yüksek Lisans), Kto Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s.82.

¹⁰⁷ **Akıl, Abdülkadir** (2003) “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:3, s.391.

larında kendine yer bulmuştur¹⁰⁸. Buradan hareketle, yalnız bireylerin değil devletin de hukukun genel ilke ve esasları çerçevesinde teşekkül eden kurallar ile bağlı olması ve eylemlerini bu kurallara uygun olarak ifa etmesi gerektiği anlaşılır.

Hukuki güvenlik ilkesi ise temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve istikrarı ortadan kaldıran kurallar ihdas etmeyen, devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kuralları ile bağlı olması gereken düzeni ifade eder¹⁰⁹. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmakta ve her iki ilke de devleti hukuk kurallarıyla sınırlandırarak bireyi devlet karşısında korumayı amaç edinmektedir¹¹⁰.

İnsan hakları; doğuştan gelen, devredilemez, devlet tarafından bahşedilmemiş, belli bir döneme ait olmayıp dini, etnik, siyasi farklılıklar gözetilmeksizin insanlığın olduğu her yerde tanınması gereken evrensel hak ve özgürlüklerdir¹¹¹. Bu bağlamda bu hakların korunması ve müdahale edilmemesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir¹¹². Böylece bireyin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınarak iktidar sınırlandırılmaya çalışılır.

Eşitlik ilkesi; sosyal, hukuki, ahlaki ve siyasal anlamda farklı şekillerde kullanılır. Sosyal eşitlik; insanları güç, varlık, gelir, cinsiyet, ırk gibi hiyerarşik olarak sıralanmış bir kategorizasyona tabi tutmayan bir toplum idealidir¹¹³. Ahlaki anlamda eşitlik; hakkaniyet çerçevesinde hakkı hak sahibine teslim etme, hukuki anlamda eşitlik, kanunun koymuş olduğu yasa ve müeyyidelerin bireyler arasında fark gözetmeksizin herkese adil bir biçimde uygulanması, siyasal anlamda eşitlik ise bir kimsenin bir başkasına apriori olarak üstün olmadığı, sınıfsal fark-

¹⁰⁸ **Yılmaz, Yunus** (2010) "İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulamaları" (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.7-8.

¹⁰⁹ **Altundiş, Mehmet** (2008) "Hukuki Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, S:10, s.61.

¹¹⁰ **Çaptuğ, Mehpare** (2021) "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:17, s.150.

¹¹¹ **Gül, Mehmet Akif**, s.101.

¹¹² **Torun, Yıldırım** (2010) "İnsan Hakları", Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, S:16, s.417.

¹¹³ **Pollock, Lansing** (2001) "Moral Equality", Public Affairs Quarterly, C:15, S:3, s.244.

ların gözetilmemesi anlamına gelir¹¹⁴. Kanun önünde eşitlik ilkesi ise kişiler arasında ayrımcılığın yapılmadığı, kişilerin adalet terazisinde dil, din, ırk, cinsiyet, varlık gibi nedenlerle farklı bir ölçüme tabi tutulmaması anlamına gelmektedir. Bu ilke hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkeleri arasında yer almasının yanında aynı zamanda başlı başına bir temel hak olarak da düşünülebilir¹¹⁵.

Hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir düzende devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir¹¹⁶. Hukuk devleti denilince akla ilk olarak yürütmenin kararlarını keyfi vermediği, yaptığı işlemlerde hukukla bağlı olduğu ve söz konusu işlemlerin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce denetiminin gerçekleştirilebilmesi gelmelidir¹¹⁷.

Hukuk devleti ilkesinin hayata geçebilmesi için tarafsız ve bağımsız bir yargı erkinin varlığı zorunludur. Yargı bağımsızlığı ile hiçbir devlet organının, makamın, kişinin ya da kurumun mahkemelere ya da hâkimlere müdahale edememesi kastedilir. Yargı tarafsızlığı ise hâkimin hakkaniyete uygun bir şekilde her türlü önyargıdan kaçınarak hukuka uygun karar vermesini ifade eder¹¹⁸. Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı hukuk devleti ilkesine mündemiç olup gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki düzenlemelerde kişilerin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁹.

Demokratik siyasal rejim, egemenliğin halka ait olduğu, halkın halk tarafından yönetildiği sistemi ifade eder. Demokrasi halk anlamına gelen “demos”

¹¹⁴ **Waligorski, Conrad P.** (1990) Equality, In the Political Theory of Conservative Economists, University Press of Kansas, s.76-77.

¹¹⁵ **Erdem, Jülide Gül** (2017) “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, Akademik Hassasiyetler, C:4, S:8, s.22-23.

¹¹⁶ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.109.

¹¹⁷ **Kuzu, Burhan** (2001) “Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti”, Akademik Araştırmalar Dergisi, S:11, s.2.

¹¹⁸ **Özkul, Fatih** (2016) “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S:3, s.203-204.

¹¹⁹ **İşten, İnanç** (2014) “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, C:13, S:2, s.308.

ile “egemenlik-iktidar” anlamına gelen kratos sözcüklerinden meydana gelir¹²⁰. Egemenlik bir kişi ya da zümreye ait olmayıp halktan kaynaklandığı için iktidarın koyduğu emir ve yasaklar halkın iradesinden doğmaktadır. Bu nedenle iktidar hukukla sınırlandırmayı esas kabul eden hukuk devleti ilkesi ile demokrasi arasında sıkı bir bağ vardır. Fakat demokrasiyle yönetilen her ülkenin hukuk devleti olduğunu söylemek mümkün değildir¹²¹.

Yasama, yürütme ve yargı işlevinin aralarında iş birliği olan ve birbirine karşı bağımsız organlar tarafından yerine getirilmesine kuvvetler ayrılığı ilkesi denir¹²². Çeşitli organlar arasında devletin yetkilerinin paylaşılması ve söz konusu yetkilerin nitelikleri ve sınırlarının belirlenmesi hukuk devleti ilkesinin güvencelerinden biridir¹²³. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, siyasal iktidarın tamamını elinde bulunduran mutlak monarşinin doğuracağı sıkıntıları ortadan kaldırmak ve bireyin devlete karşı daha güvenli bir pozisyonda olmasını sağlar. Böylece mutlak egemenlik sınırlandırılmakta ve hukuk devleti ilkesinin en önemli teminatlarından biri olan kişi hak ve özgürlükleri de güvence altına alınmaktadır¹²⁴.

Günümüzde uygar bir toplumun kriteri olarak gösterilen hukuk devleti ilkesi kapsamında değerlendirilen bazı ilke ve esasların Hobbes'un doğa yasalarının bir kısmında tezahürünü görmek mümkündür. Hukuk devleti ilkesi bağlamında Hobbes'un doğa yasalarına bakılacak olursa; Hukukun özünü oluşturan ve toplumda barış, uyum, hakkaniyet, eşitlik tesis etmek gibi görevleri olan¹²⁵ ve

¹²⁰ **Tunç, Hasan** (2008) “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:1, s.1115.

¹²¹ **Gül**, s.101.

¹²² **Akgül, Mehmet Emin** (2010) “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara Barosu Dergisi, S:4, s.81.

¹²³ **Demir, Halis** (2010) “Kuvvetler Ayrılığı Etrafındaki Yaklaşımların Tahlihi”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:14, S:1, s.239.

¹²⁴ **Özkul, Fatih** (2011) “Ulusal İrade ve Hukuk Devleti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:24, S:94, s.54-55.

¹²⁵ **Çeçen, Anıl** (1975) “Hukukta Norm ve Adalet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:32, S:1, s.96.

hukukun genel ilke ve esaslarından biri olan adalet kavramı, bir ilkeler bütünü olarak değerlendirilebilecek olan hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkilidir¹²⁶. Adalet kavramı, şekli ve maddi olmak üzere iki şekilde ele alınır. Maddi adaleti, günümüz şartlarında sosyal adalet ile genişlemeye açık ve ulaşılması gereken idealler bütünü olarak düşünülen¹²⁷ insan haklarının korunması gibi belli başlı temel ilkelerin uygulanmasını talep eden adalet anlayışı olarak tanımlamak mümkündür¹²⁸. Şekli adalet ise hukuk kurallarının içeriğiyle ilgilenmekten ziyade hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmadığıyla ilgilenir¹²⁹. Hukuk devleti ilkesi daha ziyade maddi adalet kavramı ile özdeşleştirilmektedir.

Doğal hukuk kuramcıları, insanların akıllarında oldukça belirgin bir adalet fikri olduğunu iddia eder ve adalet kavramını özgürlük, güvenlik, eşitlik gibi kavramlarla birlikte ele alır¹³⁰. Bir doğal hukuk kuramcısı olan Hobbes, adalet kavramını güvenlikle özdeşleştirme yoluna gider. Adalet kavramı, Hobbes'un üçüncü doğa yasasında kendine yer bulur ve Leviathan'da adalet kavramını, şekli anlamıyla ele alır. Zira o, ahdin içeriğinden ziyade söz konusu ahdin insanlar tarafından ifa edilmesi gerekliliği üzerinde durur ve bu ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyen kimseyi adaletsiz olarak nitelendirir.

Adalet kavramı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkisi bulunan hakkaniyet ilkesinin tarih boyunca din, siyaset, felsefe gibi farklı disiplinlerde izdüşümünü görmek mümkündür. Hakkaniyet ilkesi; adalet, dürüstlük, merhamet, hukuk, eşitlik gibi pek çok farklı kavramı kapsayacak şekilde değerlendirilmiş olup bu bağlamda keskin bir tanımını yapmak mümkün değildir¹³¹. Temel hak ve hürriyetlerin korunduğu ve kaynakların dağıtımı noktasında eşitlik ilkesine ola-

¹²⁶ **Uygur, Güriz** (2004) "Adalet ve Hukuk Devleti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:53, S:3, s.33.

¹²⁷ **Yüksel, Anıl Güven** (2022) Toplumsal Yaşama Katılma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.7-8.

¹²⁸ **Uygur**, s.29.

¹²⁹ **Uygur**, s.30.

¹³⁰ **Güriz, Adnan** (2001) "Adalet Kavramı", Anayasa Yargısı Dergisi, S:28, s.14.

¹³¹ **Bingöl, Yusuf Enis** (2021) "Hukuk Düşüncesinde Hakkaniyet Kavramının Tarihi ve Felsefi Temelleri", (Yüksek Lisans), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.5-6.

bildiğince uyulan ve adaletin temeli olarak görülen hakkaniyet ilkesine¹³² Hobbes'un on birinci doğa yasasında değinilmiştir. Hobbes, hakkaniyet kavramını iki şekilde ele alır. İlk olarak insanlar arasında çıkacak bir ihtilafta görevlendirilecek hakemin tarafsız olması gerekliliği üzerinde dururken, ikinci olarak ise aklın önderliğinde bölüşümde adaletin sağlanmasını hakkaniyet olarak değerlendirir.

Hakemin tarafsızlığı ilkesinin yansımalarını on altıncı, on yedinci, on sekizinci ve on dokuzuncu doğa yasalarında da görmek mümkündür. Bahsi geçen bu doğa yasaları günümüzde hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan yargı erkinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi ile doğrudan ilintilidir. Buna göre hâkim, görevini ifa ederken duygularıyla hareket edemez, kimseye imtiyaz tanıyamaz, kendisinin yahut bir başkasının menfaatleri doğrultusunda karar veremez¹³³. On yedinci doğa yasası, “hiç kimse kendisinin yargıcı değildir” derken, on sekizinci doğa yasası “kendisinde doğal bir taraflılık nedeni olan kişi yargıç olamaz” der.

On altıncı doğa yasasında, kişilerin hakemin vermiş olduğu karara rıza göstermesi gerekliliği üzerinde durulur. Zira Hobbes'a göre aralarında ihtilaf çıkan kişilerin başka birinin kararına rıza göstermeyi kabul etmemesi halinde barış ortamından uzaklaşılır¹³⁴. Bu doğa yasasının, hukuki barışın sağlanması için taraflara eşit ve objektif bir şekilde yaklaşılması gerektiğini belirten hâkimin tarafsızlığı ilkesi ile ilintili olduğunu söylemek mümkündür. Objektif bir hâkime rıza gösteren taraflar, hâkimin verdiği karara saygı duyup bu kararları tanır ve kabul eder¹³⁵. On dokuzuncu doğa yasasında, iki tarafa da eşit davranmak zorunda olan hâkimin bir anlaşmazlığın çözümü için başka bir delil bulamaması halinde üçüncü kişilere yani tanıklara başvurması gerektiği belirtilir. Görüldüğü üzere bu doğa yasası da hâkimin hem davayı aydınlatma hem de tarafsız olması gerekliliğine vurgu yapar. Hobbes, tarafsız bir hakemi ve hakkaniyet ilkesini güvenilir bir top-

¹³² **Kabadayı, Talip** (2013) “Hakkaniyet” Adaletin Temelidir”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S:15, s.56.

¹³³ **Karaaslan, Varol** (2016) “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:2, s.98.

¹³⁴ **Hobbes**, s.114.

¹³⁵ **Karaaslan**, s.99-100.

lumun inşasında olmazsa olmaz ilkelere kabul eder ki günümüzde bu iki kavram hukuk devleti ilkesinin temel esasları arasında yer almaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin asgari şartlarından bir diğeri olan eşitlik ilkesinin yansımaları on iki, on üç ve on dördüncü doğa yasalarında görmek mümkündür. On ikinci doğa yasası ortak şeylerin eşit olarak kullanılmasını, on üçüncü doğa yasası bölünemeyen yahut ortaklaşa kullanılmayan şeylerin kura ile belirlenmesi gerektiğini belirtirken on dördüncü doğa yasası ise kuranın şekline ilişkin detaylara yer verilir. Hobbes, bahsi geçen doğa yasalarında insanlar arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin eşit ve adaletli bölüşüme vurgu yapar. Buradan hareketle Hobbes'un sosyal ve ahlaki eşitliğe vurgu yaptığını söylemek mümkündür. Hobbes, bu doğa yasalarında eşitlik ilkesinin yanı sıra aynı zamanda bölüşümde adalet kavramına değinerek hakkaniyet ilkesine bir kez daha atıf yapmaktadır.

Evrensel hukukun bağlayıcı ilkelerinden biri olan ve kaynağını hukuk devletinden alan, kamu ile birey arasındaki menfaat çatışmasını adil bir zemine taşıyan orantılılık ilkesine Hobbes'un yedinci doğa yasasında rastlanılır¹³⁶. Hobbes, başkasının uğradığı zarardan gurur duymanın hiçbir amaca hizmet etmeyeceğini belirtir ve ölç alırken itidalli davranmanın gerekliliğine vurgu yapar.

Hobbes, monarşiyi demokrasi ve aristokrasiye tercih eder. Zira ona göre bölünmüş bir iktidar güvenliği tesis edemez ve gücünü etkin bir biçimde kullanamaz. Bu bağlamda Hobbes'un bugün hukuk devleti ilkeleri arasında oldukça önemli bir yere sahip olan kuvvetler ayrılığı ilkesi ve demokrasi kavramı ile ters düştüğünü söylemek mümkündür. Ancak Hobbes'un her ne kadar monarşiyi meşrulaştırma amacı güttüğü söylene de Hobbes'un siyaset felsefesi kısmında değindiğimiz üzere o, egemenliğin bir grup insana (aristokrasi) veya tüm halka (demokrasi) verilebileceğini de kabul eder¹³⁷. Yaşadığı dönem itibarıyla parçalanmış bir egemenin toplumun barış ve düzenini sağlayamayacağını düşünür ve bu nedenle kuvvetler ayrılığı

¹³⁶ **Kahraman, Recep** (2021) "Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C:79, S:1, s.281.

¹³⁷ **Hampton**, s.105.

ilkesini kabul etmez. Aynı gerekçelerle demokrasiden ziyade monarşi yönetiminin halkın güvenliği ve huzuru için daha uygun olacağını iddia eder.

Minnet duyma, karşılıklı nezaket ve uyum içinde olma, affetme, kibir ve küstahlığın karşısında yer alma, barışı aramak ve barışa yardım etmek gibi doğa yasalarının ise hukuk devleti ilkesinin asgari şartlarından ziyade ahlak kurallarına vurgu yaptığını söylemek mümkündür. Ahlak kurallarının toplumsal düzeni tesis etmek noktasında yadsınamaz bir önemi olduğu açıktır. Hukuk kurallarının ahlak kurallarıyla çatışmadığı hatta bir noktada ondan neşet ettiğini bile söylemek mümkündür. Hukuk, temel insan ilişkilerini asgari müşterekte buluştururken, ahlak ise bireyin ruhen ulaşması gereken en yüksek idealini arar¹³⁸. Bu bağlamda Hobbes'un ortaya koyduğu kibir ve küstahlık karşısında pozisyon alma yahut minnettarlık ya da nezaket gibi doğa yasaları birer hukuk kuralı değildir. Dolayısıyla müeyyidesi yoktur fakat Hobbes'a göre bu doğa yasaları sağlıklı bir toplumun inşası için gerekli olan ahlak kurallarıdır. Görüldüğü üzere Hobbes'un ortaya koyduğu doğa yasalarından bazıları salt ahlaki değerlere yönelikken bazıları ise günümüzde hukuk devleti ilkesinin temel ilke ve esasları arasında gösterilen kuralları ihtiva eder.

SONUÇ

Doğa durumunun tarihsel gerçekliği tartışmalı olmakla birlikte Hobbes'un ortaya koyduğu doğa durumu ahlakın olmadığı anarşik, sert ve kasvetli bir ortamı tasvir eder. Hobbes insanlardaki ölüm korkusu ve güvenlik arzusunun diğer her şeyden daha önemli olduğunu iddia eder ve doğa durumunda insanının kendini korumasının doğal hakkı olduğunu belirtir. Buradan hareketle Hobbes, insanın kendi varlığını idame ettirmek adına uygun gördüğü her şeyi yapabilme özgürlüğü olduğunu belirtir. İşte bu durum doğası gereği çıkarıcı ve güç arayışı içinde olan insanlar arasında bitmek tükenmek bilmeyen bir çatışma ortamının yolunu açar. Hobbes'un kendi deyimiyle böylesi sefil ve acınası ortamdaki kurtulmanın tek yolu insanların bir araya gelerek haklarını ve özgürlüklerini bir egemen güce devretmeyi taahhüt eden sözleşmeden geçer.

¹³⁸ **Güloğlu, Yavuz** (2020) "Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:2, s.9.

Hobbes, güven ve huzur içinde yaşamak için insanların doğal haklarını, akılla bulunabilen herkesin üzerinde uzlaştığı barış şartlarını gerçekleştirecek on dokuz değişmez ve ebedi doğa yasasının aracılık ettiği bir sözleşme yoluyla egemene devretmesi gerektiğini belirtir. Böylece hakların devredilmesi ve vaatlerin yerine getirilmesiyle barış ve güven ortamı tesis edilir. Bu yasalar esasında doğal değildir. Zira akıl yoluyla bulunur ancak devlet içinde ortaya çıkmadıkları için yapay olduklarını söylemek de mümkün değildir. Bu yasalar, insanların vahşi doğa durumundan çıkıp barış ortamına nasıl geçileceğini gösteren birer yol haritasıdır. Hobbes'a göre diğer yasalar, barışı teşvik eden ve barış için tüm haklardan vazgeçilmesi gerektiğini söyleyen ilk iki doğa yasasından neşet eder. Ancak Hobbes, başkalarının işbirliğinin yokluğu halinde doğa yasalarına körü körüne itaat etmeyi savunmaz. Çünkü böyle bir durumda kendi hayatı tehlikeye girer ve en temel doğal hak olan kendini korumak için her türlü yola başvurma hakkı gündeme gelir.

Hobbes, doğa yasalarına uymayı ahlakla bağdaştırırken uymamayı gayri ahlaki olarak değerlendirir. Ortaya koyduğu bazı doğa yasalarının günümüzde hukuk devleti ilkesinin bazı asgari şartları olan adalet, hakkaniyet, eşitlik, kanun önünde eşitlik, orantılılık ilkesi gibi ilkelerle uyum içerisinde olduğu görülmektedir. Öte yandan Hobbes'un doğa yasalarında, günümüzde hukuk devleti ilkesinin teminatları arasında gösterilen kuvvetler ayrılığı ve demokratik siyasal rejim gibi kavramları çağrıştıracak ifadeler yer vermediği aksine bu kavramları güçlü bir siyasal iktidarın oluşmasında birer engel olarak gördüğünü söylemek mümkündür. Bazı doğa yasalarının ise doğrudan ahlaki erdeme vurgu yaptığı görülmektedir. Özetlemek gerekirse; Hobbes'a göre hem hukuk devleti kavramını meydana getiren ilke ve esaslara konu olan doğa yasaları hem de ahlaki erdeme vurgu yapan doğa yasaları barışı tesis etme noktasında herkesin uyması gereken emirlerdir.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali** (2010) *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali** (Editör) (2015) “Batı’da Siyasal Düşünceler: Sokrates’ten Jakobenlere”, 6. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.
- Ahrensdoꝛf, Peter J.** (2000) “The Fear of Death and the Longing for Immortality: Hobbes and Thucydides on Human Nature and the Problem of Anarchy”, *The American Political Science Review*, C:94, S:3, s.579-593.
- Ake, Claude** (1970) “Social Contract Theory and the Problem of Politicization: The Case of Hobbes”, *The Western Political Quarterly*, C:23, S:3, s.463-470.
- Akgül, Mehmet Emin** (2010) “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:4, s.79-101.
- Akıl, Abdülkadir** (2003) “Hukukun Genel İlkelere ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:7, S:3, s.385-423.
- Aktaş, Sururi** (2020) “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S:1, s.1-32.
- Altundiş, Mehmet** (2008) “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, S:10, s.60-94.
- Bingöl, Yusuf Enis** (2021) “Hukuk Düşüncesinde Hakkaniyet Kavramının Tarihi ve Felsefi Temelleri”, (Yüksek Lisans), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.5-6.
- Biser, Jennis J.** (2020) “Locke Versus Hobbes: Political Economy of Property Rights”, *Journal for Economic Educators*, C:20, S:1, s.1-27.
- Bix, Brian** (2010) “Natural Law Theory”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, s.211.
- Bleiker, Christoph/Krupanski, Marc** (2012) “The Rule of Law”, in *the Rule of Law and Security Sector Reform: Conceptualising a Complex Relationship*, Ubiquity Press, C:5, s.20-36.
- Carmichael, Don J. C.** (1990) “Hobbes on Natural Right in Society: The ‘Leviathan’ Account”, *Canadian Journal of Political Science / Revue Canadienne de Science Politique*, C:23, S:1, s.3-21.
- Cevzici, Ahmet** (2016) “Felsefe Tarihi 3 17. Yüzyıl Felsefesi”, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları.
- Cevzici, Ahmet** (2005) *Felsefe Sözlüğü*, 6. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, s.1368.

- Collins, Jeffrey R.** (2005) *The Allegiance of Thomas Hobbes*, Oxford University Press.
- Çaptuğ, Mehpare** (2021) “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S:17, s.133-160.
- Çavuşoğlu, Aslı** (2019) “Doğal Haklar ve Jeremy Bentham”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C:37, s.24-31.
- Çeçen, Anıl** (1975) “Hukukta Norm ve Adalet”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:32, S:1, s.71-115.
- Çetin, Yalçın** (2009) “Thomas Hobbes, John Locke ve Benedictus (Baruch) de Spinoza-da Doğal Hukuk”, (Yüksek Lisans), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Demir, Halis** (2010) “Kuvvetler Ayrılığı Etrafındaki Yaklaşımların Tahlili”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1, s.223-246.
- Demiraslan, Müslüm** (2023) “Thomas Hobbes’ta Ahlak-Siyaset”, (Yüksek Lisans), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Erdem, Jülide Gül** (2017) “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, *Akademik Hassasiyetler*, C:4, S:8, s.19-44.
- Geçit, Bekir** (2021) “Thomas Hobbes’da Eşitlik, Özgürlük ve Güvenlik Sorunu: Doğa Yasası Temelinde Bir Değerlendirme”, *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C:11, S:21, s.203-219.
- Glassey, Lionel K.** (2011) “Shaftesbury and the exclusion crisis”: Cooper, Anthony Ashley (Editör), *First Earl of Shaftesbury 1621-1683*, MPG Books Group.
- Gökberk, Macit** (2010) “Felsefe Tarihi” 20. Baskı, İstanbul, Remzi Kitapevi.
- Göze, Ayferi** (1989) *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- Gül, Mehmet Akif** (2022) “Egemenliğin Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti” (Yüksek Lisans), KTO Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.
- Güller, Abdülsamet** (2021) “Tabii Hukuk Anlayışının Klasik ve Modern Dönem Görünümleri Üzerine Bir Karşılaştırma”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:11, S:2, s.1284-1314.
- Güloğlu, Yavuz** (2020) “Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:2, s.1-18.
- Güriz, Adnan** (2001) “Adalet Kavramı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S:28, s.13-20.
- Hampton, Jean** (1988) *Hobbes and the Social Contract Tradition*, New York, Cambridge University Press.

- Hobbes, Thomas** (2007) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çeviren: Lim, Semih) *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil*, 6. Baskı, İstanbul, YKY Yayınları.
- Ingram, David Bruce** (2019) *Hukuk Felsefesi*, (Çeviren: Dağabak, Ezgi Su), *Key Concepts in Philosophy*, 1. Baskı, İstanbul, Fol Yayınları.
- İşten, İnanç** (2014) “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, C:13, S:2, s.285-313.
- Kabadayı, Talip** (2013) “Hakkaniyet” Adaletin Temelidir”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S:15, s.49-57.
- Kahraman, Recep** (2021) “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C:79, S:1, s.273-299.
- Karaaslan, Varol** (2016) “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:2, s.97-132.
- Karagözoğlu, Hümeýra** (2006) “Homo Homini Lupus: Thomas Hobbes'un Ahlâk Felsefesi Üzerine” *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C:31, s.215-242.
- Kuzu, Burhan** (2001) “Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti”, *Akademik Araştırmalar Dergisi*, S:11, s.1-25.
- Laskar, Manzoor** (2013) “Summary of Social Contract Theory by Hobbes, Locke and Rousseau”, *Locke and Rousseau* (April 4, 2013), s.1-7.
- Lowth, Cormac F.** (2004) “Finds of the Spanish Armada.” *Dublin Historical Record*, C:57, S:1, s.24-37.
- Merriam, Charles Edward** (1906) “Hobbes's Doctrine of the State of Nature”, *Proceedings of the American Political Science Association*, C:3, s.151-157.
- Newey, Glen** (2014) *The Routledge Guidebook to Hobbes' Leviathan*, New York, Routledge.
- Özkul, Fatih** (2011) “Ulusal İrade ve Hukuk Devleti” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C:24, S:94, s.33-68.
- Özkul, Fatih** (2016) “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, s.201-263.
- Pennock, J. Roland** (1981) “Rights, Natural Rights, And Human Rights-A General View”, *Nomos*, C:23, s.1-28.
- Pollock, Lansing** (2001) “Moral Equality”, *Public Affairs Quarterly*, C:15, S:3, s.241-260.

- Read, James H.** (1991) "Thomas Hobbes: Power in the State of Nature, Power in Civil Society", *Polity*, C:23, S:4, s.505-525.
- Ross, Ralph Gilbert/Schneider, Herbert Wallace/Waldmann, Theodore** (1974) *Thomas Hobbes in His Time*, U of Minnesota Press.
- Sasan, John Michael V.** (2021) *The Social Contract Theories of Thomas Hobbes and John Locke: Comparative Analysis*.
- Schochet, Gordon J.** (1967) "Thomas Hobbes on the Family and the State of Nature", *Political Science Quarterly*, C:82, S:3, s.427-445.
- Somuncu, Kübra** (2019) "Türkiye'de Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı" (Doktora), Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Springborg, Patricia** (Editör) (2007) *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge University Press.
- Starkstein, Sergio** (2018) *A Conceptual and Therapeutic Analysis of Fear*, Fremantle, Palgrave Macmillan.
- Steinberger, Peter J.** (2008) "Hobbes, Rousseau and the Modern Conception of the State", *The Journal of Politics*, C:70, S:3, s.595-611.
- Strauss, Leo** (1950) "Natural Right and the Historical Approach", *The Review of Politics*, C:12, S:4, s.422-442.
- Strauss, Leo** (2011) *Doğal Hak ve Tarih* (Çeviren: Erşen, Murat/Onur, Petek) *Natural Right and History*, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul.
- Şenel, Alaeddin** (1995) "Siyasal Düşünceler Tarihi, Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş", 4. Baskı, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2012) *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.
- Tierney, Brian** (2001) *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law*, Grand Rapids, MI: William B. Eerdmans Publishing Company.
- Tierney, Brian** (2002) "Natural Law and Natural Rights Old Problems and Recent Approaches", *The Review of Politics*, C:64, S:3, s.389-406.
- Torun, Yıldırım** (2010) "İnsan Hakları", *Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi*, S:16, s.415-424.

- Tunç, Hasan** (2008) “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:1, s.1113-1132.
- Undersrud, David** (2014) “On Natural Law and Civil Law in the Political Philosophy of Hobbes”, History of Political Thought, C:35, S:4, s.683-716.
- Uslu, Cennet** (2007) “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar”, (Doktora), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Uygur, Gülriz** (2004) “Adalet ve Hukuk Devleti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:53, S:3, s.29-38.
- Uzun, Ertuğrul** (2004) “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S: 2, s.291-343.
- Waligorski, Conrad P.** (1990) Equality, In the Political Theory of Conservative Economists, University Press of Kansas.
- Ward, Lee** (2020) “Equity and Political Economy in Thomas Hobbes”, American Journal of Political Science, C:64, S:4, s.1-13.
- Yılmaz, Yunus** (2010) “İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulamaları” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yüksel, Anıl Güven** (2022) Toplumsal Yaşama Katılma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Zagorin, Perez** (2009) Hobbes and the Law of Nature, Princeton University Press.
- Zelyüt, Solmaz** (2010) Dört Adalı: Hobbes-Locke Berkeley-Hume, 2. Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları.
- <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/interregnum>> s.e.t. 18.09.2023.
- <<https://www.britannica.com/topic/Armada-Spanish-naval-fleet>> s.e.t. 05.03.2024.

RONALD DWORKIN'İN ULUSLARARASI HUKUK TEORİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Eray Sinan DEMİRHAN^(**)

ÖZET

Son otuz yılda hukuk teorisi alanının belki de en çok tartışılan ismi olan ama yaşamında uluslararası hukuk alanında neredeyse hiçbir eser vermeyen ve hatta çalışmalarında da çok sınırlı bir şekilde bu alandan bahseden Dworkin'in, ölümünden sonra yayımlanan "*A New Philosophy for International Law*" isimli eseri, çok büyük bir sürpriz olarak karşılanmıştır. Doğrudan uluslararası hukuku ilgilendiren ilk ve tek çalışmasında Dworkin ilk olarak uluslararası hukuk disiplininin varlığına yönelik eski bir tartışmayı -Uluslararası hukuk, hukuk mudur?- hatırlatarak başlar. Yazar 20. Yüzyılın ortalarından itibaren uluslararası hukuk disiplininin en önemli tartışmalarından birisinin uluslararası hukukun hukuki niteliği üzerine şekillendiğini belirtir. Devamında ise her ne kadar günümüzde uluslararası hukukun varlığı üzerine ciddi bir uzlaşma oluşsa da Dworkin'e göre uluslararası hukukun kaynakları ve kurallarının yorumlanması açısından yukarıdaki soru hala geçerliliğini ve önemini koruyor. Yazar böylelikle uluslararası hukukun, doğasını ve hukuki niteliğini tekrar tartışmaya açar. Bu çalışma, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisi için önerdiği argümanları "*A New Philosophy for International Law*" çalışmasıyla sınırlı kalmamak üzere eleştirel bir şekilde tartışmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ronald Dworkin, Uluslararası Hukuk, Hukuk Teorisi, Uluslararası Hukuk Felsefesi.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1425641 - **Geliş Tarihi:** 25.01.2024 - **Kabul Tarihi:** 24.05.2024.

Bu çalışmanın taslağını okuyarak çeşitli eleştirilerde bulunan ve çalışmanın nihai hale gelmesine katkı sağlayan Dr. Öğr. Üyesi Lider BAL ve Dr. Öğr. Üyesi Yahya Berkol GÜLGEÇ'e teşekkür ederim.

^(**) Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep - Türkiye,

E-posta: eraysinan@gantep.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6186-8925>.

RONALD DWORKIN'S THEORY OF INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

The posthumously published article "*A New Philosophy for International Law*" by Ronald Dworkin, who is probably one of the most discussed legal philosophers in the field of legal theory in the last thirty years, but who provided no specific work on international law and even provided very limited thought on this field during his career, has been received as a great surprise. In his first and only work that directly concerns international law, Dworkin begins by recalling an old debate - is there international law? - regarding the existence of the discipline of international law. The author states that since the beginning of the 20th century, one of the most significant arguments in the field of international law has been shaped based on the legal character of international law. Dworkin then argues that while there is a serious consensus on the existence of international law today, the question above still remains valid and important in terms of the interpretation of the sources and rules of international law. By doing so, the author re-opens the nature and legal character of international law. This article aims to critically discuss Dworkin's arguments for a new theory for international law, including but not limited to his work "*A New Philosophy for International Law*".

Keywords

Ronald Dworkin, International Law, Legal Theory, Philosophy of International Law.

GİRİŞ

Hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki tartışmanın, hukuk felsefesinin en önemli konusu olduğu sıklıkla ifade edilir.¹ Hatta bu tartışmanın hukuk felsefesi alanını uzlaşması güç iki kampa böldüğü ve hukuk felsefesi tarihinin de bu gerilim tarafından işgal edildiği söylenebilir. Dahası, tartışmanın tarafları büründükleri farklı biçimlerle, bu tartışmayı sadece hukuk felsefesi alanında değil aynı zamanda hukukun diğer alanlarında da sürdürmüşlerdir. Bu iki ekol arasındaki elli yılı aşkın hukuk felsefesi tartışmasına girmenin bu çalışmanın kapsamı dışında kalacağını belirtmekte fayda var. Dworkin ise kendine özgü bir şekilde oluşturduğu hukuki pozitivizm karşıtlığıyla, hukuk teorisinin doğal hukuk ve hukuki pozitivizmden farklı bir şekilde yorumlanmasının önünü açar.² Hukuk felsefesine kattığı bu farklı ve özgün bakış açısı, yazarı bu disiplinin en tartışmalı ve önemli figürlerinden birisi haline getirir.

Daha spesifik olmak gerekirse, Dworkin ilk olarak 1977 yılında yayınladığı ve hukuki pozitivizme ciddi eleştiriler getirdiği '*Taking Rights Seriously*' (*Hakları Ciddiye Almak*) isimli eseriyle dikkatleri üzerine çekmiştir.³ Yazar 1967 yılından itibaren kaleme aldığı çalışmalarını bu eserde toplamış ve kendisini hukuki pozitivizmin karşısında konumlandırmıştır. Dworkin kendisine hedef olarak seçtiği hukuki pozitivizmden kastının ise H.L.A. Hart'ın hukuk teorisi olduğunu

¹ **Ross, Alf** (1999) "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law": Paulsen L. Stanley (Editör), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, s.146-163; Bu konunun iki önemli figürü olan Hart ve Fuller arasındaki tartışma için bakınız: **Breckenridge, George** (1965) "Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy between Professor Hart and Professor Fuller", *Vanderbit Law Review*, C:18, S:3, s.945-964; Konunun doğal hukuk tarafında bir diğer önemli ismi kabul edilen John Finnis'in bu tartışmaya katkısının incelendiği çalışma için bakınız: **Bix, Brian** (2000) "On the Dividing Line between Natural Law Theory and Legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, C:75, S:5, s.1613-1624.

² Ronald Dworkin'in teorisinin özgünlüğüne yönelik bir çalışma için bkz: **Akbaş, Kasım** (2017) "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden 'Bir Yargılama Kuramı'na": Uzun, Ertuğrul (Editör), *Çağdaş Hukuk Düşüncesi*, 3. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları, s.125-139.

³ **Dworkin, Ronald** (1977) *Taking Rights Seriously*, 1. Baskı, Massachusetts, Harvard University Press.

gereçeklendirerek ifade eder. Dworkin'e göre Hart'ın hukuk teorisi özellikle bilimsel olarak netlik ve sadelik bakımından hukuki pozitivismin en güçlü versiyonudur, bu nedenle hukuk kuramına dair bir argüman inşa edilecekse Hart'ın görüşleri mutlaka dikkate alınmalıdır.⁴ Böylelikle Dworkin kendi hukuk kuramını Hart'ı hedef alarak ancak doğal hukuk teorisinden farklı bir biçimde oluşturur. Bu sayede uzun süredir var olan hukuki pozitivism ve doğal hukuk çatışmasına yeni bir taraf eklenmiş olur.⁵ Böylelikle Hart ile Dworkin arasında hukuk felsefesini uzun bir süre domine eden ve aynı zamanda bu alanı besleyen yeni bir tartışma başlar.⁶

Bu tartışmanın hukuk felsefesinin son elli yılını domine eden bir tartışma olduğunu ifade etmek pek de yanlış olmayacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu çalışmanın odak noktası bu tartışmayı yeniden incelemek ya da farklı bir alana -uluslararası hukuka- taşımak değildir. Bu çalışmada uluslararası hukuk disiplini Dworkin'in hukuk yaklaşımı ışığında tartışılacaktır. Her ne kadar bu disipline yönelik sınırlı bir çalışmaya imza atmış olsa da onun hukuk teorisine yönelik yorumu önceleyen, zengin ve özgün bakış açısı, uluslararası hukuku farklı bir pencereden anlamaya imkân vermektedir. Buradan hareketle, bu çalışma Dworkin'in lensleriyle uluslararası hukuku tartışarak, bu alana yönelik yeni bir analiz sağlamayı hedeflemektedir. Bu anlamda bu çalışmanın özgünlüğü ve gerekliliği birkaç temelde gerekçelendirilebilir.

Birincisi, Dworkin'in hukuk kuramı her ne kadar merkezileşmiş iç hukuk sistemleri özelinde tartışılrsa da merkezi bir yapıdan yoksun olan uluslararası

⁴ **Dworkin, Ronald** (1967) "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, C:35, S:1, s.17.

⁵ Bu anlamda Dworkin'in önemine dair Thomas Christiano şu cümleyi kurmuştur: "Ronald Dworkin'in ahlaki, siyasi ve hukuki çalışmaları bir bütün olarak ele alındığında modern felsefenin en önemli başarılarından birini oluşturur". Bakınız: **Christiano, Thomas** (2016) "Ronald Dworkin, State Consent, and Progressive Cosmopolitanism": Waluchow, Will/Sciaraffa, Stefan (Editörler), *The Legacy of Ronald Dworkin*, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, s.49.

⁶ **Shapiro, J. Scott** (2012) "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed": Ripstein, Arthur (Editör), *Ronald Dworkin*, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press; **Türkbağ, U. Ahmet** (2011) "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı*, C:27, S:1, s.71-82.

hukuk bağlamında yeterince tartışılmamıştır. Kendisinin doğrudan uluslararası hukuku ilgilendiren çalışması oldukça sınırlı sayıda olsa da; Dworkin'in hukuk kuramının, zengin ve özgün yapısından ötürü bu alanda da analiz edilmeyi hak ettiği aşıkardır.⁷ Mesela, Başak Çalı Dworkin'in hukukta yorum teorisini kullanarak uluslararası hukukun teorik ve normatif tartışmalarına farklı bir açıdan bakmayı amaçlar.⁸ Çalı'nın da vurguladığı üzere, ilgili çalışmada Dworkin'in yorum teorisi kullanılsa da esas amaç Dworkin üzerinden bir uluslararası hukuk analizi yapmak değildir. Aynı şekilde, Dworkin'in iç hukuk temelli hukuk kuramını uluslararası hukuka transfer etmeyi de amaçlamaz. Çalı'nın bu çalışması esas olarak; hukukta yorum teorisinin uluslararası hukukun anlaşılmasına yönelik katkısının ne derece olabileceğini tartışır.

Çalı, uluslararası hukuk bağlamında Dworkin'in hukuk kuramına değinen başlıca üç çalışmaya işaret eder.⁹ Doğrudan uluslararası hukukla ilgili olan bu üç çalışmadan ikisinde Dworkin'in düşüncelerine oldukça sınırlı bir şekilde yer verilir. Mesela, bu çalışmalardan birisi olan uluslararası hukuk literatürünün önemli isimlerinden kabul edilen Thomas Franck'ın uluslararası hukuku adalet ve ahlak üzerinden eleştirdiği kitabında Dworkin'e sadece beş yerde atıf yapılır. İlgili kitapta Dworkin üzerinden bir uluslararası hukuk tartışmasına yer verilmez. Benzer bir şekilde Tasioulas, uluslararası hukuk bağlamında adalet kavra-

⁷ Yazarın hukuk kuramı, oldukça spesifik bir teori olduğu yönünde eleştirilebilir ve hatta buna dayanarak hukukun genel teorisini sunmak yerine genel bir hukuk teorisi sunmayı amaçladığı da iddia edilebilir. Bu sebeple erken safhada akla şu soru gelebilir: 'Dworkin'in hukuk teorisi merkezi bir yapıdan yoksun, kendine özgü doğası ve farklı karakteristik özellikleri olan uluslararası hukukta kendisine bir uygulama alanı bulabilir mi?' Pekâlâ Dworkin'in hukuk teorisinin bu anlamda -metodolojik olarak- sınırlılıkları olduğunu kabul edebiliriz. Ancak bu sınırlılıklar, yazarın zengin, özgün, ahlakı ve bireysel hakları önceleyen teorisinin uluslararası hukuk açısından ifade ettiklerinin önemine, değerine ve tartışılmasına hael getirmez.

⁸ Başak Çalı yorum teorisini uluslararası hukuk bağlamında, Dworkin'in "*A New Philosophy for International Law*" çalışması yayınlanmadan önce tartışır. Çalı'nın makalesinde de belirttiği üzere o tarihe kadar Dworkin'in doğrudan uluslararası hukuku ilgilendiren kapsamlı bir çalışması olmamıştır. Bakınız: **Çalı, Başak** (2009) "On Interpretivism and International Law", *The European Journal of International Law*, C:20, S:3, s.805-822.

⁹ **Franck, M. Thomas** (1998) *Fairness in International Law and Institutions*, 2. Baskı, New York, Oxford University Press.

mına eleştirel ve şüpheli bir şekilde yaklaştığı makalesinde Dworkin'in düşünceleri ile iki yerde angaje olur.¹⁰

Çalı'nın üçüncü önerisi olan Dworkin'in hukuk teorisinin uluslararası hukuk bağlamında tartışıldığı Marcel Brus'un kitabı bu alanda bir öncül kabul edilebilir.¹¹ Diğer iki çalışmanın aksine Brus'un kitabında uluslararası hukukun meşruluğu ve bütünlüğü üzerine Dworkin üzerinden ciddi bir analiz geliştirilir. Özellikle Dworkin'in iç hukuk sistemi üzerine inşa ettiği bütüncül bir hukuk anlayışı (*law as integrity*) uluslararası hukukun anlaşılması ve açıklanabilmesi açısından önemli bir argüman olarak karşımıza çıkar. Aynı şekilde uluslararası hukukta yükümlülük kavramı, Dworkin'in karşılıklı yükümlülük (*associative obligation*) argümanı üzerinden tartışılmıştır. Brus'un bu kitabı hiç şüphesiz Dworkin'in hukuk teorisini uluslararası hukuka yönelik başarılı bir devşirme girişimi olarak kabul edilebilir. Ancak devamında Dworkin üzerinden uluslararası hukuka yönelik ciddi ve yeterli analizlerin gelmemesi, bu alanda hala çalışılmaya değerli bir boşluk olduğunu gösterir. Buradan hareketle, bu makale ilgili literatüre bir katkı sağlamayı amaçlar.

İkincisi, yazarın bu alana yönelik doğrudan ve tek çalışması olan '*A New Philosophy for International Law*' (*Uluslararası Hukukun Yeni Felsefesi*) isimli makalesinin yeterince ve derinlemesine tartışıldığını söylemek pek de doğru olmayacaktır. Tabii ki bu makale farklı akademisyenler tarafından incelenmiş ve analiz edilmiştir.¹² Ancak Dworkin'in önceki çalışmalarıyla kıyaslandığında, bu

¹⁰ **Tasioulas, John** (2002) "International Law and the Limits of Fairnes", *European Journal of International Law*, C:13, S:4, s.1005. Bu arada John Tasioulas'ın Dworkin üzerine çalışmaları bununla sınırlı değildir. Dworkin'in '*A New Philosophy for International Law*' başlıklı makalesini eleştirel bir şekilde tartıştığı önemli bir çalışması bulunmaktadır. Bakınız: **Tasioulas, John** (2021) "Fantasy Upon Fantasy: Some Reflections on Dworkin's Philosophy of International Law", *Jus Cogens*, C:3, S:1, s.33-50.

¹¹ **Brus, Marcel** (1995) *Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World: Developing a Theoretical Framework*, 1. Baskı, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff Press.

¹² **Bustamante, Thomas** (2017) "Revisiting Dworkin's Philosophy of International Law: Could the Hedgehog Have Done It Any Other Way", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, C:30, S:3, s.259-285; **Chilton, S. Adam** (2013) "A Reply to Dworkin's New Theory of International Law", *University of Chicago Law Review*, C:80, S:1, s.105-115; **Jovanovic, A. Miodrag**

çalışmasının gereken ilgiyi görmediği ve akademik çevrelerce yeterince tartışılmadığını rahatlıkla ifade edebiliriz. Özellikle hukuk literatürüne yaptığı etkili katkıları ve girdiği etkileşimleri göz önüne alındığında, Dworkin'in bu çalışması hukuk literatüre bıraktığı en sessiz miras olarak görülebilir. Bu sebeple, bu makalenin sınırlı olmamakla birlikte besleneceği en önemli kaynak olan Dworkin'in bu eseri, uluslararası hukuk alanına özgün bir katkı sağlayabilecek potansiyele sahiptir.

Üçüncüsü, İngilizce literatürde yazarın hukuk kuramının uluslararası hukuk bağlamında yukarıda belirtildiği üzere sınırlı da olsa birkaç açıdan tartışıldığı söylenebilir. Ancak, Türkçe literatürde Dworkin'in düşüncelerinin uluslararası hukuk bağlamında tartışıldığı çalışma bulmak oldukça zordur. Türkçe literatürde her ne kadar Dworkin'in genel hukuk kuramı analiz edilmiş olsa da bu kuramın uluslararası hukuk bağlamında tartışıldığı iddia edilemez. Daha önemlisi, doğrudan ve tek uluslararası hukuku ilgilendiren '*A New Philosophy for International Law*' isimli makalesi neredeyse hiç incelenmemiştir. Bu anlamda, bu makale Türkçe literatürdeki bu boşluğa bir katkı sunmayı amaçlar.

Bu çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde Dworkin'in gözünden pozitivist uluslararası hukuk teorisinin bir eleştirisi sunulacaktır. Bu bölümde yazarın kendi pozisyonunun daha iyi anlaşılabilmesi için hangi teoriye karşı kendini konumlandığı tartışılması önemlidir. Bu anlamda ilk olarak, yazarın betimlediği ve yine yazara göre uluslararası hukukta baskın pozisyonda bulunan Hartçı uluslararası hukuk teorisinin karakteristik özellikleri tanıtılacaktır. Devamında ise, tanıtılan bu teoriye karşı Dworkin'in iki temel itirazı -rızanın yetersizliği ve Vestfalya sistemi- tartışılacaktır. Böylelikle bu bölümde Dworkin'in kendi uluslararası hukuk teorisini önermeden önce, neden mevcut baskın pozisyonda gördüğü Hartçı uluslararası hukuk teorisinin sınırlılıkları yazarın gözünden tartışılacaktır. Çalışmanın devamında detaylı bir şekilde açıklanacak olsa da bu noktada bir konunun netleştirilmesinde fayda var. 'Hartçı uluslararası hukuk teorisi' ifadesi Dworkin'e ait olup Hart'ın kendisinin

(2015) "Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy", Canadian Journal of Law & Jurisprudence, C:28, S:2, s.443-460.

bir uluslararası hukuk teorisi bulunmuyor. Dworkin'in buradaki kastı Hart'ın pozitivist hukuk teorisinin farklı yazarlar tarafından uluslararası hukuka uyarlanmasıyla ortaya çıkan bir uluslararası hukuk teorisidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, Dworkin'in uluslararası hukukun yeni teorisi olarak önerdiği uluslararası hukukun ahlaki temeli argümanı tartışılacaktır. Bu bölümde yazarın uluslararası hukukun temel ilkeleri olarak önerdiği *duty of mitigation* ve *principle of salience* kavramları açıklanacaktır. Bu sayede, Dworkin'in uluslararası hukukun olması gereken ahlaki temeli (*the true moral basis of international law*) ortaya konacaktır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, Dworkin'in önerdiği uluslararası hukuk teorisi ve Hartçı uluslararası hukuk teorisine yönelik itirazları eleştirel bir şekilde derinlemesine tartışılacaktır. Bu tartışma kendi içerisinde metodolojik olarak ve içerik yönünden olarak iki guruba ayrılabilir. İlk olarak yazarın uluslararası hukuk yaklaşımı metodolojik anlamda tartışılacaktır. Uluslararası hukuk ile ulusal hukukun farklı doğası ve karakterleri göz önüne alınarak Dworkin'in uluslararası hukuka dair açılımının metodolojik sınırlılıkları ve bu sınırlılıklara karşı yazarın nasıl bir pozisyon aldığı ele alınacaktır. Metodolojik olarak savunulabilir bir pozisyon alan Dworkin'in Vestfalya sistemini karikatürize eden yaklaşımı için aynı şeyi söylemek doğru olmayacaktır. Bu anlamda, ikinci olarak yazarın Vestfalya sistemine yönelik itirazlarının uluslararası hukukun gelişen ve dönüşen yapısından uzak bir şekilde gerekçelendirdiği ortaya konacaktır. Özellikle de rızaya dayalı uluslararası hukukun - her konuda olmasa bile mesela insan hakları konusunda olduğu gibi- devletlerin egemenliklerini sınırlandırabilen bir yapıda olduğu hususu yazar tarafından nasıl göz ardı edildiği tartışılacaktır. İkinci bölümde son olarak yazarın uluslararası hukuk teorisinde eksik olduğu iddia edilen ahlaki temel üzerinde durulacaktır. İddiaların aksine, Dworkin uluslararası hukukun ahlaki temelini devletlerin meşruluğu üzerinde değil bireysel hak ve özgürlüklerde arar.

I. POZİTİVİST ULUSLARARASI HUKUK ELEŞTİRİSİ

Uluslararası hukukun önde gelen isimlerinden Thomas Martin Franck 1995 yılında kaleme aldığı çalışmasında, 'post-ontolojik dönem' (*post-ontolojik era*) olarak adlandırdığı yeni bir dönemde olduğumuzu ve bu dönemde temel bir

sorunsal teşkil eden uluslararası hukukun *hukuki niteliğine* (*whether international law is law*) dair tartışmaların artık geride kaldığını belirtir.¹³ Thomas Franck'e göre, günümüzdeki asıl tartışma uluslararası hukukun anlaşılabilirliği, uygulanabilirliği ve en önemlisi adil olup olmadığı tartışması üzerine şekillenir.¹⁴ Dworkin uluslararası hukuku doğrudan ilgilendiren ilk ve tek çalışmasına bu disiplinin 1950'lerden itibaren var olan uluslararası hukukun varlık sorunsalının (*is there any such thing as international law*) hala devam ettiğini ve hatta daha önemli hale geldiğini vurgulayarak başlar.¹⁵ Her ne kadar güncel literatürde uluslararası hukukun (*hukuki niteliği*) varlığı üzerine akademisyenler arasında ciddi bir konsensus olmasına rağmen, Dworkin'e göre bu mesele önemini hala koruyan ciddi bir tartışma konusudur.

Dworkin, uluslararası hukuk kurallarının ve uygulamalarının şimdiden farklı olmamasına rağmen, geçmişte uluslararası hukukun varlığının sorgulanmasının temel nedenini hukuki pozitivistlerin 1950'lerde elde ettiği baskın pozisyona bağlamaktadır.¹⁶ Hukuki pozitivism her şeyden önce hukukun *doğasını* ilgilendiren bir yaklaşımdır.¹⁷ Hukuki pozitivistlere göre, hukukun varoluşu ya da varlık sorunu en temelde tarihsel ve toplumsal bir olgu meselesidir.¹⁸ Pozitivist hukukun en karakteristik özelliğini, Gülriz Uygur'un ifadesiyle "hukukun toplumdaki insanların kararlarıyla çıkarılmış olmasına bağlı olması oluşturur".¹⁹

¹³ Frank, s.6.

¹⁴ Frank, s.6.

¹⁵ Dworkin, Ronald (2013) "A new Philosophy for International Law", *Philosophy & Public Affairs*, C:41, S:1, s.3.

¹⁶ Dworkin, (2013) s.3.

¹⁷ Leiter, Brian (2009) "The Radicalism of Legal Positivism", *National Lawyers Guild Review*, C:66, S:3, s.165. Türkçe çevirisi için bakınız: Arıkan, Engin (2020) "Hukuki Pozitivistlerin Radikalliği", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2, s.309-320.

¹⁸ Genel bir hukuki pozitivism tartışması için bakınız: Bix, H. Brian (2004) "Legal Positivism": Golding, P. Martin/Edmundson, A. William (Editörler), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, 1. Baskı, New Jersey, Wiley-Blackwell, s.29-49. Türkçe literatürde hukuki pozitivism için bakınız: Uygur, Gülriz (2003) "Hukuki Pozitivistlerin Değişen Yüzü mü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:52, S:3, s.145-176.

¹⁹ Uygur, (2003) s.146.

Diğer bir ifadeyle, hukuki pozitivist kuramda, hukuk geçerliliğini sosyal bir olgudan alır.²⁰ Bu anlamda hukuk -ahlaki değerlerden bağımsız- sosyal bir olgu olarak sadece insan eliyle yaratılarak var olur. Ahlak ve hukuk arasındaki tarihsel ve çetrefilli tartışmaya girmeden -aksi halde bu makalenin kapsamı aşılabilir- hukuki pozitivism en genel haliyle, hukukun var olup olmadığına dair tartışmalarda ahlak kavramının bir ölçüt olarak değerlendirilemeyeceğini savunur.

A. HARTÇI ULUSLARARASI HUKUK TEORİSİ

Dworkin'in hukuki pozitivism ile hedef gösterdiği teori aslında bu makalenin girişinde de belirttiği üzere H.L.A Hart'ın hukuki pozitivist yaklaşımıdır. Tarih boyunca neredeyse tüm düşünce akımlarından olduğunu gibi pozitivism de birçok farklı kola ayrılmıştır. Hukuk felsefesi özelinde ise kapsayıcı hukuki pozitivism ve dışlayıcı hukuki pozitivism olmak üzere iki ana eksene bölündüğünü söyleyebiliriz.²¹ H. L. A. Hart için, bu ayrışmada kapsayıcı hukuki pozitivismin en önemli temsilcisi ve hatta mimarıdır diyebiliriz. Dworkin kendi ulusal hukuk kuramını Hart'ın teorisine karşı oluşturduğu gibi, uluslararası hukuk yaklaşımını da yine Hart'ın uluslararası hukuk teorisine karşı inşa eder. Bu noktada, 'Hartçı uluslararası hukuk teorisi' ifadesi ile anlatılmak istenen doğrudan Hart'ın kendisinin uluslararası hukuk yaklaşımı değildir.²² Bunun yerine Dwor-

²⁰ **Gülgeç, Berkol Yahya** (2017) "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:0, S:2, s.84.

²¹ **Green, Leslie/Adams, Thomas** (2019) "Legal Positivism": Zalta, N. Edward (Editör), The Standford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism>> s.e.t. 03.09.2023; Bu konudaki güncel bir tartışma için bakınız: **Plunkett, David/Wodak, Darnial** (2022) "Legal Positivism and the Real Definition of Law", Jurisprudence, C:13, S:3, s.317-348.

²² Bunun iki nedeni var. Birincisi, Dworkin'e göre Hart kendisi dahi kendi hukuk kuramını referans alarak bir uluslararası hukuk teorisi inşa etme çabasına girişmez. Bakınız: **Dworkin** (2013), s.5. İkincisi Hart'ın kendisinin uluslararası hukukun hukuk niteliğine dair şüpheli bir bakış açısının olmasıdır. Gülgeç'in ifadesiyle: "Hart, uluslararası hukukun bir 'hukuk sistemi' olmadığı kanısına, tanıma kuralı, yargılama kuralı ve değişiklik kuralına sahip ulusal hukuk düzenlerindeki yargılama ve yasama organlarının uluslararası düzlemde bulunmadığı, daha doğru bir ifadeyle 'aynı şekilde' bulunmadığından yola çıkarak ulaşmaktadır." Bu konudaki detaylı tartışma için bakınız: **Gülgeç**, (2017) s.115.

kin'in hedef aldığı yaklaşım Hart'ın pozitivist hukuk kuramının uluslararası hukuka *uyarlanmasıyla* (çünkü Hart'a göre uluslararası hukuk bir *hukuk sistemi* değildir) ortaya çıkan uluslararası hukuk teorisidir.²³

Dworkin bu durumu şu sözlerle belirtir:

Pek çok çağdaş uluslararası hukukçu Hart'ın yapmadığını denemeye kalkışmıştır: Hart'ın (ulusal hukuk düzeni üzerine inşa ettiği) pozitivist hukuk kuramından uluslararası hukuk doktrini inşa etmeye çalışmışlardır.²⁴

O halde Dworkin'in eleştirdiği ve kendisine hedef aldığı Hart'ın kendisi değildir. Dworkin'in eleştirdiği teori aslında Hart'ın 'tanıma kuralı' kavramını referans alarak Hartçı bir uluslararası hukuk yaklaşımı inşa eden anlayıştır.²⁵ Diğer bir ifadeyle, Hart'ın kurallar üzerine inşa ettiği hukuki pozitivist yaklaşımı halefleri tarafından uluslararası hukuk teorisi için de kullanılmıştır.²⁶ Bu anlayışa göre, Dworkin'in ifadesiyle, uluslararası hukukun egemen bir devlet üzerinde bağlayıcılığının olması, yalnızca o devletin buna rıza göstermesiyle mümkündür. Bu anlamda, rıza ilkesi uluslararası hukukta 'tanıma kuralı' görevini üstlenmektedir. Dworkin'e göre bu tam olarak pozitivist bir uluslararası hukuk yaklaşımıdır. Çünkü bir devletin belirli bir kurala rıza gösterip göstermemesi sadece tarihi

²³ Hart'ın kendi hukuk kuramında merkezi bir rol oynayan 'ikincil kuralların' uluslararası hukuk sistemindeki varlığına şüpheyle bakması Hart için Uluslararası hukukun hukuki niteliğinin sorgulanmasındaki en önemli neden olarak gösterilebilir. **Gülgeç**, (2017) s.84. Hart'ın uluslararası hukuku bir hukuk sistemi olarak görmemesini eleştiren bir çalışma için bakınız: **Payan-deh, Mehrdad** (2010) "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", *European Journal of International Law*, C:21, S:4, s.967-995.

²⁴ **Dworkin** (2013), s.5.

²⁵ Tanıma kuralı üzerine çok detaylı çalışmalar mevcuttur. Bu çalışmanın amacı tanıma kuralına yönelik kapsamlı bir içerik sunmak değildir. Hatta tanıma kuralının sınırlı bir şekilde -belki de indirgemeci bir yaklaşımla- ele alındığı yönündeki eleştirilere de açıktır. Bu çalışmanın amacı Dworkin'in uluslararası hukuk teorisini eleştirel bir şekilde tartışmaktır. Bu anlamda okuyucuyu tanıma kuralına dair teorik bir tartışmaya dahil etmeden, Dworkin'in kendi uluslararası hukuk teorisinde ele aldığı kadarıyla bu çalışmada tanıma kuralına yer verilecektir. Bu sayede hem çalışma bağlamından kopmamış olacak hem de temel odak noktası olan Dworkin'in gözünden uluslararası hukuk teorisi sunulacaktır.

²⁶ Hart'ın tanıma kuralı üzerinden uluslararası hukuk tartışması için bakınız: **Gülgeç**, (2017) s.81-148.

bir meseleden ibarettir. Dwokin'in eleştirisinin ve pozisyonunun daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle 'tanıma kuralı'nın kendisinin daha sonra ise uluslararası hukukta ne anlama geldiğinin açıklanması gerekir.

Hukuk felsefesinde yer edinmiş formülüyle, Hart'a göre bir hukuk sistemi birincil ve ikincil kurallardan oluşur. Hart'ın ifadesiyle, "birincil kurallar bireylerin yapması ya da yapmaması gereken (normatif yapıdaki) eylemlerle ilgiliyken, ikincil kuralların tamamı ise birincil kuralların kendileriyle ilgilidir".²⁷ Başka bir ifadeyle, birincil kurallar bireylere yükümlülükler ve ödevler yükleyen normatif kurallar olarak karşımıza çıkarken, ikincil kurallar ise bu normatif kurallara ilişkin kurallardır. Daha açık ifade etmek gerekirse, birincil kurallar bireylerin yapması ya da yapmaması gereken davranışları sıralarken, ikincil kurallar ise birincil kuralların nasıl tespit edileceğiyle, değiştirilmesiyle ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğiyle ilgili üç farklı farklı formatta karşımıza çıkar.²⁸

Hart, 'tanıma kuralı' teorisini ilk olarak hukuk felsefesinin en değerli çalışmalarından kabul edilen *The Concept of Law* isimli eserinin beşinci bölümünde tartışır.²⁹ Yazara göre, modern anlamda hukukun olmadığı ilkel kabilelerde/toplumalarda sadece teamül kuralları vardır.³⁰ Görece nüfus sayısının az olduğu homojen bir toplumda, teamül kurallarının, gelenek ve göreneklerin toplumdaki anlaşmazlıkları çözmede yeterli olacağını belirtir. Ancak zamanla toplumun büyümesi ve genişlemesiyle, tek düze olmayan ve teamül kurallarının yeterli olmadığı (ya da bu kurallar üzerinde anlaşmazlıkların olduğu) daha karmaşık bir yapı ortaya çıkar. Hart daha sonra toplumsal hayatı düzenleyen bu yegâne teamül kuralları üzerinde bir anlaşmazlık olması durumunda ya da bu

²⁷ Hart, H. L. A. (2012) *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.94.

²⁸ Hart, s.94.

²⁹ Hart, s.79-100. Hart'ın tanıma kuralının eleştirisi için bakınız: Shapiro, J. Scott (2009) "What is the Rule of Recognition (And Does it Exist)?: Adler, Matthew/Himma, Kenneth (Editörler), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, 1. Baskı, New York, Oxford University Press. Genel bir değerlendirme için bakınız: Surlu, Aydan Ömür (2019) "Tanıma Kuralı ve Değerlendirmeler", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S:28, s.305-318.

³⁰ Hart, s.91.

kuralların yetersiz kalması durumunda üç temel noksanlığın ortaya çıkabileceğini söyler: belirsizlik, durgunluk/statiklik, etkisizlik. (*normative uncertainty, static character, inefficiencies*).³¹ Hart'a göre bu temel noksanlıkları gidermenin yolu birincil kuralların ikincil kurallarla tamamlanmasından geçer. Yazar her bir noksanlık için ayrı ayrı çözüm önerileri geliştirerek üç ayrı ikincil kuraldan bahsetse de bu çalışma da 'tanıma kuralı' üzerinde durulacaktır. Kabul edilmelidir ki, çözüm önerileri içerisinde hem hukukun kaynağını belirttiğinden hem de hukuku bir *sistem* haline getirdiğinden dolayı en önemlisi 'tanıma kuralı'dır.³²

Özetle, Hart'a göre, bir hukuk sisteminde birincil kurallar olarak bireylerin uyması zorunlu olan (normatif) kurallar vardır ve bu kuralların tespit edilmesi noktasında da ikincil kurallara ihtiyaç vardır. Tanıma kuralının bu anlamda iki işlevi vardır: i) belirli bir hukuk sisteminde uyulması zorunlu kuralların ne olduğunun ortaya çıkarılmasını sağlar; ii) hukuki geçerlilik ölçütü üzerinden hukuk sisteminin geçerliliğini sağlar. Diğer bir ifadeyle, tanıma kuralı bir hukuk sisteminde birincil kuralların nasıl belirleneceğiyle ve hangi kuralların *hukuken* geçerli olacağıyla ilgilenir. Kısacası, bir norm belirli bir toplumun tanıma kuralının hukuki geçerlilik ölçütlerini sağladığı takdirde, o toplumda bağlayıcı bir hukuk kuralına dönüşür ve hukuken geçerli olur.³³ O halde; bir norm, uluslararası toplumun tanıma kuralının ölçütlerini sağladığı takdirde, uluslararası hukukta geçerli bir kural teşkil eder. Daha spesifik olmak gerekirse, Hartçı uluslararası hukuk teorisine göre, bir kuralın, geçerliliği olan bir uluslararası hukuk kuralına dönüşmesi bu kuralın tanıma kuralında belirtilen kriterlere uygun olup olmasına bağlıdır sonucuna varılabilir.

³¹ Birincisi *belirsizlik (uncertainty)*: her ne kadar görece insan sayısının az olduğu toplumlarda ciddi bir sorun olmasa da insan sayısının arttığı görece büyük ilkel kabilelerde ciddi bir sorun olabilir. İkincisi, teamül kurallarının *statik* karakterde olması. Ani bir değişiklik gerektirdiğinde statik karakterdeki teamül kurallarının buna tepki verememesi ve değişen şartlara yeterli bir şekilde cevap verememekten kaynaklı bir noksanlık. Üçüncüsü, kuralların sürdürülmesi adına yaygın toplumsal baskının yetersizliği (*inefficiency*). **Hart**, s.91-94.

³² **Green, Leslie/Adams, Thomas** (2019) "Legal Positivism": Zalta, N. Edward (Editör), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism%20>> s.e.t. 05.09.2023.

³³ **Arıkan**, s.312. İlgili makalenin orijinali için bakınız: **Leiter** (2009).

B. DWORKIN'İN HARTÇI ULUSLARARASI HUKUK TEORİSİNE KARŞI İTİRAZLARI

Dworkin'in tespitine göre, Hartçı uluslararası hukuk teorisi, rıza ilkesini uluslararası hukukun tanıma kuralı olarak yorumlar. O halde, Hart'ın tanıma kuralı, uluslararası hukuk sistemine uyarlandığında, uluslararası hukuk kurallarının *ne olduğu* ve bu kuralların *geçerliliği* sadece devletlerin rızasına bağlıdır sonucuna varılabilir. Bu yaklaşıma göre, başka herhangi bir ilkeye, standarda ve kritere ihtiyaç duymadan, uluslararası hukuk kurallarının tespiti ve geçerliliği uluslararası sistemi oluşturan devletlerin iradesine bırakılır. Dworkin'in pozitivist uluslararası hukuk eleştirisinin çıkış noktası tam olarak buraya dayanır.

Bu eleştiriye geçmeden önce bir noktanın açıklanmasında fayda var. Yukarıda da bahsedildiği üzere, Hart'a göre bir hukuk sistemi birincil (yükümlülükler) ve ikincil kurallardan (değiştirme, yargılama ve tanıma) oluşur. Tanıma kuralı ise birincil kurallara dayanak ve geçerlilik sağlaması açısından ikincil kuralların en önemlisi kabul edilir. Tanıma kuralı yetkililerin ve uygulayıcıların sosyal pratiğiyle ortaya çıkan ve bu nedenle varlığı olgusal olan bir meseledir. Diğer bir ifadeyle, tanıma kuralı görevlilerin ya da yetkililerin bir çeşit konsensusuyla yani görüş birliğiyle var olur. Surlu'nun ifadesiyle "yetkililer tanıma kuralını, kendi ve diğer bireylerin davranışları için kamusal bir standart olarak, içsel bakış açısıyla kabul ederler".³⁴ O halde, tanıma kuralının mevcudiyetinin tartışılabilmesi ve temellendirilmesi için yetkililer ile hukuka tabi kişi ayırımının yapılabilmesi beklenbilir.

Ancak, uluslararası hukuk söz konusu olduğunda böyle bir ayırımın gerekli olup olmadığı eğer gerekliyse nasıl yapılacağı hususu da ayrı bir soru işaretidir. Dworkin'in tanıma kuralının karmaşık yapısını detaylı bir şekilde incelemeyen, bu kuralı uluslararası hukuk bağlamında tartışması kendisinin Hartçı uluslararası hukuk teorisine yönelik eleştirisinin sınırlılığını ifşa ettiğini belirtebiliriz. Bu anlamda, Dworkin'in Hartçı uluslararası hukuk çıkarımı, pozitivist hukuk kuramcılar tarafından yeterince derinliği olmayan indirgemeci bir yaklaşım olarak eleştirilebilir. Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken husus, Dworkin'in kendisi, uluslararası hukukta bir tanıma kuralı olabileceğini göstermeyi hedeflemiyor, yazarın böyle

³⁴ Surlu, s.306.

bir girişimi ve iddiası olduğu söylenemez. Yani Dworkin, hukuk yaratıcısı, hukuk uygulayıcısı ve hukuka tabi kişi ayrımının ulusal hukuktaki gibi belirgin olmadığı uluslararası hukuk ortamında bir tanıma kuralının varlığını iddia etmiyor. Yazar, sadece bir tespit yaparak, rıza ilkesinin Hartçı uluslararası hukuk teorisyenleri tarafından uluslararası hukuk alanında tanıma kuralı olarak görüldüğünü ifade eder.

1. Rıza'nın Yetersizliği

Dworkin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin pozitivist uluslararası hukukçular tarafında tanıma kuralı olarak yorumlandığını iddia eder. Ancak, bu iddianın kaynağının ve gerekçesinin Dworkin tarafından ilgili çalışmasında somut olarak ortaya konulmadığı ifade edilmelidir. Bu eksiklik iki tane itirazla kapı aralamaktadır. Birincisi, bazı pozitivistlerin UAD Statüsü'nün 38. maddesini uluslararası hukukun tanıma kuralı olarak görmesi, ilgili maddenin otomatik olarak tanıma kuralı olarak nitelendirilmesine yol açmaz. Burada UAD Statüsü 38. maddenin en azından hangi gerekçeye göre tanıma kuralı olarak nitelendirildiğinin Dworkin tarafından detaylı bir şekilde tartışılması gerekir. Halihazırda, herhangi bir pozitivist ilgili Maddenin tanıma kuralı olarak yorumlanmasına birçok açıdan itiraz edebilir. İkincisi, uluslararası hukuk akademisyenlerinin ve uygulayıcılarının uluslararası hukukun kaynakları konusunda 38. maddeye atıf yapması -ki Dworkin'in tek gerekçesi bu- ilgili Maddenin otomatik olarak tanıma kuralı işlevi gördüğü manasına gelmez. Sonuç olarak UAD Statüsü'nün 38. maddesinin tanıma kuralı olarak kabul edildiği tespiti yeterli dayanaktan mahrum ve problemli olsa da Dworkin'in kendi argümantasyonunu anlamak ve tartışmaya açmak için kabul edilmesi gereken bir başlangıç noktasıdır.

Dworkin, uluslararası hukukta tanıma kuralı olarak yorumlandığını iddia ettiği aynı zamanda uluslararası hukuk için bir referans kaynağı olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesini kendisine hedef olarak seçer.³⁵

³⁵ Bu noktada, her ne kadar uluslararası hukukun kaynakları konusunda 38. maddeye sık sık atıf yapılsa da kendisi bir antlaşma niteliği taşıyan bir normun diğer bütün antlaşmalara kaynaklık teşkil edebileceği iddiası çok ciddi itirazların hedefi olabilir. O yüzden uluslararası hukukun kaynakları konusunda UAD Statüsü'nün 38. maddesinin uluslararası hukukta tanıma kuralı olarak nitelendirilmesinin temkinli yaklaşılması gereken bir iddia olduğu ifade edilmelidir.

Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan: **a.** uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları; **b.** hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını; **c.** uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini; **d.** 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.³⁶

Dworkin'e göre, uluslararası hukukta tanıma kuralı olarak görülen bu paragraf birkaç noktada eleştiriye açıktır.³⁷ Birincisi, uluslararası hukukun kaynaklarına yönelik bir hiyerarşi sunmaz. Bu sebeple, sözgelimi, uluslararası antlaşmalar ile yapılageliş kuralları arasındaki hangisinin daha öncelikli uygulanacağı konusunda bir fikir vermez.³⁸ İkincisi, bu yaklaşımın -pozitivist uluslararası hukukun- temeli rıza ilkesi üzerine inşa edilmiş olsa da yukarıdaki paragraftan hareketle bu sistemdeki hukuk kuralları bazı durumlarda rıza göstermeyen devletleri de bağlar. Yazar burada, bir kuralı, hukuk kuralı olarak kabul etmeyen devletlerin neden sadece devletlerin çoğunluğunun ya da 'uygar' ulusların kabul ettiği için, bu kurallara tabi olacağına dair bir gerekçelendirme sunmadığını vurgular.³⁹ Üçüncüsü, Dworkin'e göre, bir uygulamanın bağlayıcılığı olan uluslararası teamül hukuku kuralı olarak değerlendirilebilmesi için kaç tane devletin bu uygulamayı kabul etmesi gerektiğine dair herhangi bir kriter ve standart su-

³⁶ **Birleşmiş Milletler Antlaşması** (1945) Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38/1, <https://www.icj-cij.org/statute#CHAPTER_II> s.e.t. 12.10.2023.

³⁷ **Dworkin** (2013), s.6.

³⁸ Dworkin'in bir antlaşma hükmünün, antlaşma ve teamülden hangisinin üstün olduğunu belirlemesi gerektiğini düşünmesi, yazarın uluslararası hukukun doğasına ve kaynaklarına dair ya indirgemeci bir yaklaşıma ya da sınırlı bir çıkarıma sahip olduğunu gösterebilir. Her iki ihtimalde de uluslararası hukukun kendisine özgü ve karmaşık yapısının Dworkin tarafından ihmal edildiği yorumuna açık kapı aralanır.

³⁹ Dworkin'in işaret ettiği bu sorun birden çok şekli ve maddi belirsizliklerin muhatabı olan ve uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alan *jus cogens* normlarına ilişkin bazı ön kabul için de söz konusu olabilir. Özellikle de hangi yükümlülüklerin *jus cogens* teşkil ettiğinin tespitiyle ilgili ciddi bir güçlük ve belirsizlik olduğunu söyleyebiliriz. Bu konudaki bir değerlendirme için bkz: **Gülgeç, Berkol Yahya** (2017) "The Problem of *Jus Cogens* From a Theoretical Perspective", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:66, S:01, s.73-115.

nulmamaktadır. Son olarak, Dworkin, 38. Paragrafın (c) bendinde belirtilen 'uygar uluslarca' ifadesinin muğlaklığını eleştirerek hangi devletlerin tam olarak bu kriteri karşıladığına dair bir açıklama getirilmediği ifade eder.⁴⁰

Farklı konuları hedef olsa da Dworkin'in buradaki temel eleştirisini iki gruba ayırabiliriz: i) uluslararası antlaşmaların antlaşmayı imzalayan devletler açısından *hukuk* yaratması; ii) uygulamalar ve beyanlar üzerinden kendilerine getirdikleri kısıtlamaların yine kendileri için hukuk haline gelmesi eleştirilir. Her iki eleştiri de temelde rıza ilkesine dayanan hukuk yaratma yaklaşımını hedef almaktadır. Diğer bir ifadeyle, Dworkin burada hukuk kurallarının belirlenmesinde sadece devletlerin rızasının yeterli kabul edildiği bir uluslararası hukuk teorisinin sınırlılıklarını eleştirir. Bu sınırlılıkları ve eleştiriye derinleştirmek için, rızaya dayalı uluslararası hukuk sistemindeki önemli bir açığı yorum gerektiren bir soru üzerinden ortaya çıkarır.⁴¹

Dworkin ilk olarak Birleşmiş Milletler Antlaşmasının devletlerin toprak bütünlüğünü ve siyasal bağımsızlığını güvence altına alan 2. maddesinin 4. paragrafını örnek gösterir:

Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.⁴²

Bu paragraftan hareketle, Dworkin'e göre, toprak bütünlüğü ya da siyasal bağımsızlık kavramları muğlaktır ve bu kavramların yorum olmadan anlaşılması güçtür.⁴³ Burada işaret edilen güçlük, Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü'nün (NATO) insani yardım gerekçesi ile Kosova'ya ve Libya'ya yaptığı müdahaleleri bu ülkelerin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı bir ihlal teşkil edip etmediği sorusunun nasıl çözümleneceğiyle ilgilidir. İlk bakışta ve BM ant-

⁴⁰ Dworkin (2013), s.7.

⁴¹ Dworkin (2013), s.8.

⁴² Birleşmiş Milletler Antlaşması (1945) madde 2/4, <<https://legal.un.org/repertory/art2.shtml>> s.e.t. 10.10.2023.

⁴³ Dworkin (2013), s.8.

laşmasının 2. maddesinin 4. paragrafının lafzı yorumuna göre, bu müdahaleler her ne kadar amacı sadece insanı yardım ile sınırlı olsa bile, ilgili devletlerin toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlıklarına bir müdahale olarak yorumlanabilir. Ancak, ifade etmek gerekir ki bu çıkarım her uluslararası hukukçunun kabul edebileceği bir yorum değildir.⁴⁴ Çünkü bahsi geçen operasyonların ilgili devletlerin toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlıklarına bir müdahale olup olmayacağı, hukukçuların bu kavramları nasıl yorumladıklarıyla ilgilidir. Dworkin'e göre eğer devletlerin rızası tek başına uluslararası hukukun temel dayanağını ve açıklamasını oluşturuyor olsaydı, bu gibi sorulara karşı bir yorum ihtilafı yaşanmazdı.⁴⁵ Uluslararası hukukun dinamik ve tartışmalı karakteri göz önüne alındığında, devlet rızasına dayanan pozitivist bakış açısının oldukça sınırlı bir açıklama ve yorum kapasitesine sahip olduğu iddia edilebilir.

Bu noktada Dworkin'in eleştirisinin daha iyi anlaşılabilmesi için bir hususun altı çizilebilir. Birleşmiş Milletler Antlaşması devletlerin imzalarıyla -rızalarıyla- devletler üzerinde bağlayıcılığı olan bir uluslararası hukuk kaynağına dönüşmüş olabilir. Bu Antlaşma'nın hukuk yaratması ve hukuken geçerli olmasını sağlayan tek kriter imzalayan devletlerin rızasıdır. Ancak Antlaşma'nın yorumu açık kavramları üzerinde devletlerin ortak bir irade beyanı olduğunu söylemek oldukça güçtür. Diğer bir ifadeyle, mesela toprak bütünlüğüne saygı duyulması gerektiği ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerine devletlerin nasıl bir rıza ortaya koyduğu ya da tam olarak neye rıza gösterdiği bilinemez. Her bir kavramın yorumu konusunda bir görüş ayrılığı olduğu -ve olabileceği- göz önüne alındığında, sadece devletlerin rızasına dayalı olan uluslararası pozitivist hukuk teorisinin ikna edici bir çözüm sunmadığını söyleyebiliriz. O halde, Dworkin'in lensleriyle bakıldığında, uluslararası hukuk kurallarının tespiti ve geçerliliği yalnızca rıza ilkesine indirgeyen ve uluslararası antlaşmalar üzerinden ege-men devletlerin kendi kendilerini sınırlandırarak yarattıkları bu pozitivist hukuk yaklaşımının, uluslararası hukuku açıklamakta yetersiz olduğu iddia edilebilir.

Dworkin'in bu argümanı birkaç noktada eleştiriye açıktır. Birincisi, uluslararası hukuktaki bir kavramın ya da bir antlaşma hükmünün nasıl yorumlana-

⁴⁴ Dworkin (2013), s.8.

⁴⁵ Dworkin (2013), s.8.

çağına dair devletler arasında bir ihtilaf yaşanması tek başına uluslararası hukukun rızaya dayalı bir anlayışla açıklanamayacağı iddiasını doğrulamakta yetersiz kalır. Daha spesifik olmak gerekirse, devletlerin rızalarıyla kendi üzerlerinde bağlayıcı kıldıkları bir hükmün içeriğinde muğlak veya yoruma açık kavramların bulunması otomatik olarak olumsuz bir duruma işaret etmeyebilir. Kavramların yoruma açık olmasından hareketle rızanın uluslararası hukuku açıklamakta yetersiz olduğu iddiası, bu kavramlar üzerinde devletler tarafında bir görüş birliğine de varılabileceği ihtimali tarafından kolayca çürütülebilir. En nihayetinde, rızaya dayalı inşa edilen muğlaklık yine rıza temelinde giderilebilir. İkincisi, Dworkin kavramların muğlaklığına yönelik aslında hukukunda doğasında olan semantik -dil felsefesi dair- tartışmasına işaret eder. Ancak, uluslararası hukukun kavramlarına yönelik semantik uyumsuzluğun varlığı, rızanın uluslararası hukuktaki belirleyiciliğini ortadan kaldırmaya yetmez. Devletler kendi çıkarları ve yorumları doğrultusunda söz konusu muğlak kavramlar üzerinde belli bir görüş birliğine ulaşabilirler ya da itiraz edebilirler. Her iki durumda da söz konusu muğlaklık devlet rızasının normatif belirleyiciliğini eleştirilebilir kılarsa da ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak, hukukun özü ve doğası gereği semantik tartışmaların ve anlaşmazlıkların hep var olabileceği göz önüne alındığında, sadece bu muğlaklık ve tartışmalardan hareketle rızaya dayalı pozitivist uluslararası hukuk teorisinin uluslararası hukuku açıklamaktaki yetersizliği iddiası yeteri kadar temellendirilmemiş zayıf bir argümantasyona dayanıyor diyebiliriz.

2. Vestfalya Sistemine Yönelik Eleştiriler

Dworkin'in çizdiği ve eleştirdiği pozitivist uluslararası hukuk teorisinin iki saç ayağı vardır. Birincisi, bu teoriye göre uluslararası hukukun dayanağını devlet iradesi oluşturur. Yukarıda da bahsedildiği üzere Dworkin sadece devletlerin rızasına indirgenmiş bir uluslararası hukuk sistemini eleştirir. İkincisi ise devletlerin mutlak egemenliğine dayalı Vestfalya Sistemidir. Yazar, devletlerin rızasının uluslararası hukuk kurallarının tespitinin ve geçerliliğinin tek ölçütü olma durumunu eleştirdikten sonra, ikinci olarak mutlak devlet egemenliğine dayalı Vestfalya sisteminin sorunlarını sıralar.⁴⁶ Dworkin'e göre bu sistemin devletlere

⁴⁶ Dworkin (2013), s.17.

sağladığı mutlak egemenlik anlayışı, bu devletlerin vatandaşlarına yönelik bazı temel yükümlülükleri ihlal etmelerine (yerine getirmemelerine) neden olur.

Dworkin ilk olarak Vestfalya sisteminin getirdiği devletlerin mutlak egemenliğine dayanan anlayışın, vatandaşların haklarını birçok noktada ihlal eden sonuçlara yol açtığını söyler.⁴⁷ Yazar'a göre her şeyden önce vatandaşlarının temel insan haklarını ihlal eden hiçbir siyasi otorite meşru değildir.⁴⁸ Bununla birlikte vatandaşlarının temel insan haklarına saygı gösteren adil bir siyasi otorite dahi uluslararası sistemin meşruluğuna ve daha adil olmasına katkı sağlama yükümlüğü altındadır. Bu sayede, temel insan haklarını gözetip koruyan bir devlet hem kendi meşruluğunu artırır hem de daha adil bir uluslararası hukuk sistemi oluşmasına katkı sağlar. Bu aynı zamanda her devletin otoriterleşmesine yönelik bir tehdidi de ortadan kaldırmasını sağlar. Kısacası, halihazırda temel insan haklarına saygı gösteren adil bir yönetim bile gelecekte bu hakları ihlal edebilecek otoriter bir yönetime dönüşmesini engellemek için uluslararası hukukun gelişmesine katkı sağlamak zorundadır.

İkinci olarak, yazara göre, mutlak egemenlik anlayışına dayanan bir uluslararası düzende, iç işlere karışmama ilkesi gereği sistematik bir şekilde en ağır insan hakları ihlallerine maruz bırakılan halkların diğer devletler tarafından korunması ve kurtarılması mümkün olmayabilir.⁴⁹ Bu sebeple, her devletin dünyadaki herhangi bir halkın ya da topluluğun böyle ihlallere maruz kalmaması adına, söz konusu ihlalleri engelleyebilecek bir uluslararası sistem inşa etme sorumluluğu vardır.⁵⁰ Bu her şeyden önce *ahlaki* bir sorumluluktur. Başka bir deyişle, ahlaki bir sorumluluğun olmadığı salt mutlak egemenliğin hüküm sürdüğü bir uluslararası hukuk anlayışı, dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleşebilecek en ağır insan hakları ihlallerini engellemede yetersiz kalabilir. Yazar bu noktada Vestfalya sistemindeki ahlaki sorumluluk eksikliğini hatırlatarak devletlerin böyle bir ahlaki sorumlulukları olmasına rağmen, iç işlerine karışmama prensini gereği, bu sorumluluklarını gerçekleştiremeyeceklerini söyler.

⁴⁷ Dworkin (2013), s.17.

⁴⁸ Dworkin (2013), s.17.

⁴⁹ Dworkin (2013), s.18.

⁵⁰ Dworkin (2013), s.18.

Üçüncü olarak, Dworkin mutlak egemenliğin esas alındığı bir düzende devletlerin karşılıklı yardım ve iş birliği içerisine girmesini sağlayacak motivasyona sahip olamayacaklarını iddia eder.⁵¹ Yazara göre, karşılıklı iş birliğinden yoksun bir uluslararası sistemde, bireyler küresel çapta yaşanabilecek krizlere karşı savunmamız kalırlar. Gerçekten de yakın zamanda yaşanan Kovid-19 krizi örneğinde olduğu gibi, küresel çapta yaşanan bir krize karşı mücadelede uluslararası iş birliğinin ne kadar gerekli ve önemli olduğunu yakın zamanda deneyimlemiş olduk. Dworkin'e göre mutlak egemenlik devletleri 'bireyselleştiren' ve birbirleriyle iş birliğine girmesini zorlaştıran ya da en azından bu yönde ekstra bir motivasyon sağlamayan bir yaklaşımdır. Kısacası, Dworkin'in ifadesiyle, 'hiçbir devletin iş birliğine katılmadığı bir sistemde, her bir devletin katılmamak için bir nedeni olacaktır.'⁵² Bu nedenle, devletlerin uluslararası koordinasyona dair bir motivasyonlarının olmadığı bir düzende bireyler küresel felaketlere karşı savunmamız yakalanabilirler.⁵³

Dördüncü olarak, Dworkin yukarıda betimlediği devletlerin mutlak egemenliğine dayanan Vestfalya sisteminde, vatandaşların dolaylı yoldan ya da asgari seviyede devlet yönetiminde söz sahibi olamadığını ve bu yüzden de bu sistemin özellikle bazı devletlerin demokratik meşruiyetinin gelişmesine zarar

⁵¹ Dworkin (2013), s.18.

⁵² Dworkin (2013), s.18.

⁵³ Dworkin bu durumu anlatmak için 'mahkûm ikilemi' (Prisoner's Dilemma) metaforunu kullanır. Yazar'a göre bireyler 'mahkûm ikilemi' riski ile karşı karşıya kalırlar. Söz konusu ikilemde "... aralarında hiçbir iletişim olmayan iki aktörün bağımsız ve ortak hareket etme kararı verdiklerinde elde edebilecekleri sonuçlar varsayılmıştır. Buna göre aktörlerden biri iş birliğine yanaştığı ve diğeri aksi yönde davrandığında, iş birliğine yanaşmayan en çok kazanç elde eden, diğeri en çok kaybeden taraf olacaktır. İkisinin de iş birliği yapmadığı durum, her ikisinin de minimum kazanç elde edeceği durumdur. Her ikisi de iş birliği yönünde karar alırsa, orta derecede eşit kazançlı çıkacaklardır. Aralarında hiçbir iletişim olmayan ve dolayısıyla karşı tarafın vereceği karardan emin olunamadığı güvensizlik ortamında, her bir aktör açısından en kazançlı durum ilk olasılık gibi gözükmektedir. Buna karşılık oyunun gerçek hayatta birden fazla oynandığı ve dolayısıyla aktörlerin birbirlerinin tercihlerinden zaman içinde haberdar olup, daha bilinçli karar verebilecekleri dikkate alındığında, iş birliği kararı uzun vadede tüm aktörler açısından en optimal olanıdır". Aksoy, Z. Sevilay (2015) "Rejim Teorileri", Uluslararası İlişkiler, C:12, S:46, s.61.

verdiğini söyler.⁵⁴ Modern devletin meşruluk kaynağından birisi de vatandaşların, yönetimde bir şekilde söz sahibi olmalarıdır. Dolaylı bir katılım da olsa, çok sınırlı bir katılım da olsa -hatta bu sadece seçimden seçime oy kullanmak bile olabilir- Dworkin'e göre bu, güç kullanma tekelini elinde bulunduran iktidarın meşruluğu için son derece önemlidir. Dahası, karşılıklı ekonomik bağımlılığın bu kadar arttığı global bir dünyada, insanların hayatları ve doğal olarak hakları, kendilerinin karar alma süreçlerine dahil olmadığı bir başka ülkede hayata geçirilmiş bir politikadan dahi etkilenebilir. İnsan onuru prensibi (principle of dignity) insanların kendi hayatlarını etkileyebilecek, tehdit edebilecek potansiyele sahip politikalara karşı, bu kararların alınmasında ve uygulanmasında karar alma süreçlerine dahil olmaları beklenir. Ancak yazara göre, Vestfalya sistemi bireylerin 'onurlu' bir hayatın gerekliliği olarak karar alma mekanizmalarına katılımını imkânsız hale getirir.

Yukarıda sayılan bu dört nokta, denetimden yoksun ve mutlak bir devlet egemenliği anlayışına dayanan Vestfalya sisteminin, bu sistemi oluşturan devletlerin ayrı ayrı hepsinin meşruiyetine zarar veren ya da tehdit eden unsurlardır.⁵⁵ Dworkin böylelikle sınırlandırılmamış, salt devlet egemenliğine indirgenmiş bir uluslararası sistemin getirdiği ve getirebileceği riskleri sıralar. Yazar, sonuç olarak, özellikle de ahlaki bir temeli olmayan ve denetlenemeyecek şekilde mutlak egemenliğe dayanan bu sistemin uluslararası hukuk için yeterli (*meşru*) bir dayanak teşkil edemeyeceği söyler.⁵⁶

⁵⁴ Dworkin (2013), s.18.

⁵⁵ Dworkin (2013), s.19.

⁵⁶ Buradaki yeterlilik eleştirisi için bir parantez açılabilir. Önceki bölümde ifade edilen sadece rıza ilkesine dayanan pozitivist yaklaşımın uluslararası hukuku açıklamakta yetersiz kaldığı yönündeki eleştiri kavramsal olup rızaya dayalı bir uluslararası hukuk düzeninin mümkün olmadığını iddia ediyordu. Buradaki yetersizlik eleştirisi ise Vestfalya temelindeki uluslararası hukukun meşru olamayacağını ve bu nedenden dolayı Vestfalya sisteminin uluslararası hukukun varlığı için yeterli bir dayanak sağlayamayacağını iddia eder. Yani uluslararası hukukun varlığı meşruluk şartına bağlanır. Bu anlamda, meşru olmayan şeylerin de var olabileceğini (bir şeyin meşru olmaması veya değerli olmaması otomatik olarak o şeyin hukukiliğine halel getirmeyebilir) göz önüne aldığımızda Dworkin'in burada kendisini eleştiriye açık bir pozisyona soktuğunu ifade edebiliriz.

Dworkin böyle noksanları olan düzene karşılık 'hafifletme yükümlülüğü'nü (duty of mitigation) uluslararası hukukun en genel yapısal ilkesi olarak ortaya atar. Yazar'a göre, her bir devletin yukarıda bahsedilen sorunları azaltmaya yönelik vatandaşlarına karşı bir yükümlülüğü vardır. Böylelikle hem kendi meşruiyetlerini güçlendirirler hem de uluslararası hukuk sisteminin bir bütün olarak meşruluğuna katkı sağlarlar. Vestfalya sisteminden kaynaklanan sorunların azaltılması aslında her bir devletin kendi egemenliklerini ortak bir şekilde sınırlandırılmasıyla mümkün olur. Bu egemenliklerinin ortak bir şekilde sınırlandırılmasının kabul edilmesi Dworkin'in yorumuyla uluslararası hukukun ahlaki temelini oluşturur. Bu yükümlülük aynı zamanda uluslararası hukukun yorumlayıcı arka planını oluşturur. Devamında ise, bu yükümlülük uluslararası hukukta tek başına yeterince belirleyici olmadığı için bu yükümlülüğün bir ilke ile 'belirginlik ilkesi' (the principle of salience) ile tamamlanması gerektiğini ifade eder. O halde Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinin temelini bu iki ilke -*duty of mitigation* ve *the principle of salience*- oluşturur diyebiliriz.

II. DWORWIN'İN ULUSLARARASI HUKUK ARGÜMANI: TEORİK ÇERÇEVE

Dworkin'e göre rıza ve devlet egemenliğine dayanan bir uluslararası hukuk anlayışı uluslararası hukukun meşruluğu için yeterli değildir.⁵⁷ Bu yaklaşıma göre, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri sadece neye rıza gösterdikleri ile sınırlıdır. Bu nedenle yazar, antlaşmalar, uygulamalar ve beyanlar üzerinden egemen devletlerin kendi kendini sınırlandıran bu rızaya dayalı yaklaşımın uluslararası hukukun temel dayanağı olmasına karşı çıkar.⁵⁸ Kökeni toplum sözleşmesi geleneğine dayanan bu yaklaşımın her ne kadar kendi içinde tutarlı, pragmatik ve işlevsel bir yapısı olsa da uluslararası hukukun meşruluğunu sağlamada gerekli ve yeterli değildir.⁵⁹

⁵⁷ Bu noktada, rıza ve devlet egemenliğine dayanan bir uluslararası hukuk sisteminin mevcudiyeti ile meşruluğu iki ayrı konudur. Dworkin'in bu eleştirisi söz konusu uluslararası hukuk sisteminin varlığından ziyade meşruiyetine yönelik bir itirazdır.

⁵⁸ **Dworkin** (2013), s.10.

⁵⁹ **Dworkin** (2013), s.11.

Dworkin, kendi ifadesiyle uluslararası hukukun baskın teorisi olan pozitivist görüşün sınırlılıklarını tartıştıktan sonra kendi pozisyonunu ortaya çıkarır. İlk olarak, şu soruyu sorarak başlar: ‘Ortak bir anlayış üzerine uluslararası bir hukuk sistemini ne ölçüde inşa edebiliriz?’⁶⁰ Dworkin’in böyle bir soruyla başlaması, uluslararası hukuka dair pozisyonunu aslında kendi ulusal hukuk kuramına dayandıracağına ip uçlarını verir.⁶¹ Devamında ise, tüm dünyada yargı yetkisine sahip, bütün devletleri bağlayan, uluslararası bir mahkemenin var olabileceğini düşünmemizi ister.⁶² Her ne kadar kendisi de bunun gerçeklikten uzak bir fikir olduğunu kabul etse de bütün dünyayı kapsayacak şekilde yargı gücü olan, dünyadaki herkesin gidip başvurabileceği, kararlarının ve yaptırımlarının her yerde uygulanıp geçerli olacağı bir dünya mahkemesi, Dworkin’in uluslararası hukuka yaklaşımının çerçevesini oluşturur.⁶³

Dworkin, bu çerçeveyi de ilk olarak bir soruyla doldurur. Bahsi geçen bu hayali/varsayımsal mahkeme, hangi argümanlara ve ilkelere dayanarak, devletlere (ve diğer uluslararası organizasyonlara) haklar sağlayıp, yükümlülükler yükleyebilir ve bunları da zorlayıcı bir şekilde uygular.⁶⁴ Bu, Dworkin’e göre, her şeyden önce ahlaki bir sorudur.⁶⁵ Böylelikle Dworkin uluslararası hukuku pozitivist temelden alıp, ahlaki bir temele oturtmaya çalışır. Bu noktada, Dworkin’in hukuk kuramının temel yapıtaşlarından olan -objektif/evrensel- ahlak unsurundan yazarın uluslararası hukuk teorisi de nasibini alır. Uluslararası hukukun temelini pozitivist bakış açısından ziyade ahlaki bir gerekçelendirmeye çalışması, Dworkin’in hukuk ile ahlak birlikteliğine dayanan hukuk kuramı için şaşırtıcı

⁶⁰ Dworkin (2013), s.13.

⁶¹ Dworkin’in ‘Tek Doğru Cevap Tezi’ (The Right Answer Thesis), kültürel göreceliğe karşı insan haklarının evrensel niteliğini ön plana çıkarması ve hayali yargıç ‘Herkül’ gibi örnekleri düşününce Dworkin’in böyle bir yargı mekanizması tasvir etmesi aslında pek de sürpriz değil.

⁶² Dworkin (2013), s.13.

⁶³ Gerçekten de Dworkin’in uluslararası hukuk teorisinin çerçevesini böyle bir hayali mahkeme oluşturur. Çünkü devamında Dworkin bu düşünceden hareketle böyle bir mahkemenin uygulanması gereken uluslararası hukuk ilkelerini açıklar. Dworkin’in uluslararası hukuk ilkelerini ve uluslararası hukukun ahlaki temeli böyle bir mahkeme bağlamında düşünülmelidir.

⁶⁴ Dworkin (2013), s.14.

⁶⁵ Dworkin (2013), s.14.

değildir. Dahası, Dworkin'in insan hakları kuramında da yer alan 'tek doğru cevap tezi' aslında kültürel göreceliğe karşı ahlaki objektivizmin bir argümanıdır. Aynı şekilde hak temelli insan hakları yaklaşımının temelinde de ahlaki bir ilke olarak yorumladığı 'eşit ilgi ve saygı hakkı' vardır. Bunların hepsi - örneklerle sınırlı olmamakla birlikte- Dworkin'in hukuk kuramında ahlak ile hukukun ayrılamaz şekilde iç içe geçmiş olmasının ve nihai olarak bir adalet arayışı içerisinde olmasının birer yansımalarıdır.⁶⁶ Bu adalet arayışı ve ahlaki gerekçelendirme ihtiyacı, Dworkin'in ulusal hukuk üzerine inşa ettiği hukuk kuramının uluslararası hukuk disiplininde de kendine yer bulur. Bu sayede, Dworkin rıza ve devlet egemenliğine dayanan uluslararası hukuk görüşünü reddederek, bu alanın ahlaki ilkeler temeline dayanmasını gerektiği söyler.⁶⁷

A. ULUSLARARASI HUKUK'UN YENİ AHLAKİ TEMELİ

Uluslararası pozitivist hukuk teorisinin devlet egemenliği ve rıza ilkesiyle açıkladığı uluslararası hukuku, Dworkin 'ilke', 'adalet' ve 'ahlak' gibi soyut kavramlar üzerinden açıklamaya çalışır. Burada bir hususun altını çizmekte fayda var. Dworkin devletlerin karşılıklı rıza göstermesiyle yaratılan hukukun *haklılığını* ve *geçerliliğini* meşru bulmaz. Buradaki meşruluk arayışı devlet eliyle kullanılan siyasi zor kullanma tekelinin haklı gösterilmesiyle ilgili ahlaki bir taleptir.⁶⁸ O halde Dworkin, uluslararası hukukta, hukuk aracılığıyla kullanılan zorlayıcı gücün nasıl haklı gösterilebileceğini tartışır. Bu haklılık ahlaki bir gerekçeye dayanmak zorundadır. Bu sebeple, yazar uluslararası hukukun temelini ahlaki ve ilkesel olmayan pozitivist bir yaklaşımın ürünü olan rıza ilkesinde görme-

⁶⁶ Dworkin'in hukuk ile etik üzerine kurduğu kuramına Gülriz Özkök 'konstrüktif bir hukuk anlayışı' olarak ifade eder. **Özkök, Gülriz** (2002) "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C:5, s.98. Gülriz Uygur'a göre de 'konstrüktivizm' mevcut olanın ilkeler ile bulunduğu bir denge arayışıdır. **Uygur, Gülriz** (2010) "Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C:22, s.9.

⁶⁷ **Dworkin** (2013), s.15. Dworkin'in terminolosinde 'ilkeler' şekli yönlerinden ziyade maddi anlamlarıyla yorumlanmalıdır. Bu anlamda ilke adaletin bir gerekliliği ya da ahlaki bir standart olarak anlaşılabilir. Gülriz Özkök'ün ifadesiyle "hukukun içerisinde yer alan ilkeler, hukukun ve onun uygulama alanının temellini oluşturmaktadır". **Özkök**, s.98.

⁶⁸ **Uygur** (2010), s.8.

mektedir. Dworkin'e göre uluslararası hukukun olması gereken ahlaki temeli (*the true moral basis of international law*) bir devletin kendi gücü üzerinde uygulanabilir ve üzerinde uzlaşmış kısıtlamaları kabul etmesi gerekliliğinde yatar.⁶⁹

Bu ahlaki temel şu şekilde açıklanabilir: Dworkin'e göre her devletin kendi siyasal meşruiyetini geliştirmeye yönelik genel bir yükümlülüğü vardır.⁷⁰ Bu genel yükümlülük, aynı zamanda devletlerin uluslararası sistemin gelişmesine yönelik bir çaba içerisinde olmaları gerektiği yükümlülüğünü de beraberinde getirir. Burada kastedilen, güç kullanma tekeli elinde bulunduran siyasal iktidar kendi meşruluğunu artırarak uluslararası sisteme katkı sağlayabiliyorsa, bu yönde hareket etmeye yönelik siyasal bir yükümlülük altındadır. Bu aynı zamanda ahlaki bir gereklilik olarak anlaşılabilir ve yazara göre uluslararası hukukun olması gereken ahlaki temeli bu yükümlülüktür. Bu yükümlüğün temeli uluslararası hukukun ve sistemin daha iyi duruma gelmesi için devletlerin ortak sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Bu sorumluluk ve yükümlülük doğal olarak devletin mutlak egemenliğine karşı uygulanabilir sınırlamamalar getirebilir. Devletlerin bu sınırlamaları kabul etmesi, tam da Dworkin'in bahsettiği, uluslararası hukukun doğru ahlaki temelini (*the true moral basis of international law*) oluşturur.

Dworkin, bu ahlaki temeli iki tane yapısal ilke üzerine inşa eder. Birincisi, mutlak devlet egemenliğine indirgenmiş bu sistemin yukarıda açıklanan zararlarını ve risklerini azaltmaya yönelik her devletin bir yükümlülüğü olduğunu söyler (*duty of mitigation*).⁷¹ Bu zararı ve tehditleri hafifletme yükümlülüğü, Dworkin'e göre, uluslararası hukukun en kapsayıcı ve yapısal ilkesidir. Bu ilke aynı zamanda uluslararası hukukun yorumsal arka planını da oluşturur. Yine de zararı hafifletme yükümlülüğü (*duty of mitigation*) tek başına yeterince belirleyici olmadığı için başka bir ilke ile desteklenmelidir. Bu da bizi uluslararası hukukun ahlaki temeli oluşturan *salience* ilkesine götürür.

⁶⁹ Dworkin (2013), s.17.

⁷⁰ Dworkin (2013), s.17.

⁷¹ Dworkin (2013), s.19.

Dworkin *salience* ilkesini şu şekilde açıklar:

Büyük ölçekli bir nüfusu kapsayacak şekilde, ciddi sayıdaki devletler antlaşma yoluyla ya da bir şekilde koordine olarak uyulması gereken kurallar/teamül kuralları (code of practice) üzerinde bir konsensusa ulaştıkları takdirde, diğer devletlerin de bu kuralları takip etme konusunda en azından *prima facie* görevleri vardır... Bu görev bu kuralları takip eden devletin ve genel olarak uluslararası düzenin meşruluğunu artırması şartıyla geçerlidir.⁷²

Dworkin'e göre *salience* ilkesi ilk olarak uluslararası hukukun ahlaki temellerine yönelik ikna edici haklı bir açıklama getiriyor. İkinci olarak yazara göre, zararı azaltma ilkesi (*the principle of mitigation*) emredici/buyruk kurallara ilişkin tatmin edici bir açıklama sağlarken, *salience* ilkesi Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde uyarınca, uluslararası hukukun kaynaklarına yönelik bir gerekçelendirme sunar. Yazara göre, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası antlaşmalar hukukunun kaynakları -iradeci görüşün aksine- devletlerin bu kaynaklara rıza göstermelerinden ziyade bu kaynakların belirgin hale gelmesidir. O halde belirginlik kriterlerini karşılayan kaynaklar, zararı azaltma prensibini göz önüne alarak, sınırsız sorumsuzluk sağlayan Vestfalya sisteminin getirdiği tehlikeleri ve kusurları azaltma amacıyla yorumlanmalıdır.

Dworkin bu argümanlarından hareketle, uluslararası hukukun nihai amacının bireylerin hem kendi ülkelerinde otoriter rejimlere karşı hem de dışarıdan da gelebilecek müdahalelere karşı korunduğu ve vatandaşların demokratik karar alma süreçlerine dahil olabildiği bir sistem inşa etmek olduğunu söyler. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler Antlaşması gibi uluslararası bir belgenin doğru yorumlanabilmesi bu nihai amacın en iyi şekilde anlamlandırılabilmesine bağlıdır.⁷³

⁷² Dworkin (2013), s.19.

⁷³ Dworkin (2013), s.22.

III. DWORKIN'İN ULUSLARARASI HUKUK YAKLAŞIMINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE DEĞERLENDİRME

A. METODOLOJİK AÇIDAN

Dworkin'in ahlak ve yorum temelli hukuk kuramının başat özelliklerini, yazarın uluslararası hukuku açıklamaya ve gerekçelendirmeye yönelik yaklaşımında da bulmak mümkündür. Bu anlamda ilk bakışta Dworkin uluslararası hukuk için yeni bir argümantasyon kurmaktan ziyade sadece kendi ulusal hukuk teorisini uluslararası hukuku anlamlandırmak için teorik bir lens olarak kullanıyor demek bir dereceye kadar doğru kabul edilebilir. Bu sebeple -yazarın ulusal hukuka yönelik hukuk kuramına getirilen eleştiriler göz önüne alındığında- Dworkin'in uluslararası hukuk açılımı bunlarla sınırlı olmamakla birlikte benzer eleştirilerden muaf değildir.

İlk olarak, Dworkin'in önerdiği uluslararası hukuk teorisinin metodolojik açıdan tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Metodolojik sorundan kasıt şu? Dworkin kendi hukuk kuramını doğrudan uluslararası hukuka uyarladığı iddiasıyla eleştirilir.⁷⁴ Jovanovic'in ifadesiyle, hatta bu sorun, Hart, Kelsen ve Austin gibi hukuk felsefecilerinin de uluslararası hukuku ulusal hukuk üzerinden anlamlandırmaya çalıştıklarından kaynaklanan ortak bir problemdir.⁷⁵ Buradaki belki de temel sorun, ulusal hukuk ile uluslararası hukukun doğası gereği farklı karakteristik özellikler barındırmasına rağmen bu temel farklılıkların göz ardı edilmesidir. Sonuç olarak; uluslararası hukuktan, ulusal hukuk kriterlerini taşıması beklenir ve bu nedenle uluslararası hukukun kendine özgü doğası ve yapısı ıskalanır.

Dworkin'in de içerisinde bulunduğu bu hukuk felsefecileri yoğun olarak hukuku tanımlamaya, açıklamaya, kavramsallaştırmaya, prosedürel ve normatif karakterini tartışmaya yönelik ciddi bir mesai harcadıklarını söyleyebiliriz. Bu tartışmalar merkezi bir yapısı olan ulusal bir hukuk düzeni göz önüne alınarak yapılır. Kaynakları, uygulama alanları ve yaptırım mekanizmaları bakımından,

⁷⁴ Jovanovic, s.451; Tasioulas (2021), s.38.

⁷⁵ Jovanovic, s.451.

ulusal hukuktan farklı bir şekilde oluşturulan uluslararası hukuk doğal olarak farklı temel karakteristik özellikleri içerisinde barındırır. Her ne kadar ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında benzerlik kurulabilecek alanlar olsa da uluslararası hukuku tartışırken ulusal hukukun temel özelliklerini taşıması gerektiğine yönelik indirgemeci bir beklentinin olmaması gerekir. Bu indirgemeci beklenti -ulusal hukuk teorilerinin uluslararası hukuka doğrudan transferi- nihayetinde uluslararası hukukun hatalı bir bakış açısı/metodoloji ile değerlendirilmesine neden olur.

Çalı, bu durumu şöyle ifade eder.

Bir hukuk sisteminin başarısının ölçütü, iç hukuk kurallarının karakteristik özellikleri (bir egemenin varlığı, merkezi bir yönetim ve hiyerarşik yapısı, yasama organının varlığı...) göz önüne alınarak değerlendirildiği takdirde, uluslararası hukukun bu testi geçmesi mümkün değildir. Uluslararası hukuk, uluslararası ilişkileri düzenleyen bir çerçeve olarak başarısını ölçmek için kendine ait ölçütlere ihtiyaç duyar.⁷⁶

O halde şu sonuca varılabilir, devlet merkezli bir hukuk sisteminin gerektirdiği kriterleri/standartları uluslararası hukuk sistemi için beklemek ya da önermek uluslararası hukuku anlamaya ve açıklamaya yönelik doğru bir yöntem değildir.

Sonuç olarak, uluslararası hukuka ulusal hukuk lensleriyle bakılmasının metodolojik olarak sorunlu olduğunu belirttikten sonra, Jovanovic'in, iddiasına tekrar dönebiliriz. Jovanovic'e göre, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisi kendi hukuk kuramının basit bir şekilde uluslararası sisteme uyarlanmasıdır. Dworkin, uluslararası hukukun varlık sorununa dair tartışmaların artık yapılmadığını ve bu alanın varlığı konusunda bir konsensus olduğunu kabul etse de bu tartışmanın hala önemli olduğunu iddia eder. Uluslararası hukuk kurallarının ve prensiplerinin yazılı olduğu metinlerin ve teamüllerin bir hukuk sistemini -uluslararası hukuku- nasıl meydana getirdiği ise Dworkin'in gözünde son derece önemli bir sorudur. Miodrag'a göre Dworkin, iç hukuk bağlamında bir kurallar bütününe ya da pratiklerin hukuku nasıl oluşturduğunu tartışırken kullandığı

⁷⁶ Çalı, s.822.

teorik araçları, uluslararası hukuk için de kullanır. Bu sebeple de Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinin kendi hukuk kuramının bir uyarlanması olduğunu söyler. Bu iddia iki açıdan değerlendirilebilir.

Birincisi, yukarıda bahsedilen metodolojik tartışma çerçevesinde, Dworkin'in 'uluslararası hukuk gerçekten hukuk mudur?' sorusunu ulusal hukuk kriterleri üzerinden tartıştığını bir dereceye kadar kabul edebiliriz. Bu yüzden de uluslararası hukuk disiplinin kendine ait ayırt edici kriterlerinin yazar tarafından kısmen göz ardı edildiği ve uluslararası hukuka dair özgün bir açılım getirilmediği eleştirisi -katılmasak da- yapılabilir. İkincisi ve daha önemlisi, Jovanovic'in yaklaşımının biraz indirgemeci olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinin doğrudan yazarın hukuk kuramının bir uyarlanması olduğu iddiası Dworkin'in uluslararası hukukun ahlaki temelinde dair geliştirdiği açılımı (*true moral basis of international law*) inkâr eden bir yaklaşımdır. Özellikle *duty of mitigation* ve *principle of salience* ilkesi yazarın önceki çalışmalarında yer almayan uluslararası hukuk teorisine yönelik geliştirdiği prensipler olarak Jovanovic'in gözünden kaçtığını belirtebiliriz. O halde, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisini yazarın kendi hukuk kuramından etkilendiği kabul edebilir ancak doğrudan onun bir uyarlanması olduğu söylenemez.

Dahası, Eric Scarffe ise Dworkin'in önceki çalışmalarında merkezi rolü olan ahlaki gerekçelendirme ve onur kavramının yazarın uluslararası hukuk teorisinde bariz bir şekilde eksik olduğunu belirtir.⁷⁷ Scarffe'a göre Dworkin'in önceki yazılarında üzerinde sıklıkla durduğu ve üstün bir değer atfettiği onur (*dignity*) kavramı, uluslararası hukuk yaklaşımında sıradanlaşır.⁷⁸ Benzer şekilde, Dworkin uluslararası hukuk yaklaşımını ahlak, adalet ve ilke gibi soyut değerler üzerine değil de devletlerin meşruiyetlerini geliştirmeye dolayısıyla çıkarlarına yönelik bir kuram olarak düşündüğü için de eleştirilir.⁷⁹ Bu eleştiriye tam olarak katılmaksak da Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinde devletin meşruluğu

⁷⁷ Scarffe, J. Eric (2016) "A New Philosophy for International Law' and Dworkin's Political Realism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, C:29, S:01, s.204.

⁷⁸ Scarffe, s.204.

⁷⁹ Scarffe, s.203.

önceleyen bir yaklaşım olduğu tespitine katılabiliriz. Ancak bu durum, Dworkin'in uluslararası hukuk argümanında uluslararası toplum için bir adalet arayışında olmadığını kanıtlamaya yetmez. Yine de bu eleştirilerden de hareketle, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisi yazarın önceki çalışmalarının bir kopyası demek pek de makul bir yaklaşım değildir. O yüzden Dworkin'in uluslararası hukuk yaklaşımı metodolojik açıdan eksik ya da yeterli bulunmayabilir ancak yazarın bu alana sadece ulusal hukuk kriterleri üzerinden baktığını söylemek kanıtlanmaya muhtaç bir iddia olarak kalır.

Dworkin'in uluslararası hukuk teorisini metodolojik olarak eleştirildiği bir diğer husus, bireylerin uluslararası hukukun temel sükeleri olarak değerlendirilmesidir.⁸⁰ Dworkin'in sisteminin, bireylere -tıpkı ulusal hukuk düzeninde olduğu gibi- uluslararası hukuk sisteminde kurucu ve asli statü verdiği iddia edilir. Jovanovic'in yaptığı bu çıkarımın nedeni, Dworkin'in belirttiği Vestfalya Sistemi'nin olası zararları ve ihlalleri bireylerin insan onurundan kaynaklı haklarıyla ilgili olmasındandır.⁸¹ Bu yoruma göre, Dworkin'in uluslararası hukukun kurucu ilkesi olarak önerdiği *duty of mitigation*, sınırsız egemenlik anlayışına karşı bireylerin temel haklarını önceleyen bir prensip olarak yorumlanabilir. Ancak bu durum, Jovanovic tarafından şu şekilde eleştirilir: uluslararası hukukun en temel karakteristik özelliği göz önüne alındığında, birden fazla eşit siyasal toplulukları içinde barındıran bu sistemde bireylere ulusal hukuktaki gibi bir öncelik tanınmaması gerekir.⁸²

Jovanovic'in eleştirisi klasik iradeci görüş temelli bir uluslararası hukuk yaklaşımıyla örtüşebilir. Ancak, günümüzde bireylerin ve grupların uluslararası hukukun meşru sükeleri olduğu konusunda akademisyenler arasında ciddi bir görüş birliği olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.⁸³ Hatta Andrea Bianchi'ye

⁸⁰ Jovanovic, s.453.

⁸¹ Jovanovic, s.453.

⁸² Jovanovic, s.453. Bu konuya dair daha detaylı bir tartışma için bakınız: Çalı, s.818.

⁸³ "Her ne kadar birçok akademisyen bireylerin ve grupların uluslararası hukukun öznelere ya da meşru aktörleri olarak tanısa da bu tanıma süreci oldukça uzun ve meşakkatli bir sürecin sonunda olmuştur". Bianchi, Andrea (2011) "The Fight for Inclusion: Non-State Actors and International Law": Fastenrath, Ulrich/Diğerleri (Editörler), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, s.47.

göre, geleneksel uluslararası hukuk yaklaşımı, uluslararası hukukun gelişen, dinamik ve kompleks yapısını açıklamakta yetersiz kalır.⁸⁴ Özellikle bölgesel insan hakları koruma mekanizmalarıyla birlikte, bireylerin de uluslararası hukuk temel sükeleri kabul edildiğini belirtmek gerekir.

Metodolojik açıdan bir diğeri eleştiri John Tasioulas'dan gelir.⁸⁵ Dworkin'in uluslararası hukuk için izlediği metodolojiye göre, bir uluslararası hukuk teorisinin çifte görevi vardır: i) uluslararası hukuk normlarının *geçerliliğinin* gerekçelerini ortaya koymalı; ii) böylelikle, geçerli uluslararası hukuk normlarına meşruiyet kazandırılarak, devletler bu normlara -geçerli hukuk statülerinden dolayı- ahlaki açıdan uymakla yükümlü hale gelirler.⁸⁶ Tasioulas, Dworkin'in belirttiği bu çifte görevi bir çeşit kısıtlılık/sınırlılık (*the double duty constraint*) olarak görür ve bunun sosyolojik hukuk teorisi ile doktrinel hukuk teorisinin karşılığının bir yanşması olduğunu söyler.⁸⁷ Aslında doğrudan ifade etmese de Tasioulas'a göre, Dworkin'in uluslararası hukuk için önerdiği yaklaşım normatif karakteri olan yorum yaklaşımıdır; ve bu yüzden metodolojik olarak problemlidir.

Daha somut ifade etmek gerekirse, sosyolojik hukuk teorisi; herhangi bir ahlaki değerlendirmeye başvurmaksızın sosyal normları -görgü kuralları, ahlak kuralları vb. gibi kurallardan- diğeri kurallardan ayrıştırarak hukuk normu olarak sınıflandırır.⁸⁸ Dworkin'e göre, sosyolojik teoriler -doktrinel hukuk teorilerinin aksine- belirli bir yargı alanındaki hukukun ne olmasına gerektiğine dair normatif bir içerik sunmazlar.⁸⁹ Dworkin doktrinel hukuk teorisi için *yorumlayıcı kavram* (*interpretive concept*) ifadesini kullanır. Sevtap Metin'in ifadesiyle, "en doğru yorum temel siyasi ahlakın bakış açısını en iyi aydınlatan çözümü

⁸⁴ **Bianchi**, s.41.

⁸⁵ **Tasioulas** (2021), s.38.

⁸⁶ İlginçtir Dworkin ilgili makalesinin hiçbir yerinde 'çifte görev' ('double duty') ifadesini kullanmaz. Bu sadece John Tasioulas'ın Dworkin'in metodolojisi yorumlarken kullandığı bir ifadedir. Tasioulas bu ifadeyi iki farklı şekilde *the double duty constraint* ve *the double duty thesis* olarak kullanır. **Tasioulas** (2021), s.39-40.

⁸⁷ **Tasioulas** (2021), s.39.

⁸⁸ **Tasioulas** (2021), s.39.

⁸⁹ **Tasioulas** (2021), s.39.

sunandır".⁹⁰ Bununla birlikte, yorum gerektiren siyasal bir durumun doğru analizi-ne ilişkin teori, normatif karakterde olmalıdır.⁹¹ O halde doktrinel hukuk teorisi bir yorum teorisidir ve normatif bir yapıdadır. Buradan hareketle uluslararası hukukun temeli nedir sorusuna betimleyici değil yorumlayıcı bir cevap vermek gerekir.

Aslında John Tasioulas'dan önce -hatta Dworkin'in 'uluslararası hukukun yeni felsefesi' isimli çalışması yayımlanmadan önce- Başak Çalı, Dworkin'in yorum teorisini uluslararası hukuk sistemi için tartışır.⁹² Çalı'nın Dworkin'in yorum kuramının uluslararası hukuka uygun olmadığına yönelik iki temel itirazı vardır. Birincisi, ulusal bir hukuk sisteminin aksine uluslararası sistemin bireylere eşit ilgi ve saygı göstermeyi amaçlayan bir yapıdan/toplumdan yoksun olmasıdır. (*the lack of community objections*). Çünkü Dworkin yorum kuramını eşit ilgi ve eşit saygıyı (*equal concern and respect*) hedefleyen bir toplum özelinde geliştirir.⁹³ İkincisi, uluslararası hukukta merkezi bir yaptırım, yargı ve cebir gücünün bulunmamasıdır.⁹⁴

Hukukun bir bütünlük olarak görüldüğü (*law as integrity*) Dworkin'in hukuk kuramında, -hukukta yorum- tutarlılık başarılı bir yorum için en önemli zorunluluktur.⁹⁵ Yorum yaklaşımına göre, tutarlılık ve bütünlük kavramlarının

⁹⁰ **Metin, Sevtap** (2003) "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:61, S:1-2, s.59.

⁹¹ **Dworkin** (2013), s.11.

⁹² Başak Çalı'ya göre, hukukta yorum, her şeyden önce hukukun doğası ile ilgili bir teoridir. **Çalı**, s.807. Doğrudan Dworkin'in yorum teorisine odaklanmasa da 'hukuki yorum' kavramına yönelik eleştirel bir çalışması için bkz: **Uzun, Ertuğrul** (2016) "Yorumu Hukuktan Kurtarmak", Ankara Barosu Dergisi, C:2016, S:02, s.229-263.

⁹³ **Dworkin, Ronald** (1986) *Law's Empire*, 1. Baskı, Cambridge, Harvard University Press, Bölüm 6-7.

⁹⁴ Çalı, bu iki eleştirisi için 'içsel ya da doğası gereği itirazlar' ifadesini kullanır. **Çalı**, s.816.

⁹⁵ Sevtap Metin Dworkin'in bütünlük ve yorum kavramlarıyla ilgili şunu söyler: "Onun bütünlük fikri ise adil olanı, geçmişle tüm bağını koparmadan gelecekte aradığını göstermektedir. Hukuk, yorum aracılığı ile gelişmeye ve daha iyi olana yani olması gerekene açıktır. Yargıç, konuyu daha iyi aydınlatacak yorumu ile hukuk tarihinde ileri bir adım atabilmektedir... Açıkça dile getirdiği bir husus vardır ki o da hukuk teorisinin, yorumlandığı topluma uygun olmasıdır." **Metin**, s.77. Dworkin'in hukukta yorum yaklaşımının ciddi bir şekilde edebiyat kuramlarından etkilendiğini ifade edebiliriz. Hatta, Ertuğrul Uzun'a göre Dworkin'in yorum teorisinin referans noktasını edebiyattaki Yeni Eleştiricilik okulu oluşturur. Dolayısıyla, Ertuğrul Uzun Dworkin'in literatürde önemli bir yer işgal eden 'yegâne doğru cevap tezi'nin nihai olarak hukuki değil edebi olduğunu ifade eder. **Uzun**, s.241.

başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için ortak bir amaç etrafında bir araya gelmiş spesifik bir toplum gereklidir. O halde, ilk bakışta, uluslararası hukukun çok toplumlu yapısı Dworkin'in yorum teorisinin uygulanabilmesini oldukça zor bir hale getirir sonucuna varılabilir. Diğer bir ifadeyle, Tasioulas ve Çalı'nın Dworkin'in yorum teorisinin uluslararası hukuk sistemi için uygun olmadığına dair itirazlarının makul bir zemini olduğunu söyleyebiliriz.⁹⁶ Gerçekten de hukukta yorum yaklaşımının, uluslararası hukuk teorisyenleri arasında kabul gören bir yaklaşım olduğu söylenemez.⁹⁷ Bu durumun belki de en önemli nedeni, hukukta yorum yaklaşımının öncül ismi olan Ronald Dworkin'in bu teoriyi merkezileştirmiş iç hukuk sistemlerini göz önüne alarak açıklamasıdır.⁹⁸ Mesela, Jason Beckett'in ifadesiyle 'Dworkin'in yorum teorisinin temel iki varsayımı da uluslararası kamu hukuku için uygun değildir'.⁹⁹ Bu durumda, hukukta yorum yaklaşımının merkezileşmemiş bir yapısı olan uluslararası hukuk sistemine dair sınırlı bir kullanım alanı olduğu söylenebilir.

Ancak yine de Başak Çalı'nın da belirttiği üzere, Dworkin'in hukukun doğasına ve normatif yapısına yönelik analizleri ve doktrinel tartışmaları, uluslararası hukukun normatif yapısına yönelik farklı bir perspektif sunabilir.¹⁰⁰ Bu anlamda, Dworkin, Bustamante'nin de haklı tespitiyle, yukarıdaki eleştiriyi belki de öngörerek, uluslararası hukukun çerçevesini oluştururken uluslararası hukuku ulusal hukuk gibi merkezi bir sistem olarak düşünülmesini ister.¹⁰¹ Daha doğru bir ifadeyle, uluslararası hukukta haklar ve yükümlülüklerin nasıl tespit edilebileceği konusunu farazi bir dünya mahkemesi üzerinden açıklar (*the hypothetical international court*). Bu mahkeme dünyanın her yerinde yargı yetkisi olan, verdiği kararların yaptırım gücü olan ve uygulanmadığı takdirde cebir

⁹⁶ Bustamante, s.263.

⁹⁷ Çalı, s.805.

⁹⁸ Çalı, s.805; Beckett, A. Jason, (2011) "Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law", *The European Journal of International Law*, C:12, S:4, s.627-650.

⁹⁹ Beckett, s.634.

¹⁰⁰ Çalı, s.806.

¹⁰¹ Bustamante, s.263.

kullanılabilen bir mahkemedir. Eğer böyle bir mahkemenin var olduğunu - varsayımsal olsa bile- kabul edebilirsek, bu mahkemenin hangi argümanlara dayanarak meşru bir şekilde uluslararası hukukun öznelere haklar ve yükümlülükler yükleyebileceğini tespit edebiliriz. Böylelikle uluslararası meşru normlara Çalı'nın itiraz ettiği merkezi yapıdan yoksun bir sistemde de ulaşılabilir. Sonuç olarak, yorum teorisinin uluslararası hukuka uygulanmasına yönelik sınırlılıkları olmasına rağmen, Dworkin farazi bir dünya mahkemesi varsayımı üzerinden -bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde- bu sınırlılıkları karşılar.¹⁰²

B. VESTFALYA VE SINIRSIZ EGEMENLİK ARGÜMANI

Dworkin kendi uluslararası hukuk teorisini, devletlerin sınırsız egemenliğine dayanan bir sistemin karşısında konumlandırır. Daha doğrusu şimdiki uluslararası hukuk düzenini tasvir ederken, devletlerin sınırsız egemenliğine dayanan bir sistem olduğunu belirtir. Devamında ise sınırsız/mutlak egemenlik anlayışına dayandırdığı ve kendi ifadesiyle Vestfalya düzeni olarak söylediği mevcut uluslararası sistemin başarısızlıklarını ve eksikliklerini sıralar. Yukarıda detaylı bir şekilde açıklanan, uluslararası sistemi oluşturan devletlerin meşruluklarını tehdit eden bu tehlikeleri kısaca dört başlıkta hatırlamakta fayda var: i) temel insan haklarına saygı gösteremeyen her siyasi otoritenin meşruluk sorunu vardır; ii) bir devlet kendi vatandaşlarını dışarıdan gelebilecek işgallere karşı koruyamıyorsa meşruluk sorunu vardır; iii) mevcut sistemde devletlerin birbirleriyle iş birliği için bir motivasyonları olmadığı için halklar küresel sorunlara karşı savunmamız kalabilirler; iv) denetlenemeyen bu mevcut sistemde, bireylerin demokratik karar alma süreçlerine katılmaları da imkansız hale gelir. Dworkin'e göre bu dört neden, sınırsız egemenlik anlayışına dayanan mevcut Vestfalya sisteminden kaynaklı, devletlerin meşruluğuna zarar veren ya da tehdit eden unsurlardır.¹⁰³ Bu şekilde betimlenen bir uluslararası sisteme karşı dört farklı noktada cevap verilebilir.

¹⁰² Dworkin'in bu yönteminin gerçekçilikten uzak olduğu ve bu yüzden de gerçek bir uluslararası hukuk teorisi için makul bir zemin taşımadığına yönelik argüman için bakınız: **Jovanovic**, s.457.

¹⁰³ **Dworkin** (2013), s.19.

İlk olarak, mutlak egemenlik anlayışa dayanan bir uluslararası sistemde, vatandaşların temel haklarının *neden* sürekli tehdit ve tehlike halinde olduğunun Dworkin tarafından gösterilmesi gerekir. Uluslararası iş birliğinin olmadığı ve devletlerin sınırsız/mutlak egemen olduğu *kabul edilse bile* yine de neden bu sistemdeki bir siyasal otoritenin bireysel hakları ihlal ya da tehdit edeceği iddiası dayanaktan yoksun bir varsayımdır. Aslında yazarın buradaki kaygısı mevcut uluslararası hukuk sisteminin olası bir otoriter rejimleri engelleyememesi ve devamında ise o rejimlerde insan hakları ihlallerinin yaşanabilecek olmasıdır. Bu endişe kısmen anlaşılabilir olsa da mevcut sistemde meşru iktidarların neden insan haklarına karşı bir pozisyon alacağı yeterince açıklanmaz. Burada vurgulanan eksiklik, özgürlük ve sınırlı devlet anlayışı üzerine şekillenen insan haklarının liberal doktrininin çok geniş kabul görmesinden kaynaklanıyor olabilir.¹⁰⁴ Yine de devletlerin sahip olduğu -uluslararası hukuktan kaynaklanan- mutlak egemenlik anlayışının, bireylerin temel haklarına karşı bir müdahale aracı olarak kullanılacağı nedensellikten ve yeterli açıklamadan yoksun bir yorum olarak kalır.

İkinci olarak, Dworkin'e göre Vestfalya sisteminin kökeni geleneksel bir ön kabul olan soylu monarkların yönetimdeki mutlak gücüne dayanır.¹⁰⁵ Devamında ise, egemen devletlerin kurduğu uluslararası düzende, meşru iktidar iç işlemlerde mutlak/paylaşılmayan bir güce sahip olduğu için muhtemel tehditler sadece dış tehditler olabilir. Ancak, soylu monarkların iç işlemlerde sınırsız egemen olduğu ön kabulü yerini başka bir düşünceye bırakır: güç kullanma tekeli elinde bulunduran siyasal otoriteden bu gücü soyağacından başka bir şekilde -kullanma biçiminde-gerekçelendirmesi beklenir.¹⁰⁶ İlginçtir, Dworkin böyle bir değişimden bahsetmesine rağmen çizdiği Vestfalya sisteminde, siyasal otoritenin içeride sınırsız ve sorgulanamaz -monarklardan kalma bir anlayışla- bir egemenliği olduğunu ifade eder.¹⁰⁷ Değişimden hareketle, Dworkin modern bir

¹⁰⁴ Liberal insan hakları tartışması için bkz: Akçabay, F. Ceren (2009) "İnsan Haklarının Liberal Yorumu", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C:5, S:25, s.134.

¹⁰⁵ Dworkin (2013), s.16.

¹⁰⁶ Dworkin (2013), s.16.

¹⁰⁷ Scarffe, s.204.

anlayışla 'siyasal iktidarın zor kullanma gücünü ne gerekçelendirebilir' sorusunu ortaya atar.¹⁰⁸ O halde, Dworkin'in şu iki hususu kabul ettiği varsayabiliriz: i) egemenliğin kaynağı değişebilir; ii) egemen siyasal iktidar -yeni modern bir anlayışla- içeride de kendini meşrulaştırması gerekir. Sonuç olarak, günümüz uluslararası hukuk sistemi ve siyasal iktidarın egemenlik anlayışının, Orta Çağ Monarklık geleneğinden farklı olduğu ortadadır.

Üçüncü olarak, mutlak egemenlik anlayışının temel prensip olduğu bir uluslararası hukuk düzeninde devletlerin iş birliğinden kaçındıkları ve kaçınacakları iddiası bir varsayımdan ötesine geçmez. Dworkin'in ifadesiyle, 'eğer hiçbir devlet iş birliği için zorlanamazsa hepsinin iş birliğine katılmamak için bir nedeni olacaktır'.¹⁰⁹ Yazara göre, küresel krizlere karşı uluslararası iş birliğinin önemli olmasına rağmen mevcut Vestfalya sisteminde, uluslararası dayanışma ve iş birliği için devletleri motive edecek bir enstrüman yoktur. Gerçekten de mutlak devlet egemenliğine dayanan, karşılıklı iş birliğinden ve sınırlamalardan yoksun bir uluslararası düzende, bütün dünyayı etkileyen küresel krizlerle mücadele etmek oldukça güç olacaktır. Bir noktayı hatırlatmakta fayda olabilir. Dworkin'in buradaki temel itirazı, küresel krizlerin insan hakları ihlalleriyle sonuçlanmasının kaçınılmaz olacağıdır. Yazara göre, bu ihlallere karşı tek çözüm yolunun küresel bir iş birliği olduğu ancak Vestfalya sisteminden kaynaklı mutlak devlet egemenliği anlayışının bu iş birliği önünde bir engel teşkil eder. Ancak Dworkin'in iddia ettiğinin aksine, mevcut sistemde devletler mevcut ya da muhtemel küresel krizlere karşı kendi egemenliklerini sınırlandırıp iş birliği içerisine girerler. Sınırlı olmamakla birlikte bunun belki de en güncel ve önemli örneği küresel ısınmaya karşı oluşturulan taraf olan devletlere yükümlülükler yükleyen uluslararası sözleşmeler. Benzer şekilde yakın zamanda tüm dünyayı olumsuz bir şekilde etkileyen Kovid-19 krizine karşı da ülkelerin birlikte iş birliğine dayanarak hareket ettiğini söyleyebiliriz. O halde, mevcut uluslararası hukuk sisteminin devletler arası iş birliğini imkânsız hale getirdiği iddiası gerçeklikten kopuk bir varsayım olarak kalır.

¹⁰⁸ Dworkin (2013), s.16.

¹⁰⁹ Dworkin (2013), s.18.

Christiano, küresel yoksullukla mücadele ve refahı artırma gibi uluslararası toplumun temel odak noktaları olan konuların uluslararası yükümlülük kapsamında Dworkin tarafından ele alınmamasını eleştirir. Özellikle de Dworkin'in makalesinde bu konuların çok sınırlı bir şekilde ele alınmasını önemli bir eksiklik olarak yorumlar. Uluslararası hukuku doğrudan ilgilendiren tek ve son çalışmasında Dworkin'in hangi konulardan bahsedeceği birazcık da onun tasarrufu olarak yorumlanabilir. Çünkü eğer yazar bu alanda sayısız eser bırakmış olsaydı ve bu eserlerin hiçbirinde uluslararası toplumun temel konularına yeteri kadar değinmemiş olsaydı o zaman bu eleştiri daha değerli olabilirdi. Uluslararası yükümlülük kapsamında ise, Dworkin aslında Vestfalya sistemi üzerinden yaptığı eleştirilerde küresel sorunlara karşı uluslararası yükümlülük üzerine durur. Hatta mevcut uluslararası sistemin, küresel ölçekte olabilecek insani, sağlık ya da ekonomik krizlere karşı savunmasız olduğunu ifade eder. O nedenle Christiano'nun bu eleştirisinin isabetli olduğunu söylemek oldukça güçtür.

Dördüncü olarak, Vestfalya sisteminin bireylerin kendi hayatları üzerindeki tasarruflarına dair demokratik karar alma süreçlerine katılmayı *nasıl* imkânsız hale getirdiği iddiasının gerekçelendirilmesi gerekir. Dworkin'e göre, artan ekonomik küreselleşmeye birlikte bireyler başka ülkede ya da bölgede yaşanan negatif gelişmelere karşı daha savunmasız bir pozisyonda kalırlar. Buna karşı, insan onuru (dignity) gereği bireylerin kendi hayatlarını etkileyebilecek potansiyeli olan ya da tehdit eden karar alma süreçlerine asgari seviyede de olsa katılım sağlamaları gerekir. Ancak Dworkin, bu noktada nasıl bir katılımdan bahsettiğini yeterince açıklamaz.¹¹⁰

Miodrag'a göre Dworkin'in uluslararası hukuka dair temel yaklaşımı mutlak ve sınırsız olarak nitelendirdiği devlet egemenliğinin *doğruluğuna* bağlıdır.¹¹¹ Bu yo-

¹¹⁰ Aslında Dworkin burada karar alma süreçlerine katılım ile insan onuru arasında nasıl bir bağ kurduğunu da açıklamaz. Yazarın önceki çalışmalarından hareketle insan onuru ile bireyin kendi hayatı üzerindeki tasarruf hakkı arasındaki ilişki kurulabilir. Ancak yine de Dworkin'in bu makalesinde bu ilişkiye dair kısa ve öz de olsa bir gerekçelendirme kurması gerekirdi. İnsan onuru kavramının Dworkin'in hukuk kuramında çok temel bir rolü olduğunu söyleyebiliriz. Yazarın insan haklarına önemli bir katkısı olan 'eşit ilgi ve saygı hakkı' ile insan onuru arasında kurduğu ilişki için bakınız: **Dworkin, Ronald** (2011) *Justice for Hedgehogs*, 1. Baskı, Cambridge, Harvard University Press, Bölüm 4-5.

¹¹¹ **Jovanovic**, s.455.

rum kabul edilebilir olsa da asıl sorun -mutlak ve sınırsız bir devlet egemenliği iddiası doğru olsa bile- böyle bir sistemde devletlerin neden hem vatandaşları için bir tehdit hem de neden uluslararası sistemde uzlaşmadan uzak bir doğası olduğu argümanının yeterince ikna edici olmamasından kaynaklanır. Dworkin'in Vestfalya düzeninin günümüz uluslararası hukuka etkisini çarpıttığı iddia edilebilir. Bu nedenle, yazarın çizdiği uluslararası hukuk resmi rasyonel ve gerçekçi olmaktan birazcık uzaktır. Yazar, Vestfalya sisteminin devlet egemenliğini yüceltmesi ve uluslararası hukukun en önemli ilkesi haline getirmesini sorunlu bulur. Çünkü salt devlet egemenliğine dayalı bir uluslararası sistemde yazara göre iki somut zarar tehlikesi vardır: i) vatandaşlar kendi devletlerinin olası insan hakları ihlallerine karşı korunmasız kalırlar; ii) devletlerarası iş birliği minimal seviyeye iner ve bu nedenle de bütün dünyayı etkileyebilecek krizlerle mücadele etmek imkânsız hale gelir.¹¹²

Ancak bu somut zararları tarihsel gerçeklikten kopuk bir şekilde tartışır. Bu kopukluk Dworkin'in argümantasyonunda iki önemli boşluğa neden olur. Birincisi, Vestfalya mirası olarak, devlet egemenliği bugün hala uluslararası hukuk için en önemli ilkelerden birisi olabilir, ancak bu egemenlik günümüz uluslararası hukuk mekanizmaları tarafından birçok alanda sınırlandırılır. Bunun en önemli örneklerini, bölgesel ve uluslararası insan hakları mekanizmaları oluşturur. Devletler bu imzaladıkları antlaşmalar ile insan hakları konusunda kendi münhasır yetki alanlarını paylaştıklarını söyleyebiliriz.¹¹³ Özellikle de kararları bağlayıcı olan bölgesel insan hakları mekanizmalarını -İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi- Dworkin'in karikatürize ettiği devlet egemenliği ilkesinin günümüzde geçerli olmadığını kanıtlar nitelikteki örneklerdir.¹¹⁴

¹¹² Dworkin (2013), s.18.

¹¹³ Çağırın, Emin Mehmet (1998) "Raymond Aron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", Journal of Istanbul University Law Faculty, C:53, S:1-4, s.80.

¹¹⁴ Özellikle de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu anlamda en etkili koruma mekanizması olduğu söylenebilir. Diğerlerinden daha önce kurulmuş olması ve diğer bölgesel ve hatta ulusal mekanizmalar için teamül/emsal oluşturması bakımında İHAM'ın insan haklarının uluslararası/bölgesel düzeyde korunmasında özel bir pozisyona taşır.

İkincisi, uluslararası örgütler, ikili ve çok taraflı anlaşmalar ve protokoller aracılığıyla uluslararası koordinasyon ve iş birliğinin arttığını da söyleyebiliriz. Bu iş birliğinin özellikle küresel krizlere karşı yeterli seviyede olmadığı argümanını anlaşılabilir bir nokta. Hatta mülteci sorunu ve küresel ısınma gibi görece güncel sayılabilecek ve devletlerin birlikte hareket etmesinin zaruri olduğu konularda, istenilen seviyede bir iş birliğinin olmadığı ve bundan dolayı hak ihlallerinin yaşanabileceğini söylemek doğru olacaktır. Yine de Dworkin'in göz ardı ettiği husus şu, bu krizlere karşı da mutlak devlet egemenliğine dayanan uluslararası sistem bir şekilde devlet egemenliğini sınırlandırabilecek enstrümanlara başvurabilir. Thomas Christiano da zarar azaltma ve belirginlik ilkelerini (*the principles of mitigation and salience*) daha efektif olan bölgesel antlaşmalar üzerinden düşünmek yerine neden küresel ölçekte uygulanması gerektiğine dair Dworkin'den bir gerekçe sunulmadığını söyler. Christiano'nun buradaki itirazı, küresel düzeyde iş birliğinin ve devletler arasında bir konsensusa ulaşmanın güçlüğünden hareketle, bölgesel antlaşmaların ve mekanizmaların uluslararası hukuk yarattığının ya da en azından hukuku şekillendirdiğinin Dworkin tarafından kabul edilmemesidir. Özellikle, son yıllarda küresel ısınma ve iklim değişikliğiyle mücadelede uluslararası hukukun ciddi anlamda devletlere pozitif yükümlülükler yüklediğini ve devletlerin de birlikte hareket etmeye yönelik anlaşmalar imzaladığını ifade edebiliriz. Bu yükümlülükler doğal olarak devletlere bazı sınırlamalar getirir ve küresel krizlere karşı devletler -Dworkin'in ifade ettiğinin aksine- kendi egemenliklerinden taviz verip iş birliği arayışına girerler.

Sonuç olarak, Dworkin'in bu konudaki en büyük varsayımı mevcut uluslararası hukuk sisteminin devletlere sınırsız ve denetlenemeyen bir egemenlik anlayışı sağladığı düşüncesidir. Dworkin buradan hareketle, hem uluslararası düzeni tamamen kaotik olarak hem de bu düzeni oluşturan devletlerin kendi iç işlerinde insan haklarına yönelik sistematik bir tehdit ve ihlal varmış gibi karikatürize eder. Ancak yazarın ihmal ettiği nokta, uluslararası hukukta egemenlik kavramının statik olmadığı tam aksine değiştiği, dönüştüğü ve zamanla sınırlandırıldığıdır. Özellikle 20. yüzyılda uluslararası örgütler üzerinden gelişen uluslararası hukuk anlayışıyla birlikte, Vestfalya sisteminde kalma sınırsız/mutlak egemen devlet anlayışı düşüncesinin artık geçerliliği korumadığını ifade edebiliriz.

C. ULUSLARARASI HUKUKTA AHLAK VE MEŞRULUK

Thomas Bustamante'ye göre Dworkin'in uluslararası hukuk yaklaşımına en sert eleştiri yazarın ahlak ile hukuk birlikteliğine dayanan hukuk kuramının uluslararası hukuk teorisinde bariz bir biçimde eksik olduğunu iddia eden Eric Scarffe'den gelir.¹¹⁵ Scarffe'e göre, Dworkin Uluslararası Hukukun Yeni Felsefesi isimli çalışmasında, uluslararası hukukun ahlaki temellerinin gerekliliği yerine politik realizme (*political realism*) dayanan bir argüman sunar.¹¹⁶ Diğer bir ifadeyle, Scarff'ın iddiasına göre, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisi ahlaki bir temelden yoksundur. Onun yerine, devlet çıkarına dayanan (*state self-interest*) bir tür politik realizm olarak görülebilir.¹¹⁷ O halde Scarff'ın yorumuyla, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisi, bir devletin uluslararası hukuka riayet etmesini ahlaki bir gerekçe üzerinden açıklamak yerine politik realizme dayanan devlet çıkarı (pragmatizm) üzerinden açıklar. Daha spesifik olmak gerekirse, Scarff'a göre, Dworkin, bir devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine o devletin meşruiyetine katkı sağlayacağı ölçüde uyması gerektiğini ifade eder.¹¹⁸ Böylelikle, Dworkin devletlerin neden uluslararası hukuka uymaları gerektiğine dair ahlaki bir gerekçelendirme yerine devlet çıkarını önceleyen (*state's self-interest*) bir temellendirme sunar.

Bu eleştiriyi birazcık daha açalım. Scarff'ın kendi eleştirisini temellendirdiği yer Dworkin'in 'uluslararası hukukun gerçek ahlaki temeli' diye sonuçlandığı argümantasyonun başlangıç noktasıdır. İlgili sonucun girişinde, Dworkin, her bir devletin -yapabildiği ölçüde- hem kendi meşruluğu artırma hem de uluslararası hukukun bir bütün olarak meşruluğuna katkı sağlama yükümlülüğü olduğunu söyler. Devamında ise bu yükümlülüğün bir sonucu olarak her bir devletin

¹¹⁵ **Bustamante**, s.264; **Scarffe** s.198.

¹¹⁶ Scarffe politik realizm'den ne anladığını Jack Goldsmith ve Eric Posner'ı takip ederek şöyle açıklar: "Bir devletin uluslararası hukuka uyma yükümlülüğü o devletin çıkarlarına bağlıdır", **Scarffe**, s.203. Bu yaklaşıma göre uluslararası hukuk, "devlet çıkarını kontrol eden bir sistem değildir. Devlet çıkarının bir sonucudur". Bkz: **Goldsmith, L. Jack/Posner, Eric** (2005) *The Limits of International Law*, 1. Baskı, New York, Oxford University, s.13.

¹¹⁷ **Scarffe**, s.203.

¹¹⁸ **Scarffe**, s.203.

kendi egemenliği üzerinde uzlaşmış kısıtlamaları kabul etmesi gerektiğini ifade eder. Dworkin'e göre ortak bir şekilde egemenliğin sınırlandırılmasının kabul edilmesi *uluslararası hukukun doğru ahlaki temelini* oluşturur. Çünkü Dworkin kendi makalesinde en çok itiraz ettiği konu yukarıda da bahsedildiği üzere Vestfalya sisteminin getirdiği devletlerin sahip olduğunu sınırsız egemenlik anlayışıdır. O halde Dworkin'in uluslararası hukukun doğru ahlaki temeli argümanını daha bütüncül bir bakış açısıyla ve yazarın tam olarak neye karşı bu argümanı ortaya attığını düşününce, Scarff'in eleştirisinin biraz indirgemeci bir yaklaşımın sonucu olduğu söylenebilir. Her ne kadar Dworkin devletlerin uluslararası hukuka dair yükümlülüklerinde kendi meşruiyetlerini de göz önüne alarak bir çıkarım yaptıysa da yazarın uluslararası hukuk teorisinin temelini pragmatist bir çizgide devlet çıkarlarıyla örtüşen bir yaklaşım olarak yorumlamak pek isabetli olmayabilir.

Scarff'in eleştirisine benzer bir şekilde, Thomas Christiano da Dworkin'in uluslararası hukukun ahlaki temelini devletin meşruluğunun artırılması ile sınırlandırdığını iddia eder. Scarff'tan farklı olarak, Christiano'ya göre Dworkin'in çizdiği devlet meşruiyeti kavramı bir devletin sadece kendi vatandaşlarıyla olan ilişkisi üzerine kuruludur. Christiano bu nedenle, devletlerin -kendi vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini koruyarak- meşruluklarını artırma görevinin, sınırların ötesinde vatandaşı olmayan insanlara yönelik bir uluslararası yükümlülük için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı söyler. Yukarıda bahsedildiği üzere, Dworkin'e göre devletlerin kendi siyasal meşruluklarını artırmaya yönelik yükümlülükleri aynı zamanda uluslararası sistemin geliştirilmesine yönelik yükümlülüğü de içerir. Christiano buna itiraz ederek, bir devletin kendi siyasal meşruluğunu artırmaya yönelik bir yükümlülüğün olmasının, bu devleti uluslararası bir yükümlülük altına sokmak için tatmin edici bir gerekçe yaratmayacağını ifade eder.

Ancak önemle vurgulanmalıdır ki Dworkin uluslararası yükümlülüğü iki şarta bağlar. Birincisi, eğer devlet kendi meşruluğunu artırarak uluslararası sisteme de katkı sağlayabiliyorsa, ancak o zaman uluslararası bir yükümlülük doğar. İkincisi, bu söz konusu uluslararası yükümlülük, içinde bulunulan şartlar göz önüne alınarak uygulanabilir olanı gerektirir. Dworkin burada bir devletin

sadece kendi imkânı ve şartlar dahilinde kendi vatandaşı olmayan insanlara karşı bir yükümlülük altında olacağını açıkça belirtir. O sebeple, Christiano'nun söylediğinin aksine, devletlerin sınırlarının ötesinde yaşayan kendi vatandaşı olmayan insanlara karşı *de facto* bir yükümlülüğü yoktur. O yüzden de bir devletin kendi meşruluğunu artırmaya yönelik görevinin uluslararası hukuk yükümlülüğüne gerekçe yarattığı ifadesinin Dworkin'i pek de yansıttığı söylene-
mez.

Ahlak temeli üzerinden getirilen bir diğer eleştiri ise bireyler kozmopolit bir vatandaş olarak görülme-
kten ziyade bir devletin vatandaşı olarak değerlendirir.¹¹⁹ Diğer bir ifadeyle, Dworkin'in sisteminde bireyler neden kozmopolit bir yaklaşımdan ziyade devlet merkezli bir vatandaşlık bağı üzerinden uluslararası hukukun esas sükeleri olarak kabul edilirler.¹²⁰ Buradaki eleştirinin temel hedefi, bireyleri kendi başlarına otonom ve onurlu bir varlık olarak görmek yerine neden *devletin vatandaşı bağlamında* değerlendirildiğine yöneliktir. Aslında bu eleştirinin dayanağı, Christiano'nun Dworkin'in uluslararası hukukun ahlaki temeli argümanını indirgemeci bir yaklaşımla tartışarak, bu ahlaki temeli sadece devletlerin meşruiyetlerinin artırılmasına bağlamasıdır. Christiano'nun ifadesiyle, 'uluslararası hukukun yaratılması/oluşturulması, devletlerin meşruluklarını artırmaya yardımcı olmaktan ibaret değildir'.¹²¹ Bu radikal çıkarım, Dworkin'in teorisinin devletin meşruluğunun artırılmasının insan haklarının evrensel niteliğine ya da ahlaki değerlere karşı önceliğini ifade eder. Böylesine bir yorum, Dworkin'in uluslararası hukukun ahlaki temeli argümanını tamamıyla hatalı yorumlamanın bir sonucudur.¹²²

¹¹⁹ Bu noktanın ilginç olan tarafı, Dworkin'in hukuk kuramında insan haklarının evrensel niteliği ön plana çıkarken, yazarın uluslararası hukuk teorisinde ise bireyler evrensel bir bakış açısından ziyade vatandaşlık bağlamında değerlendirilmiştir. **Jovanovic**, s.453.

¹²⁰ **Christiano**, s.50.

¹²¹ **Christiano**, s.62.

¹²² Dworkin'in uluslararası hukukun ahlaki temeli ile devletlerin meşruluğu arasında bir ilişki kurduğu inkâr edilemez. Ancak sadece bu ilişkiden hareketle, uluslararası hukukun ahlaki temeli devletlerin meşruluğuyla sınırlandırıldığı iddiası indirgemeci bir yaklaşımdan öteye gidemez.

Buradaki hata en az iki noktada deşifre edilebilir. Birincisi, Dworkin her devletin kendi vatandaşlarına yönelik ahlaki sorumluluğu olduğunu söyler. Ancak bununla sınırlı kalmaz. Dworkin uluslararası hukukun ahlaki temeli argümanında, yargı yetkisinin tüm dünyada kabul edildiği, verdiği kararların tüm dünyada uygulanabileceği, uygulanmadığı takdirde yaptırımını olan, bir dünya mahkemesi metaforunu kullanır. Özellikle de uluslararası hukukta hakların ve yükümlülüklerin nasıl tespit edileceği konusunda, böyle bir farazi mahkeme üzerinden hareket eder. Böylelikle yazar uluslararası hukukta evrensel ve ahlaki ilkeleri tespit etmeyi amaçlar. Bu sebeple, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinde bireyler sınırlı bir şekilde vatandaşlık bağı üzerinden değil, evrensel bir bakış açısıyla konumlandırılır. İkincisi, Dworkin Vestfalya sistemini eleştirirken temel odak noktası devletlerin meşruluğundan ziyade bireysel haklar ve özgürlüklerdir. Çünkü, mevcut Vestfalya sisteminin en problemlili tarafı insan haklarının korunmasında gerekli koruma mekanizmalarını çalıştıramamasıdır. Buradan hareketle, uluslararası hukuk sistemi, insan haklarının ihlal ya da tehdit edilmesini engelleyemediği için, uluslararası hukuka *-duty of mitigation ve principle of salience-* ilkelerini önerir. Sonuç olarak, Dworkin Christiano'nun ifade-sinin aksine uluslararası hukukun temelini devletlerin meşruluğundan ziyade, insan haklarının korunmasında arar.

SONUÇ

Ronald Dworkin, hukuku doğal hukuk ve pozitivist hukuk görüşlerinin ötesinde farklı bir kuram olarak düşünülmesine katkı sağlayan ve hatta bu yolu açan en önemli düşünürlerdendir. Bu makalede hukuk felsefesini domine eden bu iki tarafa alternatif olarak yeni bir ekol yaratabilen Dworkin'in uluslararası hukuk yaklaşımı incelenmiştir. Dworkin'in hukuka olan yaklaşımını özgün kılan ve bu anlamda en çok göze çarpan unsuru, hukuku statik bir yapı değil dinamik bir süreç olarak görmesi ve en nihayetinde hukuk eşittir yorum anlayışını ortaya atmasıdır. Dworkin'e göre hukuk en temelde yorumdur. Metodolojik olarak hukukta yorum teorisi hukuk kuramına ayrı bir alan yaratmakta ve hukuk teorisi alanına alternatif ve özgün bir yaklaşım kazandırmaktadır. Yazarın, bu yaklaşımı merkezietçi bir yapısı olan ulusal hukuk formatlarında karşılık bulsa da uluslararası hukuk alanında oldukça sınırlı bir karşılık bulunduğunu söy-

leyebiliriz. Belki de bu nedenden dolayı, yazarın uluslararası hukuka olan yaklaşımının -özellikle de Türkçe literatür için- ihmal edildiğini belirtebiliriz. Bu çalışma, Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinin eleştirel bir şekilde tartışarak söz konusu bu eksikliğin giderilmesine katkı sağlamayı hedefler.

Dworkin'in hukuk teorisine kazandırdığı önemli katkı göz önüne alındığında, uluslararası hukuk teorisine bıraktığı miras elbette tartışılabilir ve hatta bu alana çok sınırlı bir katkı sunduğu da iddia edilebilir. Yine de yazarın uluslararası hukuka dair çıkarımları bir taraftan uluslararası hukukun ahlaki temeline dair ciddi ilkeler ortaya atarken diğer taraftan uluslararası hukukun meşruluğunu bireysel hak ve özgürlüklerde aranması gerektiğine dair ciddi argümanlar sunar. Bu anlamda yazarın uluslararası hukuk görüşleri için ölümünden sonra yayımlanan ve Türkçe literatürde henüz analiz edilmemiş olan '*A New Philosophy for International Law*' isimli çalışması çok önemlidir. Dworkin'in belirtilen çalışmasında önerdiği teorinin uluslararası hukukun özellikle de normatif karakterine dair yeni ve provakatif bir açılım olduğunu kabul edebiliriz.

Yazar bu provakatif açılımı Hartçı uluslararası hukuk teorisinin karşısında konumlandırır ve onun aleyhine tezler üzerine inşa eder. Böylelikle kendi teorisini Hartçı uluslararası hukukun karşısında konumlandırarak aslında 20. yüzyılın uluslararası hukuk anlayışını eleştirir. Ancak bu yöntem ve yaklaşım birkaç noktadan eleştiriye açıktır. İlk olarak, uluslararası hukukun dinamik ve değişen yapısının yazar tarafından ihmal edildiğini söyleyebiliriz. Uluslararası hukukun son yüzyılda ne kadar hızlı bir şekilde değiştiği ve geliştiği göz önüne alındığında yazarın bu ihmali nedeniyle uluslararası hukukun güncel durumunu açıklamakta yetersiz kaldığı ya da oldukça sınırlı bir açıklama getirdiğini sonucuna varabiliriz. Söz gelimi, mutlak egemenlik anlayışının temel ilke olduğu bir uluslararası hukuk sisteminde devletlerin iş birliğinden kaçındıkları ve kaçınacakları iddiası uluslararası hukukun gelişen ve mevcut sistemini ıskalayan bir varsayımın ötesine geçmez.

İkinci olarak, devlet rızası ve irade teorileri uluslararası hukukun temel ilkeleri olsa da Dworkin'in bu ilkelere indirgemeci bir şekilde yaklaştığını ve bu ilkeler üzerine kurulu bir uluslararası hukuk sistemini de karikatürize ettiğini söylemek pek de yanlış olmaz. Mevcut uluslararası hukuk düzenini ısrarla Vestfalya siste-

minden miras kalan salt devlet egemenliğine indirgemesi sonucunda uluslararası hukukun değişen, dönüşen ve kompleks yapısının yazar tarafından yeterince tartışılmadığını ifade edebiliriz. Dahası, devlet egemenliğinin tek geçerli ilke olduğunu varsaysak bile, böyle bir sistemde temel hak ve özgürlüklerin neden tehdit altında olduğu iddiası yeterli dayanaktan yoksun bir varsayım olarak kalır.

Üçüncü olarak, *A New Philosophy for International Law* çalışmasında örnek olarak verdiği uluslararası hukukun kaynaklarının yorumlanmasına dair argümanda, yazarın uluslararası hukukun kendine özgü doğasını ve kompleks yapısını ıskaladığını söyleyebiliriz. Her ne kadar uluslararası hukukun kaynakları söz konusu olduğunda, UAD 38. maddesine atıfta bulunulsa da kendisi antlaşma niteliğinde olan bir normun diğer tüm antlaşmalara kaynaklık etmesinin beklenilmesi oldukça problemlili bir yaklaşımdır. Bu problemlili yaklaşımın sonucu olarak Dworkin bir antlaşma hükmünün antlaşma ve teamülden hangisinin üstün ve öncelikli olduğunu tespit etmesi gerektiğini ifade eder. Aslında birbiriyle bağlantılı bu iki sorunun da temeli yazarın UAD 38. maddesini tanıma kuralı olarak nitelendirmesinden kaynaklanır.

Dworkin'in uluslararası hukuk yaklaşımına yönelik en temel eleştirilerin başında yazarın uluslararası hukuku ulusal hukuk lensleri üzerinden yorumlamasına ve anlamlandırmasına yöneliktir. Hatta bu eleştiriden uluslararası hukuka dair bir açılım getiren diğer hukuk felsefecileri de nasibini alır. Diğer bir ifadeyle, hukuk felsefecileri uluslararası hukukun *hukuki niteliğini ve doğasını* ulusal hukuk ölçütleri üzerinden tartışırlar. Buradaki temel sorun, uluslararası hukukun doğası gereği kendisine özgü farklı karakteristik özelliklerinin göz ardı edilmesi ve sadece ulusal hukuk ölçütlerini sağlamadığı takdirde *hukukiliğinin* sorgulanmasından kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, uluslararası hukuk sisteminden, ulusal hukuk sisteminin kriterlerini sağlaması beklenir ve bu nedenle uluslararası hukukun kendine özgü doğası ve yapısı ıskalanır. Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinin de uluslararası hukukun kendine özgü doğasını, kaynaklarını, niteliklerini ve belki de en önemlisi dinamik yapısını ıskaladığını söyleyebiliriz.

Ancak, bununla birlikte Dworkin'in kendi hukuk teorisini doğrudan uluslararası hukuka uyarladığı iddiası pek de gerçeği yansıtmamaktadır. Her şeyden

önce Dworkin uluslararası hukukun ahlaki temeli olarak rıza ilkesini kabul etmez. Pekâlâ Dworkin'in uluslararası hukuk teorisinin yazarın kendi hukuk kuramından etkilendiği kabul edebilir ancak doğrudan onun bir uyarlaması olduğu söylenemez. Yukarıdaki iddia hem indirgemeci bir yaklaşımın sonucu hem de yazarın uluslararası hukukun ahlaki temeline dair geliştirdiği argümanı inkâr eden bir çıkarımdır. Dikkatli bakıldığında, Dworkin'in uluslararası hukukun olması gereken ahlaki temelini *duty of mitigation* ve *principle of salience* ilkeleri üzerinden açıklaması yazarın bu alana kattığı özgün bir açılımın neticesidir. Dworkin uluslararası hukukun -ahlaki- temelini devletlerin rızasından ziyade bireysel hak ve özgürlükler üzerine inşa etmeye çalışır. Yazara göre, uluslararası hukukun olması gereken en önemli ahlaki dayanağı insan haklarının korunmasında temellendirilmelidir. Böylelikle devlet rızasına dayanan klasik uluslararası hukuk paradigmasına alternatif bir zemin sunar. Her ne kadar bu yeni zemin yeteri kadar gerekçelendirilmemiş ve hatta ciddi sınırlılıkları içerisinde barındırsa da uluslararası hukuk teorisine farklı bir bakış açısı kattığını kabul edebiliriz. Bu yeni açılımda, uluslararası hukuk kaynaklarının farklı bir bakış açısıyla -ahlaki- gerekçelendirilmesi ve uluslararası hukukun temelini *duty of mitigation* ve *principle of salience* ilkelerine dayandırması yazarın bu alana dair ciddiye alınması gereken özgün bir mirası olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbaş, Kasım** (2017) “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden ‘Bir Yargılama Kuramı’na”: Uzun, Ertuğrul (Editör), Çağdaş Hukuk Düşüncesi, 3. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları, s.125-139.
- Akçabay, F. Ceren** (2009) “İnsan Haklarının Liberal Yorumu”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C:5, S:25, s.134.
- Aksoy, Z. Sevilay** (2015) “Rejim Teorileri”, Uluslararası İlişkiler, C:12, S:46, s.61.
- Arıkan, Engin** (2020) “Hukuki Pozitivizmin Radikalliği”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S:2, s.309-320.
- Beckett, A. Jason** (2011) “Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law”, The European Journal of International Law, C:12, S:4, s.627-650.
- Bianchi, Andrea** (2011) “The Fight for Inclusion: Non-State Actors and International Law”: **Fastenrath, Ulrich/Diğerleri** (Editörler), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, s.47.
- Birleşmiş Milletler Antlaşması**, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38/1, <https://www.icj-cij.org/statute#CHAPTER_II> s.e.t. 12.10.2023.
- Birleşmiş Milletler Antlaşması** (1945) madde 2/4, <<https://legal.un.org/repertory/art2.shtml>> s.e.t. 10.10.2023.
- Bix, H. Brian** (2000) “On the Dividing Line between Natural Law Theory and Legal Positivism”, Notre Dame Law Review, C:75, S:5, s.1613-1624.
- Bix, H. Brian** (2004) “Legal Positivism”: Golding, P. Martin/Edmundson, A. William (Editörler), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 1. Baskı, New Jersey, Wiley-Blackwell, s.29-49.
- Breckenridge, George** (1965) “Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy between Professor Hart and Professor Fuller”, Vanderbilt Law Review, C:18, S:3, s.945-964.
- Brus, Marcel** (1995) Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World: Developing a Theoretical Framework, 1. Baskı, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff Press.
- Bustamante, Thomas** (2017) “Revisiting Dworkin’s Philosophy of International Law: Could the Hedgehog Have Done It Any Other Way”, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, C:30, S:3, s.259-285.
- Çağırın, Emin Mehmet** (1998) “Raymond Aron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği”, Journal of Istanbul University Law Faculty, C:53, S:1-4, s.80.

- Çalı, Başak** (2009) "On Interpretivism and International Law", *The European Journal of International Law*, C:20, S:3, s.805-822.
- Christiano, Thomas** (2016) "Ronald Dworkin, State Consent, and Progressive Cosmopolitanism": Waluchow, Will/Sciaraffa, Stefan (Editörler), *The Legacy of Ronald Dworkin*, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, s.49.
- Dworkin, Ronald** (2013) "A new Philosophy for International Law", *Philosophy & Public Affairs*, C:41, S:1, s.3.
- Dworkin, Ronald** (2011) *Justice for Hedgehogs*, 1. Baskı, Cambridge, Harvard University Press, Bölüm 4-5.
- Dworkin, Ronald** (1986) *Law's Empire*, 1. Baskı, Cambridge, Harvard University Press, Bölüm 6-7.
- Dworkin, Ronald** (1977) *Taking Rights Seriously*, 1. Baskı, Massachusetts, Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald** (1967) "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, C:35, S:1, s.17.
- Franck, M. Thomas** (1998) *Fairness in International Law and Institutions*, 2. Baskı, New York, Oxford University Press.
- Goldsmith, L. Jack/Posner, Eric** (2005) *The Limits of International Law*, 1. Baskı, New York, Oxford University, s.13.
- Green, Leslie/Adams, Thomas** (2019) "Legal Positivism": Zalta, N. Edward (Editör), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism>> s.e.t. 03.09.2023.
- Gülgeç, Berkol Yahya** (2017) "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:0, S:2, s.81-148.
- Gülgeç, Berkol Yahya** (2017) "The Problem of *Jus Cogens* From a Theoretical Perspective", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:66, S:01, s.73-115.
- Hart, H. L. A.** (2012) *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.94.
- Leiter, Brian** (2009) "The Radicalism of Legal Positivism", *National Lawyers Guild Review*, C:66, S:3, s.165.
- Jovanovic, A. Miodrag** (2015) "Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, C:28, S:2, s.443-460.

- Metin, Sevtap** (2003) “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:61, S:1-2, s.59.
- Özkök, Gülriz** (2002) “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C:5, s.98.
- Plunkett, David/Wodak, Danial** (2022) “Legal Positivism and the Real Definition of Law”, Jurisprudence, C:13, S:3, s.317-348.
- Payandeh, Mehrdad** (2010) “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart”, European Journal of International Law, C:21, S:4, s.967-995.
- Ross, Alf** (1999) “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”: Paulsen L. Stanley (Editör), Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford University Press, s.146-163.
- Scarffe, J. Eric** (2016) “A New Philosophy for International Law’ and Dworkin’s Political Realism”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, C:29, S:01, s.204.
- Shapiro, J. Scott** (2012) “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”: Ripstein, Arthur (Editör), Ronald Dworkin, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press.
- Shapiro, J. Scott** (2009) “What is the Rule of Recognition (And Does it Exist)?”: Adler, Matthew/Himma, Kenneth (Editörler), The Rule of Recognition and the U.S. Constitution, 1. Baskı, New York, Oxford University Press.
- Surlu, Aydan Ömür** (2019) “Tanıma Kuralı ve Değerlendirmeler”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S:28, s.305-318.
- Tasioulas, John** (2002) “International Law and the Limits of Fairnes”, European Journal of International Law, C:13, S:4, s.1005.
- Tasioulas, John** (2021) “Fantasy Upon Fantasy: Some Reflections on Dworkin’s Philosophy of International Law”, Jus Cogens, C:3, S:1, s.33-50.
- Türkbağ, U. Ahmet** (2011) “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, Anayasa Yargısı, C:27, S:1, s.71-82.
- Uygur, Gülriz** (2003) “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:52, S:3, s.145-176.
- Uygur, Gülriz** (2010) “Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, C:22, s.9.
- Uzun, Ertuğrul** (2016) “Yorumu Hukuktan Kurtarmak”, Ankara Barosu Dergisi, C:2016, S:02, s.229-263.

ÖZEL HUKUKU

PRIVATE LAW

İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İŞVERENİN MENFAATLERİ ARASINDAKİ DENGE VE MİSİLLEMeye KARŞI KORUMA^(*) (DEDE/TÜRKİYE KARARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME)

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR^(**)

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 2024 yılında Türkiye'deki borsalarda işlem gören finansal araçlar için takas, saklama ve risk yönetim hizmetleri sunan bir kurumda çalışan işçinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair önemli bir karar (*Dede v. Türkiye*) vermiştir. AİHM tarafından verilen kararda başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile işverenin meşru menfaatlerini koruma hakkı arasında adil bir dengenin kurulamaması çerçevesinde inceleme gerçekleştirilmiştir.

İşçinin, işverenin iş organizasyonu içerisinde ve onun emir ve talimatlarına uygun bir şekilde çalışmayı kabul etmesi, özgürlüklerinden vazgeçeceği şeklinde yorumlanamaz. İşçinin özgürlükleri, işverenin müdahalesine açıktır ve işverenin yönetim yetkisiyle karşı karşıya gelmektedir. Bu özgürlüklerin tanımlanabilmesi ise pek çok menfaat çatışmasını beraberinde getirdiği için oldukça güçtür. Bu açıdan işçinin özgürlüğü ve işverenin yetkisi arasında dengenin kurulması kolay değildir. İşçinin hak ve özgürlüklerini güçlendirirken aynı zamanda ölçülü olabilmesi için bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gerekir. Bunun yanı sıra işçinin ifade özgürlüğü karşısında, işveren tarafından gelecek misillemeye karşı da korunması gerekir.

Anahtar Kelimeler

İfade Özgürlüğü, Pozitif Yükümlülük, Ölçülülük İlkesi, Misilleme, Mağdurlaştırma, Bilgi Uçurma.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1463688 - **Geliş Tarihi:** 02.04.2024 - **Kabul Tarihi:** 02.05.2024.

Çalışma konusunun belirlenmesinde ve hazırlanma sürecinde kıymetli görüşlerini esirgemyen Prof. Dr. Fatih BİRTEK'e teşekkürlerimi sunarım.

^(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sivas - Türkiye,

E-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2073-5085>.

BALANCE BETWEEN THE EMPLOYEE’S FREEDOM OF EXPRESSION AND THE EMPLOYER’S INTERESTS AND PROTECTION AGAINST RETALIATION

(AN EVALUATION IN THE CONTEXT OF THE DEDE/TÜRKİYE JUDGMENT)

ABSTRACT

In 2024, the European Court of Human Rights (ECtHR) delivered an important judgment (Dede v. Türkiye) on the violation of the right to freedom of expression of a worker employed by an institution providing clearing, settlement, custody, and risk management services for financial instruments traded on stock exchanges in Türkiye. The ECtHR’s judgment examined the failure to strike a fair balance between the applicant’s right to freedom of expression and the employer’s right to protect its legitimate interests.

The employee’s acceptance to work within the employer’s work organization and by his/her orders and instructions cannot be interpreted as giving up his/her freedoms. The employee’s freedoms are open to the possibility of intervention by the employer and come into conflict with the employer’s management authority. It is very difficult to define these freedoms as they create many conflicts of interest. In this respect, it is not easy to establish a balance between the freedom of the employee and the authority of the employer. While strengthening the rights and freedoms of the employee, these rights and freedoms must be limited to be proportionate at the same time. In addition, the employee’s freedom of expression should also be protected against retaliation by the employer.

Keywords

The Right to Freedom of Expression, Positive Obligation, Proportionality Principle, Retaliation, Victimization, Whistleblowing.

GİRİŞ

İş hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında işverenin otoritesinin tamamıyla işçinin hayatı üzerinde etkili olduğu/olması gerektiği anlayışından, işçinin birey olmasından doğan birtakım haklarını kullanabileceği anlayışına doğru bir dönüşüm süreci görülmektedir. Bu dönüşüm beraberinde özel yaşam ve iş yaşamı ayırımını önemli hale getirmiş ve neticede işverenin yönetim hakkının sınırlanması ve işçinin kişilik haklarının ön plana çıkması sonucunu doğurmuştur.¹

İş ilişkisi özellikle işçinin kişiliğinin ön plana çıktığı ve bundan bağımsız düşünülemez bir hukukî ilişkidir. Öyle ki iş hukuku işverenin otoritesi karşısında işçinin haklarına güvence getirme ve onları koruma amacıyla gelişmiş bir hukuk dalıdır. İşverenin emir ve talimat verme yetkisinin en önemli sınırını işçinin kişilik hakları oluşturur. Başka bir ifade ile hiçbir emir ve talimat işçinin haklarını özelde ise kişilik haklarını ortadan kaldıracak boyutta olamaz.²

İfade özgürlüğü diğer pek çok temel hakkın kullanılmasında ve bu hakların talep edilmesinde özel öneme sahiptir. Bu özgürlüğün önemi iş sözleşmesinden doğan ilişkilerde fazlalaşmaktadır. İşçi gerek sözleşmenin kurulması aşamasında gerekse devamı ve sona ermesinde işyeri ile alakalı düşüncelerini dile getiremez, taleplerini ifade edemezse haklarını kullanabilmesi açısından çeşitli ihlallerle karşılaşabilir. İşçinin ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar en başta işçi ve işveren arasındaki hiyerarşik ilişki nedeniyle ortaya çıkmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki hiyerarşik ilişki bu açıdan temel hakların yatay etkisi olarak ifade edilmektedir.³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), demokratik toplumun ilerlemesinde ve bireylerin gelişiminde ifade özgürlüğünü temel bir koşul olarak kabul etmiştir. Ancak buna rağmen gerek Sözleşme'den gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlardan ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı

¹ **Heper, Hande** (2022) “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, C:3, S:74, s.1902, 1903.

² **Özveri, Murat** (2023) “İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları”, *Çalışma ve Toplum*, C:4, S:79, s.255.

³ **Dönmezkuş, Dilara** (2021) *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha, s.186, 187.

görülmektedir. Elbette bu sınırlamalar sıkı bir denetime tabidir ve sınırları da belirli ilkelere ortaya konulmuştur.⁴

2024 yılında AİHM tarafından verilen “*Dede/Türkiye*” kararı⁵ ile işçinin işyerinde ifade özgürlüğünün sınırlarının ne olması gerektiği tekrar gündeme gelmiştir. Çalışma kapsamında sözü edilen AİHM kararı çerçevesinde işçinin ifade özgürlüğü ve işveren menfaatleri arasındaki denge ile bu özgürlüğün karşısında yer alan misilleme yasağı kavramı sınırları içerisinde inceleme yapılacaktır.

I. KARARA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen *Dede/Türkiye* kararına konu olan olayda başvuru; özel hukuk kurallarına tabi olarak bir bankada bilgisayar uzmanı olarak çalışan başvuranın çalıştığı şirketin insan kaynakları departmanındaki personele, şirketteki üst düzey bir yöneticinin yönetim yöntemlerini eleştiren bir e-posta gönderdiği gerekçesiyle işten çıkarılmasıyla ilgilidir. Başvuran Sözleşme'nin 6, 8 ve 10. maddeleri ile Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki haklarının ihlal edildiğini iddia ederek şikayetçi olmuştur.⁶

6 Aralık 2016 tarihinde davacı, işyeri e-posta hesabından Takasbank'ın⁷ insan kaynakları departmanındaki personele, şirketin bilgi teknoloji işlevlerinden sorumlu olan departmanından sorumlu müdür yardımcısını da ekleyerek bir e-posta göndermiştir. E-postanın konusu ise “Jeff Bezos ve H.K.”nın çalışma yöntemlerinin kıyaslanmasını ele alan ve Takasbank'ın ana hissedarı olan ve Borsa İstanbul'un yönetim kurulu başkanı olan H.K.'nin yönetsel uygulamalarını eleştiren bir maildir. Sözü edilen mailde;

⁴ **Özbey, Özcan** (2013) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, S:106, s.41.

⁵ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, AİHM Başvuru No: 48430/20, K.T. 20.02.2024. <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-231082>> s.e.t. 18.03.2024.

⁶ Dede v. Türkiye Başvurusu, parag.1.

⁷ Takasbank, Finansal Piyasalar Kanunu ve Finansal Piyasalar Kurumu düzenlemeleri çerçevesinde Türkiye'deki borsalarda işlem gören finansal araçlar için takas saklama ve risk yönetimi hizmetleri sunan bir kurumdur., **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.4.

“Jeff Bezos, Amerika’nın en zengin iş adamlarından biridir. Kurduğu Amazon şirketinin net değeri [...] 292,6 milyar dolardır [...], ve dünyadaki yenilikçi şirketler sıralamasında 11 global 2.000 sıralamasında ve dünyanın en prestijli markasıdır. Kişisel serveti, 65.6 milyar dolardır (...) Forbes 400’de teknoloji şirketleri sıralamasında 2. sırada yer almaktadır. Jeff Bezos dünyanın en zengin 5. kişisi ve dünyanın en güçlü 17. kişisidir.

Sadece kişisel servetiyle 50 civarında Borsa İstanbul’u ya da en azından borsada işlem gören ilk 5 bankayı satın alabilecek bir gücü temsil ediyor.

Jeff Bezos ve H.K. Çalışma İlkeleri

1. Yöneticiler asla personellerinden ayrı bir odada bulunmamalıdır görevlerini aynı koşullar altında yürütmektedirler (Jeff Bezos).-personel yöneticileriyle aynı odada çalışmamalı ve yöneticilerle yüz yüze toplanmalar planlanmalıdır. Ayrıca yöneticiler şirkete girdiklerinde ana kapıdan değil arka kapıdan korku içinde kimseye görünmeden sanki kaçakmış gibi girmelidirler (H.K.).

2. Personel eğitimi önemlidir bu yönde tedbirler alınmalı ve personel ödüllendirilmelidir (Jeff Bozes). Çalışanlara yetenekleri karşılığında verilen tazminatlar ödenmelidir. örneğin yabancı dil bilgisi için verilen tazminat devam ettirilmemelidir. Böylece ekonomik kriz bağlamında başka bir iş bulamayacak olan çalışanları kaybetme riski olmadan bu tür tazminatı kaldırma fırsatı değerlendirilebilir (H.K.).

3. Personelin yaşam koşulları asla kısıtlanmamalı personel şirket içinde kendini özgür hissetmelidir (Jeff Bozes). Söylediğim her şey yapılacak personelin şirkete girdiği kapı eşiğinden yürüdüğü yere kadar (H.K.).

4. Personelin yaşam standardını iyileştirmek şirketin karlılığını artırır (Jeff Bezos). Personel için aylık ulaşım ödenekleri bile kaldırılmalı, sonuçta bir servis hizmeti sağlıyoruz (H.K.).

5. İşe alım sürecinde mutlaka bilgi ve beceri testleri düzenlenmeli, istihdam edilen personelin yeteneklerine göre geliştirilmelidir (Jeff Bezos). İşe almak için testlere gerek yok öncelik arkadaşlara ve aileye verilmeli (H.K.).

Umarım bu... dünyanın en büyük 500 şirketinin %70'inin neden Amerikalı olduğunu ve neden tek bir Türk şirketi olmadığını açıklar.

Personel departmanı olarak söylediklerimi cesaretle aktaramayacağınızı ve harekete geçecek kadar güçlü hissetmediğinizi bildiğim için hiçbir işe yaramayacağımı bilsem de en azından küçük bir bilgi olarak not alacağımızı düşünüyorum.

Saygılarımla” ifadeleri kullanılmıştır.⁸

Aynı gün başvuranın işvereni söz konusu e-posta nedeniyle kendisine karşı bir disiplin soruşturması açmış ve savunmasını sunması için kendisini davet etmiştir. 7 Aralık 2016 tarihinde başvuran savunmasını sunmuştur. Savunmasında ağır iş yükünün yanı sıra yabancı dil bilgisi için sunulan mali tazminat ve yerel ulaşım için sezonluk bileti finanse etme amacıyla sağlanan yardım gibi sosyal haklarındaki azalma nedeniyle stresli bir durum yaşadığını ifade etmiştir. Bu konudaki endişelerini yöneticileriyle paylaştığını ancak olumlu yanıt alamadığını ve söz konusu e-postayı bu uygulamaların H.K. tarafından kararlaştırıldığı ve yeni yönetim kurulundan kaynaklandığını söylediği için yazdığını bildirmiştir. Ayrıca H.K.'ye özür dileyen bir e posta yazdığını ve üzüntülerini yinelediğini belirtmiştir.⁹

Aynı gün Takasbank Disiplin Komitesi işverenin sosyal mevzuat uyarınca haklı fesih hakkı bulunduğunu belirtmiş ve başvuranın işten çıkarılmasına karar vermiştir. Başvuranın Personel Yönetmeliği'nin 23. maddesinin 1. fıkrasının “b” ve “d” bentlerinde yer alan tehdit, tahrik ve şiddet eylemlerinde bulunmak veya hakaret etmek, bankanın iletişim araçlarını kullanarak yazılı sözlü veya e posta yoluyla küfür, tehditkâr ve aşağılayıcı ifadeler kullanmak veya ahlak dışı davranışlarda bulunmak şeklindeki mesleki yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Personel Yönetmeliği'nin 23. maddesinin 1. fıkrasının “b” ve “d” bentlerinde belirtilen mesleki disipline uymak ve bankanın bir üyesi görevi bilinciyle hareket etmek, bu görevin gerektirdiği itibar ve güveni tesis etmek ve

⁸ Dede v. Türkiye Başvurusu, parag.5.

⁹ Dede v. Türkiye Başvurusu, parag.6, 7.

banka içinde ve dışında nazik ve saygılı davranmak şeklindeki mesleki yükümlülüklerini göz ardı ettiği belirtilmiştir.¹⁰

Disiplin Komitesi, kararının gerekçesinde başvuruçunun Borsa İstanbul Yönetim Kurulu Başkanı olan ve Takasbank'ın yönetim organlarında herhangi bir görevi veya Takasbank ile herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan H.K.'nin adını zikrederek alaycı bir üslup ve dille, gerçeklerle bağdaşmayan, gerçek bilgi ve belgelere dayanmayan, eleştiri sınırlarını aşan ve hakarete varan suçlayıcı bir metin kaleme aldığını ifade etmiştir. Başvuranın “*kıdemli denetçi, karlılıktan sorumlu*” gibi ifadeler kullanarak H.K.'nin saygınlığına zarar verdiğini; bu ifadelerin H.K.'nin özgeçmişinin bir parçası olarak kamuya açık hiçbir kaynaktan yer almadığını eklemiştir. Komite, başvuranın bankanın ücret politikasını ve bazı uygulamalarını eleştirmek amacıyla yine H.K.'nin adını zikrettiğini ve “*ekonomik krizi fırsata çevirmek*”, “*benim dediğim olacak*” ve “*işe alımlarda öncelik aile ve arkadaşlara verilmeli*” gibi hakaret ve iftira olarak nitelendirilebilecek gerçeği yansıtmayan ve herhangi bir bilgi veya belgeye dayanmayan sert ve şok edici ifadeler kullandığını değerlendirmiştir. Başvuranın İstanbul, toplu taşıma kartına (*akbil*) atıfta bulunmak için kullandığı, iktidar partisinin kısaltmasını içeren “*akpil*” ifadesinde kelime oyunları icat ederek siyasi içerikte suçlamalarda bulunduğunu da eklemiştir. İşveren 8 Aralık 2016 tarihinde Disiplin Komitesinin kararını uygulayarak ve İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme kararını davacıya bildirmiştir.¹¹

A. İLK DERECE MAHKEMESİ'NİN KARARI

Başvuran 2 Şubat 2017 tarihinde görevli ve yetkili İstanbul İş Mahkemesi'nde kendisine karşı alınan işten çıkarma kararının iptali için işe iade davası açmıştır ve işten çıkarmayla ilişkili tazminatın eski işveren tarafından ödenmesini talep etmiştir. Mahkeme önünde e-postasında Jeff Bezos ve H.K.'nin kendi şirketlerinde benimsedikleri uygulama ve politikaları eleştiri sınırları içerisinde karşılaştırdığını ve bir çalışanın işyerinde gözlemlediği aksaklıkları dile getirme-

¹⁰ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.8.

¹¹ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.8, 9.

sinin, Anayasada öngörülen ifade özgürlüğü kapsamında ahlaka ve iyi niyete aykırı olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuştur. Ayrıca e-posta metninde H.K.'nin kişiliğini, onurunu ve haysiyetini hedef almadığını yalnızca kendisi üzerinde olumsuz bir etki yaratan, yönetsel uygulamalardan duyduğu memnuniyetsizliği dile getirdiğini iddia etmiştir. Memnuniyetsizliğini kesinlikle hoş olmayan bir üslupla ancak hoşgörü sınırları içinde ve muhatabının dikkatini çekecek şekilde ifade ettiğini açıklamıştır. Bu nedenle izin verilen eleştiri sınırlarını aşmadan ifade ettiği eylem ve ifadelerinin haklı nedenle işten çıkarılmasını haklı kılmadığını düşünmektedir. İş mahkemesi davacı lehine karar vermiş ve işten çıkarılmasının hükümsüz ve geçersiz ilan edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla davacının görevine iade edilmesini ve işten çıkarılmasıyla ilgili tazminatın ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu e-postanın içeriğinin işverenin şeref ve itibarına zarar verecek ya da onu küçük düşürecek nitelikte olmadığını değerlendirmiştir. Ayrıca işten çıkarma kararında işverenin davacının hangi mesleki ekipmanı, mesleki görevlerini yerine getirmekten başka amaçlarla kullandığını veya davacı tarafından hangi ifadelerin kullanıldığını veya davacının hangi davranışlarının etik dışı ve iyi niyetli olmadığını düşündüğünü belirtilmediğini ve dosyada davacının işten çıkartma gerekçesi olarak kabul edilebilecek eylemlerde bulunduğunu gösteren herhangi bir kanıt bulunmadığını değerlendirmiştir. Dolayısıyla işverenin işten çıkarmanın haklı veya geçerli sebeplerle dayandığını kanıtlayamadığı sonucuna varılmıştır.¹²

B. ÜST DERECE MAHKEMESİ'NİN KARARI

27 Eylül 2018 tarihinde işveren tarafından yapılan kanun yolu başvurusunu görüşen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, İş Mahkemesi'nin kararını bozarak söz konusu iş sözleşmesinin feshinin haklı nedenlerle yapıldığına karar vermiştir. İlk olarak İş Kanununun işverenin haklı nedenle işçinin işine derhal son verme hakkını düzenleyen 25. maddesinin 2. fıkrasının "b" bendine göre işçinin, işverenin veya ailesinin bir üyesinin şeref veya haysiyetine dokunacak sözler söylemesi ya da davranışlarda bulunması, işverenin şeref ve haysiyetine dokuna-

¹² Dede v. Türkiye Başvurusu, parag.11.

cak asılsız ihbar veya suçlamalarda bulunmasının haklı neden teşkil ettiğini belirtmiştir. Ancak bununla beraber söz konusu maddede atıfta bulunulan ve işveren veya işveren temsilcisi tarafından kışkırtılan işçinin yaptığı yorumların ya da davranışların işyerinde rahatsızlık yaratması halinde İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Mevcut davada ihtilaflı e-postanın içeriğinin izin verilen eleştiri sınırlarını aştığını ve Borsa İstanbul Yönetim Kurulu Başkanı olan H.K.'yi suçlayacak ve ona meydan okuyacak nitelikte olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca başvuranın, işyerinde benimsenen ve işveren tarafından kararlaştırılan yönetsel uygulamalara saldırmış, ifadeler herhangi bir hakaret veya tehdit içermese bile eleştiri sınırlarını aşan cümleler kullanmış olmasının işyerinde rahatsızlığa neden olduğu düşünülmüştür. Bu koşullar altında, işverenin başvuranın iş sözleşmesini devam ettirmek zorunda olmadığı ve iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği sonucuna varılmıştır. Yargıtay gerçekleştirdiği temyiz incelemesinde söz konusu iş sözleşmesinin feshinin usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle Bölge Adliye mahkemesinin kararını onamıştır.¹³

C. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARI

13 Haziran 2019 tarihinde davacı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu diğer hususların yanı sıra bir çalışan tarafından işyerinde karşılaşılan sorunlar hakkında yapılan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu ileri sürmüştür. 29 Nisan 2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi başvurusunun bireysel başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Söz konusu başvuruda Anayasada öngörülen hak ve özgürlüklere herhangi bir müdahalede bulunulmadığını ve her hâlükârda bu tür bir müdahalenin ihlal teşkil etmediğini tespit etmiştir.¹⁴

Anayasa Mahkemesi sırasıyla iç hukuk yollarının tüketilmediğini ve şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürerek kabul edilebilirliğe dair iki itirazda bulunmuştur. Davacının kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı talep etme

¹³ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.12, 13.

¹⁴ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.14, 15.

İfade özgürlüğü temel insan haklarından ve “*bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barişçi yoldan açığa vurulmasının ya da dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması*” şeklinde tanımlanabilir.¹⁸ Bireyler düşüncelerini ifade ederken çok sayıda imkân ve araçtan faydalanabilirler. Söz gelimi düşünceleri ifade etme kapsamında; dile getirme, savunma, anlatma, tanıtma, ilan etme, eleştirme, reddetme, çağrıda bulunma, yayma, yayımlama vb. araçlar bulunmaktadır.¹⁹

İfade özgürlüğü konusunda hukuksal korumayı devlet sağlar. Bu çerçevede hem bireyin düşüncesinin oluşum evresinde gerekli düzenlemeleri yapmak hem de düşüncesinden dolayı kınanmamak, düşüncesini açıklamak ve yaymakla meşru sınırlar dahilinde düşüncesine uygun davranışlarda bulunabileceği ortamı sağlamakla yükümlüdür. Devletin pozitif yükümlülüğü; bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı sağlamakken, negatif yükümlülüğü bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemektir.²⁰

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğü AIHS’in 10. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre;

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

¹⁸ Özbey, s.44.

¹⁹ Özbey, s.44.

²⁰ Özbey, s.46.

Sözleşme'nin ilk paragrafı korunan özgürlükleri tanımlamaktadır. İkinci paragrafta ise bir devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına meşru şekilde müdahale edebileceği koşullar düzenlenmiştir. İlk paragrafın ifade özgürlüğünün üç bileşenini barındırdığı söylenebilir. Fikir sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve fikir alma özgürlüğü ve bilgi ve fikir verme özgürlüğü bu bileşenlerdir. Sözü edilen özgürlükler, kamu makamlarının müdahalesi olmadan ve sınırlara tabi olmadan özgürce uygulanmalıdır.²¹

Fikir sahibi olma özgürlüğü, diğer özgürlüklerin ön koşuludur. Bu özgürlüğün maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlamaları uygulanamaz bırakacak şekilde mutlak bir korumaya sahip olduğu söylenebilir. 1995 yılında verilen *Vogt/Almanya* kararında fikir sahibi olma özgürlüğünün bireylerin görüşlerini bildirmeye mecbur bırakmamayı içeren negatif özgürlük alanını kapsadığı ifade edilmiştir.²² Fikir ve bilgi verme özgürlüğü ise bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapısı açısından büyük önem taşımaktadır. Fikir ve bilgi verme özgürlüğünün serbest bir şekilde kullanılması hükümeti eleştirmeye izin verir. Sözü edilen durum ise demokratik toplumun temel göstergesidir. AİHM kararlarında hükümeti eleştirme özgürlüğü açıkça ifade edilmiştir. *Şener/Türkiye* davası,²³ *Dichand ve diğerleri/Avusturya davası*²⁴ gibi dava-

²¹ Elbette bu özgürlüğün sınırını maddenin 2. fıkrası oluşturmaktadır., **Bychawska Siniarska, Dominika** (2017) "Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights-A Handbook for Legal Practitioners" s.13, <<https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>> s.e.t. 01.04.2024.

²² **Vogt v. Almanya Başvurusu**, AİHM Başvuru No: 17851/91, K.T. 27.09.1995, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58012%22%5D%7D>> s.e.t. 29.03.2024.

²³ Basının, şiddet tehdidinde karşı veya kamu düzeninin sağlanması veya suçun önlenmesi amacıyla milli güvenlik ve toprak bütünlüğü gibi devletin çıkarlarının korunmasını sağlamak için belirlenen sınırları aşmamasının gerekli olmasına rağmen, bölücü olanlar da dahil olmak üzere siyasi konular hakkında bilgi verme sorumluluğu vardır. Basının görevi bu tür bilgi ve düşünceleri kamuoyuna iletmektir ve bunları öğrenmek de kamuoyunun hakkıdır. Basın özgürlüğü, halkın siyasi liderlerin düşünce ve bakış açıları hakkında bir fikir oluşturmalarını sağlayan en önemli yöntemlerden birisidir. **Şener v. Türkiye Başvurusu**, AİHM Başvuru No: 26680/95, K.T. 18.06.2000, parag.41, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58753%22%5D%7D>> s.e.t. 29.03.2024.

²⁴ **Dichand ve Diğerleri v. Avusturya Başvurusu**, AİHM Başvuru No: 29271/95, K.T. 26.02.2002, parag.37, <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60171%22%5D%7D>> s.e.t. 29.03.2024.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

Bu maddede herkesin düşüncüyü açıklama özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş ve düşüncüyü açıklama biçimleri ile araçlarına yer verilmiştir. İfade araçları belirtilirken de sınırlayıcı bir dil kullanılmamış ve “benzeri yollarla” ifadesiyle düşüncüyü açıklama araçlarına geniş bir alan sağlanmıştır. Bu durumun yanı sıra ifade özgürlüğünün tek başına ya da toplu olarak kullanılabileceği belirtilerek, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerini de kapsayan bir düzenleme yapılmıştır. AİHS’te olduğu gibi ifade özgürlüğünün içeriğinde barındırdığı bilgi edinme, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlükleri bileşenlerine de değinilerek bu özgürlüğün unsurlarına yer verilmiştir.³⁵

Anayasa’nın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25. maddesinde ise;

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”

ifadeleri yer almıştır.

³⁵ **Öktem Songu, Sezgi** (2013) “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel Sayı, s.610.

Anayasada yer alan ifade özgürlüğü ile ilgili düzenlemelerin genel itibarıyla AİHS ile uyumlu olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda da genellikle AİHM kararlarına atıf yapıldığı ve ifade özgürlüğü konusunda benzer kriterlerin kullanıldığı görülmektedir.³⁶ AİHS'in 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünü sınırlama ölçütlerinin Anayasanın “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü” için öngörülen sınırlama ölçütlerine büyük oranda uyumlu olduğu söylenebilir.³⁷ Anayasanın 26. maddesinin 2. fıkrasına göre sınırlamanın hukuka uygun olması için, müdahalenin gerekli olması, sınırlamanın kanunla getirilmiş olması ve gerçekleştirilecek müdahalenin meşru bir amaçla gerçekleşmesi gerekir.³⁸

1982 Anayasasında ifade özgürlüğünün farklı görünüm biçimlerine göre düzenlendiği görülmektedir.³⁹ Düşünce ve ifade özgürlüğünün yukarıdaki şekilde iki ayrı biçimde düzenlenmesi esasen öğretide eleştiri konusu olmuştur. Anayasa'nın gerekçesinde ise ifade özgürlüğünün iki ayrı düzenleme ile ele alınmasının nedeni her ne kadar bu özgürlükler birbiriyle bağlantılı olsa nitelik ve sonuçları açısından birbirinden farklı olduğu şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁰ 1961 Anayasası döneminde de her ne kadar düşünce ve ifade özgürlüğü ayrı ayrı ele alınarak incelenmemişse de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda bu iki özgürlüğün ayrı ayrı ele alınarak incelendiği belirtilmiştir. Buna göre düşünce ve kanaat özgürlüğü iç özgürlük olarak kaldığı müddetçe yalnızca kişinin

³⁶ **Bekir Coşkun Başvurusu**, AYM Başvuru No: 2014/12151, K.T. 4.06.2015, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/ifade-ve-basin-ozgurlugune-iliskin-bekir-coskun-karari-basin-duyurusu/>> s.e.t. 31.03.2024., **Yüksek, Mehmet** (2016) “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, TAAD, S:25, s.107.

³⁷ **Özbey**, s.48.

³⁸ **Öktem Songu**, s.610.

³⁹ Düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünce açıklama ve yayma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğü bu görünümelerdir, **Dönmezkuş**, s.223.

⁴⁰ “*Bu maddedeki şekliyle düşünce ve kanaat hürriyeti kişinin düşünce ve kanaatlerinde tamamen hür olduğu; bunları açıklamaya zorlanamayacağı, düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanıp kınanamayacağıdır. Madde ile bu hürriyet, “Düşünceyi açıklama” hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbiriyle bağlantılı ise de nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.*” **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekeçeli**, TBMM, Ankara, 2008; **Dönmezkuş**, s.223.

iç dünyasını ilgilendirdiğinden mutlak ve sınırsızdır ve bu alana herhangi bir müdahalede bulunamaz. Ancak düşünce özgürlüğü topluma sunulduğu başka bir ifade ile ifade özgürlüğüne dönüştüğü takdirde artık hukukun konusu halini alarak sınırlandırmalara tabi tutulabilecektir.⁴¹

C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞÇİ VE İŞVEREN İLİŞKİSİNDE GÖRÜNÜMÜ

İş sözleşmesiyle işçinin rıza gösterdiği bağımlılık, hukuki bağımlılıktır. Başka bir anlatımla işçi ve işveren arasındaki bağımlılık işçinin iş görme edimiyle ya da mesleki faaliyetiyle sınırlıdır. Bu açıdan işçinin kişiliğine bağlı hakları işyeri sınırları içerisinde de korunmaktadır. İşçi sözleşmenin zayıf olan tarafı olduğundan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi konusu daha fazla önem taşımaktadır. Çünkü işçinin insana yakışır bir iş düzeninde çalışmasının temel koşullarından birisi de hak ve özgürlüklerinin ve onurunun korunmasıdır.⁴²

İşçinin ifade özgürlüğü ve işverenin yetkileri arasında dengenin kurulması kolay bir durum değildir. Menfaat çatışmaları söz konusu olduğunda sorunların çözümü için tek bir cevap bulunması olanaksızdır. İşçiye sağlanacak özgürlükler kaçınılmaz olarak beraberinde birtakım sınırlamaları da getirecektir. Ölçülülük ilkesinin işlerlik kazanmasını tetikleyen şeyin tam da işçinin bireysel ve kolektif haklarının işletmedeki yeri üzerine düşünme olduğu belirtilmiştir.⁴³

Esasen işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü/işletmesel menfaati işletmesini ilgilendiren her türlü kararı alabilmesi olarak yorumlanır. İşletmesel karar; işletmesel hedefleri ve bu hedeflere ulaşma konusundaki araçları serbestçe belirler. Başka bir ifadeyle, işverenin işletmesine ait yönetim riskini üstlenmesi onun işletmenin hem başarısı hem de geleceği için işletme üzerinde karar verme hakkına sahip olmasını meşru kılar.⁴⁴ Her ne kadar İş Kanunu'nda işletmesel karar kavramı yer almasa da 18. maddede yer alan “*işletmenin, işyerinin ve işin*

⁴¹ Dönmezkuş, s.222, 223.

⁴² Ugan Çatalkaya, s.270.

⁴³ Ugan Çatalkaya, s.271.

⁴⁴ Yücel Bodur, Mehtap (2015) “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, İş ve Hayat Dergisi, S:2, s.138.

gerekleri” kavramından söz edildiği ve Yargıtay tarafından sıklıkla kullanılan “işletmesel karar” kavramının iş hukukuna özgü bir anlam kazandırma zorunluluğu doğurduğu ifade edilmiştir.⁴⁵

İşletmesel karar alma özgürlüğü dayanağını Anayasanın 48. maddesinde yer alan Anayasal teşebbüs özgürlüğünden almaktadır.⁴⁶ Ancak işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün karşısında yer alan işçinin hem kişisel özgürlüğü hem de sözleşmeye bağlı haklarından kaynaklanan özgürlüğünün sıklıkla karşı karşıya kaldığı söylenebilir. İşçinin sözleşmesel ilişki devam ettiği sürece var olan sadakat borcu, Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinde “*işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatile davranmak zorundadır*” düzenlemesiyle de pozitif hukukta yer almıştır. İşçinin ifade özgürlüğünü kullanırken sadakat borcu ile çatışan durumlar meydana gelebilir. Böyle bir durumda işverenin haklı menfaatinin korunması ağır basabilir. İfade özgürlüğüne yapılacak böyle bir müdahalenin hukuka uygun olduğundan bahsedebilmek için işverenin haklı menfaatinin korunmasında elverişli, gerekli ve aşırı bir sınırlamanın olmaması gerekir.⁴⁷

İşçiler, işyerinde birtakım sorunlarla karşılaşabilir ve işletmenin yönetimine ilişkin bu görüşlerini ve eleştirilerini bu konulara çözüm bulunması amacıyla ifade edebilirler. İşçi görüşlerini amirine şikâyet yoluyla bildirebileceği gibi diğer iş arkadaşlarıyla da paylaşabilir. Bu gibi hallerde eleştiriler gerçeği yansıtması durumunda sert ve ağır bile olabilir yeter ki hakarete varmasın.⁴⁸ Yargıtay 22.

⁴⁵ **Bodur**, s. 142., İşletme gereklerinin ne olacağı konusunda Kanun ile bir açıklama getirilmemiş bu duruma ilişkin herhangi bir ölçütte sunulmamıştır. Kanunun gerekçesinde birtakım örnekler sayılmıştır. Ancak sözü edilen madde feshe ilişkin olduğunda işletme gerekleri kavramı fesih çerçevesinde yorumlanmıştır. **Kar, Bektaş** (2008) “İşletme, İşyeri ve İşin Gerekerlerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, Çalışma ve Toplum, S:2, s.104.

⁴⁶ “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*” (AY m. 48).

⁴⁷ **Heper**, s.1905, **Öktem Songu**, s.628, **Ugan Çatalkaya**, s.371.

⁴⁸ **Öktem Songu**, s.636, **Heper**, s.1907. İşçinin sadakat borcunun temelini Medeni Kanun’un 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayandığı ifade edilmiştir. İşçi, iş görme borcunu dürüstlük kuralına uygun ifa etmekle yükümlüdür. **Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2023) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C:15, Özel Sayı, s.174.

Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda da işçinin eleştirilerinde tam olarak gerçeklik payı bulunmasa bile objektif gerçeklik ve doğruluk payının bulunması gerektiği ve kullanılan kelimelerin ve üslubun ölçülü olması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, eleştirinin amacı da doğru olmayan tutum ve davranışların ortadan kaldırılmasını sağlamak olduğundan belirli ölçülerde rahatsız edici ve incitici ya da düşündürücü özellik taşıyabileceği ifade edilmiştir.⁴⁹

1. İşçinin İfade Özgürlüğünün Sınırları

İş güvencesinin temelini işçinin istihdamda kalmasının temin edilmesi oluşturur. Sözü edilen durum ise Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi ile ulaşılabilecek bir durumdur. Ölçülülük ilkesi, bir amaca ulaşmak için başvuru aracını; amacın gerçekleşmesi için elverişli olması, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü olmasını ifade eder.⁵⁰ Ölçülülük ilkesi, AB hukukunun en sık başvuru ve anayasal yargılamadaki rolü bakımından en etkili ilkesidir. Bu ilke yirminci yüzyılda kıta hukuku sistemlerinde, özellikle de Almanya ve Fransa'da geliştirilmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu hukukunun gelişiminin erken bir aşamasında bile ölçülülük, Adalet Divanı tarafından hukukun üstünlüğünden kaynaklanan ve özellikle "bireyin hareket özgürlüğünün kamu yararı için gerekli olanın ötesinde sınırlandırılmamasını" gerektiren temel bir ilke olarak ilan edilmiştir.⁵¹

Anayasanın 13. maddesinin gerekçesinde de ölçülülük ilkesinin AİHS'ten alınmış bir ilke olduğu belirtilmiştir. AİHM tarafından verilen kararlarda ölçülülük ilkesi "meşru bir amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ölçüyü kaçırmamak, başka bir ifade ile müdahale ile elde edilecek yarar ile sınırlamadan kaynaklanan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak ve sınırlamanın demokratik toplumlarda ancak gerektiği ölçüde kullanılması" olarak ifade edilmiştir.⁵²

⁴⁹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2015/8023, K: 2016/13598, T: 05.05.2016, <www.lexpera.com> s.e.t. 01.04.2024.

⁵⁰ **Senyen Kaplan**, s.177.

⁵¹ **Tridimas, Takis** (2018) "The Principle of Proportionality": Schütze, Robert/Tridimas, Takis (Editörler), Oxford Principles of European Union Law, Oxford, s.243.

⁵² **Yıldız, Gaye Burcu** (2013) "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel Sayı, s.681.

Anayasal düzeyde korunan iki hak arasındaki çatışma durumunda yorum ilkesi olarak kullanılan ölçülülük ilkesi kamu gücünü sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu açıdan kavramın doğrudan insan haklarını ilgilendirdiği ve bu kapsamda hukuka aykırılıkların ve sınırlamaların etkin bir şekilde denetlenmesinde araç olduğu göz önünde tutulmalıdır.⁵³

İşçi işyerine ve işverene karşı düşüncelerini ve eleştirilerini ifade edebilir. Ancak bu hakkını sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı bir şekilde gerçekleştiremeyecektir. İşçinin düşüncelerini ifade etmesi ve görüşlerini açıklaması işverenin kişilik haklarına, şeref ve haysiyetine aykırılık teşkil etmemelidir.⁵⁴ Esasen *Dede/Türkiye* kararına ilişkin yapılacak değerlendirmede de Türk Mahkemelerinde yapılan kanun yolu denetimlerinde işçinin bu hakkını ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde aştığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin feshinde hukuka aykırılık görülmemiştir. Denilebilir ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁵⁵ m. 25/II düzenlemesinde işçinin ifade özgürlüğüne sınırlama getirildiği ve ifade özgürlüğünün hukuka aykırı kullanılması halinde uygulanabilecek yaptırım düzenlenmiştir.

⁵³ **Oğurlu, Yücel** "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.488, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf>> s.e.t. 01.04.2024. Anayasal bir ilke olarak orantılılık, mahkemelerin çatışan hak ve normları göreceli değerlerini göz önünde bulundurarak (dengeleme) ve gereklilik ve en az kısıtlayıcı araçların kullanımı testi gibi gereklilikleri uygulayarak uzlaştırmalarını sağlar. Kökenleri en açık şekilde 19. yüzyıl Prusya mahkemelerine kadar uzanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden bu yana, birçok yargı alanında anayasal denetimin kapsamı geliştikçe, orantılılık ilkesine başvurulması kademeli olarak ancak dünya çapında yayılmıştır. Dolayısıyla, orantılılık ilkesinin karşılaştırmalı anayasa hukuku ve hukuk teorisinde önemli bir rol oynaması şaşırtıcı değildir. **Sauter, Wolf** (2013) "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?", Cambridge Yearbook of European Legal Studies, S:15, s.439, <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/proportionality-in-eu-law-a-balancing-act/156C8294184A2B4C8C7A619F124D9E82>> s.e.t. 01.04.2024.

⁵⁴ **Senyen Kaplan**, s.198.

⁵⁵ RG. 25134, 10.06.2003.

O halde işçinin gerek işverene gerekse işyerine ilişkin düşüncelerini açıklaması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak işçinin haklı olmayan ve işverenin itibarını sarsan, ekonomik menfaatlerine zarar verecek nitelikteki açıklamaları ifade özgürlüğü kapsamında korunamaz. Bu açıdan sadakat borcunun işçinin ifade özgürlüğünün sınırını oluşturduğu söylenebilir. Ayrıca işçi tarafından yapılan açıklamalar gerçeği yansıtmıyor olsa dahi borca aykırılığın gerçekleştiği kabul edilir.⁵⁶ *Dede/Türkiye* davasında AİHM, iş ilişkilerinin gelişebilmesi için bireyler arasında güvene dayalı bir ilişki olması gerektiğine işaret etmektedir. Bir iş sözleşmesi bağlamında gözetilmesi gereken iyi niyet, işverene karşı mutlak bir sadakat yükümlülüğü veya çalışanın işverenin çıkarlarına tabi olmasını gerektiren bir yedekleme yükümlülüğü anlamına gelmez. Ancak ifade özgürlüğü hakkının başka bağlamlarda meşru görülebilecek bazı tezahürleri, iş ilişkisi bağlamında meşru görülmeyebilir.⁵⁷

İşveren yönetim hakkını işçinin ifade özgürlüğünü sınırlayacak şekilde değil, bu özgürlüğü engelleyecek davranışları ortadan kaldıracak biçimde kullanılmalıdır. Ancak her hak gibi ifade özgürlüğünün de kötüye kullanılamayacağını belirtmesi gerekir.⁵⁸

2. İşçinin İfade Özgürlüğü Karşısında Misilleme Yasağı

Bu çalışma kapsamında işçinin ifade özgürlüğü bakımından *Dede/Türkiye* kararı da göz önünde bulundurularak ihbar veya ifşa hakkını kullanan işçilere yönelik misilleme konusu ön plana çıkarılarak inceleme yapılmıştır. Fakat bu durumda dahi işçinin ifade özgürlüğünün pek çok konuya temas ettiği gibi pek çok alanda inceleme yapılmasını gerektirdiği de unutulmamalıdır.

İşçinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek konulardan birisini işvereni ihbar ve şikâyet hakkı oluşturmaktadır. Kuşkusuz işçinin işvereni ihbar ve şikâyet hakkı gerekli her durumda mevcuttur. İşçinin işyerindeki olum-

⁵⁶ **Alpagut, Gülsevil** (2012) “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S:24, s.27.

⁵⁷ *Dede v. Türkiye Başvurusu*, parag.41.

⁵⁸ **Senyen Kaplan**, s.200.

suzlukları ifşa ve ihbar etmesi “*whistleblowing*”⁵⁹ işçinin ifade özgürlüğü ve sadakat borcu arasındaki çatışmayı ifade eder. Anglosakson hukuk sisteminde yaygın olarak kabul gören kavram Kıta Avrupası hukuk sisteminde de giderek yaygınlaşmaya başlamıştır.⁶⁰

İhbar; çalışanların çalıştıkları işyerlerindeki ihlalleri işyerine bildirmeleri - kurum içi ihbar-, dışarıdaki yetkili kurumlara bildirmeleri -dış ihbar- ya da doğrudan halka açık bir şekilde yapılan bildirimler -kamuoyuna açık ihbar- şeklinde gerçekleşebilir.⁶¹ *Dede/Türkiye* kararında da işçi tarafından gerçekleştirilen ihbar, kurum içi raporlama yani işyerindeki ihlal bildirimleri olarak ifade edilebilir.

Kamu veya özel bir kuruluşta çalışan veya işle ilgili faaliyetleri bağlamında böyle bir kuruluşla temas halinde olan kişiler, genellikle bu bağlamda ortaya çıkan kamu yararına yönelik tehdit veya zararları ilk öğrenen kişilerdir. Bu kişiler, kamu yararına zarar veren ihlalleri bildirerek “*whistleblowers*-ihbarcı” olarak hareket eder ve böylece bu tür ihlallerin ortaya çıkarılması ve önlenmesinde ve toplumun refahının korunmasında kilit bir rol oynarlar. Ancak, potansiyel ihbarcıların *misilleme* korkusuyla endişelerini veya şüphelerini bildirme cesaretleri genellikle kırılmaktadır. Bu bağlamda, ihbarcılara dengeli ve etkili bir koruma sağlanmasının önemi hem Birlik düzeyinde hem de uluslararası düzeyde giderek

⁵⁹ Whistleblowing teriminin kökeni Anglosakson hukukundan gelmektedir. “to blow the whistle” yani faul olduğunda çalınan bir düdükle oyunun durdurulması ya da polisin düdükle halkın dikkatini çekmeye çalışması olarak ifade edilebilir. **Alp, Mustafa** (2013) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel Sayı, s.387. **Aydın, Ufuk** (2002-2003) “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, Sosyal Bilimler Dergisi, s.81. Bilgi uçurma, “işyeri çalışanlarının (eski veya mevcut) işverenlerinin kontrolü altındaki yasadışı, ahlak dışı veya gayrimeşru uygulamaları, harekete geçebilecek kişi veya kuruluşlara ifşa etmesi” olarak tanımlanmıştır. **Near, Janet P/Miceli, Marcia P** (1995) “Effective Whistle Blowing”, The Academy of Management Review, C:20, S:3, s.680. <<https://www.jstor.org/stable/258791>> s.e.t. 01.04.2024.

⁶⁰ **Alp**, s.385.

⁶¹ **Abazi, Vigiolenca** (2020) “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?”, *Insutrial Law Journal*, C:49, S:4, s.649.

daha fazla kabul görmektedir. Birlik Hukukunda 2019 yılında ihbarcılarını koruma kapsamında önemli bir Direktif Kabul edilmiştir.⁶²

Avrupa Birliği'nin 2019/1937/EU sayılı Direktifi (çalışmanın devamında *Whistleblowing* Direktifi olarak anılacaktır) çerçevesinde ihbarda bulunan kim-seleri korumaya yönelik yasal bir çerçeve kabul etmesi şaşırtıcı bir durum değildir. İhbarcılık, iş hukukunda ayrımcılık gibi sorunlarla etkin bir şekilde müdahale etme konusunda önemli rol oynayabilir. Direktif kapsamında getirilen düzenlemelerin ulusal ihbarcı koruma rejimleri ile kıyaslandığında daha ileri bir koruma standardı öngördüğü söylenebilecektir.⁶³ Avrupa'da hukukun üstünlüğünün canlandırılmasında bilgi uçurmanın önemi kabul edilmekle birlikte, bunun etkinliğinin esasen kurumsal hesap verebilirliğin düzgün işlemesine ve ulusal düzeyde basın özgürlüğünün sağlamlığına bağlı olduğu savunulmaktadır. Pek çok Avrupa ülkesinde hukukun üstünlüğünün erozyona uğraması ve gele-neksel hesap verebilirlik denetimlerinin zayıflaması ışığında, iktidarın kötüye kullanımı ve yolsuzlukla ilgili önemli bilgiler ancak ihbarcılar sayesinde kamuya açık hale gelmiştir. İhbarcılık kamuoyunun daha fazla ilgisini çekmiş ve bu da yasal korumaların oluşturulması için destek sağlamıştır. Bu katkı; bu gelişmeleri, mevcut AB yasal çerçevesini ve AIHM içtihadını haritalandırmaktadır.⁶⁴

⁶² Birlik hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin 23 Ekim 2019 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin (AB) 2019/1937 sayılı Direktifi (*Whistleblowing* Direktifi), parag. 1. Tam metni için bknz: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1937>> s.e.t. 25.03.2024. Bu Direktif, Birlik iş hukuku ihlallerini bildiren işçilere sağ-lanan korumaya hanel getirmemelidir. Özellikle, iş güvenliği ve sağlığı alanında, 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin (31) 11. maddesi halihazırda Üye Devletlerin, işçilerin veya işçi temsilcilerinin, işverenlere işçiler için tehlikelerin azaltılması ve/veya tehlike kaynaklarının ortadan kaldırılması için uygun tedbirlerin alınması yönünde yaptıkları talep veya teklifler nedeniyle dezavantajlı duruma düşmemelerini sağlamalarını gerektirmektedir. İşçiler ve temsilcileri, bu Direktif kapsamında, işveren tarafından alınan önlemlerin ve kullanılan araçların güvenlik ve sağlığı sağlamak amacıyla yetersiz olduğunu düşündükleri takdirde, yetkili makama sorunları iletme hakkına sahiptir., <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1937/oj>> parag. 20, s.e.t. 25.03.2024.

⁶³ **Alyanak, Servet** (2023) "Avrupa Birliği İhbarcılarını Koruma Direktifinin İhbarcılarının Korunması Bağlamında Getirdiği Yenilikler", *Legal Hukuk Dergisi*, C:21, S:251, s.4208.

⁶⁴ **Abazi, Vigjilena** (2019) "Whistleblowing in Europe: A new Era of Legal Protections", *European Yearbook on Human Rights*, P. Czech; L. Heschl; K. Lukas; M. Nowak; G. Oberleitner. (Editörler), s.91.

Direktifin temel amacı ihlalleri iyi niyetle bildiren ihbarcıları korumaktır. Bu kapsamda Direktif; ihbarcının kimliğinin korunmasını sağlamak, kimliği biliniyorsa eğer misillemeden korkmayacak şekilde korunmasını sağlamak ve ihbarcının sorumluluk veya cezaya karşı korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır.⁶⁵

İhbar ve şikâyet hakkını kullanan işçiye karşı işveren tarafından gerçekleştirilen kötü muamele yani “*misilleme-retaliation*” yasaktır. İşveren ihbar veya şikâyet neticesinde iş ilişkisine son veriyorsa veya iş ilişkisi içerisinde ya da iş ilişkisi sona erdikten sonra işçiye karşı tepki niteliğinde birtakım davranışlarda bulunuyorsa sözü edilen davranışlar misillemeyi oluşturur.⁶⁶

Avrupa Birliği'nin *Wistleblowing* Direktifi'nde ihbarcının her türlü tacize karşı tam bir korumadan yararlanabileceği düzenlenmiştir. Direktif, doğrudan, dolaylı, tehdit içeren, alınan, tavsiye edilen ve hatta hoş görülen, zarara neden olan her türlü eylem veya ihmali yasaklamaktadır. Direktif, misilleme yapanlara cezai, hukuki veya idari yaptırımlar getirmektedir. İhbarda bulunanlar, iş sözleşmelerinin feshedilmesine, terfi veya maaşlarının olumsuz etkilenmesine, gerekçesiz olumsuz performans değerlendirmelerine, tayin ve iş yeri değişikliklerine ve taciz veya ayrımcılığa karşı korunmaktadır.⁶⁷

Direktifin yanı sıra pek çok uluslararası belgelerde de işçiyi misillemeye karşı koruyucu hukukî düzenlemelere yer verilmiştir. 158 No.lu Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization-ILO*) Sözleşmesi⁶⁸ uyarınca

⁶⁵ **Alyanak**, s.4215.

⁶⁶ **Bakırcı, Kadriye** (2012) Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin, s. 351., Belirtmek gerekir ki ifşa edilen her bilgi korunmaz. Bir bilginin korunması için belirli niteliklere sahip olması gerekir. Uçurulan bilgi ilk etapta doğru ve önemli bir bilgi olmalıdır. Bu husus bilginin işletmeye zarar verme potansiyeli ile doğrudan ilgilidir. İşçi bu süreçte makul bir süreci izlemiş olmalıdır. Başka bir ifade ile ihbar edilen ya da ifşa edilen durum öncelikle amirlere duyurulmalı, sonuç alınamaması durumunda kamuoyu ya da medyaya duyurulmalıdır. Son olarak işçi iyi niyetlerle ve makul sebeplerle hareket etmiş olmalıdır. **Aydın**, s.86, 87.

⁶⁷ AB Whistleblowing Direktifi madde 19. **Abazi** (2020), s.648.

⁶⁸ Sözleşmenin tam metni için bknz: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158> s.e.t. 24.03.2024.

“İşvereni şikâyet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak, iş ilişkisine son verilmesi için geçerli sebep oluşturmaz” (m. 5/c). Bu Sözleşmenin yanı sıra ILO Uzmanlar Komitesi tarafından gerçekleştirilen toplu inceleme kapsamında 111 No.lu Ayrımcılık Sözleşmesi çerçevesinde de ayrımcılık şikâyetinde bulunan çalışanların, özellikle iş ilişkisine son verilmesi şeklinde ortaya çıkan misillemeye karşı korunması gerekliliği belirtilmiştir.⁶⁹

Son olarak 2019 yılında çalışma hayatında şiddet ve tacizi önleme ve ortadan kaldırma noktasında oldukça önemli bir adım olarak görülen ILO'nun 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi'nde⁷⁰ de misilleme psikososyal bir risk olarak değerlendirilmiş ve esasen şiddetin bir türü olarak ifade edilmiştir. Sözleşme'ye göre taraf devletler, müşteri, mağdur, tanık ve hukuka aykırılıkları ifşa edenlerin mağduriyetine veya bunlara misillemede bulunulmasına karşı koruma sağlamakla yükümlüdür (m. 10).

İşyerinde şiddet ve tacize maruz kalan bir kimsenin bu eylemleri yapan kişiler hakkında şikâyet yoluna başvurmaları ya da şikâyet haklarını kullanmak istemelerinden dolayı yapılan suçlamalara karşı; şiddete maruz kalana, olaya tanık olana, şiddeti ihbar veya ifşa eden kimselere yönelik çalışma yaşamını, özel veya kamusal alanını örtülü ya da açık bir şekilde zorlaştıran her türlü baskı, tehdit ve eylemler misillemeyi oluşturmaktadır.⁷¹ *Whistleblowing* Direktifi kapsamında misilleme “işle ilgili bir bağlamda meydana gelen, kurum-içi veya dış raporlama veya kamuyu aydınlatma yoluyla ortaya çıkan ve ihbarda bulunan kişiye yönelik haksız zarara neden olan veya olabilecek herhangi doğrudan veya dolaylı eylem ya da ihmal” olarak tanımlanmıştır.⁷²

⁶⁹ Sözleşmenin tam metni için bkz: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111> s.e.t. 24.03.2024.

⁷⁰ Sözleşmenin tam metni için bkz: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190> s.e.t. 24.03.2024.

⁷¹ **Güllü, Canan/Çiftçi, Umut** (2022) “Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Önlenmesine İlişkin Başvuru Rehberi”, Ankara: Uluslararası Çalışma Örgütü, s.8.

⁷² AB Whistleblowing Direktifi madde 5/11., **Alyanak**, s.4228.

İhbarcıya yönelik misilleme eylem ve işlemleri Direktifin 19. maddesinde belirtilmiştir. Düzenlemeye göre; askıya alma, işten çıkarma ya da bu değerde önlemler, terfinin düşürülmesi ya da durdurulması, görevlerin devri, iş yerinin değiştirilmesi, ücretlerin düşürülmesi, çalışma saatlerinin değiştirilmesi, eğitimin durdurulması, olumsuz bir performans değerlendirmesi veya istihdam referansı, mali ceza da dahil olmak üzere herhangi bir disiplin cezası, kınama ya da başka bir cezanın uygulanması, zorlama, sindirme, taciz veya ayrımcılık dezavantajlı veya haksız muamele işçinin kendisine daimi iş teklif edileceğine dair haklı beklentiye sahip olduğu halde iş sözleşmesinin kalıcı bir sözleşmeye dönüştürülmemesi, sözleşmenin erken feshi, bir sektör ya da endüstri çapında gayri resmi ya da resmi bir anlaşma ile kara listeye alınması ve bu durumun kişinin gelecekte o sektörde iş bulamamasına yol açması, bir lisansın ya da iznin iptali ya da tıbbi sevkler verilmemesi olarak belirtilmiştir. Listelenen bu misilleme işlemleri ile ihbarcının şikâyeti arasında nedensellik bağının bulunması vazgeçilmezdir.⁷³

Whistleblowing Direktifi çerçevesinde ihbarcılara karşı her türlü misilleme yasaklanmıştır ve misilleme iddiası durumunda ispat yükümlülüğü işverene düşmektedir. İhbarcının ispat yükü, ihbar ile misilleme arasındaki nedenselliği göstermek gibi ek bir yüke sahip olmaksızın, Direktif uyarınca bir ihbarda bulunduğunu ve misilleme ile karşılaştığını göstermektir. İşverenin ispat yükü ise, çalışana karşı alınan tedbirlerin çalışanın ihbarı sonucunda ortaya çıkmadığını göstermektir. Bu noktada Direktif'in en önemli unsurlarından birisinin ispat yükünün yer değiştirilmesi olduğu söylenebilir.⁷⁴ Ancak Direktif'in beklenen yüksek koruma standartlarına ulaşip ulaşmayacağı, diğer hususların yanı sıra, kuralların ulusal hukuka aktarılmasına, Direktif'in korumalarının uygulanmasına ve kuralların kurumsal kültüre yerleştirilmesine bağlıdır.⁷⁵

Misilleme öğretide genellikle ayrımcılık yasağı çerçevesinde incelenmiş ve işyerinde ortaya çıkan misillemenin temelinde ayrımcı davranışlar olduğu ifade edilmiş-

⁷³ **Alyanak**, s.4228, 4229.

⁷⁴ AB Whistleblowing Direktifi madde 20/5., **Abazi** (2020), s.649.

⁷⁵ **Abazi** (2020), s.641.

bir mağdurlaştırmaya maruz kalmasını önleme yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiştir.⁸⁰ AİHM'in yanısıra ABAD kararlarına yansıyan olaylarda da mağdurlaştırmaya dair çeşitli kararlar verilmiştir. *Coote v. Granada Hospitality* davasında daha önce hamileliği sebebiyle ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle işverene dava açan işçi, işverenle anlaşmasından sonra işten ayrılmasının ardından kendisine referans sağlanamaması sebebiyle iş bulmakta zorluk çekmiştir. Yerel mahkeme iş ilişkisinin sona ermesini gerekçe göstererek mağdurlaştırmanın gerçekleşmediğine kanaat getirmişse de ABAD, 76/207/EEC sayılı Direktifin⁸¹ etkin bir şekilde uygulanabilmesi için mağdurlaştırmanın yalnızca iş ilişkisi sırasında değil iş ilişkisi sona erdikten sonra da koruma sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁸²

3. Türk Hukukunda Misilleme Yasağı

Türk Hukukunda da misilleme yasaktır ve iş hukuku mevzuatında çeşitli hükümlerle işçi koruma altına alınmıştır. Ancak misillemenin ayrımcılık türü olduğuna ilişkin ilk düzenleme 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda⁸³ yer almıştır. Kanunda ayrımcılık türleri arasında yer alan kavram çeşitli Kurul kararlarında “mağdurlaştırma” olarak ele alınmıştır.⁸⁴ Kanunda yer alan düzenlemeye göre;

⁸⁰ Kararda “Mahkeme, uluslararası alanda cinsel tacizin kesin bir dille kınandığını ve Devletlerin failleri etkili bir şekilde cezalandırarak cezasızlığa son vermeleri gerektiğini yineler. Aynı zamanda, başta Avrupa Sosyal Şartı ve İstanbul Sözleşmesi olmak üzere uluslararası belgeler, Akit Tarafların mağdurların hak ve menfaatlerini korumak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri almalarını gerektirmektedir. Bu tedbirler, diğerlerinin yanı sıra, ikincil mağduriyetten korunmayı da içermektedir. Sözü edilen korunma mevcut davada yetkililerin yerine getirmediği bir görevdir.” **C. v. Romanya Başvurusu**, parag.85.

⁸¹ Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Direktifi, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31976L0207>> s.e.t. 28.03.2024.

⁸² **Belinda Jane Coote v. Granada Hospitality Ltd. Başvurusu**, ABAD, Case C-185/97. <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-185/97>> s.e.t. 28.03.2024.

⁸³ RG. 29690, 20.04.2016.

⁸⁴ Mağdurlaştırma örneğin, bir kişinin işyerinde “alevi” olması sebebiyle mobbinge maruz bırakılması üzerine açılan davada, işveren aleyhine iş arkadaşının tanıklığına başvurulması sonrasında iş arkadaşının da işveren tarafından bu sebeple olumsuz muamelelere maruz bırakılması duru-

“Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder” (m. 4/2)

6701 sayılı Kanunda yer alan düzenleme, ikinci mağdurlaştırmanın⁸⁵ yasaklanması düzenlemesi olarak nitelendirilmiştir. Bu düzenleme ile hem yargı dışı deneyim mekanizmalarını hem de yargısal denetim mekanizmalarına başvuruyu da kapsar biçimde mağdurlaştırmanın yasaklandığı ifade edilmiştir.⁸⁶

mudur. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik, Türkiye İnsan Hakları ve eşitlik Kurumu, <[https://www.tihек.gov.tr/kategori/pages/Ayrimcilikla-Mucadele-ve-Esitlik#:~:text=j\)%20Mağdurlaştırma%3A%20Eşit%20muamele%20ilkesine,Kanun%20kapsamında%20ayrımcılık%20teşkil%20eder](https://www.tihек.gov.tr/kategori/pages/Ayrimcilikla-Mucadele-ve-Esitlik#:~:text=j)%20Mağdurlaştırma%3A%20Eşit%20muamele%20ilkesine,Kanun%20kapsamında%20ayrımcılık%20teşkil%20eder)> s.e.t. 25.03.2024., Kurul Kararına göre literatürde “mağdurlaştırma” olarak ele alınan bu durumun mevzuat kapsamında ayrımcılığın bir türü olarak ele alınmasının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yaşağının tam anlamıyla etkili olması açısından son derece önemli olduğu ifade edilmiştir. Gerek ulusal gerekse uluslararası alanda ayrımcılık yaşağı mevzuatına uygun davranılmasının sağlanması amacıyla mağdurlaştırmanın yasaklanmasının esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşıdığı ifade edilmiştir., **TİHEK, 2019/54 sayılı Kurul Kararı**, parag.38., **TİHEK, 2022/942 sayılı Kurul Kararı**, parag.14.

⁸⁵ İkinci mağduriyet esasen çok bilinen bir kavram değildir. İkinci mağduriyete maruz kalmak için öncelikle bir suç mağduru olmak gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda da “mağdur”un kim olabileceğinin belirlenmesi gerekir. AB hukukunda mağdur; “doğrudan bir suçun neden olduğu fiziksel, zihinsel veya duygusal zarar veya ekonomik kayıp dahil olmak üzere zarara uğrayan gerçek bir kişi; doğrudan bir suçun neden olduğu bir kişinin ölümü nedeniyle zarara uğrayan aile üyeleri” olarak tanımlanmıştır (AB Konseyi, 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, madde 2). United Nations Office for Drugs and Crime (UNODC) ise mağduru; ““Ulusal ceza kanunlarının veya insan haklarına ilişkin uluslararası kabul görmüş normların ihlali anlamına gelen eylemler veya ihmaller nedeniyle bireysel veya toplu olarak fiziksel veya zihinsel yaralanma, duygusal acı, ekonomik kayıp veya temel haklarının önemli ölçüde zedelenmesi dahil olmak üzere zarar gören kişiler” olarak tanımlamıştır. Ancak Bildirgede tanım daha kapsamlı olup aile üyelerini ve yakın sosyal yapıyı da kapsamaktadır. Ayrıca bildirge, mağdurların ırk, cinsiyet, yaş, din gibi ayrımcılık temelinde ayrımcılığa uğramaması gerektiğini de belirtmektedir., **Preventing Secondary Victimization Policies&Practices** (2016) European Crime Prevention Network, EUCPN Toolbox Series No. 7, EUCPN Secretariat, s.9. <https://eucpn.org/sites/default/files/document/files/toolbox_vii_-_final.pdf> s.e.t. 25.03.2024.

⁸⁶ Düzenlemede yer alan “süreçlere katılan kişiler” ifadesiyle tam anlamıyla denetim mekanizmalarına başvuruya katılan ya da sürece müdahil olan ve bu çerçevede taraf sıfatındaki kişilerin mi, yoksa taraf sıfatı olmadan tanıklık yapan kişilerin mi kastedildiği noktasında belirsizlik

Misilleme ile ilişkili olduğu düşünülebilecek düzenlemelerden diğer birini 4857 sayılı Kanunun geçerli nedenle fesih başlıklı 18. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm oluşturmaktadır. Düzenlemeye göre; “Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak” (m. 18/2,c) iş sözleşmesinin sona ermesi için geçerli fesih nedeni sayılmayacaktır. Sözü edilen düzenleme ışığında, işçinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na şikâyetinde bulunması veya işveren aleyhine tanıklık yapması halinde, işçinin iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilemeyecek ve işçinin haklarını kullanması sonucunda mağdur olmasının önüne geçilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı Kanun’da yer alan söz konusu düzenlemenin uygulama alanı, 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile altı aydan fazla süredir çalışan işçilerle sınırlıdır.⁸⁷ Bu açıdan işçi ve işveren ilişkisi kapsamında tüm işçiler açısından dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesini sağlayacak bir mağdurlaştırma düzenlemesi olmadığı ifade edilmiştir. Bu kapsamda işe alım sürecini de içerisine alacak bir mağdurlaştırmanın yasaklanması düzenlemesiyle dolaylı ayrımcılık yasağının etkili hale gelmesine katkıda bulunulacağı ifade edilmiştir.⁸⁸

İş Kanunu kapsamında olup iş güvencesi kapsamı dışında bulunan işçilerden misillemeye maruz kalanlar ise İş Kanunu m. 5 uyarınca ayrımcılık tazminatı ya da İş Kanunu m. 17/c uyarınca kötü niyetli fesih davası açabileceklerdir.⁸⁹

bulduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda söz konusu belirsizliğin daha açık ifadelerle giderilmesinin bir ihtiyaç olduğu öğretilmiştir., **Büyükçalık, Mürvet, Ece** (2021) Dolaylı Ayrımcılık yasağı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.378.

⁸⁷ **Karan, Ulaş** (2017) Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha, s, 318. **Büyükçalık**, s.378.

⁸⁸ **Büyükçalık**, s.378., ABD Hukukunda misillemeye karşı koruma hem ayrımcılık hem de cinsel tacizle bağlantılı olarak görülmüştür ve çalışma yaşamının her aşamasını kapsayacak bir şekilde (örneğin işe almama, işçinin terfisini yaptırmama, ücret artışı yapmama, disiplin cezası verme, kötü performansı değerlendirmede bulunma, olumsuz referans mektubu yazma gibi) korunma sağlanmıştır. **Bakırcı**, s.352.

⁸⁹ **Bakırcı**, s.358.

Misillemeyi önlemek adına işveren hakkında gerçekleştirilen ihbar ve şikayetlerin kim tarafından gerçekleştirildiğinin gizli tutulması bir araç olabilir. Bu çerçevede 6701 sayılı Kanunda ayrımcılık yasağı ihlaliyle ilgili başvurularda ayrımcılık mağduru kimsenin kimlik bilgilerinin gizli tutulması imkânının tanınmasına ilişkin düzenlemenin mağdurlaştırmayı önleyen bir düzenleme olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir.⁹⁰ Mağdurlaştırmaya ilişkin koruma yalnızca şikâyette bulunma veya yargısal yollara başvurma ile sınırlı tutulmamalıdır. İdari başvurular, ombudsmanlık gibi kurumlara yapılan başvurular ya da yargısal usullere başvuru gibi değerlendirilen yargısal benzeri başvurular söz konusu olduğunda da korumanın harekete geçmesi gerekir. Benzer şekilde mağdurlaştırmaya dair koruma ayrımcılığın her biçimi için söz konusu olmalıdır. Bu açıdan yalnızca doğrudan ayrımcılık ve dolayısıyla mağdurlaştırmanın yasaklanması ayrımcılık yasağını daha etkisiz kılacaktır.⁹¹ Misillemenin önlenmesi konusunda iş hukukunda sendikalara da görev düşebilir. Bu çerçevede sendikalar çalışma kültürünü etkilemede önemli bir rol oynayabilir ve ihbarcılık konusunda daha duyarlı olunmasına katkıda bulunabilir.⁹²

Misillemenin iş sözleşmesi sona erdikten sonra eski işçi hakkında olumsuz referans verme, işçi hakkında karalamada bulunma, işçinin başka işverenler tarafından işe alınmasının engellenmesi şeklinde ortaya çıkabileceğinden söz edilmişti. Bu gibi hallerde koşulları oluşmuşsa eski işverenin maddi ve manevi tazminat sorumluluğu ve/veya Türk Ceza Kanunu⁹³ çerçevesinde eski sorumluluğu doğabilir.⁹⁴

Tüm bu yasal düzenlemelerin ötesinde ihbarcının korunması konusunun işlevselliği kurum kültürüne bağlıdır. İhbarcıcı korumanın etkili olması iki ana bile-

⁹⁰ **Büyükçalık**, s.379.

⁹¹ **Karan**, s.282, 283.

⁹² **Lewis, David/Vandekerckhove, Wim** (2018) “Trade Unions the Whistleblowing Process in the UK: An Opportunity for Strategic Expansion?” *Journal of Business Ethics*, C:148, S:4, s.835. <<https://www.jstor.org/stable/45022540>> s.e.t. 01.04.2024.

⁹³ RG. 25611, 12.10.2004.

⁹⁴ **Bakırcı**, s.359.

şeni barındırır. İhbarcıya ihbarını yaptıktan sonra ne olduğu ve ihbarcı tarafından bildirilen yanlış uygulamaları ortadan kaldırmak için ne yapıldığı ve hangi önlemlerin alındığı. Sözü edilen ikinci durum için, bilgi uçurmanın etkinliği ancak “şüpheli veya yanlış uygulamanın (ya da ihmalin) en azından kısmen de olsa bilgi uçurma nedeniyle ve makul bir zaman dilimi içerisinde sonlandırıldığı ölçüde sağlanır. Gizlilik kültürünün hâkim olduğu veya konuşmanın teşvik edilmek yerine cezalandırıldığı kurumlarda, *Whistleblowing* Direktifi gibi resmi kurallar bir başlangıç noktası olabilir, ancak tam uyum kültürel bir değişim gerektirecektir.⁹⁵

III. DEDE/TÜRKİYE KARARINA İLİŞKİN AİHM DEĞERLENDİRMESİ

Dede/Türkiye Kararında başvuran, işverenin yönetim uygulamalarını eleştirdiği için işten çıkarıldığını düşünmüş ve suçlandığı eylemin, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı kapsamına girdiğini ve bu nedenle bu hakkın kullanımına müdahale edildiğini düşünmüştür. Anayasa Mahkemesi tarafından başvurunun kabul edilmezliğine dair ileri sürülen iki iddia konusunda AİHM açıkça temelsizlik iddiasına ilişkin olarak ileri sürülen argümanların Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca şikâyetin kabul edilebilirliğinin incelenmesini değil, şikâyetin esasının incelenmesini gerektiren hususları ortaya koyduğu kanaatine varmıştır. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca başka bir gerekçe ile kabul edilemez olmadığını tespit eden Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.⁹⁶

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğine ilişkin olarak başvuran, AİHM'in *Heinisch/Almanya* kararına atıfta bulunmuş ve bir çalışanın işyerindeki uygunsuz davranışları ihbar etmesinin ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu savunmuştur. İşverenin yönetimine gönderdiği e-postanın çalışanların haklarının ihlal edildiği iddialarının yanı sıra üst düzey yöneticileri tarafından benimsenen yönetsel yaklaşım ve şirketin yönetilme şekline yönelik makul ve kabul edilebilir eleştirilerini iletmeyi amaçladığını ve e-postanın hiçbir şekilde şirketin veya yönetiminin itibarını zedeleyecek nitelikte olmadığını

⁹⁵ **Near/Miceli**, s.680. **Abazi** (2020), s.654.

⁹⁶ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.29, 30.

nı savunmuştur. Bu nedenle İş Kanunu kapsamında öngörülen en ağır ceza olan işten çıkarılmasının demokratik bir toplumda ölçülü bir tedbir teşkil etmediğini düşünmüştür. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından sağlanan korumanın genel olarak mesleki alanı kapsadığını ve bu hükmün yalnızca kamu hukuku tarafından yönetilen işveren ve çalışan arasındaki ilişkilere uygulanmadığını, aynı zamanda mevcut davada olduğu gibi, bu ilişkilerin özel hukuk tarafından yönetildiği durumlarda da uygulanabileceğini yinelemiştir.⁹⁷

AİHM'e göre ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir şekilde kullanılması sadece devletin müdahaleden kaçınma yükümlülüğüne bağlı olmayıp bireyler arasındaki ilişkilerde bile pozitif koruma tedbirleri gerektirebilir ve bazı durumlarda devletin özel şahıslar tarafından yapılan ihlallere karşı bile ifade özgürlüğü hakkını koruma konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır. Devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki ayırım çizgisi kesin bir tanımlamaya elverişli olmasa da uygulanabilir ilkeler yine de karşılaştırılabilir niteliktedir. Özellikle her iki durumda da çatışan menfaatler arasında kurulması gereken adil denge dikkate alınmalıdır. Devlet her halükârda bir takdir marjına sahiptir. Bu nedenle mevcut davadaki temel soru davalı Devlet'in başvuranın işten çıkarılmasının iptali için yapılan başvuruyu onaylayarak başvuranın ifade özgürlüğüne saygı gösterilmesini garanti altına alma yükümlülüğü altında olup olmadığıdır. Dolayısıyla Mahkeme'nin mevcut davadaki görevi, ulusal mahkemelerin, başvuranın yukarıda bahsi geçen başvurusunu reddederken başvuranın 10. madde ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkını iş ilişkileri bağlamında gerektiği gibi koruyup korumadığını ve işverenin çıkarlarının korunması hakkı karşısında yeterli dengeyi kurup kurmadığını belirlemektir. Bunu yaparken başvurana işveren tarafından verilen cezanın izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından bu cezayı haklı çıkarmak için ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını tespit etmelidir.⁹⁸

AİHM tarafından yapılan değerlendirmede başvuranın ifşasının esasen çok sınırlı bir alanda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme'ye

⁹⁷ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.37.

⁹⁸ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.39, 40.

göre başvuranın söz konusu e-postayı şirket içinde, yani ilgili insan kaynakları ekibi ve başvuranın çalıştığı departmanından sorumlu müdür yardımcısı gibi şirket içindeki sınırlı bir alıcı grubuna gönderdiğini not etmektedir. Yetkililer kamuya dağıtılması amaçlanmayan bu e-postanın kamuya ifşa edildiğini veya uygun itiraz kanalları dışında şirketin diğer çalışanları ile paylaşıldığını iddia etmemiştir. Bu nedenle Mahkeme ihtilaflı e-postanın işveren ve işyeri üzerindeki etkisinin çok sınırlı olması gerektiğine karar vermiştir.⁹⁹

Kuşkusuz, başvuran e-postasında alaycı bir dil kullanmıştır. Örneğin H.K.'nin çalışanlarından korktuğunu ve işyerinde bir kaçak gibi davrandığını, çalışanların mali haklarını azaltmak için fırsatları değerlendirdiğini ve ayrıcalıklarının çevresinde fayda sağlamak için kullandığını ima etmiştir. Buna ek olarak, insan kaynakları departmanının e-postasını ilgili kişilere iletmekten ve buna göre hareket etmekten çok korktuğunu iddia etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, saldırgan ifadelerin, örneğin tek amacının hakaret olması halinde, gereksiz aşağılama anlamına geldiği durumlarda, ifade özgürlüğünün koruma kapsamı dışında kalabileceğini ve diğer yandan kaba bir dil kullanılmasının bir ifadenin saldırgan olup olmadığının denetlenmesinde tek başına belirleyici olmadığını, çünkü bu durumun tamamen üsluba ilişkin bir amacı olabileceğini yinelemiştir. Mevcut davada, Mahkeme, söz konusu e-postanın gönderildiği bağlam ve gönderildiği muhataplar dikkate alındığında, kışkırtıcı ve biraz saldırgan üslubu olduğu ancak içeriğin bir parçasını oluşturan bu durumun gereksiz yere hakaret olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, hiciv gibi sanatsal ifade ve sosyal yorum biçimlerinin, karakteristik abartı ve gerçekliğin çarpıtılması ve ironik ve alaycı bir ton kullanılması nedeniyle doğal olarak kışkırtma ve ajite etme amacı taşıdığını yinelemiştir. Mahkeme ayrıca, özel hukuk kapsamında çalışanların işverenlerine karşı borçlu oldukları sadakat, ihtiyat ve takdir yükümlülüğünün, kamu hizmeti mensuplarının sahip olması gereken sadakat ve ihtiyat yükümlülüğü kadar vurgulanamayacağını yinelemiştir.¹⁰⁰

⁹⁹ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.50.

¹⁰⁰ **Dede v. Türkiye Başvurusu**, parag.49.

AİHM tüm bu değerlendirmeler neticesince başvuranın söz konusu eyleminin işyerinin huzur ve sükununu bozacak nitelikte olduğu sonucuna varsa da dava koşullarındaki ilgili tüm olgu ve faktörlerin dikkate alınmadığı kanaatine varmıştır. Özellikle, sözü edilen e-postanın, içeriği, gerçekleştiği mesleki bağlam ve işyeri üzerindeki potansiyel kapsamı ve etkisi göz önünde bulundurularak, başvuranın işyerinde zararlı sonuçlara yol açma kapasitesinin değerlendirilmeye çalışılmadığı ifade edilmiştir.¹⁰¹

SONUÇ

İşçinin ifade özgürlüğünü ve işverenin menfaatleri arasında dengenin kurulması pek çok karara konu olmuştur. 2024 yılı içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen Dede/Türkiye kararında da işyerinin yönetsel ilkelerini eleştiren bir çalışanın iş sözleşmesinin feshedilmesiyle ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuruda, başvuranın ifade özgürlüğü ve işverenin menfaatleri arasındaki denge çerçevesinde inceleme yapılmış ve işçinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

İfade özgürlüğü içerisinde birden çok bileşeni barındıran temel anayasal haklardan birisidir. Uluslararası ve ulusal düzenlemelerle koruma altına alınan hakkın işçi ve işveren ilişkisindeki görünümü özel öneme sahiptir. İş sözleşmesinin unsurlarından birini kuşkusuz bağımlılık unsuru oluşturur ve bu unsur iş sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayırt eder. Bu nedenle işçi, işverene bağımlı olarak iş görürken işyerinde ortaya çıkan aksaklıkları ya da hukuka aykırılıkları dile getirme konusunda birtakım çekinceler yaşayabilir. İşçinin ifade özgürlüğünün korunması bu noktada önemlidir. Hukuksal sınırları aşmamak kaydıyla işçi, görüşlerini bildirme konusunda özgürdür. Ancak uygulamada sıklıkla rastlanan durumlardan birisini işçinin ifade özgürlüğü karşısında işveren tarafından yapılan misillemeler oluşturmaktadır.

Düşüncelerini hukuka uygun olarak dile getiren ya da işyerindeki hukuka aykırılıkları ihbar veya ifşa eden çalışana karşı yapılan olumsuz muameleler misillemeyi oluşturur. Öğretide misillemenin ayrımcılık hükümleri çerçevesinde

¹⁰¹ Dede v. Türkiye Başvurusu, parag.51.

değerlendirildiği belirtilmiştir. Misillemeye karşı gerekli hukuksal koruma mekanizmalarının yer almadığı bir düzende işçinin ifadesini özgür bir şekilde dile getirmesinden bahsedilemez.

Dede/Türkiye kararı kapsamında da işyerinde olduğunu düşündüğü hukuka aykırı durumları dile getiren çalışana karşı yapılan işten çıkarma olayı ölçülülük ilkesine aykırı olduğu için misilleme olarak nitelendirilebilir. Mahkeme tarafından gerçekleştirilen incelemede işçinin ifade özgürlüğü ve işverenin işletmesel menfaatleri arasında adil dengenin dikkate alınması gerekliliği üzerinde durulmuş ve başvuranın Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının iş ilişkileri bağlamında gerektiği gibi korunamadığını ve işverenin çıkarlarının korunması hakkı karşısında yeterli dengenin kurulamadığı belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

- Abazi, Vigjilenca** (2019) “Whistleblowing in Europe: A new Era of Legal Protections”, European Yearbook on Human Rights, P. Czech; L. Heschl; K. Lukas; M. Nowak; G. Oberleitner. (Editörler), s.91-111.
- Abazi, Vigjilenca** (2020) “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?”, Insutrial Law Journal, S:4, C:49, s.640-656.
- Alp, Mustafa** (2013) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C:15, s.385-422.
- Alpagut, Gülsevil** (2012) “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:24, s.23-32.
- Alyanak, Servet** (2023) “Avrupa Birliği İhbarcılarını Koruma Direktifinin İhbarcılarını Korunması Bağlamında Getirdiği Yenilikler”, Legal Hukuk Dergisi, S:251, C:21, s.4207-4241.
- Aydın, Ufuk** (2002-2003) “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, Sosyal Bilimler Dergisi, s.79-100.
- Bakırcı, Kadriye** (2012) Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin.
- Büyükçalık, Mürvet, Ece** (2021) Dolaylı Ayrımcılık yasağı, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha.
- Bychawska Siniarska, Dominika** (2017) “Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights-A Handbook for Legal Practitioners” <<https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>> s.e.t. 01.04.2024.
- Dönmezkuş, Dilara** (2021) Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Erdoğan, Gülnur** (2016) “İşyerinde İfade Özgürlüğü”, (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2016) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, TAAD, S:25, s.1-21.
- Güllü, Canan/Çiftçi, Umut** (2022) “Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Önlenmesine İlişkin Başvuru Rehberi”, Ankara: Uluslararası Çalışma Örgütü.

- Heper, Hande** (2022) “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, C:3, S:74, s.1901-1934.
- Kar, Bektaş** (2008) “İşletme, İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, *Çalışma ve Toplum*, S:2, s.101-129.
- Karan, Ulaş** (2017) *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha.
- Kuzu, Burhan** “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, s.247-334. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97688>> s.e.t. 31.02.2024.
- Lewis, David/Vandekerckhove, Wim** (2018) “Trade Unions the Whistleblowing Process in the UK: An Opportunity for Strategic Expansion?” *Journal of Business Ethics*, S:4, C:148, s.835-845. <<https://www.jstor.org/stable/45022540>> s.e.t. 01.04.2024.
- Near, Janet P/Miceli Marcia P** (1995) “Effective Whistle Blowing”, *The Academy of Management Review*, C:20, S:3, s.679-708. <<https://www.jstor.org/stable/258791>> s.e.t. 01.04.2024.
- Oğurlu, Yücel** “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.485-521. <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Öktem Songu, Sezgi** (2013) “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:15, Özel Sayı, s.609-650.
- Özbey, Özcan** (2013) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB Dergisi*, S:106, s.41-92.
- Özveri, Murat** (2023) “İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları”, *Çalışma ve Toplum*, C:4, S:79, s.3255-3296.
- Preventing Secondary Victimization Policies&Practices** (2016) *European Crime Prevention Network, EUCPN Toolbox Series No. 7, EUCPN Secretariat*, 2016. <https://eucpn.org/sites/default/files/document/files/toolbox_vii_-_final.pdf> s.e.t. 25.03.2024.
- Sauter, Wolf** (2013) “Proportionality in EU Law: A Balancing Act?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, S:15, s.439-466. <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/proportionality-in-eu-law-a-balancing-act/156C8294184A2B4C8C7A619F124D9E82>> s.e.t. 01.04.2024.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2023) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, C:15, s.169-240.

- Tridimas, Takis** (2018) “The Principle of Proportionality”: Schütze, Robert/Tridimas, Takis (Editörler), Oxford Principles of European Union Law, Oxford, s.243-264.
- Ugan Çatalkaya, Deniz** (2019) İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Yıldız, Gaye Burcu** (2013) “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: C:15, s.681-707.
- Yücel Bodur, Mehtap** (2015) “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, İş ve Hayat Dergisi, S:2, s.137-167.
- Yüksek, Mehmet** (2016) “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, TAAD, S:25, s.105-151.

TOPLU SÖZLEŞME İLE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARININ DİSİPLİN KURULLARINDA SENDİKA TEMSİLCİSİNİN YER ALMASI^(*)

Öğr. Gör. Fatih DURMUŞ^(**)

Arş. Gör. Mücahit TÜRKMEN^(***)

ÖZET

Toplu sözleşme, memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi zorunluluğunun anayasa ile getirilmiş bir istisnasını oluşturmaktadır. Anayasa ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, bu istisnanın kapsamını, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal hakları olarak belirlemiştir. Ne var ki anayasa ve kanun koyucunun yapmış olduğu belirleme, uygulamadaki sorunları gidermeye yetmemiştir. Zira toplu sözleşmede anayasal ve kanuni sınırları aşan bir hükmün yer alması durumunda bu hükmün akıbetinin ne olacağına ilişkin belirsizlik geçerliliğini korumaktadır. Bunun en somut örneği, çalışmamızın da konusunu oluşturan, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarının oluşumunun 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/E maddesinde açıkça düzenlenmesine rağmen yürürlüğe konulan toplu sözleşmelerde, bu kurullarda, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin de bulunmasının düzenlenmesidir. Çalışmamızda konu ilgili mevzuat hükümleri, öğretilerdeki görüşler, yargı kararları ve uygulama örnekleri dikkate alınarak bütüncül bir yaklaşımla ele alınmıştır.

Bu bağlamda çalışmamızda ilk olarak toplu sözleşme ele alınmış, toplu sözleşme kavramı, hukuki niteliği ve kanunla ilişkisi incelenmiştir. İkinci kısımda yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarının oluşumu açıklanmıştır. Son bölümde ise sendika temsilcisinin yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında yer almasına değinilmiştir. Kanaatimizce, toplu sözleşme ile hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında yer alması mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler

Toplu Sözleşme, Yükseköğretim Kurumları, Disiplin Kurulu, Sendika Temsilcisi, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri, Öğretim Elemanları.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1468769 - **Geliş Tarihi:** 15.04.2024 - **Kabul Tarihi:** 12.07.2024.

^(**) Düzce Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Mülkiyet Koruma ve Güvenlik Bölümü, Düzce - Türkiye;
İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: fatihdurmus@duzce.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2268-2415>.

^(***) Düzce Üniversitesi İşletme Fakültesi Sigortacılık ve Sosyal Güvenlik Bölümü, Düzce - Türkiye;
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: turkmenmucahit@outlook.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0554-4528>.

INCLUSION OF A UNION REPRESENTATIVE IN THE DISCIPLINARY BOARDS OF HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS BY COLLECTIVE AGREEMENT

ABSTRACT

Collective bargaining is an exception to the constitutional requirement that matters concerning civil servants and other public officials must be regulated by law. The Constitution of the Republic of Turkey and the Public Officials' Unions and Collective Bargaining Code No. 4688 have defined the scope of this exception as the financial and social rights of civil servants and other public officials. However, the determination made by the constitution maker and the legislator has not been sufficient to eliminate the problems in practice. This is because, in the event that a provision that exceeds the constitutional and legal limits is included in the collective agreement, the uncertainty regarding the fate of this provision remains valid. The most concrete example of this, which is also the subject of our study, is that although the composition of the disciplinary boards of higher education institutions is clearly regulated in Article 53/E of the Higher Education Code No. 2547, collective agreements regulate the presence of the representative of the union of which the public official under investigation is a member in these boards. In our study, the subject has been handled with a comprehensive approach by taking into account the provisions of the relevant legislation, the opinions in the doctrine, judicial decisions and examples of practice.

In this context, firstly, the collective bargaining agreement is discussed and the concept of collective bargaining agreement, its legal nature and its relationship with the code are analyzed. In the second part, the formation of disciplinary boards of higher education institutions is explained. In the last part, the participation of a union representative in the disciplinary boards of higher education institutions is discussed. In our opinion, it is not possible for the union representative, of which the person under investigation is a member, to take part in the disciplinary boards of higher education institutions by collective agreement.

Keywords

Collective Bargaining, Higher Education Institutions, Disciplinary Board, Union Representative, Civil Servants and Other Public Officials, Academics.

GİRİŞ

Kamu görevlileri ile idare arasında statü ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişkinin gereği olarak kamu görevlilerinin çalışmalarına, hak ve yükümlülüklerine ilişkin esasların belirlenmesi, idare tarafından tek taraflı olarak yapılmaktadır. Kural bu olmakla birlikte, bu statü ilişkisini esneten, kamu görevlilerini bu belirleme sürecine dâhil eden çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Bizim statü ilişkisinden *sapma* olarak tanımladığımız uygulamalardan biri de toplu sözleşmedir.

Kamu görevlilerinin *bir şemsiye altında* bir araya gelmek suretiyle oluşturduğu sendikanın, idare ile kurduğu toplu sözleşme sayesinde, kamu görevlileri kendilerine ilişkin hususlarda belirleme yetkisine sahip olmaktadır. Bununla birlikte, toplu sözleşme ile her konuda düzenleme yapılmasına izin verilmesi statü ilişkisinin ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden mümkün değildir. Nitekim Anayasa, toplu sözleşmenin sınırlarını mali ve sosyal haklar olarak belirlemiş; ne var ki hükümde mali ve sosyal hakların kapsamına nelerin girdiğine ilişkin bir belirleme yapmamıştır.

Ülkemizde günümüze kadar yapılan toplu sözleşmelerde, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin bulunmasına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu husus, toplu sözleşmelerde düzenlenmiş olsa da yükseköğretim mevzuatında yer almamaktadır. Hal böyleyken belirtilen hususun toplu sözleşme ile kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağına ilişkin bir belirsizlik bulunmaktadır.

Bahsettiğimiz belirsizlik, uygulamada çeşitli problemlere sebebiyet vermektedir. Öncelikle, yapılan düzenlemenin hukuken uygun olup olmadığı kısmı, önemli bir tartışma alanıdır. Ardından, toplu sözleşme içerisine kısaca eklenen ve belirlilikten uzak düzenlemenin, nasıl uygulanacağı önemli bir problemidir. Çalışmamız içerisinde, idarelerin bu belirsizlik nedeniyle yaşadığı problemlere yer verilmektedir. Hukuki belirlilikten uzak düzenleme, idarelerin farklı uygulamalarına sebebiyet vermektedir.

Çalışmamızın konusu, yükseköğretim mevzuatında yer almamasına rağmen toplu sözleşme hükmü gereği sendika temsilcisinin yükseköğretim kurum-

larının disiplin kurulunda yer alıp almayacağıdır. Bu hususta değerlendirme yapabilmek için ilk kısımda toplu sözleşme kavramı incelenmiştir. Bu incelemede, öncelikle toplu sözleşmenin kavramsal çerçevesine bakılmış, ardından hukuki niteliği tespit edilmiştir. Toplu sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilirken, benzer bir kurum olan toplu iş sözleşmesine de değinilmiştir. Toplu sözleşmenin yasal dayanağı ve hukuki niteliği belirlendikten sonra toplu sözleşme ile kanun ilişkisi incelenmiştir. İkinci kısımda, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarının oluşumu ele alınmıştır. Üçüncü kısımda, toplu sözleşme ile yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yer alıp alamayacağına ilişkin inceleme yapılmıştır. Bu incelemeyi yapmadan önce; öğretilerdeki görüşler ve uygulamadaki örnekler anlatılmıştır. Değerlendirme bölümünde ise öğretilerdeki görüşler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar üzerinden açıklamalarda bulunulmuştur.

I. TOPLU SÖZLEŞME

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Memurlar ve diğer kamu görevlileri için *toplu sözleşme hakkı*¹, Anayasanın 53. maddesine 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un² 6. maddesi ile eklenen 5, 6 ve 7. fıkralarında yer almaktadır. Buna göre,

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.

Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

¹ Toplu sözleşme hakkının Türkiye'deki gelişimi hakkında bkz. **Şanlı Atay, Yeliz** (2021) Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, Ankara, Turhan, s.12-25; **Yıldırım, Sultan** (2023) “Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı”, (Yüksek Lisans), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s.38-54.

² T.C. Resmî Gazete, S: 27580, T: 13.05.2010.

Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”

Mezkûr Kanun ile yapılan eklemelerden bir diğeri Anayasanın 128. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesidir. Söz konusu ekleme ile birlikte, toplu sözleşme, memur ve diğeri kamu görevlileri hakkındaki kuralların kanunla düzenlenmesi zorunluluğunun bir istisnası olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte getirilen istisnanın mali ve sosyal haklara yönelik ve bununla sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Anılan Kanun ile yapılan anayasa değişikliği akabinde, değişikliğin işaret ettiği yasal düzenleme 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu³ (KGSTSK) ile yapılmıştır. KGSTSK'nin 1. maddesi, kanunun amaçlarından birinin “(...) [T]oplu sözleşme yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek (...)” olduğunu, 2. maddesi ise kanunun kişi yönünden kapsamının “(...) Devletin veya diğeri kamu tüzel kişilerinin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin görüldüğü genel, katma ve özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı kuruluşlarda kamu iktisadî teşebbüslerinde, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ya da bunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşekküller ile bunlara bağlı kuruluşlarda ve diğeri kamu kurum veya kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri (...)” olduğunu düzenlemiştir. Aynı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının h bendi ise toplu sözleşmeyi “Bu Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını belirlemek üzere yürütölen toplu sözleşme görüşmeleri sonucunda mutabık kalınması durumunda taraflarca imzalanan sözleşme” şeklinde tanımlamıştır.

³ T.C. Resmî Gazete, S: 24460, T: 12.07.2001. Kanunun adı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu iken 6289 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (T.C. Resmî Gazete, S: 28261, T: 11.04.2012.) 1. maddesiyle Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu şeklinde değiştirilmiştir.

KGSTSK'nin 6. kısmı "*Toplu Sözleşme*" başlığını taşımakta olup toplu sözleşme ile ilgili usul ve esaslar bu kısımda düzenlenmiştir. Anayasanın 53. ve 128. maddesinde mali ve sosyal haklar şeklinde işaret ettiği toplu sözleşmenin kapsamı KGSTSK'nin 28. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Toplu sözleşme; kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları kapsar.*"

KGSTSK'nin 43. maddesine göre, KGSTSK'de hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak kanunlar arasında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda⁴ (STİSK) bulunmaktadır⁵.

Yapılan düzenlemeler neticesinde memurlar ve diğer kamu görevlileri için tanımlanmış toplu sözleşme hakkı, işçilere tanınmış olan toplu iş sözleşmesi hakkının farklı bir görünümüdür⁶. Haliyle, memur ve diğer kamu görevlileri için tanımlanan toplu sözleşme hakkının incelenmesinden önce, bir iş hukuku kurumu olan toplu iş sözleşmesinin değerlendirilmesi gerekmektedir⁷.

⁴ T.C. Resmi Gazete, S: 28460, T: 07.11.2012.

⁵ Kanun hükmünde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na atıf yapılmışsa da bu kanun STİSK'nin 81. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve anılan kanuna yapılacak atıfların STİSK'ye yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle KGSTSK'de hüküm bulunmayan hallerde STİSK'nin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

⁶ *Ulucan'a göre, "Yasanın 6. maddesi ile Anayasa'nın 53. maddesinin başlığı "toplular iş sözleşmesi ve toplular sözleşme hakkı" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece toplular iş sözleşmesi işçilere özgü bir sözleşme olarak algılanmakta; toplular sözleşme ise kamu görevlileri için öngörülen bir sözleşme türü olarak benimsenmektedir."* Bkz. **Ulucan, Devrim** (2012) "12 Eylül Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş Hukukuna Yansımaları": İstanbul Barosu Yayın Kurulu (Editör) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul, İstanbul Barosu, s.50. *Arıcı'ya göre, "Toplu sözleşme hakkı, işçilere tanınmış olan toplular iş sözleşmesi hakkının memur ve kamu görevlilerine tanınmış biçiminden öte bir şey değildir."* Bkz. **Arıcı, Kadir** (2014) "Toplu Sözleşme ile Kanun Değiştirilmesi: İlksan Örneği", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:18, S:3, s.10.

⁷ Nitekim *Şanlı Atay*, bu hususla ilgili olarak toplular iş sözleşmesinin ölçüt olarak kullanılmasının yönetsel olarak sorunlu olduğunu fakat iki kurumun karşılaştırılmasının kaçınılmaz oldu-

B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

1. Toplu İş Sözleşmesinin Dayanağı, Tanımı, Hükümü ve İçeriği

İş hukukunun kaynaklarından biri olan toplu iş sözleşmesinin⁸ (*collective agreement, Kollektivvertrag, Tarifvertrag*) dayanağını Anayasa ve STİSK oluşturmaktadır. Anayasanın 53. maddesinde, “İşçiler ve işverenler[in], karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına (...)” sahip olduğu, bu sözleşmenin yapılışına ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Söz konusu Anayasa hükmü uyarınca STİSK çıkarılmış, STİSK’nin 2. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde toplu iş sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre, “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan (...)” sözleşmeye toplu iş sözleşmesi denir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, toplu iş sözleşmesinin tarafları işçi sendikası ve işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverendir.

STİSK’nin 33. maddesine göre toplu iş sözleşmesi; her bir işçi ile kurulacak iş sözleşmesinin kuruluş usulüne, içeriğine ve sona ermesine dair kuralları ihtiva ettiği gibi toplu iş sözleşmesini kuran taraflar arasındaki hak ve yükümlülöklere, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına ve denetlenmesine, taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların giderilmesine dair kuralları da ihtiva edebilir. Bunlardan

ğunu belirtmektedir. Bkz. **Şanlı Atay, Yeliz** (2015) “Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:48, S:3, s.14. Atay’a göre, “TİS [toplu iş sözleşmesi] ve TS [toplu sözleşme] kurumları benzerliklerine rağmen pozitif hukukta anayasal düzeyde kavram ve içerik bakımından biri birinden ayrılmaktadırlar. Her ikisinin hedef aldığı kitle ve bu kitlenin mensuplarının hukuki statüsü biri birinden tamamen farklıdır.” **Atay, Ender Ethem** (2022) “Toplu Sözleşmenin Özerkliği ve Hukuk Sistemi İçindeki Yeri”: *Memur Sendikaları Konfederasyonu Yayın Kurulu* (Editör) 4688 Sayılı Kanun ve 10. Yılında Toplu Sözleşme Kongresi Bildiri Kitabı, Ankara, Memur Sendikaları Konfederasyonu, s.231.

⁸ Toplu iş sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sur, Melda** (1991) *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil*, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s.3 vd.; **Ulucan, Devrim** (1981) *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği*, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, s.51 vd.

ilkine *normatif hükümler*, ikincisine *borç doğurucu hükümler* denilir⁹. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere, toplu iş sözleşmesinde normatif hükümlerin yer alması zorunlu olup, borç doğurucu hükümler ihtiyari olarak yer alabilir¹⁰. Her men belirtmek gerekir ki STİSK'nin 33. maddesinin 5. fıkrası uyarınca ne normatif ne de borç doğurucu hükümler Anayasa ile kanunların emredici hükümlerine aykırı olamazlar¹¹.

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bir kaynak olarak uygulanma şekline ilişkin belirleme STİSK'nin 36. maddesinde yapılmıştır. Anılan hüküm uyarınca iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine uygun olarak hazırlanması zorunlu olup, toplu iş sözleşmesinde izin verilmeyen hallerde, iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümleri uygulanmaz. Bu durumda, toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesi hükümlerinin yerini alır. Bununla birlikte iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerinin işçinin lehine olması durumunda iş sözleşmesi hükümleri tercih edilir.

2. Toplu İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu bağlamda ileri sürülen görüşler; kamu hukuku işlemi olduğu görüşü, özel hukuk işlemi olduğu görüşü ve karma nitelikte işlem görüşü olarak üç sınıfta toplanabilir.

⁹ **Sur, Melda** (2019) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 8. Baskı, Ankara, Turhan, s.250-258.

¹⁰ **Akyiğit, Ercan** (2022) Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s.333.

¹¹ Bu noktada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) (T.C. Resmî Gazete, S: 27836, T: 04.02.2011.) 27. maddesi hükmü karşısında STİSK'nin 33. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir. STİSK'nin 80. maddesinin 2. fıkrası uyarınca STİSK'de toplu iş sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak kanunlardan biri TBK'dir. TBK madde 27'ye göre "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*". Şu halde kanunun emredici hükümlerine aykırı toplu iş sözleşmesi hükmü kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmaktadır. Kaldı ki kaynağını Anayasadan alan toplu iş sözleşmesinin Anayasaya aykırı olması, işin doğası gereği mümkün değildir. Kanaatimizce STİSK'de 33. maddenin 5. fıkrası hükmüne yer verilmesi hatalıdır.

a. Özel Hukuk İşlemi Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre toplu iş sözleşmesi bir özel hukuk işlemi olup, esas itibarıyla bir sözleşmedir¹². Görüşün temelini ise *sözleşme serbestisi ilkesi* oluşturmaktadır¹³. Bu ilkeye göre kişiler, “(...) *sınırlı bir şekilde de olsa (...) aralarında geçerli olacak bir hukuk düzeni yaratma (...)*” yetkisine sahiptirler¹⁴. Sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşmeyi kurup kurmama, sözleşmenin tarafını belirleme, sözleşmenin tipini, şeklini ve içeriğini belirleme, sözleşmeyi kaldırma ve değiştirme özgürlüğünü kapsar¹⁵. Toplu iş sözleşmesini düzenleyen hükümler nazara alındığında, sözleşmenin içeriğine ilişkin bir sınırlama getirilmediği, tarafların toplu iş sözleşmesini kurup kurmamakta özgür olduğu, sözleşmenin süresinin (kanunda belirtilen sınırlar dâhilinde) taraflarca kararlaştırılmasının mümkün olduğu görülmektedir¹⁶. Dolayısıyla sözleşmenin içeriğine ilişkin sınırlamada TBK’nin 27. maddesinin uygulanması ve buna aykırı olmayan sözleşme içeriğinin geçerli kabul edilmesi gerekir¹⁷. Toplu iş sözleşmesinin kaynağının tarafların iradesi olduğu da unutulmamalıdır¹⁸. Kaldı ki STİSK’nin 80. maddesinin 2. fıkrasında, toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde 4071 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁹ ve TBK hükümleri ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunların STİSK’ye aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağını öngörülmesi, toplu iş sözleşmesinin bir özel hukuk işlemi olduğunu göstermektedir.

¹² **Sur** (1991), s.7.

¹³ **Mimaroğlu, Sait Kemal** (1965) Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Sümerbank Genel Müdürlüğü, s.48.

¹⁴ **Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, Yetkin, s.18.

¹⁵ **Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, On İki Levha, s.14-18.

¹⁶ **Reisoğlu, Seza** (1967) Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.27.

¹⁷ **Reisoğlu**, s.27.

¹⁸ **Çenberci, Mustafa** (1970) “Türk Hukuku Açısından Toplu İş Sözleşmesi, Toplu İş Sözleşmesinin Anayasal Mahiyeti ve Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Bazı Temel Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:5, S: 3, s.404.

¹⁹ T.C. Resmî Gazete, S: 24607, T: 08.12.2001.

Bu görüşü savunanlar arasında yukarıdaki hususlarda öğretilerde görüş birliği bulunmakla birlikte; toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin, işçiler bakımından geçerliliğinin, sözleşme hukukunun temel ilkeleri bağlamında mümkünlüğü üzerine görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görüş, bu geçerliliğin, toplu iş sözleşmesinin taraflarının kendilerini oluşturan üyeleri adına, onların *mümessili* olarak hareket etmesi sebebiyle olduğunu savunurken; diğer görüş ise toplu iş sözleşmesini kurma yetkisini devlet tarafından verilmiş bir temsil yetkisi olarak nitelendirmekte ve tarafların *delegasyon* yoluyla kendi aralarındaki ilişkiye uygulanacak kuralı koyması şeklinde açıklamaktadır²⁰.

b. Kamu Hukuku İşlemi Olduğu Görüşü

Toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliğinin kamu hukuku işlemi olduğunu savunanlar arasında da görüş birliği bulunmamakla birlikte²¹; bu görüşü savunanlar toplu iş sözleşmesinin bir sözleşme değil *maddi anlamda kanun* ve *bir nevi tüzük* olduğunu ileri sürmektedirler²². Zira *nisbîlik ilkesi* gereğince sözleşme hükümleri yalnızca taraflar arasında hüküm ifade etmekte olup, üçüncü kişiler üzerinde herhangi bir sonuç doğurmaz; buna karşılık toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi gereği sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler üzerinde emredici bir etki meydana getirir ki bu, toplu sözleşmenin ancak kamu hukukuna ait bir işlem olmasıyla açıklanabilir²³. Öyle ki toplu iş sözleşmesi süresince, borç doğurucu hükümler dahi bütün toplumu ilgilendirmektedir²⁴. Sözleşmenin tarafları yalnızca gerçek ve tüzel kişiler olabilirken toplu iş sözleşmesi kişiliği haiz olmayanlarla da yapılabilmektedir²⁵. *Görünüşte sözleşme*²⁶ olan toplu iş sözleşmesinin çıkarılmasında özel hukuk kişilerinin yer alması, maddi anlamda kanun

²⁰ Görüşler ve kapsamlı açıklamalar hakkında bkz. **Reisoğlu**, s.27-29.

²¹ **Reisoğlu**, s.24.

²² **Aktay, Ahmet Nizamettin/Özdemir Ertürk, Olgu** (2022) Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s.137; **Mimarçoğlu**, s.51; **Reisoğlu**, s.24.

²³ **Mimarçoğlu**, s.51-52; **Sur** (2019), s.261.

²⁴ **Reisoğlu**, s.25; **Sur** (2019), s.261.

²⁵ **Mimarçoğlu**, s.52.

²⁶ **Çenberci**, s.405.

olduğu gerçeğini değiştirmez²⁷. Nitekim STİSK'nin 36. maddesinde yer alan toplu iş sözleşmesine aykırı iş sözleşmelerinin düzenlenemeyeceği kuralı da toplu iş sözleşmesinin maddi anlamda kanun olduğunu gösteren önemli bir emaredir²⁸.

c. Karma Nitelikte İşlem Görüşü

Bu görüşe göre, toplu iş sözleşmesi hem kamu hukukunun hem de özel hukukun özelliklerini taşıyan karma nitelikli bir işlemdir. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı²⁹ toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin özel hukuk kurallarına, normatif hükümlerinin kamu hukuku kurallarına tabi olduğunu ileri sürerken; diğer bir kısım yazarlar³⁰, sözleşmenin kuruluşu bakımından özel hukuk kurallarının, sözleşmenin hüküm ve sonuçları bakımından kamu hukuku kurallarının geçerli olduğunu ileri sürmektedir³¹.

C. HUKUKİ NİTELİK

Toplu sözleşme, işçilere tanınmış olan toplu iş sözleşmesinin farklı bir görünümüdür³². Bu nedenle toplu iş sözleşmesi hakkındaki tartışmalar, özü itibarıyla benzer kurum olan toplu sözleşme için de geçerlidir. Burada temel ayırım, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin *statüer* yapısı³³, işçilere tanınan toplu iş sözleşmesine nazaran farklı muhteviyata sahip toplu sözleşmenin niteliğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Piyasada işgücü Anayasanın 48. maddesi-

²⁷ Çenberci, s.405; Mimaroglu, s.52.

²⁸ Mimaroglu, s.52.

²⁹ Reisoğlu, s.29.

³⁰ Çenberci, s.405; Mimaroglu, s.53 vd.

³¹ Bkz. Sur (1991), s.10-12.

³² Bkz. dn.6.

³³ Anayasa Mahkemesi bir kararında bu yapıdan şu şekilde bahsetmiştir: “Anayasa’nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir.” Bkz. AYM, E:1992/44, K:1993/7, T:09.02.1993, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 18.02.2024.

ne dayalı olarak sözleşme ilişkisi ile karşılanırken; kamu hizmetinde ise 70. maddesine dayalı olarak siyasi hak temelli *kamu görevlisi statüsü* ile karşılanmaktadır³⁴. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlisi ile idare arasında sözleşme ilişkisi değil statü ilişkisi bulunmaktadır³⁵. Statüter yapıyla kastedilen husus, tek yanlı iradeye dayanması ve kuralların önceden belirlenmiş olmasıdır³⁶.

Memur ve kamu görevlisi kavramının tanımı yapılırken, statüter yapı, temel saik olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim *Ulusoy*, memur kavramını, “[İ]darenin tek yanlı bir idari işlem olan ve kişiyi, kuralları önceden belirlenmiş bir statüye sokan şart işlem niteliğindeki ‘atama’ işlemiyle işe başlayan ve idare içinde önceden ihdas edilmiş bir ‘kadro’ işgal eden asli ve sürekli kamu hizmeti görevlileri (...)” şeklinde tanımlamaktadır³⁷.

Kanaatimizce, memur ve diğer kamu görevlileri için tanınan toplu sözleşme, niteliği itibariyle bir *sapmadır*³⁸. Daha açık bir ifadeyle, toplu sözleşme; öncelikle memur ve diğer kamu görevlilerinin sahip olduğu statüter yapıdan, ardından Anayasanın 128. maddesi uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak düzenlemelerin kanunla yapılması zorunluluğundan (kanunilik ilkesinden) bir sapmadır. Bu bağlamda, *Gülmez*, kamu görevlisi ile idare

³⁴ **Karahanogulları, Onur**, Academia.edu, “Kamu Hizmeti ve Kamu Çalışanı (Kimlik ve Önem Arayışına İlişkin Notlar)”, <https://www.academia.edu/89170113/Kamu_Hizmeti_ve_Kamu_%C3%87al%C4%B1%C5%9Fan%C4%B1_Kimlik_ve_%C3%96nem_Aray%C4%B1%C5%9F%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_Notlar_> s.e.t. 13.03.2024.

³⁵ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2022) *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, Savaş, s.683.

³⁶ *Gülmez*, devletin tek yanlı düzenleme yetkisine sınırlama getirilmesine karşı çıkmasının temelinde “(...) [K]amu hizmeti bir hak değil devletin keyfi olarak sağladığı bir ayrıcalıktır.” şeklindeki geleneksel görüşün yattığını belirtmektedir. Bkz. **Gülmez, Mesut** (1990) *Memurlar ve Sendikal Haklar* (Türkiye’de ve Dünya’da), Ankara, İmge, s.165.

³⁷ **Ulusoy, Ali** (2022) *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s.622. Benzer tanımlar için bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.682; **Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil** (2018) *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, Ankara, Seçkin, s.15-25; **Güran, Sait** (1980) *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s.185-186.

³⁸ Türk Dil Kurumu’na göre sapmak, “Yön değiştirmek” ve “Önceden belirlenmiş, tespit edilmiş görüş, düşünüş, amaç veya davranıştan ayrılmak.” anlamına gelmektedir. Bkz. Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük”, <sozluk.gov.tr> s.e.t. 18.02.2024.

arasındaki statüer ilişkiyi, tek yanlılıktan ödün vermeye yanaşmayan sistem olarak ifade etmektedir³⁹. Tarafımızca *sapma* olarak yapılan nitelendirme, *Gülmez*'in ifadesinde yer alan *tek yanlılıktan verilen ödünü* ifade etmektedir. Fakat bu durum, meşruiyetini, yukarıda bahsettiğimiz anayasal temelden almaktadır. Anayasa, bu *sapmanın* kapsamını ve sınırını mali ve sosyal haklar olarak belirlemiştir⁴⁰.

Toplu sözleşme kurumu için kullanılan *sözleşme* kelimesi, kurumun hukuki niteliğini anlamak ve açıklamak için yeterli değildir. Özel hukuk sözleşmeleri, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamaları ile oluşmaktadır. Buna karşılık toplu sözleşme sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, anlaşmazlık Kamu Görevlileri Hakem Kurulu (KGHK) kararıyla sona erdirilmekte ve kurul tarafından verilen karar, toplu sözleşme yerine geçmektedir. Ayrıca, borçlar hukuku kapsamındaki sözleşmeler, hukuki neticelerini sadece taraflar üzerinde ortaya çıkarırken; toplu sözleşme süreci sonunda ortaya çıkan anlaşma, toplu sözleşmenin tarafı olmayan kişileri de etkilemektedir⁴¹. Bu nedenle toplu sözleşmenin hukuki niteliğini, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemek hatalı olacaktır⁴². Bu doğrultuda idarenin, toplu sözleşmenin tarafı (anlaşmama halinde KGHK) ile paylaştığı düzenleme/belirleme yetkisi neticesinde, toplu sözleşme

³⁹ **Gülmez** (1990), s.164.

⁴⁰ Dolayısıyla, “*Kanunla belirlenen ve güvence altına alınan kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri (...)* [toplu sözleşme] *konusu edilemez.*” Bkz. **Atay**, s.232.

⁴¹ Toplu iş sözleşmesi hakkında yapılan tartışmaların en önemli kısmını oluşturan bu durum toplu sözleşme için de geçerlidir. Zira ortada bir sözleşme varsa, bu sözleşme, (sözleşmenin kurulmasına etkide bulunmayan) üçüncü kişiler üzerinde normatif etkisi nasıl mümkün olacaktır? Benzer değerlendirme için bkz. **Şanlı Atay** (2015), s.18.

⁴² **Atay**, s.233. Nitekim **Ulucan**, toplu sözleşmenin isimlendirilmesinde sözleşme kavramını kullanmanın da hatalı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Ulucan**, s.51. **Şanlı Atay** da aynı değerlendirmeyi yapmaktadır: “*Toplu sözleşme ile kamu hukuku ilişkileri (mali ve sosyal haklara ilişkin objektif hukuki durumlar) düzenlenmekte, toplu sözleşmenin tarafları arasında (idare ve kamu görevlileri sendikaları) hak ve borç doğuran bir hukuki ilişki kurulmamakta, tam aksine toplu sözleşme bütünüyle normatif etkiye sahip bir işlem olarak ortaya çıkmakta ve bir sözleşme için zorunlu bir unsur olan taraf iradelerinin uyumu koşulu da KGHK kararları ile büyük oranda dışta bırakılmaktadır.*” Bkz. **Şanlı Atay** (2015), s.36.

ile mali ve sosyal haklara ilişkin yapılan düzenlemeler kamu hukuku açısından bir sonuç yaratmaktadır⁴³.

Şanlı Atay, toplu sözleşmenin adında geçtiği gibi bir sözleşme olmadığını, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen kural koyucu (düzenleyici) nitelikte bir idari işlem olduğunu belirtmektedir⁴⁴. Yazar, ayrıca, KGHK tarafından verilecek kararın, Anayasa ve KGSTSK gereği toplu sözleşme hükmünde olacağını ve bu kararın idari bir karar niteliğinde olduğunu ifade etmektedir⁴⁵. İdari işlemlerde tek yanlılık temel bir kural olup, idarenin iradesinin tek başına hukuki sonuç yaratması ve ilgililerin bu irade karşısında üçüncü kişi olması durumunda tek yanlı bir idari işlemde bahsedil-

⁴³ Yıldırım, s.61. Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, konu ile ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Nitekim yasa koyucu tarafından, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin görüldüğü yerel, katma ve özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı kuruluşlarda kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel kanunlarla veya özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşekküller ile bunlara bağlı kuruluşlarda ve diğer kamu kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için ve bu suretle gelecek endişelerinden kurtularak maddi ve manevi huzura kavuşmalarını sağlamak amacıyla Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu yürürlüğe konulmuş olup, bu amacın gerçekleştirilmesinde kamusal hak ve yetkilerle donatılan Yasanın, idare hukuku ilkelerine dayanan bir düzenleme olduğu açıktır.”. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E: 2013/23, K: 2013/1753, T: 30.12.2013, <<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>> s.e.t. 20.02.2024. Bu konu hakkında Yargıtay da aynı görüşü paylaşmaktadır: “A.. B.nda memur olarak çalışan davacı TİS’ten kaynaklanan iyileştirme zammı alacağını talep etmiştir. Görev hususu kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerin görevi kanunla belirlenmiştir. Davacının talep ettiği alacaktan doğan ihtilafın Adli Yargıda çözümleneceğine ilişkin kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Memur olan davacının 4688 Sayılı Kamu görevlileri sendikası kanun uyarınca memur sendikasına üye olduğu ve memur sendikasının davalı kurum ile TİS imzaladığı anlaşılmıştır. 4688 Sayılı Kanun da TİS’den doğan uyuşmazlıkların iş mahkemesinde görüleceği belirtilmemiştir. Uyuşmazlık statü ilişkisinden doğduğunda görevli yargı yeri idari yargıdır.”. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/27436, K: 2014/21348, T: 24.06.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> s.e.t. 20.02.2024. Benzer karar için bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/28755, K: 2015/432, T: 20.01.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> s.e.t. 20.02.2024.

⁴⁴ Şanlı Atay (2015), s.30-35.

⁴⁵ Şanlı Atay (2015), s.30-35.

lebilir⁴⁶. Kanaatimizce, toplu sözleşme sürecinde, tarafların müzakere neticesinde yaptığı anlaşmaların tek yanlılık vasfına sahip olduğu düşüncesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Toplu sözleşme, kamu idaresinin belirleme yetkisinin paylaşımıdır. Haliyle, tarafların müzakere neticesinde karşılıklı olarak katıldığı sürecin sonunda oluşan toplu sözleşmenin, mali ve sosyal haklarını/yükümlülüklerini düzenleyen kural koyucu (düzenleyici) nitelikte bir idari işlem olduğu yönündeki nitelendirmenin hatalı olduğu değerlendirilmektedir.

Benzer bir değerlendirme yapan *Atay*, idari işlemin tanımı ve özellikleri gözetildiğinde, toplu sözleşmenin idari işlem olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir⁴⁷. Yazar, Anayasa tarafından yapılan bir nitelendirmenin yorum yoluyla farklılaştırılmasının pozitif hukuk açısından yerinde olmadığını; bu nedenle, toplu sözleşmenin hukuki niteliğinin sözleşme olduğundan şüphe edilmemesi gerektiğini, taraflardan birisinin idare olması nedeniyle toplu sözleşmenin idarenin sözleşmeleri içerisinde yer aldığını belirtmektedir⁴⁸. Yazar, bununla birlikte, KGHK tarafından anlaşmazlığın giderilmesini mecburi tahkim usulü olarak nitelendirmektedir⁴⁹. Yazarın görüşüyle benzer şekilde, söz konusu kurul, *Gülmez* tarafından *zorunlu hakem*⁵⁰, *Arıcı* tarafından ise *mecburi/zorunlu hakem kurulu*⁵¹ olarak nitelendirilmektedir⁵².

⁴⁶ **Erkut, Celal** (2015) İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, Danıştay, s.16-19.

⁴⁷ **Atay**, s.234.

⁴⁸ **Atay**, s.234.

⁴⁹ **Atay**, s.223.

⁵⁰ **Gülmez, Mesut** (2013) “1924’ten 1982’ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurullarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”: Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü (Editör) Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler, İstanbul, Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası, s.86.

⁵¹ **Arıcı, Kadir** (2015) “Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkının Gerçekliği Meselesinde Önemli Bir Faktör: Kamu Görevlileri Hakem Kurulu ve Niteliği”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S:3, s.209-215.

⁵² Bu noktada KGHK tarafından verilen kararın hukuki niteliğinin belirsizliğine işaret edilmesi gerekir. Mali ve sosyal haklar bakımından, KGHK tarafından verilen kararda, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kanun ve diğer mevzuatın emredici hükümleriyle öngörülen hakları-

Kanaatimizce, toplu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda, müzakereler neticesinde tarafların anlaşması ve anlaşamaması durumlarının ayrı ayrı ele alınması gerekir.

Müzakereler neticesinde tarafların anlaşması halinde, taraflarca toplu sözleşme metni imzalanmakta ve Resmî Gazete’de yayımlanmaktadır. Bu durumda, tarafların karşılıklı iradeleri ile oluşan toplu sözleşmenin hukuki niteliğinin, idare hukukuna tabi kendisine özgü idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir⁵³.

Müzakereler neticesinde anlaşma olmadığı takdirde, bu anlaşmazlık KGHK önüne gitmektedir. Anayasanın 53. maddesinin 6. fıkrası ile KGSTSK’nin 34. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, kurul tarafından verilecek karar kesin olup toplu

nın aleyhine bir hükmün yer almasını engelleyen anayasal bir dayanak bulunmamaktadır. Kurul tarafından verilen kararda bu yönde bir hüküm bulunması halinde hükmün akıbeti ne olacaktır?

Bu hususta *Arıcı*, KGHK’nin zorunlu bir tahkim olmasından dolayı kararlarının yargı kararı hükmünde olduğunu ve hakem kurulu kararlarına karşı usul yönünden hata yapılmadıkça yargı mercilerine gidilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. *Arıcı* (2015), s.215. Buna karşılık *Şanlı Atay*, KGHK’nin idari bir kurul ve verdiği kararların idari işlem niteliğinde olduğunu, bu nedenle kararlarının kesin olmasına yönelik ifadenin yargı yolunun kapalı olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. *Şanlı Atay* (2021), s.199. Yazar ayrıca, toplu sözleşmenin kanun hükümleri karşısında *daha geri* ya da *aleyhe bir düzenleme* içerdiğinde lehe olan kurulların uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. *Şanlı Atay* (2021), s.118.

⁵³ Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi kararında yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın görüşü bu şekildedir: “*Şu halde, “Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu” hükümlerine dayanılarak hazırlanan toplu iş sözleşmeleri, işçi statüsünde olmayan kamu görevlilerinin geneline ve hizmet kollarına dönük mali ve sosyal haklara ilişkin olduğundan, yapılan bu işlemin idari nitelik taşıdığı görülmektedir. Yapılan toplu sözleşmeler ile Devlet ve kamu görevlileri mevzuat hükümleri yerine, müzakere yolu ile çalışma koşullarını görüşmek suretiyle bir anlamda idarenin yetkisini paylaştıklarının anlaşılması karşısında, bu yönü ile dava konusu sözleşmenin de sendikaların katılımı ile yapılan idare hukuku ilke ve kurallarına tabi kendisine özgü idari sözleşme (düzenleme) olduğu düşünülmektedir.*” Mahkeme de kararında aynı görüşü benimsemiş ve “*Memur ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını belirleyen toplu sözleşme, yukarıda aktarılan yasal çerçevede içerisinde sendikaların katılımıyla yapılan idare hukuku ilke ve kurallarına tabi kendine özgü idari bir düzenleme niteliğini taşımaktadır.*” değerlendirmelerine yer vermiştir. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E: 2015/369, K: 2015/852, T: 28.12.2015, <<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>> s.e.t. 20.02.2024.

sözleşme hükmündedir. Görüldüğü üzere hem Anayasa hem de KGSTSK'de kurulun *karar* vereceği ifade edilmektedir. Kurulu oluşturan üyelerinin çoğunluğunun Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinden ötürü⁵⁴ yapı itibariyle yürütmeden bağımsız ele alınması mümkün değildir⁵⁵. Bu bağlamda, KGHK tarafından verilecek ve toplu sözleşme hükmünde olacak karar, dayanağını Anayasa ve KGSTSK'den alan kendine özgü bir idari düzenlemedir⁵⁶.

D. ÖZEL OLARAK KANUN İLE İLİŞKİSİ

Toplu sözleşme kurma yetkisi, statü ilişkisinde tek yanlılığın esnetilmesi; diğer bir ifadeyle idarenin *düzenleme/belirleme* yetkisinin paylaşımı olarak nitelendirilebilir⁵⁷. Bu nitelendirme gereği toplu sözleşme ile kanun arasındaki ilişkinin, çalışmamız bakımından özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

Şanlı Atay, toplu sözleşme yapma yetkisini, kamu görevlilerinin idareyle ortak olarak kullandığı yetki olarak nitelendirmekte olup, toplu sözleşmenin anayasal ilke olan idarenin yasallığı ilkesinin anayasa ile öngörölmüş istisnasını

⁵⁴ KGSTSK'nin 34. maddesinin 1. fıkrasına göre; 11 kişiden oluşan KGHK'nin, 1'i yargı, 6'sı idare mensupları arasından olmak üzere 7'si Cumhurbaşkanı tarafından, 4'ü ise sendika konfederasyonu tarafından belirlenmektedir.

⁵⁵ *Şanlı Atay* (2015), s.30.

⁵⁶ Bu noktada belirtmek gerekir ki dn.53'te yer alan kararda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin değerlendirmesiyle kanaatimizi ayıran husus; mahkeme tarafından, müzakereler sonucunda tarafların anlaşmasıyla imzalanan toplu sözleşme ile KGHK tarafından verilen karar bakımından bir ayırım yapılmazken tarafımızca yapılmasıdır.

Bu durumda, dn.52'de yer alan soruya; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin toplantılarına katılmadığı kurul tarafından verilecek kararda, aleyhe yer alacak bir hükmün yargı denetimine açık olması gerektiği cevabı verilebilir. Ayrıca aynı dn.'ta yer alan lehe olan kuralın uygulanması gerektiği görüşüne katılmakla birlikte hangi hükmün lehe olduğunun tespitinin ancak yargı denetimi neticesinde yapılabileceği kanaatindeyiz. Bu sebeple KGHK tarafından verilen karara ilişkin tereddütleri giderecek yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiğini düşünüyöruz.

⁵⁷ Bkz. *Arıcı* (2014), s.10. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi kararında yer alan Danıştay Başsavcısı'nın görüşü şu şekildedir: “*Toplu sözleşme ile devlet, memur ve diğer kamu görevlileri, kendi çalışma şartlarını pazarlık yaparak, görüşerek, kamu idaresinin belirleme yetkisini paylaşmaktadırlar.*”. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E: 2015/369, K: 2015/852, T: 28.12.2015, <<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>> s.e.t. 20.02.2024.

oluşturduğunu ve kanun hükümlerine aksi yönde hükümler içerebileceğini kabul etmektedir⁵⁸. Öyle ki toplu sözleşmeyle taraflar, Anayasa'nın çizdiği sınırlar içerisinde "(...) [*İlk elden kural koyma yetkisi* (...)]"ne sahip olmakta; tarafların koyduğu bu kurallar, toplu sözleşme için öngörülen süre boyunca kanun hükümlerine *ikame edilmekte*, bu sürenin bitimiyle birlikte kanun hükümleri uygulanmaya devam edilmektedir⁵⁹.

Atay, KGSTSK'ye uygun olarak kurulan toplu sözleşmeler bakımından, sözleşme hükümlerinin bağlayıcı olma ve kanun hükmünde kural koyma niteliğinin doğru olduğunu; bununla birlikte yalnızca *kanun hükümleriyle çelişmeyen* sözleşme hükümlerinin gerek kamu görevlilerince gerekse kamu kurum ve kuruluşlarınca kanun hükümleri gibi dikkate alınması gereken hükümlerden olduğunu, kanunların tam emredici hükümleri aleyhine toplu sözleşme hükümleri kaleme alınamayacakken nisbi emredici hükümlerine aykırı bir toplu sözleşme hükmünün geçerli olacağını ifade etmektedir⁶⁰.

Arıcı, toplu sözleşme hükmünün kanun hükmü gibi bağlayıcı olduğunu; fakat adı üstünde sözleşme olduğundan, toplu sözleşme hükümlerinin kanun hükmünde olmasının onun kanun olduğu anlamına gelmeyeceğini ve dolayısıyla kanun hükümlerini değiştiremeyeceğini ve yürürlükten kaldıramayacağını, kanunların emredici hükümlerine aykırı toplu sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olacağını, toplu sözleşme hükümlerinin yalnızca normatif hükümler olabileceğini ve toplu sözleşmeye normatif hükümler haricinde hüküm konulamayacağını belirtmektedir⁶¹. *Özkal Sayan* da benzer değerlendirmelerde bulunmaktadır⁶².

Ulucan ise, bilhassa ücrete ilişkin olmak üzere, toplu sözleşmeyle belirlenen hakların yalnızca sözleşmede belirtilmesiyle yürürlüğe giremeyeceğini, bunun

⁵⁸ **Şanlı Atay** (2015), s.35.

⁵⁹ **Şanlı Atay** (2021), s.117.

⁶⁰ **Atay**, s.227, 236.

⁶¹ **Arıcı** (2014), s.11-12, 16.

⁶² **Özkal Sayan, İpek** (2017) "Türkiye'de Toplu Sözleşmenin Kamu Personel Rejimine Etkisi", Sosyal Bilimler Dergisi, S:14, s.36.

için mutlak suretle bir kanuna ihtiyaç bulunduğunu, dolayısıyla kamu görevlilerinin toplu sözleşme hükümlerinden doğrudan ya da yargı yoluyla istifade edemeyeceğini düşünmektedir⁶³.

Kanaatimizce, toplu sözleşme, anayasal temeli olan ve Anayasa'nın çizdiği sınırlar (diğer bir ifade ile mali ve sosyal haklar) dâhilinde kanun gücüne sahip bir kurumdur. Öyle ki bu sınırlar dâhilindeki kanunların *nispi emredici*⁶⁴ (kamu görevlileri lehine değiştirilebilecek) hükümleri söz konusu olduğunda; toplu sözleşme hükmünün kanun hükmünden üstün tutulmasından bahsedilebilir. Ancak bu sınırlar içerisinde olsun ya da olmasın, kanunların *mutlak emredici* hükümlerinin aksinin, toplu sözleşme ile kararlaştırılması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle; toplu sözleşme hükümleri, anayasal sınırları içerisinde olan kanunların nispi emredici hükümlerine tercih edilirken, bu sınırlar içerisindeki kanunların mutlak emredici hükümleri ile bu sınırlar dışındaki kanunların (mutlak ya da nispi emredici olduğuna bakılmaksızın) emredici hükümlerine tercih edilmezler. Aksi yöndeki toplu sözleşme hükümlerinin *kesin hükümsüzlüğü* gündeme gelir⁶⁵. Bununla birlikte, toplu sözleşmenin geçerliliği süre bakımından sınırlandırılmış olduğundan, toplu sözleşme hükümlerinin, anayasal

⁶³ **Ulucan**, s.52.

⁶⁴ Bu noktada mutlak emredici hükümler ile nispi emredici hükümler arasındaki farka değinilmesi gerekmektedir. Mutlak emredici hükümler genellikle kamu düzenine ilişkin olan ve bir hukuki ilişkide iki tarafı da koruyucu hükümlerdir. Örneğin TBK m. 148'de, sözleşmeler için kanunda düzenlenen zamanaşımı sürelerinin sözleşme yoluyla değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm mutlak emredici hükümdür; dolayısıyla tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkün değildir. Buna karşılık nispi emredici hükümler, genellikle iş hukuku ve tüketici hukuku alanlarında rastlanılan, bir hukuki ilişkinin taraflarından birini koruyan, dolayısıyla korunan taraf lehine değişiklik yapılabilecek hükümlerdir. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu (RG, S: 25134, T:10.06.2003) madde 39'da düzenlenen asgari ücret böyledir; taraflar asgari ücret tutarının altında ücret belirlemesi yapamazken bunun üzerinde bir tutarı ücret olarak belirleyebilir. Bkz. **Akyiğit, Ercan** (2023) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s.36-37; **Furrer/Muller-Chen/Çetiner**, s.170; **Sümer, Haluk Hadi** (2022) İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara, Seçkin, s.7-8.

⁶⁵ Nitekim KGSTSK'de hüküm bulunmayan hallerde 43. madde atfıyla STİSK'nin uygulanacağı, STİSK'de hüküm bulunmayan hallerde 80. maddenin 2. fıkrası atfıyla TBK'nin uygulanacağı dikkate alındığında, TBK m. 27'deki yasağın bu durumda uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

sınırları içerisindeki kanunların nispi emredici hükümlerine tercih edilmesi de bu süreçle sınırlıdır. Dolayısıyla bu sürenin bitimiyle birlikte kanunların nispi emredici hükümleri de tatbik olunmaya devam edecektir.

II. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARININ DİSİPLİN KURULLARI

A. GENEL OLARAK

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin çalışma esasları bakımından tabi oldukları temel ve genel nitelikli kanun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur⁶⁶ (DMK). DMK'de memurlar ve diğer kamu görevlilerin hak ve sorumlulukları ile birlikte düzenlenen konulardan biri de disipline ilişkin hususlardır. DMK'nin disiplin başlıklı 7. bölümünde disiplin amirleri, disiplin kurulları, disiplin cezaları, zamanaşımı, görevden uzaklaştırma gibi birçok hususa yer verilmiştir.

DMK'nin “*Disiplin kurulları ve disiplin amirleri*” başlıklı 134. maddesinde, her bir kamu kurumunun merkezinde bir yüksek disiplin kurulunun, bölge esaslı teşkilatlanmış kamu kurumları için her bir bölgede, diğer kamu kurumları bakımından her bir ilde, ayrıca her bir milli eğitim müdürlüğünde bir disiplin kurulunun oluşturulması öngörülmüş; disiplin kurullarının kuruluş ve çalışma esaslarının ise Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Hükümde verilen yetki üzerine Cumhurbaşkanı tarafından Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği⁶⁷ (DMDY) çıkarılmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun⁶⁸ (YK) 1. maddesinde kanunun amaçları arasında bütün yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşların öğretim elemanları⁶⁹ ve diğer personeli ile ilgili esaslarını düzenlemek sayılmıştır. YK'nin “*Disiplin ve Ceza İşleri*” başlıklı dokuzuncu bölümünde disiplin amirleri, disiplin cezaları, görevden uzaklaştırma, disiplin kurulları ve disipline ilişkin diğer hususlara yer verilmiştir.

⁶⁶ T.C. Resmî Gazete, S: 12056, T: 23.07.1965.

⁶⁷ T.C. Resmî Gazete, S: 31470, T: 30.04.2021.

⁶⁸ T.C. Resmî Gazete, S: 17506, T: 06.11.1981.

⁶⁹ YK'nin 3. maddesinin I fıkrasına göre öğretim elemanları, “*Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir.*”.

Bu durumda, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurulları bakımından YK'nin mi yoksa DMK'nin mi uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmakta; sorunun çözümü için *çatışma çözme ilkelerine*⁷⁰ başvurulması gerekmektedir. *Lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) ilkesine göre "(...) [N]ormlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan ve birbiriyle çatışan iki hüküm arasında konuluş zamanları bakımından öncelik sonralık ilişkisi var ise, bunlardan sonraki tarihli hükmün, önceki tarihli hükmü ilga ettiği kabul edilir."⁷¹. Daha açık ve kısa bir ifadeyle "(...) [İ]ki kanun arasında çatışma varsa, sorun sonraki tarihli kanunun hükmüne göre çözümlenir."⁷². *Lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunları ilga eder) ilkesine göre "(...) Aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki varsa, özel hüküm niteliğinde olanı uygulanır; genel hüküm niteliğinde olanı ise ihmal edilir."⁷³. Diğer bir ifade ile "Genel hüküm (*lex generalis*) ile özel hüküm (*lex specialis*) çatışırsa, özel hüküm tercih edilir; genel hüküm, o alan için ihmal edilir."⁷⁴.

Yükseköğretim kurumlarının disiplin kurulları bakımından YK'nin disiplin kurullarına ilişkin 53/E maddesinin 2016 yılında eklendiği ve son değişikliğin 2020 yılında yapıldığı⁷⁵, DMK'nin disiplin kurullarına ilişkin 134. maddesinde ise en son değişikliğin 1982 yılında yapıldığı⁷⁶ dikkate alındığında, *lex posterior*

⁷⁰ Kullanım için bkz. **Gözler, Kemal** (2012) "Yorum İlkeleri": Ergül, Ozan (Editör) Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s.97.

⁷¹ **Gözler** (2012), s.100.

⁷² **Gözler** (2012), s.100.

⁷³ **Gözler** (2012), s.100.

⁷⁴ **Gözler** (2012), s.101.

⁷⁵ Söz konusu madde, 6764 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (T.C. Resmî Gazete, S: 29913, T: 09.12.2016.) 32. maddesi ile eklenmiş; maddenin 2. fıkrası ise 7243 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (T.C. Resmî Gazete, S: 31102, T: 17.04.2020.) (YKDYK) 8. maddesi ile değiştirilmiştir.

⁷⁶ Söz konusu madde DMK'nin yürürlük tarihi itibarıyla mevcut olup maddenin 1. fıkrası 2381 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 126 ve 134'üncü Maddelerinin Değiştirilmesi-

derogat legi priori ilkesi gereği YK'nin 53/E maddesinin uygulanması gerektiği; kaldı ki söz konusu düzenlemeler aynı tarihli olarak kabul edilse bile *lex specialis derogat legi generali* ilkesi gereği YK'nin 53/E maddesinin özel hüküm DMK'nin 134. maddesinin ise genel hüküm olduğundan aynı sonuca ulaşılabacağı kanaatindeyiz.

B. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARININ DİSİPLİN KURULLARININ OLUŞUMU

Yükseköğretim kurumlarının disiplin kurulları, YK'nin 53/E maddesinde belirlenmiştir. Anılan madde hükmünde disiplin kurulları; yüksek disiplin kurulu, üniversite disiplin kurulu, üniversiteye bağlı birimler disiplin kurulu, rektörlüğe bağlı birimler disiplin kurulu, Yükseköğretim Kurulu (YÖK) disiplin kurulu ve Üniversitelerarası Kurul disiplin kurulu olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu disiplin kurullarının oluşumu bakımından ortak bazı ilkelere de yer verilmiştir.

YK'nin 53/E maddesinin 5. fıkrasına göre disiplin kurullarının oluşumunda *akademik unvanın denk ya da daha üst olması ilkesi* benimsenmiştir. Buna göre, (yüksek disiplin kurulu hariç olmak üzere) yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarına, hakkında soruşturma yürütülenin doçent olması durumunda doktor öğretim üyeleri, profesör olması durumunda ise ne doçent ne de doktor öğretim üyeleri katılamazlar. Kanaatimizce söz konusu hüküm yalnızca fakülte, enstitü ve yüksekokullar düşünülerek düzenlenmiş olup hükümde meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezlerinin dikkate alınmaması büyük bir eksiklik⁷⁷.

ne Dair Kanun'un (T.C. Resmî Gazete, S:17242, T: 05.02.1981.) 2. maddesiyle, maddenin başlığı ve 2. fıkrası 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un (T.C. Resmî Gazete, S: 17696, T: 16.05.1982.) 38. maddesi ile değiştirilmiştir.

⁷⁷ Yüksekokul ve meslek yüksekokulu kavramları kanun koyucu tarafından beraber ele alınmakta ve mevzuat içerisinde bu ayırım esas alınarak düzenleme yapılmamaktadır. Bu durum başta *idarenin kanuniliği ilkesi* bakımından olmak üzere çeşitli problemlere sebebiyet vermektedir. Sayıştay bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "(...) 2547 sayılı Kanunun ilk halinde bulunmayan, 6111 sayılı Kanun ile eklenen tanımlar maddesinde, yüksekokul tanımından ayrı bir meslek yüksekokulu tanımının yapılmasıyla konunun özünde bir değişiklik olmaması, kanun ko-

Meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezlerinin disiplin kurulu olarak görev yapan yönetim kurullarında öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri de yer alabilmektedir. Kanaatimizce, hakkında soruşturma yürütülenin sayılan birimlerde görev yapan bir doktor öğretim üyesi olması halinde ilgili disiplin kurulunda öğretim görevlisi ve araştırma görevlisinin de yer alamaması gerekir.

YK'nin 53/E maddesinin 6. fıkrasına göre, soruşturmada görev alan kişiler ilgili disiplin kuruluna, disiplin cezasını veren disiplin amiri ile disiplin kurullarında bulunanlar ise cezaya itirazın görüşüldüğü kuruldaki oylamaya katılamazlar. Aynı maddenin 7. fıkrasında, üniversite disiplin kurullarının herhangi bir nedenden ötürü oluşmaması halinde eksik üyelerin üniversite senatosunca eşdeğer unvana sahip öğretim üyeleri arasından ikame edilmesi öngörülmüştür.

1. Yüksek Disiplin Kurulu

YK'nin 53/E maddesinin 1. fıkrasına göre yüksek disiplin kurulu Yükseköğretim Genel Kurulu'dur. YK'nin 6. maddesinin c fıkrasında, Yükseköğretim Genel Kurulu'nun aynı maddenin b fıkrasında sayılan, diğer bir ifadeyle YÖK üyesi olarak seçilen kişilerden oluşacağı belirtilmiştir.

Yüksek disiplin kurulu, YK'nin 53/Ç maddesinin 1. fıkrasının c ve d bendi uyarınca; tüm öğretim elemanları bakımından üniversite öğretim elemanı mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezaları ile rektör, dekan ve bağımsız meslek yüksekokulu müdürleri bakımından aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezalarını vermeye yetkilidir. Kurul, YK'nin 53/F maddesinin 1. fıkrasına göre, rektör ve

yucu tarafından meslek yüksekokulu ile yüksekokul mali ve sosyal haklar ve ders yükümlülüğü açısından benzer yükseköğretim kurumları olarak değerlendirilmiştir. Kararın muhalefet şeklinde ise belirttiğimiz hususa dikkat çekilmektedir: "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 3 üncü maddesinde iki farklı yükseköğretim kurumu oldukları hüküm altına alınan yüksekokul ve meslek yüksekokulları bölüm başkanlarının aynı mali haklara sahip olabilmeleri için, 2547 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinde sayılma suretiyle hüküm bulunması gerektiğinden, (...)". Bkz. Sayıştay 2. Daire, İlam No: 134, Karar No: 35681, Tutanak Tarihi: 21.10.2021, <<https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk>> s.e.t. 25.02.2024. Benzer karar için bkz. Sayıştay 2. Daire, İlam No: 132, Karar No: 35682, Tutanak Tarihi: 21.10.2021, <<https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk>> s.e.t. 25.02.2024.

bağımsız meslek yüksekokulu müdürlerine verilen uyarma ve kınama cezaları ile yükseköğretim üst kuruluşlarında⁷⁸ görev yapan personele verilen aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezasına karşı yapılacak itirazları inceler.

Bu noktada, devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından bir değerlendirme yapılması gerekir. YK'nin 53/Ç maddesinde, uyarma, kınama, aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezalarını vermeye yetkili kişi ve kurullar düzenlenmekle birlikte, yükseköğretim kurumlarında bulunan memur ve sözleşmeli personel bakımından geçerli olan devlet memurluğundan çıkarma cezasını vermeye yetkili kişi veya kurul düzenlenmemiştir. DMK'nin 126. maddesinin 2. fıkrasında “*Devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir.*” hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce, hem DMK'nin 126. maddesinin 2. fıkrası hükmü hem de devlet memurluğundan çıkarma cezasının öğretim elemanları bakımından geçerli olan kamu görevinden çıkarma cezasına benzemesi nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası vermeye atamaya yetkili amirin isteği üzerine yüksek disiplin kurulu yetkilidir.

2. Üniversite Disiplin Kurulu

YK'nin 53/E maddesinin 2. fıkrasında üniversite disiplin kurulunun, üniversite yönetim kurulu olduğu ifade edilmiştir. YK'nin 15. maddesinin a fıkrasına göre üniversite yönetim kurulu, rektör başkanlığında, üniversitenin her bir fakültesinin dekanı ile üniversite senatosu tarafından dört yıllığına seçilen üç profesörden oluşmaktadır.

YK'nin 53/F maddesinin 1. fıkrasına göre, üniversite disiplin kurulu; rektör tarafından verilen uyarma ve kınama cezaları ile aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezasına karşı yapılacak itirazları inceler.

⁷⁸ YK'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre yükseköğretim üst kuruluşları, Yükseköğretim Kurulu ve Üniversitelerarası Kurul'dur.

3. Üniversiteye Bağlı Birimler Disiplin Kurulu

YK'nin 53/E maddesinin 2. fıkrası uyarınca, üniversiteye bağlı birimlerin disiplin kurulu, bu birimlerin yönetim kuruludur. Bu bağlamda ilk olarak üniversiteye bağlı birimlerin tespit edilmesi gerekir; zira fıkra hükmünde üniversiteye bağlı birimler ile rektörlüğe bağlı birimlerin disiplin kurulları birbirinden farklı şekilde belirlenmiştir.

Üniversitenin, YK'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde “(...) [F]akülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden (...)”; 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun⁷⁹ (YKTK) 3. maddesinin 1. fıkrasında ise “(...) [F]akülte, enstitü, yüksekokul, konservatuvar, meslek yüksekokulu, araştırma ve uygulama merkezi ve benzeri birimlerden (...)” olduğu ifade edilmiştir. YK'nin 18. maddesinde fakülte yönetim kurulu, 19. maddesinin d fıkrasında enstitü yönetim kurulu, 20. maddesinin d fıkrasında yüksekokul yönetim kuruluna yer verilmesine rağmen konservatuvar, uygulama ve araştırma merkezi ile benzeri diğer birimlerin oluşumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu noktada YKTK'nin 3. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkrada sayılanların alt birimleri ile ünitelerinin işleyişinin YÖK tarafından düzenlenmesi öngörüldüğünden; konservatuvar ve uygulama ve araştırma merkezlerinin teşkili bakımından YÖK tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlere bakılması gerekir.

Her ne kadar konservatuvarların teşkilatı ve işleyişi bakımından çıkarılmamışsa da, Devlet Konservatuvarları Orta ve Lise Devreleri Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin⁸⁰ 4. maddesinde disiplin kurulunun devlet konservatuvarı yönetim kurulu olduğu; Yükseköğretim Kurumları Devlet Konservatuvarları Müzik ve Bale İlköğretim Kurumları ile Müzik ve Sahne Sanatları Liseleri Yönetmeliği'nin⁸¹ 4. maddesinin 1. fıkrasının m bendinde konservatuvar yönetim kurulunun YK'nin 20. maddesi uyarınca oluşturulan yönetim kurulu olduğu ifade

⁷⁹ T.C. Resmî Gazete, S: 18003, T: 30.03.1983.

⁸⁰ T.C. Resmî Gazete, S: 19118, T: 26.05.1986.

⁸¹ T.C. Resmî Gazete, S: 29237, T: 15.01.2015.

edilmiştir. Bu noktada, konservatuvar yönetim kurulunun, yüksekokul yönetim kuruluna göre oluşturulacağı sonucuna varılabilir.

Uygulama ve araştırma merkezlerinin teşkilatı ve işleyişi bakımından YÖK tarafından çıkarılmış bir düzenleyici işlem bulunmamaktadır. Bununla birlikte uygulama ve araştırma merkezlerinin yönetmelikleri incelendiğinde⁸², her bir merkezin yönetim kurulunun oluşumuna yer verildiği görülmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce, üniversiteye bağlı birimlerin fakülte, enstitü, yüksekokul, konservatuvar ve uygulama ve araştırma merkezi olduğunun ve bu birimlerin yönetim kurullarının madde YK'nin 53/E maddesi uyarınca disiplin kurulu olduklarının kabulü gerekir.

YK'nin 53/Ç maddesi uyarınca üniversiteye bağlı birimler disiplin kurulu, bu birimlerde görevli (rektör ve dekan hariç) öğretim elemanları ve memurlar bakımından aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve birden fazla ücretten kesme cezalarını vermeye yetkilidir. Kurul ayrıca, YK'nin 53/F maddesi uyarınca, rektör tarafından ya da rektöre verilenler hariç olmak üzere, bu birimde görevli öğretim elemanları ve memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazları inceler.

4. Rektörlüğe Bağlı Birimler Disiplin Kurulu

YK'nin 53/E maddesinin 2. fıkrasında, rektörlüğe bağlı birimlerdeki disiplin kurulunun teşekkülü öğretim elemanlarıyla daire başkanı kadrosunun dengi ve üstü kadrolarda bulunanlar ve diğer memurlar bakımından ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Öğretim elemanları ile daire başkanı kadrosu dengi ve üstü kadrolarda bulunanlar için disiplin kurulu; rektörün görevlendireceği bir rektör yardımcısı başkanlığında, üniversite yönetim kurulu tarafından üniversitede görev yapan

⁸² Örnek olarak bkz. Düzce Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nin (T.C. Resmî Gazete, S: 28036, T: 25.08.2011) 8. maddesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nin (T.C. Resmî Gazete, S: 29715, T: 17.05.2016) 8. maddesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nin (T.C. Resmî Gazete, S: 29441, T: 10.08.2015) 10. maddesi.

profesörlerden o yıl için seçilecek dört öğretim üyesiyle birlikte toplam beş kişiden oluşur. Diğer memurlar için disiplin kurulu üniversitenin genel sekreteri, hukuk müşaviri ve personel daire başkanı olmak üzere toplam üç kişiden oluşur.

Rektörlüğe bağlı birimler, kanaatimizce, YK'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının k bendi uyarınca doğrudan Rektörlüğe bağlı bölüm başkanlıkları, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun⁸³ 63 ve devamı maddeleri uyarınca kurulan iç denetim birimleri, 124 sayılı Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarının İdari Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁸⁴ 26. maddesi uyarınca kurulan daire başkanlıkları, hukuk müşavirliği ve üniversiteler hastanesi başmüdürlüğü ile üniversitelerin senatolarının çıkardığı düzenlemelerle kurulan koordinatörlükler, kurullar, komisyonlar ve diğer birimlerdir.

YK'nin 53/Ç maddesi uyarınca, rektörlüğe bağlı birimler disiplin kurulu, bu birimlerde görevli (rektör ve dekan hariç) öğretim elemanları ve memurlar bakımından aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve birden fazla ücretten kesme cezalarını vermeye yetkilidir. Kurul ayrıca, YK'nin 53/F maddesi uyarınca, rektör tarafından ya da rektöre verilenler hariç olmak üzere, bu birimde görevli öğretim elemanları ve memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazları inceler.

5. Yükseköğretim Kurulu Disiplin Kurulu

YK'nin 53/E maddesinin 3. fıkrasına göre YÖK disiplin kurulu, genel sekreter başkanlığında, birinci hukuk müşaviri, personel daire başkanı, strateji geliştirme daire başkanı, idari ve mali işler daire başkanından oluşur.

YK'nin 53/Ç maddesi uyarınca YÖK disiplin kurulu, YÖK'te görevli memurlar bakımından aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve birden fazla ücretten kesme cezalarını vermeye yetkilidir. YK'nin 53/F maddesi uyarınca YÖK disiplin kurulu, YÖK'te görevli memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazları inceler.

⁸³ T.C. Resmî Gazete, S: 23526, T: 24.12.2003.

⁸⁴ T.C. Resmî Gazete, S: 18228, T: 21.11.1983.

6. Üniversitelerarası Kurul Disiplin Kurulu

YK'nin 53/E maddesinin 4. fıkrasına göre Üniversitelerarası Kurul disiplin kurulu, genel sekreter başkanlığında, genel sekreterin yardımcısı ve hukuk müşavirinden oluşur.

YK'nin 53/Ç maddesi uyarınca Üniversitelerarası Kurul disiplin kurulu, Üniversitelerarası Kurul'da görevli memurlar bakımından aylık veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve birden fazla ücretten kesme cezalarını vermeye yetkilidir. Kurul, YK'nin 53/F maddesi uyarınca, Üniversitelerarası Kurul'da görevli memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazları inceler.

III. SENDİKA TEMSİLCİSİNİN YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARININ DİSİPLİN KURULUNDA YER ALMASI

Yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarının oluşumu YK'nin 53/E maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin bulunmasına yer verilmemiştir. Bununla birlikte çeşitli toplu sözleşme ve DMDY hükümlerinde sendika temsilcisinin yer alması gerekliliği özel olarak belirtilmiştir. Bu durum, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yer alıp alamayacağına dair çelişki oluşturmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında ilk olarak toplu sözleşmelerin hükmüne yer verilmiş, ardından öğretilerdeki görüşler ve uygulamadaki duruma değinilerek değerlendirilmiştir.

A. TOPLU SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ

2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Türk hukukuna giren toplu sözleşme; günümüze kadar, taraflar arasında, iki yıllık süreleri kapsayacak şekilde toplam yedi kere yapılmıştır. Bunların beşinde, tarafların anlaşması üzerine sözleşme kurulmuşken; kalan ikisinde, tarafların anlaşamaması üzerine anlaşmazlık KGHK kararı ile giderilmiştir.

KGHK'nin 29.05.2012 tarihli ve 2012/1 sayılı kararının⁸⁵ “Yükseköğretim kurumları disiplin kurullarında sendika temsilcisinin bulunması” başlıklı 20. maddesinde

⁸⁵ T.C. Resmî Gazete, S: 28310, T: 01.06.2012.

“Hakkında disiplin soruşturması yürütülen kamu görevlisinin üyesi olduğu sendikanın temsilcisi, yükseköğretim kurumları disiplin ve yüksek disiplin kurullarında yer alır” hükmüne yer verilmiştir. Aynı hüküm, 2. Dönem Toplu Sözleşme’nin⁸⁶ 19., 3. Dönem Toplu Sözleşme’nin⁸⁷ 20., 4. Dönem Toplu Sözleşme’nin⁸⁸ 20., KGHK’nin 28.09.2019 tarihli ve 2019/1 sayılı kararının⁸⁹ 18., 6. Dönem Toplu Sözleşme’nin⁹⁰ 20. maddesinde yer almış; bununla birlikte 7. Dönem Toplu Sözleşme’de⁹¹ yer almamıştır.

B. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER VE UYGULAMADAKİ DURUM

1. Öğretideki Görüşler

Duman, yükseköğretim disiplin ve ceza soruşturmalarını ele aldığı eserinde⁹², konu ile ilgili tarihi gelişmelerden bahsettikten ve Danıştay’ın aşağıda belirtilen 2017 yılında vermiş olduğu kararını ele aldıktan sonra, “Yükseköğretim disiplin mevzuatının zaman geçirmeden ele alınması ve bir an önce yaşanan bu garabete son verilmesi gerekmektedir. Bizim önerimiz tüm üniversitelerimizin ilgililer açısından tartışmalara meydan vermemek üzere bir yandan disiplin kurullarında (şimdilik oy hakkı bulunmadan) ilgilinin üyesi olduğu sendikanın yer almasına imkan tanınması, diğer yandan da bu hususun mevzuat düzenlemesiyle çözüme kavuşturulması için Yükseköğretim Kurulu nezdinde girişimde bulunmasıdır.” değerlendirmesinde bulunmuştur.

Kayar, Danıştay’ın aşağıda verilen 2017 tarihli kararını değerlendirmek amacıyla yazdığı eserinde⁹³, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında,

⁸⁶ T.C. Resmî Gazete, S: 28735, T: 14.08.2013.

⁸⁷ T.C. Resmî Gazete, S: 29454, T: 23.08.2015.

⁸⁸ T.C. Resmî Gazete, S: 30165, T: 25.08.2017.

⁸⁹ T.C. Resmî Gazete, S: 30875, T: 01.09.2019.

⁹⁰ T.C. Resmî Gazete, S: 31579, T: 25.08.2021.

⁹¹ T.C. Resmî Gazete, S: 32298, T: 03.09.2023.

⁹² **Duman, Bahattin** (2023) Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s.300-302.

⁹³ **Kayar, Nihat** (2018) “Danıştay Kararıyla Anayasal Toplu Sözleşme Hakkının İlgası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:139, s.29 vd.

hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yer alması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, öncelikle, Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization-ILO*) tarafından hazırlanan Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütaallik 98 numaralı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi'nin⁹⁴ (MÇS) kapsamına kamu görevlilerinin de girdiğini, söz konusu sözleşmede toplu sözleşmenin içeriği ile ilgili herhangi bir kısıtlamanın getirilmediğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Demir ve Baykara v. Türkiye kararında⁹⁵ kamu görevlilerinin de toplu sözleşme hakkından yararlanması gerektiğine karar verdiğini ifade etmektedir. Yazar, toplu sözleşmelerde mali ve sosyal haklar sınırını aşan hükümlerin bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte toplu sözleşme mevzuatında bunu engelleyen hükmün bulunmadığını ve bu hükümlerin yasama organını düzenlemeye teşvik etmesi ya da zorlaması bakımından yararlı olacağını ifade etmektedir. Yazar, YK'nin 62. maddesindeki, YK'de ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda⁹⁶ öğretim elemanları ve diğer kamu görevlilerinin özlük işlerine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanması kuralından yola çıkarak DMK'nin 134. maddesine dayalı olarak çıkarılan (mülga) Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in⁹⁷ uygulanması gerektiği çıkarımında bulunmaktadır. Yazar, ayrıca, toplu sözleşmede sendika temsilcisinin yer almasına ilişkin açık hükmün bulunduğunu ve toplu sözleşme hükümlerinin bağlayıcı olduğunu ifade etmekte; sonuç olarak yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin de yer alması gerektiğini savunmaktadır.

⁹⁴ Türkiye Cumhuriyeti söz konusu sözleşmeye 5834 sayılı Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütaallik 98 Numaralı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesinin Onanması Hakkında Kanun (T.C. Resmî Gazete, S: 7884, T: 14.08.1951) (MÇSK) ile taraf olmuştur.

⁹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 34503/97, K.T. 12.11.2008, <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-89558>> s.e.t. 29.02.2024.

⁹⁶ T.C. Resmî Gazete, S: 18190, T: 13.10.1983.

⁹⁷ T.C. Resmî Gazete, S: 17848, T: 24.10.1982.

2. Uygulamadaki Durum

a. Yargı Kararları

Yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yer alıp alamayacağı hususu ile ilgili olarak birçok yargı kararı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, YK'nin 53/E maddesinin 2. fıkrasını değiştiren YKDYK'nin 8. maddesinin, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin disiplin kurulunda yer almadığı gerekçesiyle iptali isteminin yer aldığı iptal davasında istemin reddine karar vermiştir⁹⁸. Mahkeme, kararında, “*Anayasa'nın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin statü haklarını doğrudan etkileyen disiplin işlemlerinin diğer özlük işleri kavramı kapsamına girdiğine kuşku bulunmamaktadır*”⁹⁹. Bu durumda disiplin işlemlerine ilişkin düzenlemelerin de kanunla yapılması gerekmektedir.” değerlendirmelerinde bulunmuştur. Mahkeme, ayrıca, Anayasanın 130. maddesinde de disiplin işlerinin kanunla düzenlenmesinin öngörüldüğü, YK'nin 53/E maddesinin kanunilik şartını taşıdığı, maddenin bilimsel özerklik ilkesine uygun olarak düzenlendiği, dolayısıyla maddenin Anayasanın 128 ve 130. maddelerine uygun olduğunu değerlendirmiş; bununla birlikte “(...) [S]endika temsilcisinin disiplin kurullarında yer almasını gerektiren anayasal bir güvence bulunmadığından kuralın Anayasa'nın 53. maddesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.” ifadesine yer vermiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “(...) *İdare Mahkemesince, davacının sendika üyesi olduğu, üyeliğinin dava konusu işlem tarihinde de devam ettiği, ancak Üniversite Disiplin Kurulu toplantısına*

⁹⁸ AYM, E: 2020/55, K: 2023/228, T: 28.12.2023, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

⁹⁹ Benzer değerlendirme için bkz. AYM, E: 2020/72, K: 2022/160, T: 13.12.2022 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 05.03.2024. AYM, E: 2018/73, K: 2019/65, T: 24.07.2019, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

davacının üyesi olduğu sendika temsilcisinin katılmadığı, bu yönüyle dava konusu işlemin şekil bakımından hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiş ise de; yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarının yönetici, öğretim elemanı, memur ve diğer personelin tabi olduğu disiplin kurullarının oluşumu, 2547 sayılı Yasada özel olarak düzenlendiğinden ve anılan düzenlemelerde yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında sendika temsilcisinin de bulunması gerektiği yönünde bir kurala yer verilmediğinden, bu yönüyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık (...)” bulunmadığına karar vermiştir¹⁰⁰.

Danıştay 8. Daire'nin 2019 tarihli bir kararında¹⁰¹, “(...) İdare Mahkemesince verilen kararda davacının Eğitim-Bir-Sen sendikası üyesi olduğundan üyesi bulunduğu sendika temsilcisinin karar aşamasında Disiplin Kurulunda yer alarak oy kullanması gerektiği yönünde belirlemelere yer verilmiş ise de; dava konusu işlemin dayanağı olan 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde bu yönde bir düzenleme bulunmadığı, dava devam ederken Yükseköğretim Kanunu 53. maddesinde de[ği]şiklik meydana gelmiş olup de[ği]şiklik neticesinde de sendika temsilcisinin disiplin kurulunda bulunmasına ilişkin bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu durumda, işin esası hakkında karar verilmesi gerektiğinden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlılık bulunmamaktadır.” denilmektedir. Dairenin 2020 tarihli kararında¹⁰² da aynı yönde karar verilmiştir.

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 2017 yılında vermiş olduğu bir kararda¹⁰³, “(...) [İ]dare mahkemesince, davacının üyesi bulunduğu sendika temsilcisinin Disiplin Kurulu toplantısına davet edilerek, katılımının sağlanması gerekirken, sendika temsilcisi katılmadan tesis edilen işlemde

¹⁰⁰ Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2015/86, K: 2017/2642, T: 21.06.2017, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

¹⁰¹ Bkz. Danıştay 8. Daire, E: 2014/8469, K: 2019/4804, T: 20.5.2019, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

¹⁰² Bkz. Danıştay 8. Daire, E: 2016/7846, K: 2020/827, T: 13.02.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

¹⁰³ Bkz. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, E: 2017/1328, K: 2017/1426, T: 14.4.2017, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal kararı verilmişse de; dava konusu işlemin dayanağı olan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda disiplin ve yüksek disiplin kurullarının kimlerin katılımıyla oluşacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olup, söz konusu mevzuat hükümlerinde üniversite disiplin kurullarına sendika temsilcisinin katılması gerektiği yönünde doğrudan veya (657 sayılı Kanuna atıf yapılmak suretiyle) dolaylı herhangi bir düzenleme bulunmadığından, idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamıştır.” değerlendirmelerine yer verilmiştir.

Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi vermiş olduğu bir kararında¹⁰⁴, bir öğretim üyesine verilen aylıktan kesme cezasının iptali için açılan davada ilk derece mahkemesinin verdiği red kararına karşı “(...) [D]avacının üyesi bulunduğu sendika temsilcisi yer almaksızın disiplin kurulunda karar alındığı (...)”nın da arasında bulunduğu gerekçelerle yapılan istinaf başvurusunu reddetmiş ve ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 2020 tarihli kararında¹⁰⁵, Anayasanın 53. ve 128. maddesi, KGTSK’nin 28. maddesi ve YK’nin 53/E maddesini birlikte ele alarak; her ne kadar toplu sözleşmelerde sendika temsilcisinin disiplin kurulunda yer almasına ilişkin hüküm bulunmaktaysa da disipline dair hükümlerin kanunilik ilkesi uyarınca yalnızca kanunla düzenlenebileceğine, kanunda disiplin kurulunun oluşumunda sendika temsilcisini yer verilmediğine, bu nedenle sendika temsilcisinin disiplin kurulunda yer almasının zorunlu olmadığına hükmetmiştir.

¹⁰⁴ Bkz. Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, E: 2018/1221, K: 2019/903, T: 10.07.2019, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

¹⁰⁵ Bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, E: 2020/1008, K: 2020/1282, T: 12.06.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024. Benzer kararlar için bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, E: 2020/356, K: 2020/1070, T: 09.06.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, E: 2019/3406, K: 2020/369, T: 20.2.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

b. Kamu Denetçiliği Kurumu Kararları

Kamu Denetçiliği Kurumu, önüne gelen bir başvuruda, Danıştay 12. Daire'nin 2019 tarihli bir kararını¹⁰⁶ ilgi tutarak “*Kamu Görevlilerinin Geneline ve Hizmet Kollarına Yönelik Mali ve Sosyal Haklara İlişkin 2020 ve 2021 Yıllarını Kapsayan 5. Dönem Toplu Sözleşmenin birinci kısmının “Yükseköğretim Kurumları disiplin kurullarında sendika temsilcisinin bulunması” başlıklı 18 inci maddesinin mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükmü olduğu ve anılan toplu sözleşme hükmü uyarınca hakkında disiplin soruşturması yürütülen kamu görevlisinin üyesi olduğu sendikanın temsilcisinin, yükseköğretim kurumları disiplin ve yüksek disiplin kurullarında yer alması gerekmekte olup ilgili hükmün tüm kamu idarelerini bağlayan ve uygulanması zorunlu bir hukuk kuralı olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.*” değerlendirmelerinde bulunmuştur¹⁰⁷. Kurum, 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda¹⁰⁸ da aynı yönde değerlendirmelerde bulunmuştur.

¹⁰⁶ Kararın atıf yapılan kısmı şu şekildedir: “*Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi ile; hakkında disiplin soruşturması yürütülen Devlet memurunun üyesi olduğu sendika temsilcisinin, disiplin ve yüksek disiplin kurulunda yer alması asli şekil şartı olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, ilgilinin üyesi olduğu sendikanın temsilcisi çağrılmaksızın toplanan disiplin kurulu tarafından alınan kararların şekil yönünden hukuka aykırı olacağı açıktır. Bakılan davada; dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla (...) Sendikası üyesi olduğu anlaşılan davacının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ve bu cezanın, yükselebileceği kadronun son kademesinde bulunmasından dolayı brüt aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması şeklinde uygulanmasına karar verildiği 11/07/2014 tarihli İl Millî Eğitim Disiplin Kurulu toplantısına, davacının üyesi olduğu sendikanın temsilcisinin çağrılmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk görülmemiştir. Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.*” Bkz. Danıştay 12. Daire, E: 2016/6608, K: 2019/8851, T: 18.11.2019, <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 05.03.2024. Bu noktada belirtmek gerekir ki söz konusu karar, doğrudan DMK’ye tabi olan bir kamu görevlisi hakkında verilmiş olup kararın çalışmamızın da konusunu oluşturan yükseköğretim kurumlarının disiplin kurulları bakımından ihtilaflı hususla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeple kurumun kararında neden yer verildiği tarafımızca anlaşılmamaktadır.

¹⁰⁷ Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No: 2021/10891, Karar Tarihi: 11.11.2021, <<https://kararlar.ombudsman.gov.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

¹⁰⁸ Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No: 2018/5964, Karar Tarihi: 06.09.2018, <<https://kararlar.ombudsman.gov.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

c. Yükseköğretim Kurulu ve Üniversitelerin Uygulamaları

YÖK Başkanlığının 07.10.2015 tarihli yazısında¹⁰⁹, KGHK'nin 2012/1 sayılı kararının 20. maddesine yer verilerek yükseköğretim kurumlarının kamu görevinden çıkarma cezaları ile YÖK'ün bakmakla görevli olduğu itirazlar için YÖK'e gönderecekleri dosyalarla birlikte ilgilinin herhangi bir sendikaya üye olup olmadığının da bildirilmesi istenmiştir. Söz konusu yazıdan, YÖK'ün hakkında soruşturma yürütülen kişinin üyesi bulunduğu sendikanın temsilcisi disiplin kuruluna davet edileceği anlamı çıkmaktadır. Başkanlığın 14.08.2017 tarihli yazısında¹¹⁰ ise, YK'nin 53/E, KGHK'nin 2012/1 sayılı kararının 20., 2. Dönem Toplu Sözleşme'nin 19., 3. Dönem Toplu Sözleşme'nin 20. ve (mülga) Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesi birlikte ele alınarak; hakkında soruşturma yürütülen üniversite personelinin üyesi bulunduğu sendikanın, hem yüksek disiplin kurulu hem de üniversitelerin yetkili disiplin kurullarında yer alması ve oy hakkı verilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, yukarıda belirtilen, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2018 tarihli kararına konu olayda, başvuru sahibinin YÖK'e yapmış olduğu yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında sendika temsilcisinin yer almasına ilişkin karar alınması talebi zımnen reddedilmiştir.

Batman Üniversitesi Kurum İdari Kurulunun Nisan 2023'te, sendikanın üniversitenin disiplin kurullarında yer alma talebine ilişkin olarak almış olduğu kararda¹¹¹, üniversitenin hukuk müşavirliğinin görüşü, yargı kararları ile Kamu Denetçiliği Kurumu kararları göz önünde tutularak "*Tüm bu hususlar birlikte*

¹⁰⁹ Bkz. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, "Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının Disiplin Soruşturmaları konulu 30 Kasım 2015 tarihli yazısı" <<https://personel.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/02/30.11.2015disiplin-sorusturmaları.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.

¹¹⁰ Bkz. Mersin Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, "Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının Disiplin Soruşturmaları konulu 08 Haziran 2017 tarih ve 5361-39525 sayılı yazısı" <<http://pdb.mersin.edu.tr/yuklemeler/ekler/08.06.2017%20%20%205361-39525%20Disiplin%20Soru%C5%9Fturmalar%C4%B1.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.

¹¹¹ Bkz. Batman Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, "Kurum İdari Kurul Toplantı Tutanağı" <https://batman.edu.tr/images/files/%C4%B0dari%20Birimler/Personel_DB/Kurum_Idari_Kurulu_Kararlari__1.pdf> s.e.t. 01.04.2024.

değerlendirildiğinde disiplin kurullarında sendika temsilcisinin bulunması yönünde her ne kadar Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararı ve Kamu Denetçiliği Kurumunun tavsiye kararı olsa da son dönem mahkeme kararlarının yükseköğretim kurumları disiplin kurullarında sendika temsilcisi bulunması zorunluluğu olmadığı yönünde oldukları, bu yönüyle söz konusu talebiniz ancak 2547 sayılı kanunun 53/E maddesinde bir düzenleme yapılması durumunda karşılanacaktır.” sonucuna varılmıştır.

Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Kurum İdari Kurulu tarafından Nisan 2023’te alınmış kararda¹¹², üniversitedeki soruşturmalarda YK ve DMK’nin uygulandığı, 6. Dönem Toplu Sözleşme hükümlerine uyulduğu, gerekli hallerde sendika temsilcisinin disiplin kurullarında yer almasının sağlandığı ifade edilmektedir.

Gümüşhane Üniversitesi Kurum İdari Kurulu, Nisan 2019’da, “*Disiplin kurullarında sendika temsilcilerinin bulundurulması noktasında daha fazla hassasiyet gösterilmesine, aksi uygulamaların kamu görevini kötüye kullanma anlamına geleceğine, Devletin altına imza koyduğu; Anayasamızın 53. ve 128. maddeleri mucibince kanun hükmünde hukuki bir norm olan Toplu Sözleşme’yi yok sayan uygulamaların asla kabul edilemeyeceğine, tüm kamu görevlilerinin Anayasaya ve kanunlara sadakatle bağlı olması gerektiğine (...)*” karar vermiştir¹¹³.

Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Kurum İdari Kurulunun Nisan 2018’de almış olduğu kararda¹¹⁴, üniversitedeki disiplin kurullarında sendika temsilcisine zaten yer verildiği ifade edilmiştir. Sinop Üniversitesi Kurum İdari Kurulu,

¹¹² Bkz. Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “2023/1. Dönem Kurum İdari Kurulu Toplantı Tutanağı ve Raporu” <<https://webyonetim.bandirma.edu.tr/Content/Web/Yuklemeler/DosyaYoneticisi/305/files/2023kiknisan.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.

¹¹³ Bkz. Gümüşhane Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “2019 Nisan Ayı Kurum İdari Kurulu Toplantısı” <<https://personel.gumushane.edu.tr/media/uploads/personel/files/2019-nisan-ay-kurum-idari-kurulu-toplanti.pdf>> s.e.t 01.04.2024.

¹¹⁴ Bkz. Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, “2018 Nisan Ayı Kurum İdari Kurul Toplantı Tutanağı” <<https://mehmetakif.edu.tr/upload/makuv5/6799-88553570-2018-nisan-ayi-kurum-idari-kurul-toplanti-tutanagi.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.

Ekim 2016'da, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi bulunduğu sendikanın temsilcisinin disiplin kurulunda yer almasının sağlanacağına karar vermiştir¹¹⁵.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kurum İdari Kurulu tarafından verilen Aralık 2015 tarihli kararda¹¹⁶, sendikanın üniversite disiplin kurulunda iki temsilcisinin yer alması talebine ilişkin olarak “*Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde Üniversite Disiplin Kurulunda kimlerin yer alacağı tadat edilmiştir.*” denilmiştir.

C. DEĞERLENDİRME

Anayasa, bir ülkedeki *zirve hukuk normudur*; anayasanın yetkilendirmediği hiçbir kişi ya da organ anayasa tarafından konulan esasların dışına çıkararak *hukuksal sonuç* oluşturamaz¹¹⁷. Nitekim, Anayasanın 6. maddesinin 3. fıkrasında hiçbir kişi ya da organın Anayasanın öngörmediği bir yetkiyi kullanamayacağı, 11. maddesinde ise Anayasa hükümlerinin herkesi bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, toplu sözleşme hükümleri, yalnızca anayasal sınırlar içerisinde olduğu sürece hukuksal sonuçlarını ortaya çıkarabilecektir. Toplu sözleşme hükümleri, yalnızca anayasal sınırları içerisinde kanunların nispi emredici hükümlerine tercih edilecektir. Buna karşılık anayasal sınırlar içerisindeki kanunların mutlak emredici hükümleri ile dışındaki kanunların (mutlak ya da nispi) emredici hükümlerine aykırı toplu sözleşme hükümleri kesin hükümsüz olacaktır. O halde yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında, hakkında soruşturma yürütülenin üye olduğu sendika temsilcisinin yer alıp alamayacağı konusunda bir sonuca varabilmek için, öncelikle, bu hususun mali ve sosyal haklar içinde yer alıp almadığı tespit edilmelidir. Bu hususun söz konusu sınır-

¹¹⁵ Bkz. Sinop Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “Kurum İdari Kurulu Toplantı ve Karar Tutanağı 2016.2 Dönem” <<https://pdb.sinop.edu.tr/wp-content/uploads/sites/111/2019/12/Kurum-%C4%B0dari-Kurulu-Toplant%C4%B1-ve-Karar-Tutana%C4%9F%C4%B1-2016.2-D%C3%B6nem.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.

¹¹⁶ Bkz. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “02.12.2015 tarihli Kurum İdari Kurulu Raporu” <<https://personel.medeniyet.edu.tr/documents/personel/doc/Kurum%20%C4%B0dari%20Kurul%20Kararlar%C4%B1/02122015-kik.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.

¹¹⁷ **Güran, Sait** (2000) “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C:17, s.47.

lar içinde olduğuna kanaat getirilirse, akabinde, disiplin kurulunun teşekkülünü düzenleyen kanun hükmünün mutlak emredici mi yoksa nispi emredici mi olduğu tespit edilmelidir. Şayet, söz konusu sınırlar dışında olduğuna ya da içinde olmakla birlikte disiplin kurulunun teşekkülünü düzenleyen kanun hükmünün mutlak emredici olduğuna kanaat getirilirse, toplu sözleşme hükmü kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmalı; sınırlar içinde yer aldığına ve disiplin kurulunun teşekkülünü düzenleyen kanun hükmünün nispi emredici olduğuna kanaat getirilirse, toplu sözleşme hükmü kanun hükmü yerine uygulanmalıdır.

Mali hak, kamu görevlilerinin yerine getirdikleri kamu hizmeti neticesinde elde edecekleri ücret, aylık ve ödenek gibi her türlü ödemeyi içermektedir¹¹⁸. Anayasanın “*Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler*” başlıklı üçüncü kısmında; ailenin korunması, eğitim öğretim hakkı ve ödevi, çalışma ve sözleşme hürriyeti, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı gibi hususlar belirtilmiştir. DMK'nin “*Sosyal Haklar ve Yardımlar*” başlıklı 6. kısmında çeşitli ödemeler ile emeklilik hakları, hastalık ve analık sigortası, sosyal tesis ihtiyacı, devlet memurları için konut, öğrenim bursları gibi hususları düzenlenmiştir¹¹⁹.

Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrası, 129. maddesinin 2., 3. ve 6. fıkrası ile 130. maddesinin 9. fıkrası ve yukarıda belirttiğimiz hususlar bir arada ele alındığında, kanaatimizce, disiplin ve ceza işlerinin, mali ve sosyal haklar dışında ve özlük işleri kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Zira, anılan hükümlerde mali ve sosyal haklar açıkça ya da zımnen zikredilmesine rağmen, disiplin ve ceza işlerinden açıkça bahsedilmiştir. Bu sebeple, disiplin ve ceza işlerinin yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanları ve diğer kamu görevlilerinin özlük işleri içinde mukayese edilmesi gerektiği, mali ve sosyal haklarından olmadığı kanaatindeyiz. O halde, konuya ilişkin toplu sözleşme hükümleri, anayasal sınırları aştığından, kesin hükümsüz kabul edilmelidir.

¹¹⁸ Yıldırım, s.86.

¹¹⁹ Öğretide, sosyal hakların bununla sınırlı olmadığı; örneğin, DMK'nin “*Hizmet Şartları ve Şekilleri*” başlıklı 5. kısmının “*Çalışma Saatleri ve İzinler*” başlıklı 5. bölümünde yer alan 102. ve 103. maddelerinde düzenlenen yıllık iznin Anayasa'nın 50. maddesinde yer alan dinlenme hakkının bir görünümü, dolayısıyla bir sosyal hak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Şanlı Atay (2015), s.19.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki disiplin ve ceza işlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bir mali ve sosyal hakkı kabul edilse dahi; disiplin kurullarının teşekkülünü düzenleyen YK'nin 53/E maddesinin, tamamıyla idareye ilişkin ve kamu düzeninden olduğunun, kamu düzenine ilişkin kanun hükümlerinin mutlak emredici hüküm olduğunun kabulü gerekir. Kanaatimizce, bu durumda da, toplu sözleşme ile anayasal sınırlar içinde kanunların mutlak emredici hükümleri aleyhine düzenleme yapılamayacağından, ilgili toplu sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüzlüğü söz konusu olur.

Söz konusu toplu sözleşme hükümlerinin, disiplin ve ceza işlerinin memurların ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal hakların içerisinde ve YK'nin 53/E maddesinin nispi emredici hüküm olduğu değerlendirilerek geçerli olacağı düşünülürse; bu durumda *hukuki belirlilik ilkesi*¹²⁰ açısından müphem bir durum ortaya çıkacaktır. Zira, söz konusu toplu sözleşme hükümleri, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında ne şekilde yer alacağına ilişkin belirsiz bir durum yaratmaktadır. Bilhassa, yükseköğretim kurumlarında oluşturulacak disiplin kurullarının kişilerin unvan ve kadrolarına göre farklılık arz ettiği göz önüne alındığında; bu kurullarda yer alacak sendika temsilcinin unvan, kadro gibi hususlar, kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılır değildir.

Disiplin soruşturmalarında denklik ilkesi olarak ifade edilen, soruşturmacının görev ve derecesinin, hakkında soruşturma yapılan kişinin görev ve derecesinden üst ya da en azından aynı düzeyde olması, memurların ve diğer kamu görevlilerinin güvencesi bakımından önemlidir¹²¹. Yükseköğretim kurumlarında oluşturulacak disiplin kurullarının da unvan ve kadrolara göre teşekkül etmesi denklik ilkesine dayanmaktadır. Sendika temsilcisine disiplin kurullarında yer

¹²⁰ “*Hukuk devletinin temel unsurlarından biri belirlilik ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir.*”. Bkz. AYM, E: 2015/41, K: 2017/98, T: 04.05.2017, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 05.03.2024.

¹²¹ **Kaya, Cemil** (2005) Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, C:38, S:2, s.85.

verilmesinin temel amacı, memur ve diğer kamu görevlilerine güvence sağlamaktır. Haliyle, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında unvan ve kadroya göre belirleme yapılması ile sendika temsilcinin disiplin kurullarında yer alması benzer amacı gütmektedir. Bu durumda, amaç bakımından değerlendirme yapıldığında, yükseköğretim kurumlarında oluşturulacak disiplin kurullarında unvan ve kadroya göre belirleme yapmanın istisnası olarak sendika temsilcisinin katılımının uygun olduğu değerlendirilebilir. Fakat bu katılımın yukarıda belirttiğimiz üzere hukuki belirlilikten uzak, içeriği belirlenmemiş şekilde ele alınması, kurumun uygulanabilirliğini etkilemektedir. Dolayısıyla, sendika temsilcisinin katılımı ile ilgili yapılacak, kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılır düzenleme, disiplin kurullarında unvan ve kadroya göre belirleme ile ortak amaca hizmet edebilecektir. Nitekim, uygulamadaki durum bölümünde anlattığımız üzere, söz konusu toplu sözleşme hükümleri, uygulama safhasında farklı değerlendirmelere ve problemlere sebebiyet vermektedir.

Söz konusu toplu sözleşme hükümlerinin geçerli kabul edilmesi halinde ortaya çıkacak diğer bir sorun da KGSTSK'nin 19. maddesinin 2. fıkrasının f bendidir. Anılan hükme göre, sendika ve konfederasyonlar “*Üyelerin[in] idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, (...) veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak*” yetkisini haizdir. Görüldüğü üzere sendikalar, hakkında soruşturma yürütülen üyesini yükseköğretim kurumlarının disiplin kurulları önünde temsil etmekte/ettirmektedirler. Ayrıca, disiplin cezasının verilmesi halinde üyesi adına disiplin kurulu kararı aleyhinde dava açabilmekte; açılan davaya taraf olabilmektedir. Her iki halde de sendika, üyesinin menfaatini korumakta ve gözetmektedir.

Belirli hallerde doğrudan ceza verme yetkisine, belirli hallerde ise verilen cezaya yapılan itirazları inceleme yetkisine sahip olan yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarındaki üyeler, kararlarını verirken tarafsızlık ve objektiflik ilkesine uygun olarak hareket etmelidir. Nitekim YK'nin 53/E maddesinin 6. fıkrasında, soruşturmada görev alan kişilerin disiplin kurullarındaki; cezayı veren disiplin kurulundaki üyelerin itirazı incelemeye yetkili disiplin kurulla-

rındaki oylamaya katılmasına izin verilmemiştir. Hal böyleyken, disiplin soruşturması sürecinde üyesini soruşturmacıya/soruşturma komisyona karşı, soruşturma tamamlandıktan sonra disiplin cezasını verecek kurula karşı, cezanın verilmesinden sonra itiraz halinde itirazı inceleyecek disiplin kuruluna karşı savunan ve temsil eden, kanunen üyesinin menfaatini gözetmekle yükümlü olan sendikanın; bu kurulların oluşumunda yer almasının ve oy kullanmasının, tarafsızlık ve objektiflik ilkeleriyle bağdaşmayacağı düşünülmektedir. Ayrıca, üyesine disiplin cezası verilmesi üzerine cezanın iptali amacıyla dava yoluna başvuru hallerde, sendikanın hem davacı hem de davalı olan tarafta yer almasına sebebiyet verilir ki bu durum taraf sıfatı bakımından sakıncalı bir halin ortaya çıkmasına neden olur. Dolayısıyla, hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarında yer alması; sendikanın üyesinin menfaatini gözetme yükümlülüğü ve disiplin kurullarındaki üyelerin tarafsız ve objektif olma yükümlülüğü ile çelişmektedir.

Yeri gelmişken konu ile ilgili olarak, yukarıda belirtilen öğretideki görüşlerle ilgili değerlendirmede bulunmamızın yararlı olacağını kanaatindeyiz.

Duman tarafından, disiplin kurullarında hakkında soruşturma yürütülenin üyesi olduğu sendika temsilcisinin bulunması ile ilgili YÖK'ün karar alması gerektiği ifade edilmişse de bu hususta YÖK'ün karar alma yetkisinin bulunmadığını düşünmekteyiz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Milli Eğitim Temel Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹²² 7. maddesi ile YK'nin 53. maddesinin b fıkrasının 2. cümlesinin "*Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.*" şeklinde değiştirilmesini iptal etmiştir¹²³. Mahkeme, iptal kararının gerekçesinde "(...) Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, (...) ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapsama dâhil

¹²² T.C. Resmî Gazete, S: 28941, T: 14.03.2014.

¹²³ AYM, E:2014/100, K:2015/6, T:14.01.2015, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 30.05.2024.

personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38., 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır." ifadelerine yer vermiştir. Her ne kadar, YK'nin 65. maddesinin a fıkrasının 9. bendinde, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları ile diğer kamu görevlilerinin disiplin kurullarının teşekkülünün YÖK tarafından çıkarılacak hükümle düzenleneceği belirtilmişse de, YK'nin 53/E maddesinin açıklığı ve mezkûr Anayasa Mahkemesi kararı dikkate alındığında; YÖK'ün bu hususta karar alma yetkisinin bulunmadığı; aksi yönde alınan kararların ise Anayasa ve YK'ye aykırı olacağı kanaatindeyiz.

*Kayar'*ın görüşüyle ilgili, ilk olarak belirtmek gerekir ki Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu hükümle birlikte, Anayasanın 11. maddesinde belirtilen *Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü* beraber ele alındığında; uluslararası anlaşmanın Anayasadan üstün olduğunu ifade etmek, hatalı neticeler ortaya çıkarabilecektir. Anayasa ve uluslararası anlaşmaların birbirleriyle olan ilişkisi, çeşitli çatışmaları doğurabilmektedir¹²⁴. Bu çatışmanın çalışmamız özelinde görünümü, Anayasa hükmü ile uluslararası anlaşma hükmünün ile farklı olmasıdır. Bu hususta, öğretilerde, uluslararası anlaşmaların kanunla eşdeğer olduğu, kanunla anayasa arasında yer aldığı, anayasa ile eşdeğer olduğu ve anayasanın üstünde yer aldığı şeklinde farklı görüşler yer almaktadır¹²⁵. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, bir kararında, "(...) [U]sulüne göre yayınlanıp kanun hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir. Yoksa Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu nedenle çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bir antlaşma hükmü, ayrıca Anayasa hükmü yerinde uygulanamaz. Daha açık bir deyimle, bir Anayasa hükmü, andlaşma hük-

¹²⁴ Bu hususta bilgi için bkz. **Pazarıcı, Hüseyin** (2019) Uluslararası Hukuk, 18. Baskı, Ankara, Turhan, s.19-34; **Reçber, Kamuran** (2014) Uluslararası Hukuk, Bursa, Dora, s.61-65; **Ünal, Şeref** (2005) Uluslararası Hukuk, Ankara, Yetkin, s.81-85.

¹²⁵ Görüşler hakkında bilgi için bkz. **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2020) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta, s.509-519.

müne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez. Aksi hal, Devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer.” ifadelerine yer vermiştir¹²⁶. *Tanör ve Yüzbaşıoğlu*, Anayasanın şekli ve maddi üstünlüğü bulunduğunu, katı anayasa sisteminde Anayasayı ihmal ederek Meclisin basit çoğunluğun iradesi ile yürürlüğe giren anlaşmayı uygulamanın, bu üstünlüğe tezat oluşturacağını belirterek, mezkûr karara katıldıklarını belirtmektedirler¹²⁷. Kanaatimize göre, Anayasada yer alan bir hükmün uluslararası anlaşma ile geçersiz hale gelmeyeceği; bir başka ifadeyle, uluslararası anlaşmaların Anayasa hükmünün üzerinde değerlendirilemeyeceği yönündedir¹²⁸. Dolayısıyla MÇS’de toplu sözleşmenin içeriğinde herhangi bir sınırın olmadığı kabulü halinde dahi Anayasa’nın 128. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamanın (mali ve sosyal haklar) toplu sözleşme için geçerliliğini koruduğu şüphesizdir. İkinci olarak, MÇS’nin devlet memurlarını kapsamadığına ilişkin hükmün çevirisinin hatalı olduğu ifade edilse de MÇSK’nin 6. maddesinde “*Bu Sözleşme, Devlet memurlarının durumları ile alakalı değildir (...)*” hükmü yer aldığından, sözleşmenin kamu görevlilerini kapsamadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Son olarak, YK’nin 62. maddesi atfı gereği, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurullarının oluşumuna ilişkin olarak, DMK’nin 134. maddesi uyarınca çıkarılan DMDY hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmekteyse de buna katılmak mümkün değildir. Zira, YK’nin 53/E maddesinde disiplin kurullarının oluşumu açıkça düzenlendiğinden, yani disiplin kurullarına ilişkin hüküm bulunduğundan, genel hükümlere başvurma imkanı bulunmamaktadır.

¹²⁶ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, E: 1997/147, K: 1998/200, T: 22.01.1998, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 30.05.2024.

¹²⁷ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.517.

¹²⁸ *Gözler*, iç hukuk bakımından anayasa ile uluslararası hukuk normları arasında hiyerarşi bulunmadığını; uluslararası hukuka aykırı olduğu için, bir anayasa normunun iç hukukta kendiliğinden geçersiz hale gelmeyeceğini belirtmektedir. Yazar, uluslararası hukuk normları anayasaya aykırı olduğunda iç hukukta ortaya çıkan geçersizliğin, dış hukukta ilgili ülkenin sorumluluğunu etkilemediğini ifade etmektedir. Bkz. **Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 12. Baskı, Bursa, Ekin, s.78. Benzer değerlendirme için bkz. **Eren, Abdurrahman** (2020) Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.43.

Çalışmamız, disiplin kurullarında hakkında disiplin soruşturması yürütülen kimsenin, üyesi olduğu sendikanın da yer almasının, toplu sözleşme ile düzenlenip düzenlenemeyeceğine yönelik inceleme yapmaktadır. Fakat, bu *hukuki* incelemenin yanı sıra, son olarak, böyle bir düzenlemenin sakıncaları ve faydaları hakkında değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Öncelikle, sendikaların temel görevi, üyelerin hak ve menfaatlerini korumaktır. Bu çerçevede, öğretim elemanları ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak disiplin soruşturmalarında, ilgililerin hak ve menfaatlerinin korunması bakımından üyesi olduğu sendikanın temsilcisinin katılımı önemlidir. Özellikle hukuki ve psikolojik destek gereken süreçlerde, sendikanın disiplin kurullarında yer alması ilgililer bakımından şüphesiz faydalı olacaktır. Böylelikle, muktedir olan idarenin karşısında, öğretim elemanları ve diğer kamu görevlileri için önemli bir koruma mekanizması oluşturacaktır. Bu hususta yapılacak düzenleme, uluslararası sözleşmelere uyum sağlanması bakımından da yararlı olacaktır. Ayrıca sendika temsilcisinin, ilgili kişinin hak ve menfaatlerini koruyacak olması, çalışanları sendika üyeliğine teşvik edecektir. Bu durum öğretim elemanları ve diğer kamu görevlilerinin sendikalaşma oranlarına ve örgütlenmesine katkı sunacaktır.

Sendika temsilcisinin disiplin soruşturmasında yer almasının toplu sözleşme hükmü ile uygulanmasında en temel sakınca hukuki temelinin bulunmuyor, bununla bağlantılı olarak hukuki belirlilikten uzak olmasıdır. Bu durumun uygulamada yarattığı sakıncalar çalışmamız içerisinde incelenmiştir. Şayet hukuken uygun bir düzenleme yapılmış olsa dahi, bu durumda hakkında soruşturma yürütülen üyesinin hak ve menfaatlerini korumakla görevli sendika temsilcisinin, disiplin kurullarında bu kişi hakkında oy kullanması kendi içerisinde çelişki olarak değerlendirilebilecektir. Uygulamada, ilgilinin disiplin cezası alması gereken fiili açıkça işlemiş olduğu durumlarda dahi sendika temsilcisinin ilgilinin disiplin cezası alması yönünde oy kullanması, kanaatimizce mümkün ve muhtemel değildir. Bu durum disiplin kurullarında yer alan üyelerin tarafsız ve objektif davranma yükümlülüğü ile soruşturmanın hakkaniyetli şekilde son bulmasına yönelik engel olarak değerlendirilecektir.

SONUÇ

Memurlar ve diğer kamu görevlileri için toplu sözleşme hakkı, 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile düzenlenmiştir. Değişiklik sonrası, 2012 yılında KGSTSK’de yapılan değişiklik ile toplu sözleşmenin uygulanmasına yönelik hususlar belirlenmiştir. 2012 yılında memurlar ve kamu görevlileri için ilk toplu sözleşme görüşmeleri yapılmış ve akabinde ilk toplu sözleşme KGHK kararı ile gerçekleştirilmiştir. Çalışmamızın yapıldığı 2024 yılına gelindiğinde, hâlihazırda 7 kez toplu sözleşme düzenlenmiştir. Bu sürecin ortaya çıkardığı çeşitli hukuki meseleler bulunmaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızın konusu, uygulamada idareler açısından ciddi problemlere sebebiyet veren, ilk toplu sözleşme metnine eklenen ve sonrasında 2, 3, 4, 5 ve 6. toplu sözleşmede yer verilen “*Yükseköğretim kurumları disiplin kurullarında sendika temsilcisinin bulunması*” başlıklı düzenlemenin incelenmesidir.

Çalışmamız, öncelikle, toplu sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemeye odaklanmıştır. Memurlar ve diğer kamu görevlileri için tanımlanmış toplu sözleşme, işçilere tanınmış olan toplu iş sözleşmesinin farklı bir görünümüdür. Bu nedenle toplu sözleşme, özü itibarıyla toplu iş sözleşmesine benzerdir. Fakat buradaki temel ayırım, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin statüer yapısından kaynaklanmaktadır. Bu yapı, idarenin tek yanlı iradesiyle belirlenen kuralardan oluşmaktadır. Toplu sözleşme, öncelikle, memur ve diğer kamu görevlilerinin sahip olduğu statüer yapıdan, ardından, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak düzenlemelerin kanunla yapılması zorunluluğundan (kanunilik ilkesinden) bir *sapmadır*.

Toplu sözleşmenin hukuki niteliği ile ilgili olarak öğretide; sözleşme, idari işlem, idarenin sözleşmesi gibi belirlemeler yapılmaktadır. Biz toplu sözleşmenin hukuki niteliği ile ilgili olarak, müzakereler neticesinde tarafların anlaşması ve anlaşamaması durumları için farklı değerlendirme yapılmasının doğru olacağını düşünmekteyiz. Müzakereler neticesinde tarafların anlaşması halinde toplu sözleşmenin hukuki niteliği, idare hukukuna tabi kendisine özgü bir idari sözleşmedir. Müzakereler neticesinde anlaşma sağlanmadığı takdirde, KGHK toplu sözleşme hükmünde karar vermektedir. KGHK’nin yapısı ve kararın oluşum şekli göz önüne alındığında, bu karar, dayanağını Anayasa ve KGSTSK’den alan toplu sözleşme hükmünde kendine özgü bir idari düzenlemedir.

Anayasanın 128. maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği; akabinde, malî ve sosyal haklara ilişkin düzenlemelerin ise toplu sözleşme ile yapılabileceği belirtilmektedir. Bu durumda, Anayasada toplu sözleşmenin sınırının mali ve sosyal haklar olduğu ifade edilmiştir. Bu sınırlar içerisinde düzenlenecek toplu sözleşme hükümleri, kanun gücündedir. Bu sınırlar içerisinde kanunların nispi emredici (kamu görevlileri lehine değiştirilebilecek) hükümleri söz konusu olduğunda; toplu sözleşme hükmü kanun hükmünden üstün olacaktır. Ancak, toplu sözleşme ile kanunların *mutlak emredici* hükümlerinin aksi yönünde düzenleme yapılması mümkün değildir. Kısaca, toplu sözleşme, anayasal sınırlar içerisinde olan kanunların nispi emredici hükümlerine tercih edilirken, bu sınırlar içerisindeki kanunların mutlak emredici hükümleri ile dışındaki kanunların mutlak ya da nispi emredici hükümlerine tercih edilmeyeceklerdir. Aksi yöndeki toplu sözleşme hükümlerinin *kesin hükümsüzlüğü* gündeme gelir.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin işleri özlük işlerinden olmakla birlikte bu işlerin, Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrası gereği kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, disiplin işleriyle ilgili hususlar toplu sözleşme ile düzenlenemeyecektir. Aksi takdirde anayasal sınırlar aşıldığından, bu hükümlerin kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Haliyle toplu sözleşme ile hakkında soruşturma yürütülen üyesi olduğu sendikanın temsilcisinin, yükseköğretim kurumlarının disiplin kurulunda yer alacağına ilişkin düzenleme kesin hükümsüz kabul edilmelidir.

Bu husustaki düzenlemenin mali ve sosyal haklar içinde olduğu düşünülse dahi disiplin kurullarının teşekkülünü düzenleyen kanun maddesi, tamamıyla idareye ilişkin ve kamu düzeninden olduğundan; kamu düzenine ilişkin kanun hükümlerinin mutlak emredici hüküm olması hasebiyle, ilgili toplu sözleşme hükümleri kesin hükümsüz olacaktır. Düzenlemenin mali ve sosyal hakların içerisinde olduğu ve mutlak emredici hüküm kapsamında değerlendirilmeyerek geçerli olacağı düşünülürse, bu durumda hukuki belirlilik açısından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Zira, ilgili toplu sözleşme hükümlerinde sendika temsilcisinin disiplin kurullarında yer alma şekli herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlenmemiştir. Yukarıda örneklerini verdiğimiz YÖK ve üniversitelerin uygulamalarındaki farklılıklar bu belirsizliği ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Ahmet Nizamettin/Özdemir Ertürk, Olgu** (2022) Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Akyiğit, Ercan** (2022) Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Akyiğit, Ercan** (2023) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2022) Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Savaş.
- Arıcı, Kadir** (2014) “Toplu Sözleşme ile Kanun Değiştirilmesi: İlsan Örneği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:18, S:3, s.3-20.
- Arıcı, Kadir** (2015) “Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkının Gerçekliği Meselesinde Önemli Bir Faktör: Kamu Görevlileri Hakem Kurulu ve Niteliği”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S:3, s.209-218.
- Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil** (2018) Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Ankara, Seçkin.
- Atay, Ender Ethem** (2022) “Toplu Sözleşmenin Özerkliği ve Hukuk Sistemi İçindeki Yeri”: Memur Sendikaları Konfederasyonu Yayın Kurulu (Editör), 4688 Sayılı Kanun ve 10. Yılında Toplu Sözleşme Kongresi Bildiri Kitabı, Ankara, Memur Sendikaları Konfederasyonu.
- Bandırma Onyedli Eylül Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “2023/1. Dönem Kurum İdari Kurulu Toplantı Tutanağı ve Raporu” <<https://webyonetim.bandirma.edu.tr/Content/Web/Yuklemeler/DosyaYoneticisi/305/files/2023kiknisan.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Batman Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “Kurum İdari Kurul Toplantı Tutanağı” <https://batman.edu.tr/images/files/%C4%B0dari%20Birimler/Personel_DB/Kurum_Idari_Kurulu_Kararlari__1.pdf> s.e.t. 01.04.2024.
- Çenberci, Mustafa** (1970) “Türk Hukuku Açısından Toplu İş Sözleşmesi, Toplu İş Sözleşmesinin Anayasal Mahiyeti ve Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Bazı Temel Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:5, S:3, s.383-431.
- Duman, Bahattin** (2023) Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Eren, Abdurrahman** (2020) Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Erkut, Celal** (2015) İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, Danıştay.
- Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının Disiplin Soruşturmaları konulu 30 Kasım 2015 tarihli yazısı” <<https://personel.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/02/30.11.2015disiplin-sorusturmaları.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, On İki Levha.
- Gözler, Kemal** (2012) “Yorum İlkeleri”: Ergül, Ozan (Editör), Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği.
- Gözler, Kemal** (2020) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 12. Baskı, Bursa, Ekin.
- Gülmez, Mesut** (1990) Memurlar ve Sendikal Haklar (Türkiye’de ve Dünya’da), Ankara, İmge.
- Gülmez, Mesut** (2013) “1924’ten 1982’ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurullarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”: Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü (Editör), Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler, İstanbul, Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası.
- Gümüşhane Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “2019 Nisan Ayı Kurum İdari Kurulu Toplantısı” <<https://personel.gumushane.edu.tr/media/uploads/personel/files/2019-nisan-ay-kurum-idari-kurulu-toplants.pdf>> s.e.t 01.04.2024.
- Güran, Sait** (1980) Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Güran, Sait** (2000) “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, Anayasa Yargısı Dergisi, C:17, s.43-61.
- İstanbul Medeniyet Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “02.12.2015 tarihli Kurum İdari Kurulu Raporu” <<https://personel.medeniyet.edu.tr/documents/personel/doc/Kurum%20%C4%B0dari%20Kurul%20Kararlar%C4%B1/02122015-kik.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Karahanogulları, Onur**, Academia.edu, “Kamu Hizmeti ve Kamu Çalışanı (Kimlik ve Önem Arayışına İlişkin Notlar)”, <https://www.academia.edu/89170113/Kamu_Hizmeti_ve_Kamu_%C3%87al%C4%B1%C5%9Fan%C4%B1_Kimlik_ve_%C3%96nem_Aray%C4%B1%C5%9F%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_Notlar_> s.e.t. 13.03.2024.

- Kaya, Cemil** (2005) Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, C:38, S.2, s.61-87.
- Kayar, Nihat** (2018) “Danıştay Kararıyla Anayasal Toplu Sözleşme Hakkının İlgası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:139, s.29-49.
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, “2018 Nisan Ayı Kurum İdari Kurul Toplantı Tutanağı” <<https://mehmetakif.edu.tr/upload/makuv5/6799-88553570-2018-nisan-ayi-kurum-idari-kurul-toplanti-tutanagi.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Mersin Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının Disiplin Soruşturmaları konulu 08 Haziran 2017 tarih ve 5361-39525 sayılı yazısı” <<http://pdb.mersin.edu.tr/yuklemeler/ekler/08.06.2017%20%20%205361-39525%20Disiplin%20Soru%C5%9Fturmalar%C4%B1.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Mimaroglu, Sait Kemal** (1965) Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Sümerbank Genel Müdürlüğü.
- Özkal Sayan, İpek** (2017) “Türkiye’de Toplu Sözleşmenin Kamu Personel Rejimine Etkisi”, Sosyal Bilimler Dergisi, S:14, s.30-39.
- Pazarcı, Hüseyin** (2019) Uluslararası Hukuk, 18. Baskı, Ankara, Turhan.
- Reçber, Kamuran** (2014) Uluslararası Hukuk, Bursa, Dora.
- Reisoğlu, Seza** (1967) Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Sinop Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, “Kurum İdari Kurulu Toplantı ve Karar Tutanağı 2016.2 Dönem” <<https://pdb.sinop.edu.tr/wp-content/uploads/sites/111/2019/12/Kurum-%C4%B0dari-Kurulu-Toplant%C4%B1-ve-Karar-Tutana%C4%9F%C4%B1-2016.2-D%C3%B6nem.pdf>> s.e.t. 01.04.2024.
- Sur, Melda** (1991) Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.
- Sur, Melda** (2019) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 8. Baskı, Ankara, Turhan.
- Sümer, Haluk Hadi** (2022) İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Şanlı Atay, Yeliz** (2015) “Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Amme İdaresi Dergisi, C:48, S:3, s.1-39.
- Şanlı Atay, Yeliz** (2021) Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, Ankara, Turhan.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2020) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta.

Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük”, <sozluk.gov.tr> s.e.t. 18.02.2024.

Ulucan, Devrim (1981) Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası.

Ulucan, Devrim (2012) “12 Eylül Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş Hukukuna Yansıması”: İstanbul Barosu Yayın Kurulu (Editör), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul, İstanbul Barosu.

Ulusoy, Ali (2022) Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin.

Ünal, Şeref (2005) Uluslararası Hukuk, Ankara, Yetkin.

Yıldırım, Sultan (2023) “Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı”, (Yüksek Lisans), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

DAVANIN BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILDIĞININ DAVA DİLEKÇESİNDE GÖSTERİLMESİ GEREKİP GEREKMEDİĞİ MESELESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu ERZURUMLU IŞIK^(**)

ÖZET

Alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenemediği hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesi uyarınca belirsiz alacak davası açılabilmesi, alacaklıya tanınan bir imkândır. Bu dava ile alacaklı mahkemeden, miktar veya değerini belirleyemese de alacağının tamamının tespitini ve tahsilini talep edebilir. Bu yönü ile belirsiz alacak davası, eda davasının bir türüdür. Belirsiz alacak davası açabilme imkânı, davacının dava konusunun miktarını belirleme hususundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilmesi amacını taşımaz. Bu nedenle alacağın belirsiz olduğu hâllerde dahi belirsiz alacak davası açmak yerine şimdilik bir kısmının talep edilebilmesi mümkündür. Davacı belirsiz alacaklara ilişkin olarak sahip olduğu bu seçim hakkını, dava dilekçesinde talep sonucunu belirleyerek kullanır. Talep sonucundan alacağın şimdilik bir kısmının mı yoksa tamamının mı talep edildiğinin anlaşıldığı durumlarda hâkim, davacının talebini dikkate alarak karar vermelidir. Talep sonucunun belirsiz olduğu durumlarda ise hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya süre vererek sorunu çözüme kavuşturması gerekir. Buna karşın yargı kararları incelendiğinde bu hususta çelişkilerin bulunduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Belirsiz Alacak Davası, Kısmî Dava, Talep Sonucu, Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1492439 - **Geliş Tarihi:** 30.05.2024 - **Kabul Tarihi:** 09.07.2024.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,

E-posta: n.erzurumlu.isik@aybu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1359-2378>.

THE ISSUE OF WHETHER IT IS NECESSARY TO INDICATE IN THE PETITION THAT THE CASE HAS BEEN FILED AS AN UNDETERMINED CLAIM LAWSUIT

ABSTRACT

Pursuant to Article 107 of the Turkish Code of Civil Procedure, in cases where the amount and value of the claim cannot be fully and precisely determined, the creditor may file an undetermined claim lawsuit. Through this lawsuit, the creditor can request the court to determine and collect the entirety of the claim, even if the amount or value cannot be specified. In this aspect, the undetermined claim lawsuit is a type of performance lawsuit. The opportunity to initiate the undetermined claim lawsuit is not intended to limit the plaintiff's power of disposition to determine the amount of the subject matter of the lawsuit. Therefore, even when the claim is undetermined, it is possible to demand a portion of it for the time being - instead of filing an undetermined claim lawsuit. The claimant exercises this right of choice regarding undetermined claims by determining the result of the claim in the petition. In situations where it is clear from the result of the claim whether part or all of the receivable is claimed, the judge should decide by taking into account the claimant's claim. In cases where the result of the claim is unclear, the judge should resolve the problem by giving a deadline within the framework of the duty of clarification. However, there are contradictions in judicial decisions on this issue.

Keywords

Undetermined Claim Lawsuit, Partial Lawsuit, Demand, Jura Novit Curia, Advice Duty of the Judge.

GİRİŞ

Türk hukukunda miktar veya değeri belirsiz alacaklar için belirsiz alacak davası açılabilmesi ilk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilmiştir. Belirsiz alacak davasının şartları 107'nci madde ile düzenlenmekle birlikte, bu dava türüne ilişkin olarak uygulamada pek çok sorun ortaya çıkmış; madde metninde 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik de bu sorunların çözümü için yeterli olmamıştır. Belirsiz alacak davasının uygulamada ortaya çıkardığı sorunlar, yargı içtihatları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmakta; ancak bu yapılırken meydana gelen yorum farklılıkları nedeni ile benzer konularda birbirinden farklı kararlar verilebilmektedir. Her ne kadar hukukun gelişimi için yorum farklılıklarının bulunması ve bu çerçevede içtihatların çeşitliliği kabul edilebilirse de hukukun aynı durumda bulunanlara eşit ve yeknesak şekilde uygulanması da bir zorunluluktur. Belirsiz alacak davası ise yürürlüğe girdiği günden bugüne hakkında pek çok çelişkili kararın ortaya çıktığı bir usûlî mesele hâline gelmiştir.

Belirsiz alacak davasına yönelik olarak uygulamada ortaya çıkan sorunlardan birisi, davacının dava türüne ilişkin iradesinin dava dilekçesinden açıkça anlaşamadığı hâllerde mahkemece ne şekilde karar verilmesi gerektiğidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararlarda, belirsiz alacak davasının istisnâî niteliği haiz olduğu ve bu davanın açıldığıının dava dilekçesinde açıkça belirtilmesi gerektiği kabul edilmiş; bu şekilde bir belirleme yapılmadan açılan davalarda Yargıtay'ın bazı daireleri davaya kısmî dava olarak devam edilmesi gerektiğine, bazı daireleri ise hukukun hâkim tarafından re'sen uygulanması gerektiğinden hareketle hâkimin davayı belirsiz alacak davası olarak görmesi gerektiğine karar vermiştir. Esasen belirsiz alacak davasının şartlarını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinde böyle bir şarta açıkça yer verilmemiştir. Ancak sorunun yalnızca bu hükümden hareketle çözülebilmesi de mümkün değildir. Bu sorun belirsiz alacakların kısmî davaya konu olabilmesinin mümkün olup olmadığı tespit edildikten sonra cevaplandırılabilir. Bu çalışmada öncelikle belirsiz alacaklar için kısmî dava açılabilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Daha sonra ise konusunu belirsiz alacakların oluşturduğu davalarda talep sonucuna göre ortaya çıkabilecek ihtimaller çerçevesinde hâkimin ne şekilde karar vermesi gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A. TANIMI VE ŞARTLARI

Herhangi bir hukukî ilişkiden kaynaklı olarak alacak hakkına sahip olunması, hak sahibinin her durumda alacağının miktarını da tespit edebileceği anlamını taşımamakta; alacak miktarının niteliği gereği başlangıçta hesaplanamayacağı ya da bu hesaplamanın hak sahibi tarafından gerçekleştirilmesinin beklenemeyeceği durumlarda, dava konusunun miktarının belirlenmesini davanın açılabilmesinin şartı olarak öngörmek, hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. 1086 sayılı Kanun döneminde söz konusu soruna, alacağın tamamının tespiti ve şimdilik bir kısmının ödenmesi talebi ile açılan davalar ile çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Ancak bu hâlde dahi edası yargılamanın başında talep edilmeyen kısım için ya ek davanın açılması ya da ıslah hakkının talep sonucunu genişletmek için kullanılması, bir zorunluluk olarak ortaya çıkmakta; alacak miktarının belirlenememesi davacıya yüklenemeyecek bir sebebe dayansa da onun hakkını etkin şekilde kullanımı engellenmekte idi. Böyle durumlarda alacak hakkı sahiplerinin etkin hukukî korumaya kavuşması gerekliliğinden hareket eden kanun koyucu, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri de dikkate alarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesi ile belirsiz alacak davasını hüküm altına almıştır¹.

Belirsiz alacak davası, davanın açıldığı sırada alacağın miktarının ya da değerinin belirlenmesinin mümkün olmadığı veya böyle bir belirlemeyi yapmasının alacaklıdan beklenemediği hâllerde, o ana kadar tespit edilen asgarî miktar/değer ve hukukî ilişki gösterilerek açılan ve tahkikat aşamasında alacağın belirli hâle gelmesi üzerine talep miktarının/değerinin kesinleştirilmesine imkân tanıyan dava türüdür². Davacı, her ne kadar belirleyememiş olsa da dava dilek-

¹ Belirsiz alacak davasına ilişkin düzenleme, 02.06.2009 tarihli, 1/574 esas, 24 karar sayılı Adalet Komisyonu Raporu ile Tasarı'ya eklenmiştir. Söz konusu düzenlemenin gerekçesi için bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 393, s.143-144.

² **Tanrıver, Süha** (2024) Medenî Usûl Hukuku, C:I, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s.664-665; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2023) Medenî Usul Huku-

çesinde alacağının tamamının ifasını talep ettiğiinden belirsiz alacak davası eda davasının özel bir çeşididir³. Bu dava, ancak Kanun'da aranan şartların varlığı hâlinde ve istisnâ olarak açılabilir⁴.

ku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin, s.303; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2023) Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.226; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2023) Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Filiz, s.158; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2023) Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s.331.

- ³ **Pekcanitez, Hakan** (2011) Belirsiz Alacak Davası, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.31; **Yılmaz, Ejder** (2012) "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri", Bankacılar Dergisi, C:23, S:80, s.95; **Budak, Ali Cem** (2013) "Belirsiz Alacak Davası", Bankacılar Dergisi, C:24, S:Özel, s.84; **Simil, Cemil** (2013) Belirsiz Alacak Davası, 1. Baskı, İstanbul On İki Levha, s.23, 94, 111; **Akil, Cenk** (2013) Kısmî Dava, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.105; **Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür** (2014) "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", DEÜHFD, C:16, S:Özel, s.998-999; **Pekcanitez, Hakan** (2013) "Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması", DEÜHFD, C:15, S:Özel, s.937; **Tanrıver** (2024), s.665; **Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C:II, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.1025, 1027; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.303; **Ercan Özler, Meltem** (2019) Medenî Usûl Hukukunda Dava Konusu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.318; **Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt II, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, s.2378; **Budak/Karaaslan**, s.158. Ayrıca bkz. "6100 sayılı Kanun'un İlgili Hukuk kısmında yer verilen 107 nci maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası, davacının dava açtığı anda miktar veya değerini tam ve kesin olarak belirleyemediği alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla açtığı bir dava türüdür (Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, s.59; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013, s.23, 111). Söz konusu dava, başlangıçta miktarı bilinmese de niteliği itibarıyla tam eda davasıdır (Pekcanitez, s.31; Simil, s.23, 111)", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/6872, K: 2022/17896, T: 27.12.2022, www.lexpera.com, s.e.t. 20.03.2024; "Belirsiz alacak davası özünde bir eda davası olup bu davada davacı, alacağının varlığının tespitini ve tamamının ödenmesine hükmedilmesini istemektedir. Belirsiz alacak davasını genel eda davasından ayıran yön, talep sonucunun zamanaşımı veya davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın artırılabilmesine imkân sağlamasıdır. Belirsiz alacak davasında davacı, alacağının miktarını veya değerini tam olarak belirleyemediği için davasının miktarını ya da değerini sonradan arttırmak üzere en düşük miktar veya değerden göstermektedir. Ancak alacağın varlığının tespiti ile karşı tarafın bunu ödemeye mahkûm edilmesi yönünden belirsiz alacak davasının genel eda davasından hiçbir farkı bulunmamaktadır.", **İsmail Avcı Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/12190, K. T. 22.02.2022, para.50, **Resmî Gazete**, S: 31815, T: 20.04.2022. Belirsiz alacak davasının istisnâ hâllerde inşâi dava olarak açılacağı yönünde bkz. **Simil** (2013), s.96-97. Belirsiz alacak davasının kısmî davanın bir türü olduğu yönünde bkz. **Kuru, Baki** (2020) Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C:I, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.433.

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için Kanun'da aranan ilk şart, davanın açıldığı sırada alacağın miktarının ya da değerinin tam ve kesin olarak belirli olmamasıdır. Bu belirsizlik, davanın açıldığı aşamada alacağın belirlenebilir olmasının imkânsız olmasından kaynaklanabileceği gibi alacaklının alacağı belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda da söz konusu olabilir. Birinci hâlde objektif, ikinci hâlde ise sübjektif imkânsızlıktan söz edilir⁵. Alacağın hangi hâllerde belirsiz sayılacağı somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği, bununla birlikte alacak miktarının ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin davacıdan beklenemediği, bunun imkânsız olduğu ya da alacağın miktarının ve değerinin belirlenebilmesinin açıkça karşı tarafın verdiği bilgi ve tahkikat sonucunda mümkün olduğu hâllerde alacağın belirsiz sayılacağı, Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir⁶. Alacağın miktar ya da değeri üzerinde tarafların uzlaşmaya varamamasının, alacağın ispatlanamıyor olmasının ya da yargılama sırasında bilirkişiye başvurulmasının gerekliliğinin, alacağın belirsiz olduğunun kabulü için yeterli olmadığı da yine yargı kararları ile ifade edilmiştir⁷.

⁴ **Simil** (2013), s.236; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.331; **Tanrıver** (2024), s.665. Belirsiz alacak davasının istisnai nitelikte bir dava olduğu yönünde ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/847, K: 2021/1674, T: 14.12.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2021/485, K: 2021/971, T: 07.07.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

⁵ **Pekcanitez** (2011), s.43 vd.; **Simil** (2013), s.218 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.227-228; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.304; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.332; **Budak/Karaaslan**, s.160.

⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E: 2016/6, K: 2017/5, T: 15.12.2017, **Resmî Gazete**, S: 30473, T: 29.06.2018. Benzer şekilde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/592, K: 2022/706, T: 24.05.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/17925, K: 2023/2356, T: 15.02.2023; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2022/85, K: 2022/2859, T: 08.03.2022, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

⁷ "26. Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyumsuzluk bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Esas olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Sadece alacak miktarında taraflar arasında uyumsuzluk bulunması ya da miktarın tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması hâlinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır.

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için öngörülen diğer şart ise dava dilekçesinde, talep sonucuna ilişkin olarak asgarî miktar ya da değer gösterilmesidir. Bu kapsamda, davacının herhangi bir miktarı değil, davanın açıldığı esnada dava konusuna ilişkin olarak belirleyebildiği ya da belirlemesinin kendisinden beklendiği asgarî miktar ve değeri belirtmiş olması gerekir⁸. Asgarî miktar ya da değer doğru bir biçimde belirlenmesi önemlidir. Zira, alacağın belirlenebilir hâle gelmesinden sonra hâkim tarafından verilen kesin sürede davacı talep miktarını değiştirmese yargılamaya dava dilekçesinde gösterilen asgarî miktar üzerinden devam edileceği, 107'nci maddede 7251 sayılı Kanun⁹ ile yapılan değişik-

27. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlemesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde elindeki delillerle mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir, ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.

28. Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabilmesi kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılmaz.

29. Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Alacağın hangi hâllerde belirsiz, hangi hâllerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından, belirsiz alacak davasına ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gereklidir⁸, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2021/192, K: 2023/157, T: 01.03.2023, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2022/85, K: 2022/2859, T: 08.03.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/3210, K: 2022/4348, T: 12.04.2022, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

⁸ Pekcanitez (2011), s.48; Simil (2013), s.107, 261; Pekcanitez (2013), s.944-945; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s.984-985; Tanrıver (2024), s.669; Pekcanitez (2017), s.1044; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.228; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.304; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.333-334; Budak/Karaaslan, s.158.

⁹ Resmî Gazete, S: 31199, T: 28.02.2020.

likle açıkça düzenleme altına alınmıştır (HMK m. 107/2, c. 2). Ayrıca, davacının yargılamanın başında yatırması gereken harcın tutarı, dava dilekçesinde gösterilen asgarî miktara göre belirlenir¹⁰. Alacağın tam ve kesin olarak belirlenmesinden sonra ise harca ilişkin eksikliğin tamamlanması gerekir (bkz. HK m. 30). Belirsiz alacak davasının niteliği gereği, davanın başında yatırılması gerekli olan bir miktar yargılama giderinin ertelenerek yargılamanın devamında tamamlanması söz konusu olmaktadır. Bu hâlde, kanun koyucunun amacı davacının lehine bir durum yaratmak değildir. Bu sonuç alacak miktarının ya da değerinin belirsizliğinden kaynaklanmakta olduğundan, dava dilekçesinde gösterilen asgarî miktarın düzgün şekilde belirlenmemesi ya da belirlenebilecek miktardan daha azının gösterilmiş olması, en başta dürüstlük kuralına aykırıdır. Ayrıca, davalı açısından ortaya çıkan eşitsizlik nedeni ile bu durumun adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturduğu da öğretide haklı olarak dile getirilmiştir¹¹. Dava dilekçesinde gösterilen geçici miktar ya da değer, gerçekte o ana kadar belirlenebilen miktar ve değere uygun olup olmadığı mahkemece re'sen incelenmeli ve eksiklik bulunduğu tespit edilirse Harçlar Kanunu'nun 30'uncu maddesi gereğince yargılamaya yalnızca o duruşma için devam edilip sonraki duruşmalar için eksiklik tamamlanmadığı müddetçe yargılamaya devam edilmemelidir¹².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinin ikinci fıkrasında, yapılacak tahkikat neticesinde alacağın belirlenebilir hâle gelmesi üzerine hâkim tarafından verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın talep miktarını tam ve kesin olarak belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Esasen, davacı belirsiz alacak davasını açarken miktarını belirleyemese de alacağının tamamını talep ettiğinden, tahkikat aşamasında talep sonucunun genişletildiğinden bahsedilemez. Burada, başlangıçta tamamı talep edilen belirsiz alacağın, miktarının tam ve kesin hâle getirilmesi

¹⁰ Pekcanitez (2011), s.57; Yılmaz (2012), s.99; Simil (2013), s.268, 327; Pekcanitez (2013), s.938; Tanrıver (2024), s.669; Pekcanitez (2017), s.1044; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.228; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.333-334.

¹¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.334.

¹² Pekcanitez (2011), s.57; Simil (2013), s.263-265; Pekcanitez (2013), s.945; Pekcanitez (2017), s.1045, 1073-1074.

söz konusudur¹³. Talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi, yargılama giderlerine hükmedilebilmesi ve hükmün kanun yoluna tâbi olup olmadığının belirlenmesi açısından da önem taşır¹⁴. Öngörülen kesin süre içinde talep sonucunun değiştirilmemesi hâlinde, dava dilekçesinde gösterilen miktar ve değer üzerinden yargılamaya devam edilerek karar verilir (HMK m. 107/2, c. 2).

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için aranan üçüncü şart ise uyumsuzluğa sebebiyet veren hukukî ilişkinin de dava dilekçesinde gösterilmiş olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu maddesi uyarınca, davacının iddiasının dayanağını oluşturan bütün vakıaların dava dilekçesinde gösterilmiş olması gerekir. Belirsiz alacak davaları bakımından da miktar ya da değeri belirlemeyen alacak talebinin dayanağını oluşturan maddî vakıalar dava dilekçesinde sıra numarası altında gösterilmelidir¹⁵. Zira bu hâlde belirsiz olan alacağın miktar ve değeri olup vakıaların ileri sürülebilmesi bakımından herhangi bir belirsizlikten bahsedilemez¹⁶.

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için aranan son şart ise davacının bu davayı açmasında hukukî yararının bulunmasıdır. Esasen bu şartın varlığı, yalnızca belirsiz alacak davası için değil diğer bütün dava türleri ve hatta bütün usûlî talepler bakımından mecburîdir. Davacının, korunmaya değer, güncel, meşrû bir talebinin bulunması ve başvurulmuş yolun söz konusu korumayı en hızlı ve en kolay şekilde sağlayacağı hâllerde, hukukî yararın varlığından söz edilir¹⁷. Belirsiz alacak davası ile alacağın miktar ya da değerinin yargılama sırasında belir-

¹³ Bununla birlikte, alacağın belirli hâle gelmesinden sonra miktarının veya değerinin kesinleştirilmesi için ileri sürülen talepte eksiklik bulunması durumunda, bu eksikliğin giderilmesi ancak karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah yolu ile mümkündür. Bkz. **Pekcanitez** (2011), s.56; **Yılmaz** (2012), s.101; **Simil** (2013), s.296 vd.; **Pekcanitez** (2013), s.948; **Pekcanitez** (2017), s.1066; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.305; **Ercan Özler**, s.320.

¹⁴ **Simil** (2013), s.327 vd.; **Pekcanitez** (2017), s.1044.

¹⁵ **Pekcanitez** (2011), s.49; **Yılmaz** (2012), s.99; **Simil** (2013), s.237; **Aslan/Akyol Aslan/Kiraz**, s.983; **Pekcanitez** (2013), s.945; **Pekcanitez** (2017), s.1050; **Tanrıver** (2024), s.669.

¹⁶ **Pekcanitez** (2011), s.49; **Pekcanitez** (2013), s.945; **Pekcanitez** (2017), s.1050.

¹⁷ **Hanağası, Emel** (2009) Davada Menfaat, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.26; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.319-320. Benzer şekilde bkz. **Tanrıver** (2024), s.529.

lenmesi amaçlanmaktadır¹⁸. Diğer bir ifade ile yargılama sonunda alacağın ifasına yönelik bir eda hükmüne karar verilebilmesi, tahkikatın tamamlanmasından önce alacağın belirli hâle getirilmesi şartına bağlıdır. Eda davasından farklı olarak davacının mahkemeden öncelikle alacağın belirli hâle getirilmesini, daha sonra ifasına karar verilmesini talep ettiği belirsiz alacak davalarında korunmaya değer hukukî menfaat, bu belirsizliğin giderilmesi talebine ilişkindir¹⁹. Alacağın miktarının ya da değerinin davanın açıldığı sırada tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmasına karşın belirsiz alacak davası açılması hâlinde, hukuken korunmaya değer bir menfaat bulunmakla birlikte bu korumanın sağlanması için tercih edilen yol hukukî korumanın niteliğine uygun olmadığından davanın hukukî yarar eksikliğinden reddi gerekir²⁰. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açılması hâlinde davanın hukukî yarar eksikliği nedeni ile reddedilmiş olması, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir²¹.

¹⁸ **Simil** (2013), s.236.

¹⁹ **Simil** (2013), s.236.

²⁰ **Yılmaz** (2012), s.95; **Simil** (2013), s.236; **Aslan/Akyol Aslan/Kiraz**, s.1016-1017; **Pekcanitez** (2017), s.1054; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.305-306. Davanın açıldığı anda alacağın miktar ve değerinin tam veya kesin olarak belirlenebildiği durumlarda da davanın açılmasında hukukî yararın bulunduğu, bu durumda açılan davaya kısmî veya tam eda davası olarak devam edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Budak/Karaaslan**, s.161; hâkimin hukuku uygulama görevi çerçevesinde açılan davaya kısmî dava olarak devam edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kuru** (2020), s.438; bu durumda örtülü kısmî davanın mevcudiyeti de kabul edilemiyor ise hâkimin hukukî nitelendirmeye bağlı olmadığı için vereceği ara kararı ile yargılamaya eda davası olarak devam etmesi gerektiği yönünde bkz. **Tanrıver** (2024), s.670.

²¹ Bkz. **İsmail Avcı Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/12190, K. T. 22.02.2022, para.69 vd., **Resmî Gazete**, S: 31815, T: 20.04.2022; **Faysal Çifçi ve Diğerleri Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/17969, K. T. 08.06.2023, para.21, **Resmî Gazete**, S: 32331, T: 06.10.2023. Söz konusu kararlarda Anayasa Mahkemesi, belirsiz alacak davasının özünde bir eda davası olmasından hareketle belirli alacaklar bakımından belirsiz alacak davası açılması hâlinde, ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacıya süre verilerek talep sonucuna ilişkin eksikliğin giderilmesinin talep edilebileceğini, dava şartı eksikliğinin giderilebilir olduğu hâllerde öncelikle bu eksikliğin tamamlanmaya çalışılması gerektiğini ifade ederek davanın hukukî yarar eksikliği yönünden reddinin hem zamanaşımına ilişkin maddî hukuktan kaynaklanan sorunlara sebebiyet vermesi hem de yeniden dava açmaya zorlanması nedeni ile davacı bakımından aşırı külfetli olduğunu kabul etmiştir. Her ne kadar kararın değerlendirilmesi çalışma kapsamını aşsın olsa da

B. KISMİ DAVADAN FARKI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109'uncu maddesi ile düzenlenen kısmî dava, dava konusunu aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan, bölünebilir bir edimin oluşturduğu durumlarda, dava konusunun şimdilik bir bölümünün talep edilebildiği, eda davasının özel bir türü olarak tanımlanmaktadır²².

Kısmî dava açılabilmesinin şartları; dava konusu edimin bölünebilir olması²³, alacağın aynı hukukî ilişkiden doğmuş ve muaccel bulunmasıdır²⁴. Bağımsız nitelik-

bahsi geçen kararlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin yanlış yorumlandığı belirtilmelidir. Zira 119'uncu maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme, talep sonucunun gösterilmiş olması hâlinde uygulanabilir (bkz. **Özkes, Muhammet** (2014b) "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C:16, S:Özel, s.278) buna karşın talep sonucunda gösterilen miktarın eksik olduğu hâllerde ise davacıya süre verilmesi mümkün değildir. Talep sonucunu artırmak isteyen tarafın iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağından önce serbestçe, yasağın başlamasından sonra ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah yolu ile bunu gerçekleştirilebilmesi mümkün olup, hâkim talep sonucunun artırılması hususunda tarafa herhangi bir yönlendirmede bulunamaz. Aksi kabul silahların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil eder. Ayrıca, 115'inci maddenin ikinci fıkrası tamamlanabilir dava şartları bakımından geçerli olup, hukukî yarar eksikliği ise tamamlanabilir bir dava şartı değildir (**Hanağası**, s.323; **Pekcanitez** (2017), s.948). Dava şartlarının ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi gerektiği düşünüldüğünde, talep sonucuna göre davanın başında elverişli olmayan bir yolun tercih edilmesi üzerine, talep sonucunun değiştirilmesi için karşı tarafın iznine ya da ıslah yoluna başvurmaya ihtiyacı bulunan davacıya, bu haklarını kullanabilmesi için süre verilmesi ve bu yolla dava türünün değiştirilerek hukukî yarar eksikliğin giderilebilmesi de mümkün gözükmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarına rağmen Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ise belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açılması üzerine davanın hukukî yarar eksikliği nedeni ile usûlden reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2023/6003, K: 2023/12818, T: 25.09.2023, www.lexpera.com, s.e.t. 23.05.2024.

²² **Tanrıver, Süha** (2011) "Kısmî Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler", Makalelerim II, s.95; **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis** (2011) Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul, Beta, s.212; **Simil** (2013), s.98; **Akil**, s.63; **Pekcanitez** (2017), s.990; **Tanrıver** (2024), s.656; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası**, s.301; **Budak/Karaaslan**, s.156; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.342. Kısmî dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, s.63 vd. Tespit davalarının da kısmî davaya konu olabileceği yönünde bkz. **Yılmaz** (2012), s.88. Menfi tespit davasının kısmî dava olarak açılacağı yönünde ayrıca bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2017/11385, K: 2019/876, T: 07.02.2019, www.lexpera.com, s.e.t. 23.05.2024.

²³ Edim konusu şeyin niteliğinde bir değişiklik ya da esaslı bir azalma olmaksızın parçalara bölünebildiği durumlarda edimin bölünebilir olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, s.109; **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal** (2022) Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara, Yetkin, §11, para.40.

teki bir alacağın²⁵ yalnızca bir kısmının talep edildiği hâllerde kısmî dava açılabilir²⁶. Ayrıca bütün usûlî talepler bakımından geçerli olduğu üzere kısmî dava bakımından da hukukî yararın bulunması gerekir²⁷. Bu çerçevede yargılama giderlerinden tasarruf etmek²⁸ ya da yargılama giderlerine mahkûm olma riskini en aza indirmek²⁹, kısmî dava açılabilmesi için gerekçe oluşturabilir. Ancak kısmî dava açılabilmesinin sınırını hakkın kötüye kullanımı ve dürüstlük kuralı oluşturduğundan davacının alacağı küçük parçalara bölerek talep edememesi gerekir³⁰.

²⁴ **Akil**, s.65 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109^üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz*” şeklindeki hüküm 6644 sayılı Kanun'un 4^üncü maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından artık kısmî dava açılırken bu şart aranmaz.

²⁵ Bağımsız bir alacağın tespiti, yalnızca hukukî ilişki dikkate alınarak yapılamaz. Aynı hukukî ilişkiden kaynaklanmakla birlikte tek başına ve ayrı ayrı dava konusu kılınabilen taleplerden her biri bağımsız bir usûlî talep olarak nitelendirilir (Bkz. **Bulut, Uğur** (2017) Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara, Adalet, s.31-33). Dolayısıyla, aynı hukukî ilişkiden doğmakla birlikte farklı bir hukukî sebebe ya da maddî vakiyaya dayanması nedeni ile farklı usûlî taleplerin konusunu oluşturan alacakların ayrı ayrı talep edilmesi kısmî davaya vücut vermez. Bu çerçevede, örneğin işçi ve işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinden kaynaklanmakla birlikte kıdem ve ihbar tazminatının ya da fazla mesai ücretinin ayrı ayrı dava konusu kılınması, kısmî dava açıldığı anlamını taşımaz. Bu alacaklar her ne kadar aynı hukukî ilişkiden doğmuş olsa da bağımsız birer alacak niteliğini haizdir. Benzer şekilde asıl alaktan bağımsız olarak talep edilebileceği için faiz gibi fer'î talepler de bağımsız usûlî talep olarak kabul edilir (Bkz. **Üstündağ, Saim** (1967) İddia ve Müdafaaın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, Cezaevi Matbaası, s.162; **Bulut**, s.40-41; **Pekcanitez** (2017), s.991; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.301. Benzer şekilde bkz. **Eren**, s.1001; **Eren/Dönmez**, m. 88, para.5). Faiz talep edilmeksizin alacağın tamamının talep edildiği bir dava, kısmî dava olarak nitelendirilemez. Bu nedenle kısmî davanın aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağın şimdilik bir bölümünün istenmesi olarak tanımlanması, kanaatimizce yanlıcıdır.

²⁶ **Akil**, s.69; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.301; **Tanrıver** (2024), s.656.

²⁷ **Tanrıver** (2011), s.97; **Pekcanitez** (2017), s.991, 997; **Tanrıver** (2024), s.657; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.301; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.224.

²⁸ **Akil**, s.114. Salt yargılama giderlerinden tasarruf etmek amacı ile kısmî dava açılmayacağı, bu şekilde açılan davada hukukî yarardan değil ancak ekonomik yarardan bahsedilebileceği hakkında bkz. **Tanrıver** (2024), s.657.

²⁹ **Pekcanitez** (2017), s.989; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri**, s.302. Benzer şekilde bkz. **Hanağası**, s.265.

³⁰ **Tanrıver** (2011), s.97; **Akil**, s.114; **Simil** (2013), s.102; **Pekcanitez** (2017), s.998; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri**, s.302; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.224.

Kısmî davadan söz edilebilmesinin bir diğer şartı ise alacağın bakiye kısmından açıkça feragat edilmemiş olmasıdır³¹. Dava açılırken, talep konusu dışında bırakılan miktardan açıkça belirtilmediği sürece feragat edildiği anlamına gelmeyeceği 109^üncü maddenin üçüncü fıkrası ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, konusunu bölünebilir nitelikli edimlerin oluşturduğu her eda davası kısmî davaya dönüşmeye elverişlidir³². Velew ki dava konusu dışında kalan kısımdan açıkça feragat edilsin. Kısmî davanın talep sonucu, yalnızca davaya konu kılınan miktara ilişkin olduğundan, aynı davada talep sonucunun artırılması iddianın genişletilmesine ilişkin genel kurallara tâbidir. Diğer bir ifade ile başlangıçta dava konusu kılınmayan miktarın, aynı davada karşı tarafın açık muvafakati ya da islah yolu ile talep edilebilmesi ya da ayrı bir davaya (ek dava)³³ konu kılınması gerekir³⁴.

³¹ **Akil**, s.103-104.

³² Dava dilekçesinden açılan davanın kısmî dava olarak açıldığıının açıkça anlaşılmadığı hâllerde dahi yargılama devam ederken talep sonucunun artırılması ya da ek dava açılması hâlinde, örtülü kısmî davadan söz edileceği yönünde bkz. **Pekcanitez** (2017), s.1000. Benzer şekilde bkz. **Tanrıver** (2011), s.99-100; **Akil**, s.108; **Tanrıver, Süha** (2020) “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBBD*, S:147, s.138; **Tanrıver** (2024), s.660; **Ercan Özler**, s.343-344; **Budak/Karaaslan**, s.157. Örtülü kısmî davadaki kesin hüküm etkisinin yalnızca dava konusu kılınan miktar üzerinde doğacağı yönünde bkz. **Tanrıver** (2011), s.108; **Akil**, s.245; **Pekcanitez** (2017), s.1004; **Tanrıver** (2024), s.661. Dava dilekçesinden alacağın yalnızca bir bölümünün talep edildiğinin anlaşıldığı durumlarda kısmî dava açılabilceğini; aksi durumda hükmün kesinleşmesi üzerine kalan miktarın kesin hüküm nedeni ile artık talep edilemeyeceğini savunan aksi yöndeki görüş için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.343. Davanın kısmî dava olduğunu başlangıçta belirtmeyen davacının, bu davadaki hükmün kesinleşmesinden sonra alacağın geri kalan kısmını kesin hüküm engeli nedeni ile talep edemeyeceği; buna karşın bakiye kısmına ilişkin talebini hükmün henüz kesinleşmesinden önceki aşamada ileri sürececek ise ilk davanın kısmî dava olduğunu belirtmesine gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Pekcanitez** (2011), s.68-69.

³³ Ek davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi tarafından yakın zamanda verilen bir kararda aksi kabulün mahkemeye erişim hakkını orantısız şekilde sınırlamak anlamını taşıyacağı sonucuna varılmıştır. Söz konusu kararda, iş kazasından kaynaklı olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde kısmî olarak açılan davanın ardından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesi üzerine belirsiz alacak davası olarak ikinci davanın açıldığı, bu davada alınan bilirkişi raporuna göre de talep artırımının gerçekleştiği, bununla birlikte bölge

Belirsiz alacak davası ile kısmî dava arasındaki en temel fark talep sonucuna ilişkin olup, belirsiz alacak davasında alacağın tamamı davaya konu edilmekte iken; kısmî davada alacağın şimdilik yalnızca bir kısmının ifası istenmektedir³⁵. Davacının alacağın belirli bir kısmını dava konusu kılması nedeni ile kısmî davada, belirsiz alacak davasından farklı olarak, alacağın tamamı için değil yalnızca dava konusu kılınan miktar bakımından derdestlik sonucu ortaya çıkar³⁶. Yine, sonradan iddianın genişletilmesi yollarından herhangi biri ile talebin artırılmadığı durumlarda, yalnızca başlangıçta davaya konu edilen kesim bakımından maddî

adliye mahkemesince yapılan incelemede davanın ek dava niteliğinden bahisle söz konusu talep artırımının ıslah hakkının kullanımı olarak değerlendirildiği, kazanın gerçekleşmesi tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra talep edilen miktar bakımından davanın reddinin gerektiğine karar verildiği; tazminatın belirlenebilmesinin ancak bilirkişinin yapacağı teknik inceleme sonucunda mümkün olduğu, alacağın davanın açıldığı anda belirlenebilir olmadığı, zarar miktarının kazanın gerçekleşmesinden on bir yıl sonra tespit edilmesinin başvuru konusundan kaynaklandığının söylenemeyeceği, ikinci davanın açıldığı sırada belirsiz alacak davasına ilişkin hükmün yürürlükte bulunduğu ve uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı, bu şekilde açılan davanın ilk davanın devamı olarak nitelendirildiği ve bu sebeple belirsiz alacak davasına ilişkin hüküm yürürlükte bulunmasına rağmen uygulanmadığı gerekçe gösterilerek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz. **Çetin Akboğa Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/430, K.T. 23.03.2023, **Resmî Gazete**, S: 32199, T: 23.05.2023. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde yapacağı incelemenin, kanun yolu denetiminden farklı olduğu, bu çerçevede başvuru konusu olayın ispatı, delillerin kabul edilebilirliği ya da denetlenmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması gibi hususların bireysel başvuruya konu olamayacağı Mahkeme'nin önceki kararları ile ortaya konulmuş olmasına karşın (bkz. **Gündoğdu, Süleyman Burak** (2021) Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.84 vd.) bahsi geçen kararda uyuşmazlığın belirsiz alacak davasına vücut vereceği tespit edilerek bunun üzerine yapılan değerlendirme, bireysel başvuru ile Mahkeme'ye tanınan yetkilerin aşılması anlamını taşımaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce de kısmî davaya konu edilmeyen kısım bakımından, alacağın tamamının kısmî davaya ilişkin yargılamada belirli hâle gelmemesi durumunda, belirsiz alacak davası açılabilir. Bu konuda ayrıca bkz. **Simil** (2013), s.118.

³⁴ **Simil** (2013), s.106, 111; **Akil**, s.242; **Tanrıver** (2024), s.661; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.225; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.302; **Pekcanitez** (2017), s.1007.

³⁵ **Simil** (2013), s.105 vd.

³⁶ **Simil** (2013), s.111-112; **Akil**, s.199 vd.; **Pekcanitez** (2017), s.1003. Ancak bu hâlde dahi hukukî ilişkinin tamamı tespit edildiği için kısmî dava devam ederken tespit davası açılmayacağı yönünde bkz. **Tanrıver** (2024), s.658-660.

anlamda kesin hüküm etkisinden söz edilir³⁷. Belirsiz alacak davasında, davanın başında alacağın tamamının edası talep edildiğinden sonradan artırılan kısım bakımından da zamanaşımı davanın açıldığı anda kesilmiş sayılır³⁸. Benzer şekilde başlangıçta talep edilmesi şartı ile bütün alacak kesimi bakımından faiz, davanın başından itibaren işler³⁹. Kısmî davada ise yalnızca dava konusu kılınan miktar yönünden zamanaşımı kesilir⁴⁰. Daha önce başlamamış olmak koşulu ile cevap dilekçesinin davalıya tebliği anından itibaren işlemeye başlayan temerrüt faizinin hesabında da yalnızca bu alacak kesimi dikkate alınır⁴¹. Bununla birlikte, 2019 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince dava dilekçesinde faiz talep edilerek açılan kısmî davada talep sonucunun ıslah yolu ile artırılması hâlinde artırılan miktar bakımından ayrıca faiz talep edilmese de dava dilekçesindeki talebe bağlı kalınarak faize hükmedilmesi gerekir⁴². Bu noktada, Yargıtay, başlangıç-

³⁷ **Akil**, s.245; **Tanrıver** (2024), s.661; **Pekcanitez** (2017), s.1004. Bununla birlikte, özellikle kısmî davanın esastan reddine yönelik olarak verilen hükmün kesinleşmesinden sonra ek davanın açıldığı durumlarda, ilk davayı inceleyen mahkemenin hukukî ilişkiye yönelik tespitleri, ek davayı inceleyen mahkeme bakımından bağlayıcıdır Bkz. **Tanrıver** (2024), s.662; **Budak/Karaaslan**, s.157. Benzer şekilde bkz. **Pekcanitez** (2017), s.1004-1105. Aksi yönde bkz. **Akil**, s.188 vd.

³⁸ **Pekcanitez** (2011), s.59, 71; **Yılmaz** (2012), s.100; **Simil** (2013), s.354 vd.; **Budak**, s.84; **Pekcanitez** (2013), s.936; **Pekcanitez** (2017), s.1067; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.305; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.230; **Budak/Karaaslan**, s.158-159; **Tanrıver** (2024), s.674.

³⁹ **Pekcanitez** (2011), s.73; **Simil** (2013), s.346-347; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.306; **Tanrıver** (2024), s.674-675.

⁴⁰ **Pekcanitez** (2011), s.70; **Yılmaz** (2012), s.88; **Simil** (2013), s.112; **Akil**, s.288; **Pekcanitez** (2013), s.934; **Kuru** (2020), s.431; **Tanrıver** (2024), s.661; **Pekcanitez** (2017), s.1008; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.303-304. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat taleplerinde zarar miktarının bilirkişi raporu ile tespit edildiği durumlarda, zamanaşımının da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı yönünde bkz. **Pekcanitez** (2017), s.1013. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2016/896, K: 2016/332, T: 16.03.2016, www.lexpera.com, s.e.t. 28.03.2024. Aksi yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/523, K: 2019/70, T: 05.02.2019; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/1081, K: 2020/28, T: 21.01.2020, www.lexpera.com, s.e.t. 28.03.2024.

⁴¹ **Pekcanitez** (2011), s.72; **Simil** (2013), s.115; **Pekcanitez** (2013), s.934; **Tanrıver** (2024), s.661; **Pekcanitez** (2017), s.1014.

⁴² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E: 2017/8, K: 2019/3, T: 24.05.2019, **Resmî Gazete**, S: 30901, T: 27.09.2019.

taki faiz talebinin alacağın tamamına teşmil edileceğini kabul ettiğinden en azından faiz bakımından belirsiz alacak davasına benzer bir sonucun ortaya çıktığı düşünülebilir. Ancak söz konusu kararın faizin talep edilip edilmemesi ile ilişkili olup faizin işleme anına yönelik bulunmadığı dikkate alındığında, bu hâlde dahi faizin ıslah anından itibaren işleyeceği kabul edilmelidir⁴³.

Nihayet, belirsiz alacak davası ile kısmî dava arasında dava konusu kılınan miktar ile bağlantılı olarak derdestlik, zamanaşımı ve temerrüt anı açısından ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca, kısmî davada talep sonucunun artırılması karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah ile mümkün olduğundan belirsiz alacak davası bu yönü ile de daha avantajlıdır. Bununla birlikte kısmî davada, -eğer ıslahla talep sonucu artırılmamış ise- yalnızca talep konusu kılınan miktar üzerinden yargılama giderleri ödeneceğinden bu davanın ekonomik açıdan daha lehe olduğu söylenebilir⁴⁴.

II. BELİRSİZ ALACAKLARIN KISMÎ DAVAYA KONU OLABİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesi ile düzenlenen belirsiz alacak davası, alacağın miktar ve değerinin belirsiz olduğu durumlarda açılabilen bir davadır. Bu alacaklar yönünden kısmî dava açılabilmesinin mümkün olup olmadığı ise açıkça Kanun'da düzenlenmemiştir. Öğretide belirsiz alacakların kısmî davaya konu edilebileceği, genel olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bu kap-

⁴³ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.344.

⁴⁴ Öğretide, özellikle hâkimin takdir etmesi için alternatif hesaplamaları içeren bir bilirkişi raporunun bulunduğu durumlarda, alacağın en yüksek değer üzerinden belirli hâle getirilmesinin ardından mahkemece daha azına karar verilmesi nedeni ile reddedilen miktar yönünden yargılama giderlerine mahkûmiyet riski karşısında kısmî davanın daha güvenilir bir yol olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Gündüz, Okan** (2017) "Islahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler", YBHD, S:3, s.198.

⁴⁵ **Pekcanitez** (2011), s.68; **Yılmaz** (2012), s.102; **Simil** (2013), s.117; **Akil**, s.271; **Gündüz**, s.197-198; **Tanrıver** (2024), s.658, 675; **Pekcanitez** (2017), s.996; **Karamercan, Fatih** (2022) "Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir Mi?", İMHFD, C:7, S:12, s.86; **Arsilan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.302. 6644 sayılı Kanun değişikliğinden önceki dö-

samda belirsiz alacak davasının açılabilirdiği her durumda kısmî davanın açılabilirdiği, kısmî davanın açılabilirdiği her durumda ise belirsiz alacak davasının açılabilirdiğinin mümkün olmadığı dile getirilmiştir⁴⁶. Buna karşın yargı kararlarında ise yeknesak bir uygulamadan bahsedilemez.

Yargıtay'ın bazı daireleri, dava konusunu belirsiz alacağın oluşturduğu davaların belirsiz alacak davasına vücut verdiğine karar vermekte; bu doğrultuda, özellikle yargılama sırasında talep sonucunun artırılması talebi ile verilen dilekçeleri, talep artırım dilekçesi olarak değerlendirmekte; bununla ıslah hakkının tükenmediğini kabul etmekte ve bu dilekçelere yönelik olarak ileri sürülen zamanışımı iddialarını dikkate almamaktadır⁴⁷.

neme ilişkin olarak öğretilde, alacağın belirli olduğu durumlarda Kanun hükmü gereğince kısmî dava açılmasının mümkün olmadığı, belirsiz alacağın varlığı hâlinde ise kısmî dava yerine belirsiz alacak davası açılmasının davacının daha lehine olduğu, bu nedenle alacağın belirli ve belirsiz olarak nitelendirildiği durumlarda kısmî davanın açılmasının imkânsız hâle geldiği, buna karşın objektif olarak belirsiz olmamakla beraber taraflar arasında tartışmasız veya Kanun'un öngördüğü kadar açık da kabul edilemeyen alacakların belirlenebilir alacak olarak kabul edilmesi hâlinde kısmî davanın bu alacaklar yönünden açılabilirdiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Özekes, Muhammet** (2014a) "Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C:2, Ankara, Yetkin, s.1594 vd. Kuru ise belirsiz alacak davasının kısmî davanın bir türü olduğunu kabul etmekte ve belirsiz alacak davasının konusuna giren likit olmayan alacaklar yönünden 109'uncu madde ile düzenlenen kısmî davanın uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Kuru** (2020), s.436.

⁴⁶ **Simil** (2013), s.108, 110; **Tanrıver** (2024), s.675.

⁴⁷ Örneğin bkz. "Davalı-davacı kadın vekili, dava dilekçesinde "tespit edilecek bedelin sonradan artırılmak kaydıyla fazlaya ilişkin hak ve alacakları saklı kalmak üzere şimdilik 1.000,00 TL alacağın tahsilini" dava etmiş, daha sonra 16.07.2020 tarihli harcını yatırmak suretiyle sunduğu dilekçesinde "fazlaya ilişkin her türlü talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla toplam 166.684,62 TL alacağın tahsilini" istemiştir. 23.03.2021 tarihli 3 no.lu celsede taraf vekilleri ıslah taleplerinin olduğunu beyan etmişler, mahkemece ara kararlar HMK 176 gereğince bir kez ıslah yoluna başvurulacağı gerekçesiyle taleplerin reddine karar verilmiştir. Mahkemece, davalı-davacı tarafından sunulan 16.07.2020 tarihli dilekçe ıslah dilekçesi kabul edilmiş ise de, dava tarihi itibarıyla dava belirsiz alacak davası niteliğinde olduğundan 16.07.2020 tarihli dilekçenin ıslah dilekçesi değil, talep belirleme dilekçesi olduğunun kabulü gerekir. O halde, mahkemece, davalı-davacının talebinin yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2021/7039, K: 2022/3468, T: 12.04.2022; "Dava konusu taşınmazın dava tarihindeki değeri mahkemece yapılacak keşif sonucu alınacak bilirkişi

Aksi yöndeki kararlarda Yargıtay'ın bazı daireleri dava dilekçesinden belirsiz alacak davası açıldığının anlaşılmadığı durumlarda, davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesi gerektiğine⁴⁸, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁴⁹ ile bazı diğer

raporuna bağlı olmakla, dava değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafından belirlenmesi mümkün bulunmadığından davanın belirsiz alacak olarak açılması HMK'nın 107. maddesine uygun düşmektedir. Bu nedenle belirsiz alacak davasında davacının talebini arttırmasına ilişkin dilekçesi ıslah niteliğinde olmayıp dava değerinin belirlenmesine yönelik olduğu açıktır. ... Somut olayda, dava konusu taşınmazın keşfen saptanan dava tarihindeki değeri 187.000-TL olup, davacıların miras paylarına isabet eden toplam değer 62.333,00-TL'dir. Eldeki davada, davacı taraf, 45.000,00-TL değer üzerinden davayı açmış, aşamada 406,00-TL tamamlama harcı yatırarak davayı 68.773,00-TL üzerinden harçlandırmış ve tapu iptal-tescil istemleri kabul edilmez ise, davalı ...'nin ödediğini ifade ettiği 180.000,00-TL'den miras paylarına isabet eden 60.000,00-TL'nin faizi ile birlikte tahsilini talep etmiştir. Bu durumda terditli olarak talep edilen bedel istemi yönünden davacı tarafın ayrıca bir ıslah dilekçesi vermesine gerek bulunmamaktadır.", Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2021/2378, K: 2021/6938, T: 18.11.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024.

⁴⁸ Örneğin bkz. "Bilindiği gibi 6100 sayılı Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen tasarruf ilkesi gereği davacı davasını açarken, talep ettiği hukuki korumanın ne olduğunu açıkça ifade etmek zorundadır (HMK. m. 119/1-ğ). Talep sonucu hukuki dinlenilme hakkının kullanılması, davacının hukuki yararının ve açılan davanın niteliğinin tespit edilebilmesi açısından da önemlidir. Davacı, talep konusunun sadece bir kısmı hakkında hüküm elde etmek üzere bir dava açtığında mahkeme, davacının hakkının aslında daha fazla olduğunu tespit etse bile, taleple bağlılık kuralı gereği davada talep sonucu olarak gösterilen miktarı aşacak şekilde karar veremez. Açıklanan yasal düzenlemeler ışığında eldeki davada iddianın ileri sürülüş biçimi açısından somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili dava dilekçesinin konu ve talep sonucu bölümlerinde haksız haciz sonucu davaya konu aracın yediemin otoparkına çekilmesi nedeniyle "fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla" dedikten sonra, 7.800,00 TL otopark ücretinin, şimdilik 1.000,00 TL maddi tazminatın ve 30.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Dava dilekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, dilekçede yer alan açıklamalar ve talep sonucundan davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı anlaşılmamaktadır. Bu haliyle dava, kısmi dava niteliğindedir.", Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2019/2186, K: 2021/1209, T: 16.03.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024.

⁴⁹ Örneğin bkz. "Belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli şartlar bulunmakla birlikte davacı açmış olduğu davanın kısmi dava olduğunu belirtmiş ise, bu hâlde mahkeme davayı, kısmi dava olarak kabul edip yargılamayı sürdürmelidir.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/853, K: 2020/907, T: 17.11.2020, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024; "26. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağı'nın daha fazla olduğu anlaşılıyor ve istem bölümünde "fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması" ya da "alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum" şeklinde bir ifadeye yer verilmiş ise, bu hu-

daireler ise belirsiz alacak davasının istisnâ niteliğini de dikkate alarak belirsiz alacak davası açılabilmesi için dava dilekçesinde bunun “açıkça” belirtilmiş olması gerektiğine; alacağın belirsiz olmasına ve yargılama sırasında sunulan diğer belgelerde davanın belirsiz alacak davası olduğunun iddia edilmesine rağmen dava dilekçesinde buna ilişkin bir açıklık bulunmuyorsa davaya 107’nci madde hükmünün uygulanamayacağına, davaya kısmî dava olarak devam edileceğine hükmetmektedir⁵⁰.

sus, davanın kısmi dava olarak kabulü için yeterli sayılmaktadır (Hukuk Genel Kurulunun 02.04.2003 tarihli ve 2003/4-260 E., 2003/271 K. sayılı kararı; ayrıca bkz..., H.: Medeni Usul Hukuku, C.II, 15. baskı, ... 2017, s.1000). 27. Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulunun 16.05.2019 tarihli ve 2016/22-1166 E., 2019/576 K., sayılı kararında da benimsenmiştir ... 29. Bu ilke ve açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili dava dilekçesinde “fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak üzere” şeklinde beyanda bulunarak 1.000 TL ihbar tazminatı, 1.000 TL kıdem tazminatı, 100 TL fazla çalışma ücreti, 100 TL yıllık izin ücreti ve 100 TL ulusal ... ve genel tatil ücreti talebinde bulunmuştur. Dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası şeklinde açıldığına dair bir beyan bulunmamaktadır. 30. Belirsiz alacak davası niteliği gereği istisnai bir dava türü olmakla davasını belirsiz alacak davası olarak açan kişi bunu açıkça dilekçesinde belirtmelidir. 31. Her ne kadar 30.10.2014 tarihli duruşmada davacı vekili “davamız belirsiz alacak davasıdır” şeklinde beyanda bulunmuş ise de; davanın türünün bu şekilde değiştirilmesine imkân bulunmamaktadır. 32. Sonuç itibariyle davanın kısmi dava şeklinde açıldığı sabittir.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2021/485, K: 2021/971, T: 07.07.2021; Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2014/439, K: 2016/207, T: 02.03.2016; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2021/660, K: 2022/1574, T: 22.11.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2021/192, K: 2023/157, T: 01.03.2023, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024.

⁵⁰ Örneğin bkz. “Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının ve hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denir. Bir kimsenin kısmi dava açıp açmadığı ancak dava dilekçesinden, davacının talep sonucundan anlaşılır. Bununla birlikte, 6100 sayılı HMK’nın 33. maddesi uyarınca; “Hâkim, Türk Hukukunu re’sen uygular”. Aynı Kanun’un 31. maddesi hükmü gereğince; davanın hukuki niteliğini belirlemek ve davayı aydınlatmak görevi hâkime aittir. Buna göre davadaki iddia, davacının talebine münhasır olup belirtilen madde hükümleri gereğince hukuki nitelendirme hâkime aittir. Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, davacı vekili dava dilekçesinin hiçbir yerinde belirsiz alacak davasından söz etmemiş, hukuki dayanak olarak HMK’nın 107. maddesine dayanmamıştır. İstisnai dava türlerinden olan belirsiz alacak davasından söz edebilmek için bunun açıkça belirtilmesi ya da davanın HMK’nın 107. maddesine göre açıldığıının anlaşılması gerekir. Dava dilekçesinde bu açıklık olmadığı sürece dava, kısmi dava kabul edilmelidir. Nitekim, dava dilekçesinden fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydı ile kısmi dava açıldığı anlaşılmaktadır. O hâlde, mahkemece; davacının dava dilekçesi ve ıslah dilekçesindeki talepleri hakkında olumlu ya da olumsuz bir de-

Çelişkiye yol açan kararlar incelendiğinde, sorunun temel kaynağının talep sonucundaki belirsizlik olduğu söylenebilir. Bununla birlikte ilk derece ya da bölge adliye mahkemelerinin kısmî dava gibi inceleyip karar verdiği bazı davalarda, alacağın miktar ve değeri belirsiz olduğu için belirsiz alacak davasının hükümlerinin uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararları verilmiştir. Bu çerçevede Yargıtay'ın bazı dairelerinin belirsiz alacaklar yönünden kısmî dava açılmayacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle öncelikle, konusunu belirsiz alacakların oluşturduğu uyuşmazlıklar bakımından, kısmî dava açılabilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmeli; bunun kabulü hâlinde ise dava dilekçesinde talep sonucunun belirsiz olduğu hâllerde ne şekilde karar verilmesi gerektiği değerlendirilmelidir.

ğerlendirme yapılmak suretiyle işin esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2021/5148, K: 2021/9250, T: 29.09.2021, www.karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t. 26.04.2024; “Dairemizin yerleşik hale gelen içtihatlarına göre, belirsiz alacak davası alacaklıya zamanaşımı ve faiz başlangıcı noktasında imkanlar sağlayan istisnai bir dava türü olup, dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının açıkça yazılı olması veya 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine dayanıldığının belirtilmesi gerekir. Alacağın belirsiz olduğunun dava dilekçesinde açıklanması bu noktada önemsizdir. Zira alacak belirsiz ise alacaklının kısmi dava veya belirsiz alacak davası açma hakkı vardır. Dava dilekçesinde “belirsiz alacak davası” açıldığı yazılı değilse veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine dayanılmamışsa, dava konusu miktarların 50-100-1000 TL gibi gösterilmesi halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilmelidir. Sonradan alacaklı tarafın davayı belirsiz alacak davası olarak nitelemesi sonuca etkili değildir. Somut uyuşmazlıkta; dava dilekçesinde, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak miktar belirtilmek suretiyle talep edilen alacak kalemleri sıralanmış, davanın kısmi ya da belirsiz alacak davası olarak açıldığı açıklanmamıştır. Belirtilen şekilde açılan davanın kısmi alacak davası olarak açıldığının kabulü gerekir. Talep edilen alacak miktarları 05.09.2016 tarihli ıslah dilekçesiyle artırılmış ve dilekçe davalılar vekiline 19.09.2016 tarihli celsede elden tebliğ edilmiştir. Davalılar vekili, 03.10.2016 tarihinde ıslaha karşı zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Davada, ıslaha karşı zamanaşımı savunması sebebiyle zamanaşımına uğrayan alacak kalemleri bulunduğu anlaşılmak ile davalının bu yöndeki açık temyiz itirazı yerinde bulunarak, hükmün ıslaha karşı zamanaşımı savunmasının değerlendirilmesi için bozulması gerekmiştir.”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/4774, K: 2021/4322, T: 18.02.2021. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/6013, K: 2022/8365, T: 28.06.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/5063, K: 2021/9200, T: 18.05.2021. Bu yönde bir bölge adliye mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BAM, 9. Hukuk Dairesi, E: 2023/707 K: 2023/1463, T: 12.09.2023, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024.

B. KANUNİ DÜZENLEME YÖNÜNDEN

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirsiz alacak davasına ilişkin hükmü, alacağın belirsiz olduğu hâllerde davacıya bu davayı açma hakkı vermekle birlikte bunu bir zorunluluk olarak düzenlememiştir. Gerçekten de 107'nci maddenin, "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*" şeklindeki lafzı dikkate alındığında, belirsiz alacak davası açılabilmesi için davacıya bir imkân tanındığı anlaşılmaktadır.

Kanun'da kısmî davanın açılabilmesi için alacağın belirli ya da belirsiz olmasına ilişkin herhangi bir şart da yer verilmemiş; alacağın niteliği itibari ile bölünebilir olması yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirli alacaklar için kısmî dava açılmasında hukukî yarar bulunmadığını düzenleyen 109'uncu maddesinin ikinci fıkrası, 6644 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Esasen kanun koyucunun bahsi geçen düzenleme ile de belirli alacaklar yönünden kısmî dava açılmasını engellemeye çalıştığı, buna karşın belirsiz alacaklar bakımından bu şekilde bir sınırlandırma öngörmediği açıktır⁵¹.

C. HUKUKİ YARAR YÖNÜNDEN

Kanunî düzenleme yönünden herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, iki dava arasındaki farklar gözetildiğinde belirsiz alacaklar için kısmî dava açılması, davacının daha aleyhine görünmektedir. Dava hakkının en önemli sınırını ise hukukî yarar oluşturur⁵². Hukukî yararın varlığı için aranan şartlardan biri de başvurulmuş yolun, hukukî sorunun çözümünde en elverişli yol olmasıdır⁵³. Diğer

⁵¹ Bu konuda öğretilde ileri sürülen bir görüşe göre, 109'uncu maddenin ikinci fıkrasının iptal edilmiş olması belirli alacaklar bakımından kısmî dava açılabilmesi için yeterli değildir; alacağın açıkça belirli olduğu hâllerde bu dava açılmaz; kısmî dava ancak alacağın belirsiz olduğu hâllerde açılabilir. Bkz. **Tanrıver** (2024), s.658.

⁵² **Hanağası**, s.59 vd.; **Tanrıver** (2024), s.529 vd.

⁵³ **Hanağası**, s.268 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.319-320; **Budak/Karaaslan**, s.176.

bir ifade ile başvuru yolu ile ulaşılmak istenen sonuçlara daha kolay, daha hızlı ve daha ucuz şekilde, aynı kapsam ve güvenlikte başka bir yol ile ulaşılmıyor olması hukukî yararın varlığı için gereklidir⁵⁴. Bu kapsamda, belirsiz alacak davası gibi daha lehe bir yol mevcut iken belirsiz alacaklar için kısmî dava açılması hâlinde, hukukî yararın mevcut olup olmadığı ayrıca incelenmelidir.

İlk olarak, hukuk yargılamasında geçerli olan tasarruf ilkesi gereğince kânda açıkça belirtilmediği müddetçe hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamaz (HMK m. 24/2). Belirsiz bir alacağın şimdilik belirlenebilen bir kısmının dava konusu kılınması, davacının hukuk düzeni tarafından daha lehine olarak kabul edilen bir hakkı kullanmaması anlamını taşır. Bu durum, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği gibi hakkın kötüye kullanılması da sayılmaz. Zira, yukarıda da açıklandığı gibi, elde edilmek istenen hukukî sonucu aynı kapsamda sağlayan başka bir yolun bulunması hâlinde hukukî yarar tartışma konusu olur. Bu aşamada talep miktarı ve taraf iradesi önem taşır. Tasarruf ilkesi uyarınca dava konusu ile bu çerçevede talep sonucunun ve hukukî korunmanın şeklinin belirlenmesi hakkı, davacıya aittir⁵⁵. Bölünebilir nitelikteki belirsiz bir alacağın tamamının mı yoksa bir kısmının mı talep edileceği -diğer bir ifade ile talep sonucunun kapsamı- davacının tasarrufundadır. Buna rağmen, hukuk sisteminde belirsiz alacaklar yönünden daha lehe bir yolun bulunması gerekçesi ile kısmî dava açılmayacağını kabul etmek, tasarruf ilkesine aykırılık teşkil eder.

Belirsiz alacak davası, sonucu itibari ile tam eda davasından farksız olduğundan, davacıya belirli alacaklar bakımından verilen seçim hakkının belirsiz alacaklar bakımından verilemeyeceğini söylemek de birbiri ile çelişir görünmektedir. Diğer bir ifade ile miktarı belirli olan alacağı için alacağının tamamının değil de yalnızca bir kısmının edasını talep etmek hususunda tasarruf hakkı bulunan davacının, alacağı belirsiz olduğunda, adeta tasarruf hakkını kısıtlayarak, yalnızca alacağının tamamını talep ve dava konusu kılabileceğini söylemek, kanaatimizce,

⁵⁴ **Hanağası**, s.268.

⁵⁵ **Meriç, Nedim** (2011) *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.91, 114.

doğru değildir. Alacağın belirlenebilen miktarı açısından ayrıca ispata ya da en azından bilirkişi incelemesine gerek duyulmadığı durumlarda, davacının alacağın belirsiz kısmının tayinini beklemeksizin o ana kadar belirlenmiş olan alacağını, daha hızlı şekilde elde edecek olması hâlinde hukukî yararının bulunmadığından bahsedilemez. Kaldı ki tasarruf ilkesi gereğince, davacının o ana kadar belirlediği miktarın tamamını değil, bu miktarın dürüstlük kuralına uygun şekilde göstereceği bir kısmını dahi talep edebilmesi mümkündür⁵⁶.

Taleple bağlılık ilkesi gereğince de benzer bir sonuca ulaşılabilir. Esasen, yalnızca belirlenebilen bir miktarın dava konusu kılındığı hâllerde, alacağın belirlenemeyen kısmı yargılamaya dahil edilmediğinden, talepten fazlasına karar veremeyen mahkemenin bu hususta bir inceleme yaparak karar verebilmesi de mümkün değildir. Belirsiz alacak davası yönünden taleple bağlılık ilkesinin aşılmasını gerektirecek bir istisnaya kanunlarda yer verilmemiştir⁵⁷.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce, kısmî dava açılmasına ilişkin diğer şartların da varlığı hâlinde belirsiz alacaklar yönünden kısmî dava açılmasında hukukî yarar mevcuttur. Öğretide de belirsiz alacaklar bakımından alacaklının belirleyebildiği miktara yönelik olarak kısmî dava açabileceği dile getirilmiştir⁵⁸. Belirsiz alacaklar bakımından kısmî ya da belirsiz alacak davası açılması hususunda davacının seçim hakkı bulunur⁵⁹.

III. DAVA DİLEKÇESİNDE DAVA TÜRÜNÜN BELİRLENMEMİŞ OLMASI

A. GENEL OLARAK

Talep sonucu, dava dilekçesinin zorunlu kapsamında yer alan, davayı diğer davalardan ayıran ve bu çerçevede hukukî yararın ve dava türünün belirlenme-

⁵⁶ **Simil** (2013), s.107.

⁵⁷ **Duran, Osman** (2020) *Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.248-249.

⁵⁸ **Simil** (2013), s.117. Benzer şekilde bkz. **Yılmaz** (2012), s.102; **Akil**, s.271; **Gündüz**, s.197-198; **Pekcanitez** (2017), s.996; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.302; **Tanrıver** (2024), s.675; **Karamercan**, s.86.

⁵⁹ **Simil** (2013), s.103; **Tanrıver** (2024), s.675.

sini sağlayan bir unsurdur⁶⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu maddesi ile talep sonucunun açık bir şekilde dava dilekçesinde gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁶¹.

Tasarruf ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda mahkeme de talebi dikkate alarak hüküm verir⁶². Belirsiz alacak davası ile kısmî dava, eda davasının birer türü olup; mahkemece verilecek hükmün kapsamı da talep sonucuna göre belirlenir. Belirsiz bir alacağın alacaklısı, alacağın dilerse şimdilik bir kısmını dilerse de şimdiye kadar belirleyebildiği miktarı göstererek tamamını talep edebilir⁶³. Bu hâlde açılan davanın kısmî dava mı yoksa belirsiz alacak davası mı olduğu, davacının talep sonucuna göre belirlenir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların seçim hakkının mahkemeye yöneltilen talebe ilişkin olduğudur. Bununla birlikte böyle bir durumda uyuşmazlığın çözümünde uygulanabilmesi muhtemel yarışan hakların varlığından ya da hukukî sebebin belirsizliğinden bahsedilemez⁶⁴. Zira bu hâlde, mahkemeye sunulan vakıalar ve talep sonucuna

⁶⁰ **Pekcanitez** (2011), s.14-15; **Özekes** (2014b), s.278; **Ercan Özler**, s.269-270; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.242; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.347; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.361. Ayrıca bkz. “Bilindiği gibi 6100 sayılı Kanun’un 24. maddesinde düzenlenen tasarruf ilkesi gereği davacı davasını açarken, talep ettiği hukuki korumanın ne olduğunu açıkça ifade etmek zorundadır (HMK. m. 119/1-ğ). Talep sonucu hukuki dinlenilme hakkının kullanılması, davacının hukuki yararının ve açılan davanın niteliğinin tespit edilebilmesi açısından da önemlidir. Davacı, talep konusunun sadece bir kısmı hakkında hüküm elde etmek üzere bir dava açtığında mahkeme, davacının hakkının aslında daha fazla olduğunu tespit etse bile, taleple bağlılık kuralı gereği davada talep sonucu olarak gösterilen miktarı aşacak şekilde karar veremez.”, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2019/2186, K: 2021/1209, T: 16.03.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 16.04.2024.

⁶¹ Belirsiz alacak davasının bu kuralın istisnası olduğu yönünde bkz. **Pekcanitez** (2013), s.936.

⁶² **Pekcanitez** (2011), s.15; **Özekes** (2014b), s.278; **Pekcanitez** (2013), s.934-935; **Karaaslan, Varol** (2014) “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, SDÜHFD (MİHBİR Özel Sayısı), C:4, S:2, s.121; **Tanrıver** (2024), s.412; **Pekcanitez** (2017), s.1150; **Özekes** (2017), s.1502.

⁶³ **Simil** (2013), s.103; **Tanrıver** (2024), s.675.

⁶⁴ Yarışan hakların varlığı hâlinde meydana gelen hayat olayını haklı kılan birden fazla hukukî sebep mevcuttur. Diğer bir ifade ile dava dilekçesinde ileri sürülen sebepler ve talep sonucu değişmemekle birlikte hukukî sebep bakımından birden fazla hukuk normunun uygulanabilmesinin mümkün olduğu durumlarda, yarışan haklardan bahsedilir. Bkz. **Kuru** (2020), s.426;

göre somut uyuşmazlığa uygulanması muhtemel birden fazla hukuk kuralı mevcut değildir. Aksine, davacı seçim hakkını kullanmakla talep sonucunu belirlemiş olacağından, artık bu sonuca göre bir yargılama faaliyeti yürütülmelidir. Diğer bir ifade ile bu durumda davanın türü hangi hükümlerin uygulanmasını gerektiriyor ise o hükümler dikkate alınır⁶⁵. Dava türüne ilişkin olarak bu şekilde

Pekcanitez (2017), s.1098; **Bolayır, Nur** (2019) Medeni Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.284; **Bolayır Nur** (2022) "Tarafların Hukukî Sebepler Üzerindeki Tasarruf Yetkileri", Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan, C:I, İstanbul, Filiz, s.548; **Tuncer Kazancı, İdil** (2023) Medeni Usûl Hukukunda Yarışan Haklara Dayanan (Mütelâhik) Davalar, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.36; **Kaynak, Seda** (2024) Medeni Usul Hukukunda Mütelâhik Dava, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s.57. Birden fazla hukukî sebebin varlığı hâlinde davacı, hukukî sebep belirtmez ya da hukukî sebeplerden her ikisine veya daha aleyhine olana dayanırsa hâkimin ne şekilde hareket edeceği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamakta, ağırlıklı olarak hâkimin uygulanabilir hükümler arasından davacının daha lehine olanı dikkate alması gerektiği, tarafın farazi iradesinin bu yönde olduğunun kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Bolayır** (2019), s.286. **Üstündağ, Saim** (2005) Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, s.463-464; **Üstündağ** (1967), s.61, **Kuru** (2020), s.426; **Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:I, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, s.1350-1352; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası**, s.315. Buna karşın taraflarca getirme ve tasarruf ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda, hâkimin tarafa herhangi bir hususu hatırlatmasının dahi mümkün olmaması karşısında davacının farazi iradesini dikkate alabilmesinin kabul edilemeyeceği, öğretide dile getirilmiş; aksi hâlde hâkimin davacının lehine ancak davalının aleyhine bir sonuca ulaşacağı ve bunun eşitlik ilkesini ihlal edeceği savunulmuştur. Bkz. **Özekes, Muhammet** (2009) "Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C:1, Ankara, Yetkin, s.765. Aynı yönde bkz. **Tuncer Kazancı**, s.243 vd. Yine öğretide bu konuda dile getirilen diğer bir görüşe göre ise Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı maddesinin uygulandığı hâller dışında hâkimin görevi talep sonucunu karşılayan hukukî sebebi uygulamaktan ibarettir. Talep sonucunu karşılayan hükmü tespit eden hâkimin ayrıca daha lehe olan hükmü tespit etmek gibi bir görevi ise bulunmamaktadır. Talep sonucunu aynı ölçüde karşılayan birden fazla hükmün varlığının tespiti hâlinde ise usûl ekonomisi gereğince daha hızlı ve basit şekilde karar verilmesini sağlayacak hukukî sebebin tercih edilmesi gerekir. Bkz. **Kaynak**, s.314 vd. Dolayısı ile hukuku re'sen uygulamak hâkimin görevi olmakla birlikte, somut uyuşmazlığın hukukî sebebine ilişkin olarak birden fazla hukuk kuralının mevcut olduğu durumlarda dahi hâkimin, sebep bildirmeyen ya da her iki sebebe birden dayanan tarafın lehine olacak bir sonucu kendiliğinden benimseyebileceği öğretide oybirliği ile kabul edilmiş değildir. Hukukî sebep yönünden böyle bir belirsizliğin bulunmadığı hâlde ise hukukun re'sen uygulanması, talepten fazlasına hükmedilmesinin gereğini oluşturamaz.

⁶⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda, davanın türünün talep sonucuna göre hâkim tarafından belirlenmesi gerektiğine, bu hâlde davacının nitelendirmesinin önem

yapılacak nitelendirme sadece hükmün kapsamı bakımından değil, tahkikat aşamasında talep artırımına ilişkin olarak mahkemeye sunulan dilekçenin niteliğine ve dolayısı ile ıslah hakkına, zamanaşımına ve temerrüt faizine ilişkin hususlarda da büyük önemi haizdir.

Çelişkiye yol açan Yargıtay kararlarının genellikle, dava dilekçesinde dava türünün açıkça belirtilmediği durumlara yönelik olduğu; temel sorunun da talep sonucunun belirsizliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır⁶⁶. Bununla birlikte bazı kararlarda ise talep sonucunun değil, alacağın belirsiz olmasından hareketle hüküm tesis edildiği görülmektedir⁶⁷. Bu iki tür kararın ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

B. DAVA TÜRÜNÜN TALEP SONUCUNDAN ANLAŞILDIĞI DURUMLARDA

Talep sonucuna göre mahkemeden istenen hukukî korumaya karar verilip verilemeyeceğinin tespiti, hukuk düzeni içerisinde bu talebin karşılığı olan bir hukuk kuralının mevcudiyetini gerektirir. Diğer bir ifade ile taraflarca ileri sürülen maddî vakıalar, uyumsuzlığa uygulanacağı tespit edilen soyut hukuk kuralının koşul vakıaları ile örtüştüğü sürece istenen hukukî koruma sağlanabilir. Uyuşmazlığa uygulanacak soyut hukuk kuralının belirlenmesi ise hâkimin görevidir. Anayasa'nın 138'inci maddesi ile hâkimlerin, Anayasa'ya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre karar vermeleri gerektiği anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesi ile de hâkimin hukuku re'sen uygulaması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu doğrultuda hâkimin, önüne gelen uyumsuzlıkla ilgili olarak uygulanacak hukuk kuralı-

arz etmediğine vurgu yapmış; şayet talep sonucu belirli kısımları açısından birden fazla dava türünün tanımı ile benzer unsurları içeriyorsa hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında bu hususta davacıdan açıklama istemesi gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/592, K: 2022/706, T: 24.05.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/17-853, K: 2020/907, T: 17.11.2020, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

⁶⁶ Örneğin bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2014/439, K: 2016/207, T: 02.03.2016, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

⁶⁷ Örneğin bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/4774, K: 2021/4322, T: 18.02.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 16.04.2024.

nı tespit ederek somut vakıaları bu kurala atılması ve böylece hukuk kuralının öngördüğü hukukî sonucun somut olayda ortaya çıkıp çıkmadığına karar vermesi gerekir.

Hukuku uygulamak hâkimin görevi olmakla birlikte somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi açısından tarafların herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı söylenemez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca, taraflarca hazırlanması gereken dava ve cevap dilekçelerinde hukukî sebebin de gösterilmesi gerekir⁶⁸ (HMK m. 119/1, g, m. 129/1, f). Hukukî sebep, mahkemeden istenen hukukî korumaya dayanak teşkil eden, iddia ya da savunmayı haklı kılan soyut hukuk kurallarıdır⁶⁹. Her ne kadar somut uyuşmazlık açısından uygulanacak hukuk kuralını belirleme görevi hâkime verilmiş de olsa tarafların da mahkemeden talep ettikleri hukukî korumayı elde edebilmek için iddia yükünü yerine getirmeleri, bir diğer anlatımla hukukî korumanın dayanağını oluşturan hukuk kuralının koşul vakıalarına karşılık gelen maddî vakıaları mahkemeye sunmuş olmaları gerekir⁷⁰. Dolayısı ile somut uyuşmazlık bakımından uygulanacak hukuk kuralı, öncelikle taraflarca tespit edilmekte ve dilekçeler de bu kuralda aranan koşul vakıalara göre düzenlenmektedir. Buna karşın, tarafların taleplerini dayandırdıkları hukukî sebepler mahkemeyi bağlamaz⁷¹. Mahkeme sunulan vakıalar ile talep sonucunu dikkate alarak somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralını re'sen araştırmakla ödevlidir.

⁶⁸ Hukukî sebeplerin dava ve cevap dilekçesinin zorunlu unsurlarından sayılıp sayılmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerdeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır** (2019), s.251 vd.

⁶⁹ **Kuru, Baki** (1967) "Hukuk Usulünde Dâva Sebebi", *Adalet Dergisi*, Y:58, S:4, s.242-243; **Özekes** (2009), s.750; **İyilikli, Ahmet Cahit** (2013) "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", *TBB*, S:106, s.147; **Bolayır** (2019), s.40-41; **Kuru** (2020), s.457; **Tanrıver** (2024), s.708; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.346; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.360.

⁷⁰ **Özekes** (2009), s.757 vd.; **Tanrıver** (2024), s.433-434, 708, 714; **Tuncer Kazancı**, s.244-245. Benzer şekilde bkz. **Pekantez** (2017), s.1148; **Bolayır** (2019), s.260 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.361.

⁷¹ **Kuru** (2020), s.457; **Erdönmez**, s.833; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.346; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s.241; **İyilikli**, s.149; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.361.

Hukukî sebebin belirlenmesi ve bu kapsamda hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi, belirsiz alacakların hem kısmî davaya hem de belirsiz alacak davasına konu kılınabilmesi mümkün olduğundan, bu alacaklar yönünden ayrı bir önemi haizdir. Belirsiz alacağa ilişkin bir davada, dava dilekçesinde davanın türünün açıkça belirtilmesinin gerekip gerekmediği sorunu, bu çerçevede çözümlenebilir. Öğretide ileri sürülen bir görüş, dava dilekçesinde, davanın adının belirtilmiş olmasının uygulanacak usûlî ve maddî hükümlerin tespiti bakımından hâkime yol gösterebileceği, bununla birlikte davanın türünü belirlemenin hâkimin görevi olduğu yönündedir⁷². Benzer şekilde bir başka görüşe göre de davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı dava dilekçesinde açıkça gösterilmek zorunda olmayıp dilekçenin içeriğinden belirsiz alacak davasının tanımına uygun bir davanın açıldığı anlaşılabilirse dava belirsiz alacak davası olarak kabul edilmelidir⁷³. Zira hukukî nitelendirme hâkime aittir⁷⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği kararlarda ise dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının açıkça belirtilmiş olması gerektiğine işaret edilmiştir⁷⁵.

Hâkimin hukuku uygulama görevi maddî hukuk kuralları ile sınırlı değildir; usûl hukukuna ilişkin kuralların da hâkim tarafından araştırılıp uygulanması gerekir⁷⁶. Dava türü ise alacağın niteliği ve talep sonucu dikkate alınarak tespit edilebilir. Hâkim ancak dava dilekçesinde yer alan talep sonucu çerçevesinde bir belirleme yapabilir. Zira, hâkimin görev alanının ve bu kapsamda hukuku uygulama ödevinin sınırları, talep sonucuna göre belirlenir⁷⁷. Hâkim tarafların talepleri ile sınırlı olarak karar verebileceğinden hukuku uygulama ödevi de ancak mahkemeye yöneltilen talep sonucu ile sınırlıdır. Hâkimin tarafların hukukî

⁷² **Yılmaz** (2012), s.83.

⁷³ **Budak**, s.85.

⁷⁴ **Budak**, s.85.

⁷⁵ Örneğin bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/847, K: 2021/1674, T: 14.12.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

⁷⁶ **Tanrıver** (2024), s.431.

⁷⁷ **Bolayır** (2019), s.78.

nitelendirmesi ile bağlı olmaması talepten başkasına karar verebileceği anlamına gelmemelidir⁷⁸.

Dava türünün dava dilekçesinde açıkça belirtildiği durumlarda hâkimin tarafın talebinden farklı şekilde bir sonuca varabilmesi mümkün olmamalıdır. Kısmî dava ile belirsiz alacak davası arasındaki en temel fark, yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı gibi, talep sonucuna ilişkin olup, dava dilekçesinde davanın kısmî dava olarak açıldığıının belirtilmesi sadece dava türünü değil talep sonucunun kapsamını da belirler. Nasıl ki tarafın tespit davası olarak açtığı dava, eda davası olarak nitelendirilemiyorsa aynı şekilde kısmî olarak açılan davanın da alacağın belirsiz olduğundan bahisle belirsiz alacak davası olarak nitelendirilemiyor olması gerekir⁷⁹.

Dava türünün dava dilekçesinde açıkça belirtilmediği, ancak talep sonucundaki ifadeden davanın türünün anlaşabildiği hâller için de benzer bir sonuca varılabilir. Dava dilekçesinden belirsiz alacağın tamamının ifasının talep edildiğinin anlaşıldığı durumlarda, davanın belirsiz alacak davası olduğunun kabulü gerekir. Bu bağlamda, öğretide belirsiz alacak davasında fazlaya ilişkin hakların

⁷⁸ Özekes (2017), s.1502.

⁷⁹ Özekes (2017), s.1503. Ayrıca bkz. "...davacılar vekili, dava dilekçesinde açıkça davalılar yararına olacak şekilde dava dışı bankaya toplam 5.702.737,25 SAR (Suudi Arabistan Riyali) + 27.000 USD ödeme yaptıklarını ancak fazlaya ilişkin her türlü yasal hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 50.000 SAR'ın dava konusu edildiğini belirtmiştir. Davacı vekilinin de ifade ettiği üzere, aslında toplam alacak miktarı bilinmekte olup yalnızca bir kısmı dava konusu edilmektedir. Belirsiz alacak davası, niteliği gereği istisnai bir dava türü olmakla davasını belirsiz alacak davası olarak açan kişi bunu açıkça dilekçesinde belirtmelidir. Her ne kadar 30.06.2015 tarihli duruşmada davacı vekili "belirsiz alacak davası olarak dilekçemizi düzenledik" şeklinde beyanda bulunmuş ise de davanın türünün bu şekilde değiştirilmesine imkân bulunmamaktadır. Açıklanan şekliyle, talebin belirsiz alacak davasının özünüyle örtüşmediği açık olduğundan belirsiz alacak davasından bahsedilmesi olanağı bulunmamaktadır. Dava konusu edilen talebin kısmî davaya konu edildiği ortaya konulduktan sonra HMK'nın 109/2. maddesinin karar tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırıldığı, derhal uygulama ilkesi gereğince de alacağın anılan şekliyle dava konusu edilmesine hukukî bir engel kalmadığı belirtilmelidir. O hâlde, Özel Dairece işaret edildiği üzere davanın esasına girilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/847, K: 2021/1674, T: 14.12.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

saklı tutulmasına gerek bulunmadığı da haklı olarak dile getirilmiştir⁸⁰. Belirsiz bir alacağın şimdilik bir miktarının ifası talebi ile açılan davada ise -her ne kadar açıkça davanın kısmî dava olduğu belirtilmese de- belirsiz alacak davasına ilişkin hükmün uygulanması hâkimin hukuku re'sen uygulama ödevi ile izah edilemez. Davacı, alacağının yalnızca bir kesimini dava konusu kıldığında, hâkimin görevi yalnızca bu kısma ilişkin yargılama faaliyetini yürütmek ve ancak bu çerçevede hukuku uygulayarak karar vermektir. Kısmî dava açılmasına rağmen hâkimin, talebin artırılabilirliği yönünde yapacağı uyarının davayı aydınlatma ödevi ile izah edilebilmesi mümkün değildir⁸¹. Böyle bir davranış, tarafa yol gösterme olarak değerlendirilebileceğinden hâkimin reddi ve hukukî sorumluluğu gündeme gelebilir⁸².

C. DAVA TÜRÜNÜN TALEP SONUCUNDAN ANLAŞILMADIĞI DURUMLARDA

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu maddesi ile dava dilekçesinde "açık bir şekilde talep sonucunun" yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Cevap dilekçesi yönünden benzer bir hükme de 129'uncu maddede yer verilmiştir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, talep sonucu dava ve cevap dilekçesinin zorunlu kapsamında yer alır. Dava ve cevap dilekçesinde talep sonucuna hiç yer verilmemiş olması hâlinde hâkimin nasıl hareket etmesi gerektiği, Kanun ile düzenlenmiştir. Böyle bir durumda ilgili tarafa bu eksikliğin giderilmesi için bir haftalık kesin süre verileceği; buna karşın eksikliğin giderilmemesi üzerine da-

⁸⁰ **Simil** (2013), s.118. Aksi yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2022/397, K: 2022/701, T: 18.05.2022, www.karamercanhukuk.com, s.e.t. 10.05.2024. Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. karamercanhukuk.com/yargitay-karari/fazlaya-iliskin-haklar-sakli-kalmak-uzere-simdilik-seklinde-acilan-dava-belirsiz-alacak-davasi-seklinde-gorulebilir, s.e.t. 10.05.2024). Belirsiz alacak davasında talebin belirlenebilir hâle gelmesine karşın geçici talep sonucunu artırmayan davacının daha sonra ek dava açmasının mümkün olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. **Karamercan**, s.96 vd.

⁸¹ **Simil, Cemil** (2014) "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", Prof. Dr. Hakan Pekantez'e Armağan, DEÜHFD, C:16, S:Özel, (Basım Yılı: 2015), s.1357; **Duran**, s.130.

⁸² **Meriç, Nedim** (2009) "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", DEÜHFD, C:11, S:Özel, (Basım Yılı 2010), **Meriç** (2009), s.411; **Simil** (2014), s.1371 vd.; **Özkes** (2017), s.1503; **Duran**, s.130.

vanın açılmamış (HMK m. 119/2), cevap dilekçesinin de verilmemiş sayılacağı (HMK m. 130) Kanun'da açıkça öngörülmüştür⁸³.

Taraflar yalnızca talep sonucunun ileri sürülmesinden değil, bu talebin açık ve anlaşılır olmasından da sorumludur⁸⁴. Talep sonucunun mevcut olmakla beraber belirsiz olduğu durumlarda sorun, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde giderilmelidir⁸⁵. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, genel olarak tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerinin geçerli olduğu yargılamalarda, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının sınırları içerisinde kalmak kaydı ile uyumsuzluğa ilişkin maddî vakıalar ile talep sonucundaki belirsizlik ya da çelişkinin giderilmesine ilişkin olarak hâkime verilen bir ödev olarak açıklanabilir⁸⁶. Gerçekten de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesinde, uyumsuzluğun çözümü için zorunlu olup da maddî ya da hukukî açıdan belirsiz ya da çelişkili görülen hususlarda hâkimin taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, delil göstermelerini talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi, hukukî dinlenilme hakkının ihlaline sebebiyet verir⁸⁷. Bununla birlikte bu ödevin sınırını ise taraflarca getirilme ve hâkimin tarafsızlığı ilkeleri oluşturur⁸⁸.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamına, maddî vakıalar, deliller ve talep sonucu girer⁸⁹. Hukukî sebeplerin davayı aydınlatma ödevinin kapsamına

⁸³ Çalışma konusunun dava dilekçesindeki talep sonucuna ilişkin olması nedeni ile bu aşamadan sonra konu yalnızca 119'uncu maddenin ikinci fıkrası yönü ile ele alınacaktır. Ancak bu hükme ilişkin olarak yapılan açıklamalar benzer biçimde 130'uncu madde yönünden de kabul edilebilir.

⁸⁴ **Karaaslan** (2013), s.121; **Karaaslan** (2014), s.121.

⁸⁵ **Meriç** (2009), s.391-392; **Karaaslan** (2013), s.121; **Simil** (2014), s.1353; **Karaaslan** (2014), s.121.

⁸⁶ **Tanrıver** (2024), s.417-418; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s.194; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.167; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.125; **Budak/Karaaslan**, s.91. Davayı aydınlatma ödevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaaslan** (2013), s.29 vd.

⁸⁷ **Simil** (2014), s.1353.

⁸⁸ **Simil** (2014), s.1354. Benzer şekilde bkz. **Meriç** (2009), s.402.

⁸⁹ **Meriç** (2009), s.291 vd.; **Karaaslan** (2013), s.103 vd.; **Simil** (2014), s.1353; **Tanrıver** (2024), s.418-419; **Erdönmez**, s.820 vd.; **İyilikli**, s.103-104.

dahil olup olmadığı ise öğretilerde tartışmalıdır⁹⁰. Hukukî sebebin aydınlatma ödevinin kapsamına girmediği kabul edilse dahi, hâkimin davayı aydınlatma ödevine başvurmaksızın hukuku re'sen uygulama ilkesi çerçevesinde bir hüküm tesis edebilmesi, ancak ileri sürülen vakıaların talep sonucuna yöneldiği, tarafın iradesini doğrudan yansıttığı hâllerde mümkündür⁹¹. Buna karşın ileri sürülen vakıaların talep sonucunu karşılamadığı durumlarda, diğer bir ifade ile dava malzemesi ile talep sonucu arasında çelişkinin ya da belirsizliğin bulunduğu durumlarda, hâkimin davayı aydınlatma ödevine başvurmaksızın doğrudan hukuku re'sen uygulayarak bir sonuca varabilmesi mümkün değildir. İnceleme konusu bakımından da her ne kadar dilekçede alacağın belirsiz olduğu ifade edilmiş olsa da belirsiz alacak davası açıldığının anlaşılacağı hâllerde, hâkim hukuku re'sen uygulayarak davanın belirsiz alacak davasına vücut verdiğine ve yargılamada bu davanın hüküm ve sonuçlarının uygulanması gerektiğine karar verememelidir⁹². Zira bu hâlde belirsizlik hukukî sebebe ilişkin olmayıp talep sonucuna yöneliktir. Dava dilekçesinde asgarî bir tutar gösterilmekle birlikte bunun kısmî dava mı yoksa belirsiz alacak davası mı olduğunun anlaşılacağı durumlarda sorun, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çözümlenebilir. Bu kapsamda hâkimin görevi davacı tarafa talebini açıklatarak bu belirsizliğin ortadan kaldırılmasını sağlamaktan ibarettir. Talep sonucundaki belirsizlik, davacıya

⁹⁰ Bkz. **Meriç** (2009), s.395; **Simil** (2014), s.1354; **Karaaslan** (2013), s.119 vd.; **Tuncer Kazancı**, s.113 vd.; **Erdönmez**, s.833; **Tanrıver** (2024), s.420-421; **Kuru** (2020), s.458; **Bolayır** (2019), s.130; **İyilikli**, s.103-104.

⁹¹ **Meriç** (2009), s.394.

⁹² Bazı yargı kararlarında da benzer sonuca varıldığı görülmektedir. Örneğin bkz. “*Dairemizin yerleşik hale gelen içtihatlarına göre, belirsiz alacak davası alacaklıya zamanaşımı ve faiz başlangıcı noktasında imkanlar sağlayan istisnai bir dava türü olup, dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının açıkça yazılı olması veya 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine dayanıldığının belirtilmesi gerekir. Alacağın belirsiz olduğunun dava dilekçesinde açıklanması bu noktada önemsizdir. Zira alacak belirsiz ise alacaklının kısmi dava veya belirsiz alacak davası açma hakkı vardır.*”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/4774, K: 2021/4322, T: 18.02.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/5063, K: 2021/9200, T: 18.05.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/2673, K: 2022/6209, T: 17.05.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/5534, K: 2022/6935, T: 01.06.2022; Ankara BAM 26. Hukuk Dairesi, E: 2019/1838, K: 2021/2227, T: 25.11.2021, www.lexpera.com, s.e.t. 16.04.2024.

verilecek süre içinde davacının iradesine uygun şekilde giderilebilir⁹³. Buna karşın hâkim, tarafların yerine geçerek onların nasıl hareket etmesi gerektiğine karar veremez⁹⁴. Tarafların tasarruf yetkilerine müdahale ederek onlara belli bir usûlü dayatması, aydınlatma ödevinin sınırlarının ötesine geçilmesine ve hâkimin tarafsızlığının zedelenmesine sebep olur⁹⁵. Ayrıca yargılamanın işleyişinden ve hukuku uygulamaktan sorumlu olan hâkimin, bu görev kapsamında taraflardan herhangi birine, talebinden daha fazlasını talep edebileceğini hatırlatabilmesi mümkün değildir⁹⁶. Diğer bir ifade ile talep sonucunun değiştirilmesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında değerlendirilemez⁹⁷. Türk hukukunda vakıalara uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini sağlamak açısından hâkimin herhangi bir ödevi bulunmaz⁹⁸. Davayı aydınlatma ödevi, talep edilenin aydınlatılmasını ve belirli hâle getirilmesini sağlar. Buna karşın bu ödevin talep edilmeyen şeyin davaya eklenmesine hizmet etmek gibi bir amacı yoktur⁹⁹. Aydınlatma ödevi gerekçe gösterilerek talep sonucunun değiştirilmesi hususunda tarafa uyarıda bulunulması, taraflar arasındaki eşitliği bozacağı gibi hâkimin tarafsızlığını da zedeler¹⁰⁰.

⁹³ Bu yönde bkz. “*HMK’nın 32. maddesi çerçevesinde yargılamayı sevk ve idare ile dava türü tanımlarına ve talep sonucuna göre dava türünü doğru belirleyip buna göre yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandırmak da hâkimin görevidir. Bu konuda hâkim, davacının dilekçesinde yaptığı isimlendirmeye bağlı olmaksızın açılan davanın, eda davası, tespit davası, belirsiz alacak ve tespit davası, inşai dava, kısmi dava, terditli dava, seçimlik dava ve topluluk davası çeşitlerinden hangisi olduğunu belirleyerek yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandıracaktır. Bir davadaki talep sonucu bazı kısımları itibarıyla birden fazla dava türü tanımıyla ilgili, çakışan yani benzer unsurlar içeriyor olabilir. Bu gibi durumlarda hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacıdan açıklama isteyerek doğru dava türünü belirleyebilecektir.*”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/853, K: 2020/907, T: 17.11.2020, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024.

⁹⁴ **Karaaslan** (2014), s.126.

⁹⁵ **Karaaslan** (2014), s.126.

⁹⁶ **Meriç** (2011), s.114.

⁹⁷ **Karaaslan** (2013), s.125-126; **Simil** (2014), s.1359.

⁹⁸ **Karaaslan** (2014), s.122.

⁹⁹ **Meriç** (2009), s.378; **Tanrıver** (2024), s.420; **Erdönmez**, s.794.

¹⁰⁰ **Meriç** (2009), s.383; **Simil** (2014), s.1368-1369.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, talep sonucunun belirsiz olduğu durumda hâkimin tarafa süre vermesi, aydınlatma ödevinin bir gereği olmakla birlikte, alacağın belirsiz olduğundan bahisle talep sonucunu belirlemeye, genişletmeye ya da değiştirmeye varacak ölçüde kullanılması ise ödevin sınırını aşar. Bunun yanı sıra hâkimin dava türünü kendiliğinden değiştirmesi ya da taraflara bunun için süre vermesi taleple bağlılık ilkesini ihlal edeceği gibi hâkimin reddine ya da duruma göre sorumluluğuna da sebebiyet verebilir¹⁰¹.

Talep sonucundaki belirsizliğin, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çözüme kavuşturulabileceği öğretide kabul edilmekle birlikte, bu hâlde 119'uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca mı yoksa genel kural niteliğindeki 31'inci madde uyarınca mı hareket edilmesi gerektiği hususunda farklı görüşler

¹⁰¹ **Özkes** (2017), s.1503. Belirli ya da belirlenebilir bir alacak için belirsiz alacak davası açılması hâlinde davanın hukukî yarar yokluğu nedeni ile reddine karar verilmesinin ardından yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi (bkz. **İsmail Avcı Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/12190, K. T. 22.02.2022, **Resmî Gazete**, S: 31815, T: 20.04.2022), belirsiz alacak davasının da eda davasının bir türü olduğu, talebin inceleme yöntemi ve verilecek hüküm bakımından eda davası ile belirsiz alacak davası arasında herhangi bir farkın bulunmadığını, bu hâlde hukukî yarar yokluğundan bahsedilemeyeceğini, alacağın hüküm altına alınması talebinin usûl hukukunda öngörülen yola uygun olmamakla birlikte yine de alacaklının bu talebinde korunmaya değer menfaatinin bulunduğunu (bkz. para.50 vd.) gerekçe göstermiş, usûlüne aykırı şekilde hazırlanan dilekçelerin usûlüne uygun hâlde getirilmesi bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci, 115'inci ve 119'uncu maddeleri uyarınca hâkime pek çok yetki tanıdığını iddia etmiş; bu kapsamda belirli alacaklar için açılan belirsiz alacak davalarında davanın eda davası olduğu kabul edilerek başvurunun talep sonucunu netleştirmesi için süre verilmesinin usûlden redde nispetle daha uygun olacağına, yerel mahkemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu maddesi uyarınca süre verilemeyeceği yönündeki hükmünün hatalı olduğuna karar vermiştir (bkz. para. 70). Diğer bir deyişle bu kararda Anayasa Mahkemesi, dava dilekçesinde yer alan talebe rağmen dava türü kendiliğinden tespit ederek dava konusunun değerindeki eksikliğin giderilmesi için de mahkemeye süre verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Oysa bahse konu durumda, talep sonucunda herhangi bir belirsizlik bulunmamakta, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu hâlde ne dava şartlarındaki ne de dava dilekçesindeki eksiklikten bahsedilebilir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci ya da 119'uncu maddelerine dayanılarak hüküm verilebilmesi söz konusu olamayacağı gibi talep sonucuna yönelik herhangi bir belirsizlikten bahsedilemeyeceği için 31'inci madde uyarınca süre verilebilmesi de mümkün gözükmemektedir. Talep sonucunun genişletilmesine sebebiyet verecek bir işlemin, tarafın talebi bulunmamasına karşın mahkemenin re'sen vereceği süre içinde gerçekleştirilmesi, usûl hukukunun genel ilke ve kurallarına aykırıdır. Bu hususta ayrıca bkz. dn.19.

mevcuttur. Bu konuda genel kabul, talep sonucunda belirsizlik ya da çelişkinin varlığı hâlinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde süre verilerek söz konusu belirsizliğin veya çelişkinin giderilmesi gerektiği yönündedir¹⁰². 119'uncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan yaptırımın ise sadece talep sonucunun hiç gösterilmemiş olması durumunda uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁰³. Öğretide ileri sürülen diğer görüş ise talep sonucunun yeterince açık olmaması ya da bazı eksiklikleri içeriyor olması hâlinde 119'uncu maddenin ikinci fıkrası gereğince işlem tesis edilmesi gerektiğini¹⁰⁴; talebin hiç gösterilmemesi

¹⁰² **Meriç** (2009), s.392; **Yılmaz** (2012), s.94; **Simil** (2013), s.145; **Simil** (2014), s.1356-1357; **Karasslan** (2014), s.121-122; **Pekcanitez** (2013), s.955; **Kuru** (2020), s.460; **Pekcanitez** (2017), s.1154; **Erdönmez**, s.822; **Kıyak, Emre** (2014) "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler", SÜHFD, C:22, S:1, s.143-144; **Ercan Özler**, s.271; **Duran**, s.124-125, 128; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.348. Benzer şekilde bkz. **Özekes** (2017), s.1502. Kıyak, sadece talep sonucu yönünden değil dava dilekçesinin bütün unsurları bakımından eksiklik kavramının hiç yazılmamış olma ya da hiç yazılmamış sayılacak kadar noksan bulunma şeklinde anlaşılması gerektiğini, aksi hâlde davayı aydınlatma ödevine ya da maddî hataların düzeltilmesine ilişkin hükümlerin kapsamının gereğinden fazla daraltılması sonucunun doğacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Kıyak**, s.135.

¹⁰³ **Meriç** (2009), s.392; **Ercan Özler**, s.271. 1086 sayılı Kanun döneminde talep sonucu, dava dilekçesinin bir unsuru niteliğinde olup yazılmamış olmasının bir ilk itiraz teşkil ettiği ve bu durumda geçerli bir dava dilekçesinden bahsedilemeyeceği kabul edildiğinden, talep sonucundaki belirsizlik hâlinde yine de hukukî korunma talebinin bulunduğu buna karşın bu talebin belirsiz olduğu, bu nedenle dava dilekçesinde eksiklikten bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Meriç** (2009), s.391-392.

¹⁰⁴ **Tanrıver** (2024), s.670; Aynı yönde bkz. **Özekes** (2014a), s.1603-1604. Ayrıca, Özekes dava dilekçesinin unsurlarının eksikliğine ilişkin olarak kaleme aldığı makalesinde, talep sonucunun açık, tereddüt ve çelişkiye yer vermeyecek şekilde olması gerektiğini, talep sonucunun hiç gösterilmemesinin yanında hükme götürmeye elverişli bir talebin bulunmamasının da eksiklik olarak değerlendirileceğini savunmuştur. Bkz. **Özekes** (2014b), s.278. Talep sonucunun açık ve anlaşılır olmadığı durumlarda 119'uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca süre verilmesi gerektiği, yargı kararları ile de kabul edilmiştir. Bkz. "Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde, davanın hem kısmi dava hem de belirsiz alacak davası şeklinde açıldığı belirtilmiş; hangi talepleri yönünden belirsiz alacak, hangi talepleri yönünden kısmi dava açıldığı hakkında bir açıklama yapılmamıştır. Bu halde, talep sonucu açık olmadığından, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/2. maddesi gereğince, davacı tarafa bir haftalık kesin süre verilerek, dava konusu edilen her bir alacak yönünden talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunu açıklaması istenmeli ve neticeye göre yapılacak değerlendirmeye sonuca gidilmelidir.

hâlinde ise gerçekte bir davanın varlığı da söz konusu olmayacağından dilekçenin uygunsuz evrak olarak nitelendirilerek verilecek kesin süre içinde talep sonucunu da içeren bir dilekçenin mahkemeye sunulmasının sağlanmasını; aksi hâlde dava açma isteğinden vazgeçilmiş olduğunun kabul edileceğini savunmaktadır¹⁰⁵. Ancak bu görüşte dahi 119'uncu maddenin ikinci fıkrası ile öngörülen düzenlemenin, davayı aydınlatma ödevinin somut bir görünümü olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶.

Bu tartışma yalnızca teorik bir tartışma olmayıp, özellikle 119'uncu madde ile öngörülen yaptırım dikkate alındığında, uygulamaya yönelik sonuçları da haizdir. 31'inci maddenin uygulanması gerektiğinin kabulü hâlinde, talep sonucundaki belirsizliğin ya da çelişkinin giderilebilmesi için ne kadar süre verileceği ve bu sürenin kesin olup olmadığı hâkimin takdirinde iken 119'uncu maddenin uygulanması gerektiğinin kabulü hâlinde Kanun'da belirtilen kesin süreye riayet edilmesi gerekir. Verilen süre içinde belirsizliğin giderilmemesi hâlinde de uy-

Bu yönde bir işlem tesis edilmeden sonuca gidilmesi hatalı olup, sair yönleri incelenmeksizin kararın bozulmasını gerektirmiştir., Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2017/5416, K: 2018/1111, T: 23.01.2018; "6100 sayılı HMK'nın 119. maddesinin 1. fıkrasında dava dilekçesinde bulunması gerekli unsurlara yer verilmiş, (ğ) bendinde "açık bir şekilde talep sonucu" dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlardan sayılmış, aynı maddenin 2. fıkrasında da dava dilekçesinde eksiklik bulunması halinde tamamlanması için davacı tarafa 1 haftalık kesin süre verileceği ve eksikliğin tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Somut olayda ise dava dilekçesinde talep sonucunun açık olmadığı anlaşılmakla davacıya kesin süre verilip usuli eksiklik tamamlanmadan yargılamaya devamla davanın esas hakkında karar verilmesi isabetli değildir.", Gaziantep BAM 1. Hukuk Dairesi, E: 2019/1518, K: 2021/932, T: 20.09.2021; benzer şekilde bkz. Bursa BAM 10. Hukuk Dairesi, E: 2018/737, K: 2019/20, T: 03.01.2019, www.lexpera.com, s.e.t. 19.04.2024.

¹⁰⁵ **Tanrıver** (2024), s.670. Talep sonucunun eksikliği hâlinde 119'uncu maddeye göre süre verilemeyeceği yönünde bkz. **Kıyak**, s.143.

¹⁰⁶ **Tanrıver** (2024), s.420. Ayrıca bkz. "Buna karşılık, dava dilekçesinde asgari bir tutar gösterilmiş olup bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılma ile birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmi dava mı olduğu hususunda açıklık bulunmuyorsa hâkim, taleple bağlı olduğu için (HMK m. 26) öncelikle, HMK'nın 119. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davacı tarafa bir haftalık kesin bir süre vermeli ve onun beyanı doğrultusunda açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunu belirlemelidir. Bu da esasen hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamındadır.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/853, K: 2020/907, T: 17.11.2020, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024.

gulanacak hükme göre farklı sonuçlar ortaya çıkar. Şöyle ki 119'uncu madde uyarınca verilen kesin süreye aykırılığın yaptırımı, davanın açılmamış sayılmasıdır. Buna karşın 31'inci madde çerçevesinde hâkimin verdiği süre kesin değil ise süreyi kaçıran tarafın yeniden süre istemek hakkı bulunduğu gibi (bkz. HMK m. 94/II) sürenin kesin olarak verildiği durumda da ancak Kanun'un 94'üncü maddesinde öngörülen şekle uygun davranılması hâlinde kesin sürenin sonuçları doğar. Ancak bu hâlde dahi davanın açılmamış sayılmasına karar verilemez.

Talep sonucunun belirsiz ya da çelişkili olması hâlinde genel kural olması nedeni ile 31'inci madde uyarınca hâkimin söz konusu belirsizliği ya da çelişkiyi gidermekle ödevli olduğu kabul edilebilir. Buna karşın kanun koyucu yalnızca talep sonucunun değil "açık bir şekilde talep sonucu"nun dava dilekçesinde bulunması gerektiğini, 119'uncu maddenin birinci fıkrasının 2. bendi ile düzenleme altına almıştır. Dolayısıyla yalnızca talep sonucundaki eksikliğin değil belirsizliğin de 119'uncu maddenin kapsamına girdiği söylenebilir. Öğretide haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, 119'uncu maddede yer alan düzenleme, aydınlatma ödevinin somut bir görünümünü teşkil etmektedir. Zira uyuşmazlığın aydınlatılması için gerekli olup da belirsiz ya da çelişkili bulunan hususların varlığı hâlinde aydınlatma ödevi uygulama alanı bulur ve talep sonucundaki belirsizliği gidermeye yönelik bu hüküm de bu amaca hizmet eder. Bu kapsamda kanaatimizce, 31'inci maddeye kıyasla özel hüküm niteliğini taşıyan 119'uncu maddenin ikinci fıkrası, talep sonucunun belirsiz olduğu durumlarda da uygulanmalıdır.

Bu çerçevede, dava dilekçesinde asgari bir tutar gösterilmekle birlikte bunun kısmî dava mı yoksa belirsiz alacak davası mı olduğunun anlaşılamadığı durumlarda 119'uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca süre verilerek bu belirsizliğin giderilmesi gerekir¹⁰⁷. Verilecek süre içinde belirsizliğin giderilmesi üzerine hâkim, davayı inceleyerek gerekli kararı verir¹⁰⁸. Bu hâlde, talebin kısmî

¹⁰⁷ Tanrıver (2024), s.670.

¹⁰⁸ Özkes (2017), s.1503. Ayrıca bkz. "Buna karşılık, dava dilekçesinde asgari bir tutar gösterilmiş olup bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılma ile birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmi dava mı olduğu hususunda açıklık bulunmuyorsa hâkim, taleple bağlı olduğu için (HMK m. 26) öncelikle, HMK'nın 119. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davacı

davaya ya da belirsiz alacak davasına yönelik olmasına göre farklı şekillerde karar verilebilir. Bu belirleme, tahkikat sona ermeden verilecek talep sonucunun genişletilmesi talebini içeren dilekçenin ıslah dilekçesi mi yoksa talep artırımı dilekçesi mi olduğunun tespitinde, başlangıçta dava konusu yapılmayan alacak bakımından zamanaşımı süresinin kesilip kesilmediği hususunda ya da temerrüt faizinin hesabında da önem taşır. Verilen kesin süre içinde talep sonucuna ilişkin belirsizliğin giderilmemesi hâlinde ise davanın açılmamış sayılması kararı verilmelidir.

SONUÇ

İlk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenen belirsiz alacak davası, alacağının miktar veya değerini tam ve kesin olarak belirleyemeyen fakat tamamına kavuşmak isteyen alacaklılar lehine sonuçları bulunan, alacağın tamamının tespiti ve tahsili talebini içeren bir eda davası türüdür. İstisnâî nitelikteki bu davanın kapsamına yalnızca belirsiz alacaklar girmektedir. Diğer davalardan farklı olarak belirsiz alacak davasında, iddianın genişletilmesi yasağına bir istis-

tarafa bir haftalık kesin bir süre vermeli ve onun beyanı doğrultusunda açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunu belirlemelidir. Bu da esasen hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamındadır.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/853, K: 2020/907, T: 17.11.2020, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024; “*Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılacakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılamiyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanununun 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamiyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanununun 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015/175 Esas, 2018/558 Karar no ve 28.03.2018 tarihli kararı).*”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2022/85, K: 2022/2859, T: 08.03.2022, www.lexpera.com, s.e.t. 29.02.2024; aynı yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2022/2159, K: 2022/5064, T: 25.05.2022, www.lexpera.com, s.e.t. 26.04.2024.

na getirilmiş ve yapılan tahkikat neticesinde alacağın miktar veya değerinin belirli hâle gelmesi üzerine, dava dilekçesinde gösterilen geçici talep tutarının ıslah ya da karşı tarafın açık rızasına gerek kalmaksızın artırılabilmesi düzenlenmiştir. Bununla birlikte miktar veya değeri belirsiz olsa da alacağın tamamının davanın başında talep edilmesi nedeni ile belirsiz alacak davasında, zamanaşımı bütün alacak için davanın açılması ile kesileceği gibi daha önce talep edilmiş olması hâlinde temerrüt faizi de bu miktar göz önünde bulundurularak hesaplanır. Derdestliğin ya da kesin hüküm etkisinin belirlenmesi yönünden de alacağın tamamı dikkate alınır. Bütün bu avantajlara rağmen alacağın belirsiz olduğu hâllerde belirsiz alacak davası açılması zorunlu değildir. Alacaklının, miktar veya değeri davanın açıldığı anda belirsiz olan alacağının yalnızca o ana kadar belirleyebildiği bir kısmı için dava açmasının önünde kanunî bir engel bulunmamaktadır. Zira kısmî dava açılabilmesi için alacağın belirli olması gerektiği yönünde herhangi bir görüşe kanunun yorumu yolu ile ulaşamadığı gibi belirsiz alacaklar için belirsiz alacak davasının açılmasını zorunlu kılan bir kanunî düzenlemenin varlığından da bahsedilemez. Bunun yanı sıra tasarruf ilkesi çerçevesinde dava konusunu belirleme yetkisi davacıya ait olup bu yetki belirsiz alacaklar açısından da mevcuttur. Hâkimin, belirsiz alacakları konu alan yargılamalarda da talepten fazlasına hükmedilebilmesi söz konusu değildir. Bu kapsamda belirsiz alacaklar yönünden kısmî davanın mı yoksa belirsiz alacak davasının mı açılacağı davacının seçimine bırakılmıştır.

Belirsiz alacakları konu alan davalarda, belirsiz alacak davası ile kısmî dava arasındaki temel fark, talep edilen alacak miktarına ilişkindir. Bu doğrultuda davacının hangi dava türünü tercih ettiği dava dilekçesinde yer alması zorunlu olan talep sonucu dikkate alınarak tespit edilir. Kural olarak talep sonucunun tereddüte yer bırakmayacak derecede açık olması gerekir. Kanuna uygun şekilde hazırlanmış bir dilekçede, açıkça kısmî dava ya da belirsiz alacak davası diye belirtilmemiş de olsa, miktar veya değeri belirsiz alacağın tamamının mı yoksa şimdilik bir kısmının mı talep edildiğinin anlaşılıyor olması gerekir. Alacağın yalnızca bir kısmının talep edildiği hâllerde, kısmî davaya ilişkin hükmün uygulanması zorunludur. Bu ihtimalde davanın konusunu belirsiz alacağın olduğundan bahisle belirsiz alacak davasına ilişkin kural dikkate alınarak karar

verilmesi, hukukun hâkim tarafından re'sen uygulanması ilkesi ile açıklanamaz. Çünkü bu hâlde, davacının kısmî alacak talebine rağmen mahkemece alacağın tamamına ilişkin hüküm verilmesi sonucunu ortaya çıkarır. Ancak hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesi, talepten fazlasına karar verilebilmesinin gerekçesi olamaz. Aynı şekilde, alacağın tamamının talep edildiği durumlarda da hâkimin kısmî davaya ilişkin hükmü uygulayabilmesi mümkün değildir.

Alacağın tamamının mı yoksa yalnızca bir kısmının mı talep edildiğinin talep sonucundan anlaşılamadığı durumlarda ise Kanun'a aykırı şekilde hazırlanmış bir dava dilekçesinin varlığından söz edilebilir. Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biri olan talep sonucunun tereddüt içermesi hâlinde, açık bir talep sonucundan bahsedilemeyeceğinden sorunun öncelikle hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekir. Bu kapsamda davacıya, talebini belirli hâle getirebilmesi, diğer bir ifade ile alacağın bir kısmını mı yoksa tamamını mı talep ettiğini açıklaması için bir süre verilmelidir. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda aydınlatma ödevine ilişkin genel bir kural yer alsa da talep sonucundaki belirsizlik bakımından özel düzenleme niteliğinde bulunan 119'uncu maddenin ikinci fıkrası dikkate alınarak verilecek bir haftalık kesin süre içinde bu belirsizliğin giderilmesi beklenir. Davacının verilen süre içinde talebini belirli hâle getirmesi üzerine yargılamaya devam olunarak mahkemece talep doğrultusunda gerekli karar verilir. Süresi içinde belirsizliğin giderilmemesi durumunda ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk** (2013), *Kısmî Dava*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis** (2011) *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, Beta.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayyavaz, Sema/Hanağası, Emel** (2023) *Medenî Usul Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür** (2014) “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, *DEÜHFD*, C:16, S:Özel, s.975-1024.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2023) *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Bolayır, Nur** (2019) *Medenî Usûl Hukuku’nda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Bolayır Nur** (2022) “Tarafların Hukukî Sebepler Üzerindeki Tasarruf Yetkileri”, Prof. Dr. Selçuk Öztek’e Armağan, C:I, İstanbul, Filiz, s.533-574.
- Budak, Ali Cem** (2013) “Belirsiz Alacak Davası”, *Bankacılar Dergisi*, C:24, S:Özel, s.82-86.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2023) *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Filiz.
- Bulut, Uğur** (2017) *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması*, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Duran, Osman** (2020) *Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ercan Özler, Meltem** (2019) *Medenî Usûl Hukukunda Dava Konusu*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Erdönmez, Güray** (2017) *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Eren, Fikret** (2017) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal** (2022) *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Ankara, Yetkin.
- Gündoğdu, Süleyman Burak** (2021) *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

- Gündüz, Okan** (2017) “İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler”, YBHD, S:3, s.193-214.
- Hanağası, Emel** (2009) Davada Menfaat, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- İyilikli, Ahmet Cahit** (2013) “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, TBB, S:106, s.139-204.
- Karaaslan, Varol** (2013) Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Karaaslan, Varol** (2014) “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, SDÜHFD (MİHBİR Özel Sayısı), C:4, S:2, s.97-130.
- Karamercan, Fatih** (2022) “Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir Mi?”, İMHFD, C:7, S:12, s.83-107.
- Kaynak, Seda** (2024) Medeni Usul Hukukunda Mütelhik Dava, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Kıyak, Emre** (2014) “Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler”, SÜHFD, C:22, S:1, s.127-158.
- Kuru, Baki** (1967) Hukuk Usulünde Dâva Sebebi, Adalet Dergisi, Y:58, S:4, s.239-268.
- Kuru, Baki** (2020) Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C:1, Ankara, Yetkin.
- Meriç, Nedim** (2009) “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, DEÜHFD, C:11, S:Özel, (Basım Yılı 2010), s.377-424.
- Meriç, Nedim** (2011) Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Özekes, Muhammet** (2009) “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C:1, Ankara, Yetkin, s.745-781.
- Özekes, Muhammet** (2014a) “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C:2, Ankara, Yetkin, s.1589-1606.
- Özekes, Muhammet** (2014b) “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C:16, S:Özel, (Basım Yılı: 2015), s.263-300.
- Özekes, Muhammet** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanitez, Hakan** (2011) Belirsiz Alacak Davası, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.

- Pekcanitez, Hakan** (2013) “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, DEÜHFD, C:15, S:Özel, s.933-968.
- Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Simil, Cemil** (2013) Belirsiz Alacak Davası, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Simil, Cemil** (2014) “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C:16, S:Özel, (Basım Yılı: 2015), s.1351-1376.
- Tanrıver, Süha** (2011) “Kısmî Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler”, Makalelerim II, s.95-113.
- Tanrıver, Süha** (2020) “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBD, S:147, s.111-142.
- Tanrıver, Süha** (2024) Medenî Usûl Hukuku, C:I, 5. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Tuncer Kazancı, İdil** (2023) Medeni Usûl Hukukunda Yarışan Haklara Dayanan (Mütelâhik) Davalar, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Üstündağ, Saim** (1967) İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, Cezaevi Matbaası.
- Üstündağ, Saim** (2005) Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Yılmaz, Ejder** (2012) “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri”, Bankacılar Dergisi, S:80, s.83-104.
- Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt I, 4. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt II, 4. Baskı, Ankara, Yetkin.

İCRA TAKİBİ İLE PARA BORCUNUN TAHSİL EDİLMESİNİN BORÇLU TEMERRÜDÜNE ETKİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Vildan PEKSÖZ^(**)

ÖZET

İcra takibi konusu borcun borçlu ya da üçüncü kişi tarafından ödenmesi ile borçlunun mallarının haciz ve satış ile tahsil edilmesi, ifa niteliği taşıyıp taşımadığı yönüyle birbirinden ayrılır. Çalışmada bu ayrım temelinde, takip konusu borcun ödenmesinin ve cebri satış ile tahsilinin borçlu temerrüdüne etkisi ele alınmaktadır. Yargı kararlarına yansımış olan bu etki, borcun ödenmesinin ve tahsilinin ifa niteliğinde olup olmadığı tartışılarak tespit edilmektedir. Öncelikle borçlunun temerrüt hâlinin ortadan kalkması, borcu sona erdiren sebeplerden biriyle gerçekleşir. Bu sebeplerden biri, ifa niteliğinde olan borçlunun veya üçüncü kişinin icra takibi konusu borcu icra dairesinin banka hesabına ödemesidir. Borcun sona ermesi ve temerrüt durumunun ortadan kalkması için icra dairesine ödenen paranın alacaklıya gönderilmesi gerekmez. Bu şekilde icra dairesi hesabına yapılan ödemenin tedbir kararıyla alacaklıya gönderilmesinin engellenmesi de borcun sona ermesi sonucunu değiştirmez. Diğer yandan borçlunun mallarının cebri satışının ardından tahsil edilen paranın alacaklıya gönderilmesi hâlinde borç sona ermekle birlikte ifanın söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hâlde para alacaklıya gönderilene kadar borçlu temerrütte kalmaya devam eder. Çünkü bu hâlde, üçüncü kişinin ifası için zorunlu şartlar olan, borçlanılan edimin yerine getirilmesi ve ifa kastı unsurları bulunmamaktadır. Temerrüt hâlinin sona ermesi için tahsil edilen paranın alacaklıya ödenmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler

İfa, Borcun Ödenmesi, İcra Takibi ile Tahsil, Borçlu Temerrüdü, Temerrüt Faizi.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1442927 - Geliş Tarihi: 26.02.2024 - Kabul Tarihi: 10.05.2024.

^(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye,

E-posta: peksoz@istanbul.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5903-6209>.

THE EFFECT OF THE COLLECTION OF PECUNIARY DEBT THROUGH EXECUTION PROCEEDING ON THE DEBTOR'S DEFAULT

ABSTRACT

The payment of the debt subject to enforcement proceeding by the debtor or a third party and the collection of the debtor's goods through seizure and forced sale are distinguished in terms of whether they are the performance or not. This effect, which is reflected in judicial decisions, is determined by discussing whether the payment and collection of the debt is performance or not. First of all, the termination of the debtor's default is realized by one of the reasons that terminates the debt. One of these reasons is the payment of the debt subject to execution proceeding by the debtor or the third party, which is performance, to the bank account of the enforcement office. It is not obligatory to send money to the creditor to terminate the debt. In this way, preventing the payments made to the bank account of the execution office from being sent to the creditor with an injunction does not change the result of the termination of the debt. On the other hand, if the money collected after the forced sale of the debtor's goods is sent to the creditor, although the debt ends, it is controversial whether there is performance or not. In this case, if the money is collected through seizure or forced sale, but the money is not sent to the creditor, the debtor continues to be in default. This is because the elements required for the performance of the third party are not present in the collection by execution proceeding. In order for the default to end, the collected money must be paid to the creditor.

Keywords

Performance, Payment of debt, Collection by Compulsory Execution, Debtor Default, Default Interest.

GİRİŞ

İfanın yerine getirilmesi ile borç ilişkisi amacına ulaşır. Ancak kimi zaman borçlular, ifayı (para borçlarında ödemeyi) zamanında yerine getirmez ve temerrüde düşer. Bunun üzerine alacaklının devletin cebir gücüne başvurması, borçlunun borcu icra dairesine ödemesini sağlayabilir. Kimi zaman da borçlu takip konusu borcu ödemez ve borçlunun mallarının haczi ve cebri satışı ile tahsil edilen parayla alacaklı tatmin edilir.

Çalışmada para alacağının konu olduğu takipte, takip konusu borcun ödenmesinin borçlu temerrüdüne ve özellikle temerrüt faizine etkisi incelenmektedir. İcra dairesinin hesabına borcun ödenmesinin ardından paranın alacaklıya intikalini engelleyecek nitelikte tedbir kararı alınmasının borçlu temerrüdüne etkisi üzerinde durulmaktadır. Ayrıca takip konusu borcun icra dairesine ödenmesinin yanı sıra haciz ve cebri satış ile tahsil edilmesinin ifa niteliği taşıyıp taşımadığı ele alınmaktadır.

I. GENEL OLARAK İFA VE BORÇLU TEMERRÜDÜ

Borcun ifası, borçlanılan edimin yerine getirilmesi olarak tanımlanır¹. Bu tanım kapsamında edimin alacaklı tatmin edilerek yerine getirilmesi gerektiği ifade edilir². Edim türlerinden verme edimi olan para borçlarının ifasında ödeme ifadesi kullanılır³.

¹ **Koller, Alfred** (2023) Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, s.593, Nr.35.01; **Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ** (1993) Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.758; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** (2022) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.259, Nr.783; **Eren, Fikret** (2023) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.1030, Nr.2794; **Nomer, Haluk Nami** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s.327, Nr.147.

² **Koller**, s.593, Nr.35.01; **Eren**, s.1030, Nr.2793.

³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.758; **Oğuzman/Öz**, s.259, Nr.784; **Eren**, s.1031, Nr.2795; **Er, Burak Hamza** (2023) Para Borçlarının İfası, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.34.

İfanın zorunlu unsuru, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir⁴. Borçlunun ifa kastı ile hareket etmesinin gerekip gerekmediği ise ifanın hukukî niteliğine ilişkin görüşlerle bağlantılı olarak tartışmalıdır⁵. İfanın hukukî niteliğine ilişkin görüşler, ifanın sözleşme niteliğindeki bir hukukî işleme mi dayandığı yoksa ifanın maddî fiil mi teşkil ettiğine ilişkindir. İfanın daima sözleşme niteliğindeki hukukî işlemle olduğu görüşüne göre borçlu ve alacaklı bunun ifa olduğu hususunda anlaşmış olmalıdır. Diğer yandan ifanın hukukî niteliğinin maddî fiil olduğu görüşüne göre borçlanılan edim ile borç ilişkisindeki amaçlanan sonucun fiilen doğması yeterli olup alacaklı ve borçlunun ifaya yönelik iradelerinin bulunması gerekmez. Sınırlı sözleşme görüşüne göre ise ifa kimi zaman maddî fiil ile yapılırken bazı borçların ifasının hukukî işlemle yapılması gerekir. Bu ayrım temelinde ifa maddî bir fiille yapılıyorsa borçlunun ifa kastının bulunmasının zorunlu olmadığı, ifanın hukukî işlem ile yapılması halinde ise borçlunun ifa kastıyla hareket etmesi gerektiği kabul edilir⁶.

İfanın unsurları ve niteliği hakkında yapılan ön açıklamaların ardından, ifanın tarafları üzerinde durmak gerekir. İfanın alacaklıya karşı yerine getirilmesi gerekir⁷. Kural bu olmakla beraber, borçlunun üçüncü kişiye ifada bulunması mümkün olabilir (kimi zaman da zorunludur)⁸. Nitekim alacaklının rızasıyla ifa, alacaklıdan

⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.761; Eren, s.1030, Nr.2793; Zurnacı, Gizem (2023) Üçüncü Kişinin İfası, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.8 vd.

⁵ Oğuzman/Öz, s.264, Nr.798. İfa kastının zorunlu unsur olduğu hususunda bkz. Zurnacı, İfa, s.18.

⁶ Bu görüşler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.759 vd. Oğuzman/Öz, s.264, Nr.799-802; Eren, s.1033, Nr.2802 vd.; İnceoğlu, Murat (2005) “İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”, AÜHFD, C:54, S:2, s.149-182; Zurnacı, İfa, s.11 vd., 18 vd.; Er, s.32-33. Söz konusu teorilerin icra yoluyla tahsili kapsamadığı, kapsamı için değiştirilmeye ihtiyaç bulunduğu hususunda bkz. Kim Beckhaus, Gesa (2013) Die Rechtsnatur der Erfüllung, Tübingen, Mohr Siebeck, s.394.

⁷ Koller, s.593, Nr.35.04; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.770; Eren, s.1063, Nr.2893; Oğuzman/Öz, s.275, Nr.839; Er, s.215.

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.770-771; Oğuzman/Öz, s.275-276, Nr.839; Eren, s.1063, Nr.2893; Er, s.216.

bir başkasına yapılabilir⁹; alacaklı bir kimseye temsil yetkisi vermiş olabilir¹⁰. Diğer yandan istisnâ olarak alacaklının rızası olmaksızın dahi ifanın alacaklıdan başka birine yapılmasına imkân vardır¹¹. Nitekim borcun icra takibi konusu olması halinde, borçlunun borcunu icra dairesine ödemesi, alacaklının rızası aranmaksızın ifanın başkasına yapılmasına imkân olan haller arasında yer alır¹².

İfanın bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesinin gerektiği durumlar bulunmakla birlikte¹³ ifanın üçüncü kişi tarafından yapılması da mümkündür (TBK m. 83). Üçüncü kişinin borçlanılan edimi yerine getirirken ifa kastı taşıması gerektiği kabul edilir¹⁴.

Borcun ifa zamanı gelmesine/muaccel olmasına rağmen, borç ifa edilmezse ve borcun ödenmesi ihtar edilirse borçlu temerrüde düşer (TBK m. 117)¹⁵. Şayet borçlu davadan ve takipten önce temerrüde düşmemişse, muaccel borca ilişkin dava dilekçesinin veya ödeme emrinin tebliği ile temerrüt sonucu doğar¹⁶. Borç-

⁹ **Eren**, s.1063, Nr.2894; **Oğuzman/Öz**, s.278-279, Nr.848.

¹⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.770; **Eren**, s.1062, Nr.2890-91; **Oğuzman/Öz**, s.279, Nr.849 vd.

¹¹ **Eren**, s.1063, Nr.2895; **Oğuzman/Öz**, s.278, Nr.848.

¹² **Oğuzman/Öz**, s.281, Nr.857/b; **Eren**, s.1062, Nr.2890; **Er**, s.216. İİK m. 89 ve İİK m. 192 hükümleri uyarınca ifanın alacaklıdan başkasına yapılması gerekir. Bu gibi hallerde alacaklının alacağı üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmış olacağından alacaklıya yapılan ifanın geçerli olmadığı hususunda bkz. **Eren**, s.1063, Nr.2895, 2896.

¹³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.767; **Oğuzman/Öz**, s.260, Nr.789, 790; **Eren**, s.1051, Nr.2856.

¹⁴ **Eren**, s.1052, Nr.2859; **Zurnacı**, İfa, s.54. Üçüncü kişinin hangi kapsamda ifaya yetkili olduğu hususunda bkz. **Zurnacı, Gizem** (2023) "Borçlunun İradesi Dışında Bir Üçüncü Kişinin Borcu İfa Edip Edemeyeceği Meselesine İlişkin Bir Değerlendirme", Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, S:1, s.38 vd.

¹⁵ Borçlu temerrüdü için bkz. **Eren**, s.1236 vd., Nr.3406 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.476-477, Nr.1504, 1507; **Akkanat, Halil** (2000) "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta Basım, s.1 vd., 6; **Nomer**, s.408, Nr.186; **Yıldız, Mustafa Göktürk** (2020) Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.94. İhtar yerini tutan ve ih-tara gerek olmayan haller için bkz. **Yıldız**, s.37 vd.

¹⁶ Bu hususta bkz. **Eren**, s.1238, Nr.3416; **Nomer**, s.408, Nr.186; **Barlas, Nami** (1992) Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuç-

lunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklı, aynen ifa ve gecikme tazminatı ya da bu haktan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir (TBK m. 125, karş. TBK m. 126). Para borçlarında ise borçlu temerrüdü üzerine alacaklı uğradığı zararın varlığını, miktarını ve borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda olmaksızın temerrüt faizine hak kazanır¹⁷. Temerrüt faizi, en erken temerrüt anından itibaren işleme-ye başlar¹⁸. Bu şekilde faizin işlemesi, kanun gereği kendiliğinden gerçekleşir ve temerrüt boyunca varlığını sürdürür¹⁹.

II. TAKİP KONUSU BORCUN İCRA DAİRESİNİN HESABINA ÖDENMESİ VE BORÇLU TEMERRÜDÜ

A. İCRA DAİRESİNİN HESABINA BORCUN ÖDENMESİNİN İFA NİTELİĞİ VE BORÇLU TEMERRÜDÜNE ETKİSİ

6352 sayılı Kanun'un 105. maddesi ile İİK m. 12 yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan hüküm şu şekildeydi: “*İcra dairesi, takibedilmekte olan bir para alacağına mahsuben borçlu veya üçüncü şahıs tarafından ödenen paraları kabule mecburdur. Bununla borçlu bu miktar borcundan kurtulur*”. Söz ko-

lar, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s.45. Dava dilekçesinin tebliğiyle borçlunun temerrüde düşmesi hakkında bkz. **Özmumcu, Seda** (2012) “Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İÜHF, C:LXX, S:2, s.2347. Takipte borçlunun ödeme emrinin tebliğiyle temerrüde düşmesi hususunda bkz. **Küçük, Alper Tunga** (2020) “İcra Takibinde Borçlunun Temerrüde Düşme Anının Belirlenmesi”, ÇÜHFD, C:5, S:1, s.2347. Alacaklının tespit davasına ilişkin dava dilekçesinin tebliği, ifa talebi içermediğinden, ihtar olarak nitelendirilmez (**Oğuzman/Öz**, s.478, Nr.1510; **Barlas**, s.46; **Yıldız**, s.39).

¹⁷ **Barlas**, s.127; **Yıldız**, s.120-121.

¹⁸ **Nomer**, s.425, Nr.190.4. Temerrüt faizinin dava veya takip tarihinden itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin bkz. **Nomer**, s.423-424, Nr.190.2.

¹⁹ **Barlas**, s.127. “Taraflar arasında borcun vade tarihinin kesin olarak belirlenmediği ve icra takibinden önce davalının temerrüde düşürülmediği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda, vade tarihi belirsiz olan para alacağı için davalı borçlu icra takibinden önce temerrüde düşürülmediğinden temerrüt faizi ancak icra takibinden sonraki dönem için talep edilebilir. Hal böyle olunca, icra takibinden önce temerrüde düşürülmemiş olan davalı borçludan “işlemiş” temerrüt faizi talep edilmesi mümkün olmadığından...” HGK., E. 2013/193 K. 2013/1077 T. 11.9.2013 (Lexpera).

nusu hüküm ilga edilmekle birlikte, 6352 sayılı Kanun İİK m. 9'da ödemeye ilişkin düzenleme yapılmıştır. Paranın ödenmesi ve değerli eşyanın muhafazası başlıklı İİK m. 9'a göre "İcra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir."

Takip konusu borcu, borçlunun veya üçüncü kişinin ödemesi mümkündür²⁰. Söz konusu borcun ödemesinin ardından para alacaklının hesabına aktarılır. Şöyle ki icra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından re'sen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir (İİK m. 9, II).

İsviçre İcra İflâs Kanunu (SchKG) Art. 12'de icra dairesine ödeme yapılmasına ilişkin düzenleme yer alır. Hükme göre icra dairesi, yapılan ödemeleri takip yapan alacaklı hesabına kabul etmelidir. İcra dairesine ödeme yapılmakla borç sona erer. Görüldüğü üzere, ilga edilen İİK m. 12, SchKG Art. 12 ile aynı yönde düzenleme içermektedir. Şu var ki borçlunun icra dairesine yapılan ödeme ile borcundan kurtulacağına ilişkin hüküm İİK m. 9'a alınmamıştır. Her ne kadar İİK m. 9'da bu yönde düzenleme yer almasa da İİK m. 12'deki borcun sona ermesi sonucu yine ortaya çıkar²¹. Zira borçlunun (veya üçüncü kişinin) icra dai-

²⁰ **Postacıoğlu, İlhan** (1982) İcra Hukuku Esasları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s.54-55; **Üstündağ, Saim** (2004) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s.36, dn.28; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2023) İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.68; **Muşul, Timuçin** (2013) İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, C:I, Ankara, Adalet Yayınevi, s.100; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2023) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.37.

²¹ "Bununla borçlu bu miktar borcundan kurtulur" ifadesinin İİK m. 9'da yer almamasının, icra dairesinin kısmi ödemeyi kabul etmesine engel olmayacağı ve TBK m. 84'ün uygulanmayacağı hususunda bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.68, dn.14. Bu yönde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.37.

resine yaptığı ödeme borçlanılan edimin yerine getirilmesidir²². Buna göre icra dairesinin banka hesabına ödeme yapıldığında takip konusu borç ifa edilmiş olur²³. Böylece icra dairesine yapılan ödeme neticesinde borç sona erer²⁴.

Borcun sona ermesi, ödeme anında gerçekleştiğinden²⁵, borcun ifası için icra dairesinin parayı alacaklının hesabına havale etmesi gerekli değildir²⁶. Bununla birlikte öğretide, borçlunun borçtan kurtulabilmesi için alacaklının icra dairesi hesabına yatırılan parayı çekebilmesinin mümkün olması gerektiği ifade edilmiştir²⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, icra dairesine yapılan ödemenin borçluyu borcundan kurtaracağı ve bunun için alacaklıya paranın aktarılmasının gerekmediği yönünde kararlar vermektedir²⁸. Alman hukukunda ise cebri icrada borçlunun yaptığı ödeme, alacaklıya aktarılmadıkça ifa olarak nitelendirilmemekte-

²² Bkz. yuk. I.

²³ **Kren Kostkiewicz, Jolanta** (2018) *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, s.23, Nr.77; **Kuru, Baki** (2003) *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.141, 145; **Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin/Akkanat Öztürk, Elif Beyza** (2020) “İcra Dairesine Ödeme ve Türk Borçlar Kanunu’nun İfaya İlişkin Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, Prof. Dr. Türkân Rado’nun Anısına Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.51; **Barlas**, s.170-171. Ayrıca bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.37.

²⁴ BGE 83 III 99 S. 101; BGer 5A_837/2018 E. 3.3 (Legalis). Kararlar için ve aynı yönde bkz. **Emmel, Frank** (2021) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 12, Nr.14; **Möckli, Urs** (2014) *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 12, Nr.9. Bu yönde bkz. **Kren Kostkiewicz**, s.23, Nr.78; **Kuru, Baki** (1988) *İcra ve İflâs Hukuku*, C:I, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım, s.75; **Kuru, Baki** (2013) *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.90; **Üstündağ**, s.36; **Barlas**, s.170-171; **Er**, s.216.

²⁵ **Kren Kostkiewicz**, s.23, Nr.77; **Emmel**, BSK Art. 12, Nr.14; **Möckli**, Kuko SchKG Art. 12, Nr.9; **Kuru**, El Kitabı, s.90; **Barlas**, s.170-171; **Evren, Mahmut Tevfik** (1987) *Faiz Hukuku*, İstanbul, Net Matbaacılık, s.175.

²⁶ **Emmel**, BSK Art. 12, Nr.14; **Möckli**, Kuko SchKG Art. 12, Nr.9; **Kuru**, C:I, s.75; **Kuru**, El Kitabı, s.90; **Üstündağ**, s.36; **Kren Kostkiewicz**, s.23, Nr.77.

²⁷ **Muşul**, s.100.

²⁸ BGE 116 III 58; BGer 5A_519/2019 E. 3.2; BGer 7B.196/2003 E. 3.4.1 (legalis). Bu hususta bkz. **Emmel**, BSK Art. 12, Nr.14.

dir²⁹. Nitekim icra hukukuna göre icra memuruna (görevlisine) yapılan ödeme, BGB § 362, II³⁰ anlamında üçüncü kişiye yapılan ifa değildir³¹. Zira icra hukukunda ödemeyi alma yetkisi (ZPO § 754)³² alacaklının özel hukuk ilişkisiyle ilgili olmayıp cebri icradaki egemenlik kapsamında değerlendirilir³³. Ne var ki bu ödemenin ifa olarak nitelendirilmesinden bağımsız olarak, ZPO § 815, III³⁴ hükmü ile borçlunun borçtan kurtulacağı kabul edilir³⁵.

Borçlar hukukunda icra dairesine borcun ödenmesi, alacaklı dışında bir kimseye ifa yapılması olarak ifade edilir³⁶. Bununla birlikte takip başladıktan sonra takip dışında alacaklıya borç ödenerek maddi hukuk anlamında ifanın yapılması mümkündür³⁷. Bir diğer ifadeyle, icra takibi başladıktan sonra ifanın gerçekleşmesi için ödemenin sadece icra dairesi hesabına yapılması zorunluluğu yoktur. Ne var ki takip dışındaki ifa icra takibini doğrudan etkilemediğinden alacaklı takibe devam edebilir³⁸.

²⁹ **Staudinger/Olzen, Dirk** (2016) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 362-396, Berlin, Walter de Gruyter, BGB § 362, s.63, Nr.9.

³⁰ BGB § 362 hükmünde borçlanılan edimin alacaklıya ifa edilmesiyle borç ilişkisinin sona ereceğine ve ödemenin ifa amacıyla üçüncü kişiye yapılmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır.

³¹ **Staudinger/Olzen**, BGB § 362, s.63, Nr.9.

³² ZPO § 754 hükmünde memurunun borçlunun ödemesini kabul etmesine, bu ödemeye ilişkin makbuz vermesine ve alacaklı için ödeme sözleşmeleri yapabilmesine yönelik düzenleme yapılmıştır.

³³ **Staudinger/Olzen**, BGB § 362, s.63, Nr.9.

³⁴ ZPO § 815 ile paranın haczedilmesi ve alacaklıya ödenmesi düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında (haczedilmiş) paranın memuru tarafından alınmasının borçlunun ödemesi sayılabacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır.

³⁵ **Staudinger/Olzen**, BGB § 362, s.63, Nr.9. ZPO § 815 hükmüyle aynı yönde olarak haczedilmiş paranın icra görevlisi tarafından tahsil edilmesinin borçluyu borcundan kurtaracağına yönelik bir düzenleme Türk hukukunda mevcut değildir. Bu sebeple haczedilmiş paranın icra dosyasına girmesiyle borçlu temerrüdünün ortadan kalkıp kalkmayacağı belirsizdir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. III, A.

³⁶ Bkz., yuk., I.

³⁷ **Möckli**, KUKO SchKG Art. 12, Nr.6.

³⁸ **Möckli**, KUKO SchKG Art. 12, Nr.6.

Bu açıklamalardan hareketle, icra dairesine borç ödenmekle borcun sona ereceği, bu ödemenin borçlu temerrüdüne engel olacağı/temerrüdü kaldıracacağı ve temerrüt faizinin artık işlemeyeceği ifade edilmelidir³⁹. Nitekim borcu sona erdiren hâller temerrüdü de sona erdirir⁴⁰.

B. İCRA DAİRESİ HESABINA ÖDENEN PARANIN ALACAKLIYA GÖNDERİLMESİNE ENGEL OLUNMASININ BORÇLU TEMERRÜDÜNE ETKİSİ

1. Menfi Tespit Davasında Tedbiren Takibin Durdurulmasının Borçlu Temerrüdüne Etkisi

Borçlu borcu ödemek yerine menfi tespit davası açarak borçlu olmadığını tespitini sağlamak isteyebilir. İcra takibi başlamadan önce veya başladıktan sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulması mümkündür⁴¹. İcra takibi başlamadan önce açılan menfi tespit davasında alacağın yüzde on beşinden az olmamak üzere teminat yatırılarak takip durdurulabilir (İİK m. 72, II). Diğer yandan icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden az olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir (İİK m. 72, III). Bu hâllerde alacağın tamamı ödenmeksizin takip durdurulur/icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmesi engellenir.

İhtiyati tedbir ile takip durdurulduğunda ve menfi tespit davasında alacaklı lehine karar verildiğinde alacaklı icra inkâr tazminatı elde edebilir. Öyle ki İİK m. 72, IV'e göre alacaklı, ihtiyati tedbir sebebiyle alacağını geç almış olmaktan

³⁹ Üstündağ, s.36.

⁴⁰ Yıldız, s.94.

⁴¹ Takipten önce açılan menfi tespit davasında tedbir kararı alınarak icra takibinin başlatılması engellenemez (Kuru, Menfi Tespit, s.30; Kuru, C:I, s.474; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet (2023) İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.142, Nr.601; Atalı/ErmeneK/Erdoğan, s.359; Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.130).

doğan zararlarına karşılık yüzde yirmiden az olmayacak bir tazminata hak kazandırır⁴². Menfi tespit davasında zararının yüzde yirmiden fazla miktar olduğu iddiasında olan alacaklı, bu fazla miktarı ispat ederek daha fazla tazminat elde edebilir⁴³. Söz konusu tazminat bağlamında akla gelen bir soru, alacaklının menfi tespit davasında elde ettiği yüzde yirmi oranında tazminatın temerrüt faizinin yerine geçip geçmeyeceğine ilişkindir. Bu sorunun cevabı için öncelikle temerrüt faizinin düzenlenme amacına değinmek gerekir.

Para borçlarında temerrüt hâlinde öngörölmüş olan temerrüt faizindeki amaç, alacaklı ile borçlu arasında bozulan menfaat dengesini düzeltmektir⁴⁴. Buna göre alacaklının parayı kullanamaması sebebiyle uğradığı zarar giderilirken; borçlu kendisinin olmayan parayı kullanarak elde ettiği menfaatin karşılığını ödemek zorunda bırakılır⁴⁵. Menfi tespit davasında yüzde on beşlik teminatla takip durdurulmuş olsa da takip konusu borç ödenmiş değildir, yapılan ödeme bir miktar teminattan ibarettir. Keza alacaklının haksız tedbir kararı sebebiyle zararını karşılayacağı bu teminat geçici ifa olarak da nitelendirilemez⁴⁶. Dolayısıyla bu şekilde takip dursa da borçlunun temerrüdü engellenmez/kaldırılmaz⁴⁷.

Menfi tespit davasında yüzde on beşlik teminatla takip durdurulduğunda, borçlu temerrüt hâlinde olduğu parayı kullanabilmekte; alacaklı da bu paradan mahrum kalmaktadır. Temerrüt hâli devam ettiği için de temerrüt faizi işlemeye devam eder.

⁴² “İİK’nun 72/3 maddesi uyarınca icra vезnesine yatırılacak paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda almış olduğu ihtiyati tedbir kararını sunması üzerine haczin yapılamadığı ve böylece toplam 2.500.00 TL bedelli iki adet senede dayanılarak girişilen icra takibindeki alacağın tahsilinin ihtiyati tedbir sebebi ile geciktirilmiş olduğu anlaşıldığından İİK’nun 72/4 maddesi uyarınca dava konusu alacağın bu kısmı ile ilgili olarak davalı lehine %40 tazminata hükmedilmesi gerekirken...”19. HD., E. 2011/7212 K. 2012/313 T. 17.01.2012; 19. HD., E. 2015/13619 K. 2015/14645 T. 12.11.2015 (Lexpera).

⁴³ **Kuru**, Menfi Tespit, s.140.

⁴⁴ **Eren**, s.1244, Nr.3436.

⁴⁵ **Eren**, s.1244, Nr.3436.

⁴⁶ Tedbir kapsamında geçici ödemelerin ifa niteliğinde olmadığı yönünde bkz. ve karş. **Soergel/Schreiber, Klaus** (2010) Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 3/3, 13. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer Druckerei, § 362, s.376, Nr.12.

⁴⁷ **Soergel/Schreiber**, § 362, s.376, Nr.12.

Bu faizden bağımsız olarak haksız ihtiyatî tedbirden zarar gören alacaklının İİK m. 72, IV'e göre tazminat elde etme imkânı varlığını korur. Öyle ki temerrüt faizi paranın geç ödenmesinden; menfi tespit davasında tazminat ise haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanır. Dolayısıyla menfi tespit davasında tazminat imkânı bulunduğu gerekçeyle borçlunun temerrüt faizi ödemek zorunda olmadığı savunulamaz.

O hâlde, borçlu takipten önce ya da takiple birlikte temerrüde düşmüşse menfi tespit davasının borçlu temerrüdüne bir etkisi olmaz. Yüzde on beşten az olmayan teminat ile takibin durması da tek başına borçlu temerrüdüne engel değildir. Böylece para borcunda temerrüde düşen borçlu, temerrüt faizini ve haksız ihtiyatî tedbirden dolayı yüzde yirmi oranında icra inkâr tazminatını ödemek zorunda kalabilir.

2. Menfi Tespit Davasında Takip Konusu Borcun Tamamı Ödenerek Tedbiren Takibin Durdurulmasının Borçlu Temerrüdüne Etkisi

Takip başladıktan sonra açılan menfi tespit davasında, icra dairesine ödenen paranın alacaklıya gönderilmesine engel olacak nitelikte tedbir kararı alınabilir. Şöyle ki yüzde on beşten az olmayan bir teminatla alacaklıya paranın ödenmemesi sağlansa da borçlunun mallarının haczi ve paraya çevrilmesi engellenmiş olmaz. Uygulamada malların haczini ve paraya çevrilmesini engellemek için takip konusu alacak (takip giderleri ve faizle) ödenerek ve alacağın yüzde on beşinden az olmayan teminat yatırılarak alınan ihtiyatî tedbir kararı ile takip durdurulmaktadır⁴⁸. Bu şekilde takibin durdurulması alacağın tamamının icra dairesine ödenmesi ile gerçekleştiğinden icra dairesine ödemedeki gibi borcun sona erip ermediği tartışılmaktadır. Bu tartışmada paranın alacaklıya ödenmesi engellendiğinden, borçlunun zamanında ödemedeki bulunup bulunmadığı ve buna bağlı olarak temerrüt faizinin işlemeye devam edip etmeyeceği meseleleri değerlendirilmektedir.

⁴⁸ **Kuru**, Menfi Tespit, s.54, 58; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.279; **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.143, Nr.607; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.361. İsviçre hukukunda da menfi tespit davası açılmakla takip durmaz. Takibin durdurulması için yatırılması gereken bir teminata SchKG Art. 85a'da yer verilmemiştir. Ancak mahkeme davanın haksız olmadığına kanaat getirirse takibin durdurulmasına karar verebilir (SchKG Art. 85a, II).

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre icra dairesine ödenen para alacaklıya aktarılan kadar temerrüt faizi işlemelidir. Çünkü para alacaklının uhdesine geçmediğinde, henüz ödeme olarak kabul edilemez. İİK m. 72'ye göre görülen menfi tespit davasında icra inkâr tazminatına karar verilmesi, temerrüt faizini karşılamaya yönelik değildir. Keza söz konusu tazminat, icra işlemi engelleyici davranışın yaptırımıdır. Menfi tespit davasında alacaklı lehine karar verilmekle ihtiyatî tedbir kalkar ve para alacaklıya ödenebilir hâle gelir. Para alacaklıya ödenebilir hâle geldiğinde artık temerrüt faizine hükmedilemez⁴⁹.

Aynı yönde olarak borçlunun icra dairesine ödediği paranın icra müdürü tarafından alacaklıya geç aktarılması sebebiyle geçen süreden borçlu sorumlu olmamakla beraber ihtiyatî tedbir kararıyla paranın alacaklıya aktarılamamasında borçlunun fiilinden kaynaklanan bir gecikme olduğu ifade edilmiştir⁵⁰. Buradan hareketle, icra dairesi hesabına yatırılan paranın alacaklıya ödenmesine ihtiyatî tedbir kararıyla engel olduğunda, paranın alacaklının banka hesabına girmesine kadar temerrüt faizinin işleyeceği ileri sürülmüştür⁵¹. Yargıtayın eski tarihli kararlarında aksi yönde görüşe rastlanmakla beraber⁵², yeni tarihli yargı içtihatlarında eğilimin bu görüş doğrultusunda olduğu görülmektedir⁵³.

⁴⁹ Bu görüşte bkz. **Gözütok, Zeki** (2015) Faiz Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s.659.

⁵⁰ **Muşul**, s.446-447.

⁵¹ **Muşul**, s.447.

⁵² Yargıtay eski tarihli uygulaması için bkz. **Gözütok**, s.658, 661-662; **Evren**, s.175 vd.; **Üstündağ**, s.133.

⁵³ “Takip dosyasına dosya borcu yatırılmış ise de mahkemece takip dosyasının tedbiren durdurulduğu, icra vizesine yatırılan parayı alacaklının çekebileceği andan itibaren borçlunun borcundan kurtulacağı, mahkeme vizesine yatırılan paranın borçlunun aldığı tedbir nedeniyle alacaklıya ödenmemesi sebebiyle temerrüt faizinin işlemeye devam edeceği, borçlu tarafından takip dosyasına yatırılan paranın alacaklıya şu an için ödenemeyeceği, bu açıdan bakıldığında taşkın hacizden söz edilemeyeceği..” ifadelerine yer verilmiştir. İlk derece mahkemesinin ve bölge adliye mahkemesi kararının yer aldığı onama kararı için bkz. 12. HD., E. 2022/7830, K. 2023/488, T. 25.1.2023 (Lexpera). 12. HD., 12311/16022, T. 18.07.2005; 12. HD., 1764/2391, T. 02.03.2008 (Kararlar için bkz. **Gözütok**, s.659, 661. “İlamsız tahliye takibinden sonra borçlu kiracının menfi tespit davası açmış olması halinde menfi tespit davasına bakan mahkeme, ihtiyatî tedbir yoluyla ilamsız tahliye takibinin durdurulmasına karar veremez. Ancak teminat

Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararında⁵⁴, kiralanan taşınmazların tahliyesi yoluyla takip yapılmış, borçlu ödeme emrine İİK m. 269, II kapsamında itiraz etmemiş, ancak ödeme süresi içerisinde takip konusu borcu icra dairesine ödemiştir. Borçlu menfi tespit davasında aldığı ihtiyatî tedbir kararıyla (İİK m. 269, d atfıyla İİK m. 72) ödemediği paranın alacaklıya verilmesine engel olmuştur. Uyuşmazlık konusu, borçlunun icra dairesine yaptığı ödemenin alacaklıya aktarılmasına ihtiyatî tedbir kararıyla engel olmasının borçlu temerrüdüne etkisi hakkındadır. Kararda varılan sonuç şöyledir: “[...] *ihhtar süresi içinde takibe konu borç icra dosyasına ödenmiş ise de İİK'nın 72. maddesinin 3. fıkrasına göre borçlunun talebi üzerine sulh hukuk mahkemesince verilen tedbir kararı ile bu paranın alacaklının tasarrufuna geçmesi engellenmiş olup, bu hâlde borçlu kiracı icra dairesine ödemiş olduğu paranın alacaklı kiralayana ödenmesine muvafakat etmediğinden, borçlu temerrüde düşmüş olur. İhtar süresi içinde yapılan bu ödeme ile borçlu hakkında haciz uygulanmasına engel olup, temerrüdü engellemez*”⁵⁵. Buna göre Hukuk Genel Kurulu, borçlunun temerrüde düşmemesi için borcun icra dairesine ödenmesini yeterli görmemiş, paranın alacaklıya aktarılmasını da gerekli kabul etmiştir.

Karşı oy yazısına göre alacaklının takip konusu alacağı otuz gün içinde tahsil edememesinin sebebi ödemenin yapılmaması değil; tedbir kararının uygulanmasıdır. Nitekim icra dosyasına yapılan ödemenin süresinde geçerli bir ödeme sayılması için alacaklıya ödemenin ulaşması da gerekmez. Bu sebeplerle süresinde ödemedeki bulunan borçlunun tahliyesi için gereken şartların oluşmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca alacaklının haksız ihtiyatî tedbir kararı sebebiyle İİK m. 72, IV kapsamında tazminat elde edebileceği de vurgulanmıştır.

İcra dairesine ödenen paranın alacaklıya verilmesine tedbir kararıyla engel olunmasının borçlu temerrüdünü engellemeyeceği görüşü, icra dairesine yapılan

karşılığında ihtiyatî tedbir kararı verebilir. Fakat bu halde borçlu kiracı icra dairesine ödemiş olduğu paranın kiralayana ödenmesine muvafakat etmediğinden ve böylece temerrüde düşmüş olduğundan icra mahkemesi itirazın kaldırılmasına ve tahliyeye karar verir.” 6. HD., E. 2008/10415 K. 2008/12696 T. 17.11.2008 (Lexpera).

⁵⁴ HGK, E. 2017/1918, K. 2021/1707, 21.12.2021 (MİHDER, 2023/2, C.19, S:54, s.255-262).

⁵⁵ Aynı yönde bkz. 8. HD., E. 2017/16516 K. 2018/17851 T. 24.10.2018 (Lexpera).

ödeme üzerine borcun sona ermesi için paranın alacaklıya gönderilmesinin gerekmediği düşüncesinden aksi yöndedir. Zira icra dairesine yapılan ödeme ile borcun sona erdiği kabul edilirse, ihtiyatî tedbir kararıyla paranın alacaklıya ödenmesinin engellenmesi hâlinde de sona erme sonucunun ortaya çıkması gerekir⁵⁶. Çünkü alacaklı paraya erişebilir olmasa da takip konusu borç icra dairesi hesabına ödenmiş durumdadır. Her ne kadar ifanın gerçekleşmesi için ödemenin alacaklıya veya onun rızasıyla üçüncü kişiye yapılması gerekse de ifanın alacaklıdan başkasına yapılma imkânı vardır⁵⁷. Borçlu bu imkânla icra dairesine ödeme yapmakla birlikte tedbir kararıyla alacaklıya paranın verilmesi engellendiğinde, alacaklının parayı elde edememesi, esasında borçlunun geciken fiiline değil; mahkemenin verdiği bir karara dayanmaktadır. Bunun sonucunda ifa edilmiş borçtan alacaklının tatmini ertelenmektedir. Söz konusu durumdamahkemenin bu yönde karar vermesi borçlunun ihtiyatî tedbir talebine dayansa da borçlunun talebi tek başına tedbir kararının verilmesini gerektirmez. Öyle ki mahkeme, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkânsız hâle geleceği endişesi sebebiyle talepte bulunanın haklılığını yaklaşık ispat ölçüsünde tespit ettiği durumda tedbir kararı verir (HMK m. 389).

Borçlunun menfi tespit davası açması ve tedbir talebinde bulunması onun ifa kastı ile hareket etmediğini göstermez. Zira borçlu, takip konusu borcun mevcut olmadığı düşüncesine rağmen borçlanılan edimi, mevcut bir icra takibi olduğu için icra dairesine ödemiştir. İcra takibi dışında borcu alacaklıya ifa edecek olsa alacaklı takibe devam edebilir ve alacağın tekrar tahsil edilmesi söz konusu olabilir. Bunu engellemek için borçlunun parayı icra dairesine ödemesi gerekir. Borçlu her ne kadar tedbir kararı alabilmek amacıyla bu ödemeyi yapmış olsa da tedbir kararı alamadığı veya menfi tespit davasında aleyhine karar verilmesi ihtimalinde paranın alacaklıya aktarılmasını göze almıştır. Borca uygun yapılmış işlemin ifa kastıyla yapıldığının asıl olduğu⁵⁸ kabulünden hareketle, borçlu ödemeyi tedbir kararı almak için yapsa dahi borç ilişkisinden doğan edimin konu olduğu takip konusu borcu yerine getirme maksadı taşımaktadır.

⁵⁶ Karş. **Kuru**, Menfi Tespit, s.141, 145; **Evren**, s.177.

⁵⁷ Bkz. yuk., I.

⁵⁸ **Oğuzman/Öz**, s.265, Nr.805.

Nitekim bir yandan edimi yerine getirirken, diğer yandan menfi tespit davasıyla tedbir kararı almaya çalışarak ödediği paranın kendisine iadesini sağlamak istemektedir. Böylece alacaklıya aktarılması mümkün olan, ancak tedbir kararıyla alacaklının elde etmesi engellenmiş olan bu parayı ödeyen borçlunun, borçlu olmadığı düşüncesinin ifa kastını kaldırmadığının kabulü gerekir.

Menfi tespit davasında borçlunun haksız çıkması durumunda, alacaklının zarara uğramasının sebebi, artık borçlunun ifada gecikmesi değil; haksız ihtiyatî tedbir kararıdır. Haksız ihtiyatî tedbirden dolayı alacaklının zararının karşılanmasını sağlayan kurum ise İİK m. 72, IV uyarınca hükmedilecek tazminattır. Bu hâlde, icra inkâr tazminatının temerrüt faizinin yerine geçtiği düşünülmemelidir. Nitekim temerrüt faizinin işlemesine engel olan temerrüt durumunun ortadan kalkmış olmasıdır. Yoksa icra inkâr tazminatı temerrüt faizinin yerine geçtiği için faizin işlemesine engel olmuş değildir.

İcra dairesine yapılan ödemenin borcu sona erdirmesi için alacaklının uhdesine geçmesinin gerekmediği, borçlunun ödemeyi yapmasıyla borçtan kurtulduğu görüşümüzden hareketle karşı oy yazısının isabetli olduğu, Yargıtay kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Buna göre icra dairesine takip konusu borcun ödenmesinin ardından alınan ihtiyatî tedbir kararıyla paranın alacaklıya aktarılmasına engel olunması borçlunun temerrüde düşmesine sebep olmamalıdır.

Temerrüt faizi borcun ödendiği tarihe kadar işleyebileceğinden⁵⁹ icra dairesinin hesabına paranın ödendiği tarihten itibaren temerrüt faizi işletilmemeli; menfi tespit davasında borçlu haksız çıkacak olursa, alacaklı yüzde yirmi oranında tazminat elde edebilmelidir⁶⁰. Söz konusu sonuç temerrüt faizinin amacıyla da uyumludur. Gerçekten de borçlu, belki de haklı olduğu menfi tespit

⁵⁹ Nomer, s.423, Nr.190.1.

⁶⁰ Bu görüşte bkz. **Kuru**, C:I, s.75; **Kuru**, El Kitabı, s.90; **Kuru**, Menfi Tespit, s.141, 145; **Barlas**, s.171; tazminat miktarı bakımından karşı. **Evren**, s.177. İcra tazminatlarının alacaklının tedbir nedeni ile alacağını geç tahsil etmesinden kaynaklanan temerrüt faizi de dahil zararlarını karşılamak için öngörüldüğü, icra veznesindeki paraya faiz işletilmesinin yerinde olacağı, borçlunun takip konusu borcu ödedikten sonra bu paraya ilişkin temerrüt faizinden sorumlu olması gerektiği hususunda bkz. **Büyükkay**, **Ferhat** (2024) Menfi Tespit Davası (İİK m. 72), Ankara, Adalet Yayınevi, s.535.

davasında, icra dairesine ödediği parayı gelir getirecek şekilde kullanmaktan mahrum kalmaktadır. Alacaklı ise borçlunun icra dairesine ödediği parayı elde edebilmek için menfi tespit davasında haklı olmalıdır. Keza alacaklı, menfi tespit davası lehine sonuçlandığı anda icra dairesinin hesabındaki parayı tahsil edebilir duruma gelir (bkz. İİK m. 72, IV). Alacaklının icra dairesine ödeme gününden sonraki bir tarihte parayı tahsil etmesi, borcun geç ödenmesinden değil (ki borçlu daha önceki tarihte ödeme yapmıştır) ihtiyatî tedbir kararından kaynaklanır. Dolayısıyla temerrüt faizinin amacına ulaşmayı sağlayan şartlar, icra dairesine borcun ödenmesiyle artık mevcut değildir.

III. TAKİP KONUSU ALACAĞIN HACİZ VE CEBRÎ SATIŞ İLE TAHSİL EDİLMESİ VE BORÇLU TEMERRÜDÜ

A. HACİZ VE CEBRÎ SATIŞ İLE ALACAĞIN TAHSİLİNİN İFA NİTELİĞİ VE BORÇLU TEMERRÜDÜNE ETKİSİ

Takip konusu borç ödenmemişse takibin kesinleşmesinin ardından borçlunun mallarının haczedilmesi ve paraya çevrilmesi ile alacaklı tatmin edilir. Borçlunun parasının haczinde ise satış yapılmaksızın haczedilen paranın alacaklıya ödenmesi ile alacağın tahsili sağlanır. Bu şekilde alacağın tahsil edilmesinin borçlar hukuku anlamında ifa niteliğinde olup olmadığı meselesi tartışmalıdır⁶¹.

Haciz ve cebri satış ile alacağın tahsilinin ifa olup olmadığına ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre bu şekilde alacaklının alacağını elde etmesi borcun ifası değildir⁶². Çünkü cebri icrada borçlunun (ya da üçüncü kişinin) bir edimi veya ifa fiili söz konusu olmaz⁶³. Zaten borçlu ifada bulunmak istemediği için alacaklı

⁶¹ Bu tartışma, Alman hukukunda icra yoluyla tahsilatın BGB § 362 kapsamına girip girmediği üzerinde yoğunlaşmıştır. Zira BGB § 362, I hükmü borçlanılan edimin alacaklıya karşı yerine getirilmesiyle borç ilişkisinin sona ereceğini düzenlemiştir. Bu yöndeki tartışma için bkz. **Staudinger/Olzen**, § 362, Nr.8, s.62-63.

⁶² **Larenz, Karl** (1987) Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung § 18, s.236; **Koller**, s.600, Nr.35.29; **Erman/Buck-Heeb, Petra** (2022) Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage, Köln, Otto Schmidt, BGB § 362, Nr.16, s.1652; **Eren**, s.1032, Nr.2800; **Kim Beckhaus**, s.394.

⁶³ **Larenz**, § 18, s.236; **Eren**, s.1032, Nr.2800; **Kim Beckhaus**, s.394.

icra yoluna başvurmuştur⁶⁴. Öyle ki icra hukukunda alacaklının tatmini özel hukuk işlemine dayalı olarak değil; devletin cebir gücüyle sağlanır⁶⁵. Diğer görüşe göre ise icra yoluyla alacağın ödenmesi ifa niteliğindedir⁶⁶. Nitekim ifa, eda veya cebri icra yoluyla borç ilişkisinin yerine getirilmesine ilişkin bir fiildir⁶⁷.

Haciz ve cebri satış ile alacağın tahsilinin ifa olarak nitelendirilmesi meselesi teorik bir tartışma olup uygulama bakımından fazla ehemmiyet taşımaz⁶⁸. Çünkü icra yoluyla alacaklının tatmin edilmesi ifa olarak nitelendirilmese de ifa ile aynı hukukî sonucu ortaya çıkarır⁶⁹. Nitekim icra yoluyla da olsa borç ilişkisinin amacı yerine getirilmiş olur⁷⁰ ve borç sona erer⁷¹. Öyle ki bu yolla yapılan tahsilatta ifanın diğer tipik etkileri de normal şekilde ortaya çıkar⁷². Böylece icra yoluyla alacağın tahsili neticesinde borçlu temerrüt hâlinde kurtulur.

Borçlunun takip konusu borcu kendi rızasıyla ödemesi ve haciz/cebri satışla alacaklının tatmin edilmesi arasında borçlu temerrüdünün sona ermesi açısından bir fark yoktur. Ancak bu iki durum arasında, paranın alacaklıya aktarılmasının temerrüt hâlini ortadan kaldırması yönüyle farklılık bulunur. Bir diğer ifadeyle borçlunun borcunu “*gönüllü (iradi)*” olarak ödemesiyle⁷³ alacağın haciz ve cebri satış ile tahsil edilmesini birbirinden ayırmak gerekir. Şöyle ki icra dai-

⁶⁴ Kim Beckhaus, s.394.

⁶⁵ **Larenz**, § 18, s.236; **Eren**, s.1032, Nr.2800; **Kim Beckhaus**, s.394. İcra hukukundaki hükümler (ZPO § § 815, 819) ifaya yönelik değildir; borcun ne zaman sona ereceğine ilişkindir. Bu yönüde bkz. **Erman/Buck-Heeb**, § 362, Nr.16, s.1652.

⁶⁶ **Gernhuber, Joachim** (1994) Die Erfüllung und ihre Surrogate, Tübingen, J.C.B Mohr, § 5, s.92 vd.

⁶⁷ **Gernhuber**, § 5, s.93. ZPO § 815, icra yoluyla elde edilen paranın borçlu yerine ödeme gibi olduğunu düzenleyerek icra yoluyla yapılan işlemi borçluya atfetmiştir. Bu yönde bkz. **Gernhuber**, § 5, s.94.

⁶⁸ Karş. **Staudinger/Olzen**, § 362, s.62, Nr.7.

⁶⁹ **Larenz**, § 18, s.236; **Koller**, s.600, Nr.35.29.

⁷⁰ Karş. **Larenz**, § 18, s.236.

⁷¹ **Soergel/Schreiber**, § 362, Nr.12, s.376; **Koller**, s.600, Nr.35.29.

⁷² **Koller**, s.600, Nr.35.29.

⁷³ Karş. **Staudinger/Olzen**, BGB § 362, s.64, Nr.9.

resine takip konusu borcun ödenmesiyle borç sona ermekle beraber, alacaklıya paranın aktarılması ifanın tamamlanması için gerekli değildir⁷⁴. Oysa cebri satışta, ihale bedelinin icra dairesine ödenmesi, borcu sona erdirmez⁷⁵. Çünkü icra dairesine borcun ödenmesinden farklı olarak, alıcı borçlanılan edimi ifa etmemekte; cebri icrada hacizli bir malı satın almaktadır. Bunun yanında alıcı, malın ihale bedelini icra dairesine öderken üçüncü kişinin ifası için gerekli olan ifa kastını da taşımaz⁷⁶. Aynı şekilde üçüncü kişinin borçlunun kendisinde olan alacağının haczedilmesi üzerine parayı icra dairesine ödemesi hâlinde de takip konusu edimi yerine getirdiğinden ve ifa kastı taşıdığından bahsedilemez. Onun yaptığı, borçlunun kendisinde olan alacağını icra dairesine ödemektir⁷⁷. Dolayısıyla ihale bedeli ve üçüncü kişinin haciz üzerine ödediği para, alacaklıya aktarıldığı anda ve miktarda borcu sona erdirir. Çünkü borç ilişkisinin amacı, alacaklının tatmin olmasıyla yerine getirilmiş olur. Bu sonuç, alacağın cebri satışla tahsilinin ifa niteliğinde olup olmadığı tartışmasında her iki görüş bakımından da doğar. Öyle ki bu şekilde paranın tahsil edilmesi, ifa niteliğinde olsun ya da olmasın, para alacaklıya aktarılmakla borç sona erer ve borçlu temerrüdü kalkar.

İcra yoluyla satış neticesinde alacaklıya paranın ödenebilmesi için ihale kesinleşmelidir (İİK m. 134, IX). Bu sebeple ihale kesinleşene kadar borçlu temerrüt durumunda kalır ve temerrüt faizi işlemeye devam eder⁷⁸. Diğer yandan paranın haczinde, satış söz konusu olmadığından, para icra dosyasına girdikten sonra alacaklıya ödenebilir⁷⁹.

Borçlu, cebri satışın ardından borcun sona ermesinin ihalenin kesinleşmesi süreci sebebiyle gecikmesine katlanmalıdır. Şöyle ki haciz ve cebri satışla icra

⁷⁴ Bkz. yuk., II, A.

⁷⁵ **Kuru**, El Kitabı, s.90.

⁷⁶ Bkz. yuk., I.

⁷⁷ Haciz ihbarnamesi üzerine üçüncü kişi borcu icra dairesi hesabına yatırmakla borcundan kurtulur (**Er**, s.216).

⁷⁸ **Kuru**, C:I, s.76; **Kuru**, El Kitabı, s.90.

⁷⁹ 12. HD., E. 2018/14770 K. 2018/12364 T. 27.11.2018. Ayrıca bkz. İstanbul BAM, 21. HD., E. 2018/3127 K. 2019/692 T. 3.4.2019. Haczedilmezlik şikâyeti halinde bkz. a.ş.a., III, B.

dairesine paranın ödenmesinin takip konusu borcun sona ermesini sağlamasına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi⁸⁰, borcun sona ermesini gerektirecek maddî hukuka ilişkin bir sebep de mevcut değildir. Dolayısıyla borcun sona erip ermediği meselesi hakkında genel ilkelerden hareketle karar vermek gerekir. Bu halde alacaklı tatmin edilmekle borç amacına ulaşacağından ve böylece borç sona ereceğinden (ifa bulunmasa bile) borçlunun temerrütten kurtulması da alacaklının tatmin anında mümkün olabilir. Öyleyse takip neticesinde alacaklıya paranın aktarılmasına kadar geçen zamanda borçlu temerrüt halinde kalmaya devam eder.

B. HACİZ VE CEBRİ SATIŞ İLE TAHSİL EDİLEN PARANIN TEDBİR KARARIYLA ALACAKLIYA GÖNDERİLMESİNE ENGEL OLUNMASININ BORÇLU TEMERRÜDÜNE ETKİSİ

Borçlunun mallarının haczedilmesi ve paraya çevrilmesinin ardından icra dairesindeki paranın alacaklıya ödenmesi engellenmiş olabilir. Yukarıda bahsedildiği üzere haciz ve cebri satış ile alacağın tahsili, paranın alacaklıya ödenmesi ile borcu sona erdirir⁸¹. Şayet paranın alacaklıya ödenmesi engellenecek olursa aynı sonuca varmanın mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Sözgelimi menfi tespit davası takipten sonra açıldığında icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmesi yüzde on beşten az olmayan teminat ile engellenebilir (İİK m. 72). Bu hâlde borç borçlu veya üçüncü kişi tarafından ödenmiş değildir; haciz ve cebri satışla alacak tahsil edilmiştir. Borçlu, ödediği teminatla tahsil edilen bu alacağın alacaklıya ödenmesini engellemektedir. Diğer yandan üçüncü kişilerdeki alacağın haczinin ardından icra dairesi hesabına paranın ödemesi hâlinde de cebri icra ile alacağın tahsili gerçekleşir. İcra dairesi hesabına parayı ödeyen üçüncü kişi bu paranın haczedilmez olduğu gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurmuş olabilir. Şikâyet üzerine icra mahkemesi, icra dairesinin hesabındaki paranın alacaklıya ödenmesini takibin durdurulması yönünde karar vererek engelleyebilir (İİK m. 22).

⁸⁰ Alman hukukundaki gibi paranın haczi (ZPO § 815) ve ihale bedelinin ödenmesi (ZPO § 819) ile borcun sona ereceğine ilişkin düzenlemeler Türk hukukunda mevcut değildir.

⁸¹ Bkz. yuk., III, A.

Borçlunun mallarının paraya çevrilmesinin ardından paranın icra dairesi hesabında yüzde on beşten az olmayan teminatla muhafaza edilmesi ve alacaklıya gönderilmemesi hâlinde borç sona ermiş değildir⁸². Öyle ki ifa için gereken borçlanılan edimin yerine getirilmesi unsuru gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla icra dairesi hesabındaki paranın teminatla alacaklıya ödenmesine engel olduğunda, borçlu temerrüt hâlinde kalmaya ve temerrüt faizi işlemeye devam eder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararında, haciz ihbarnamesi üzerine üçüncü kişi borçlunun alacağını icra dairesine ödemiştir. Ancak üçüncü kişinin haczedilmezlik şikâyeti üzerine takibin durdurulması yönünde tedbir kararı verilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, “*tedbir ara kararı ile icra kasasına giren paranın alacaklıya ödenmesi engellenmiş olup borçlu, paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde direngen davrandığından borçlunun temerrüdü oluşmuştur. Bu borçlunun, paranın alacaklıya ödenmesini engeller şekilde yaptığı ödeme ise sadece o miktar borç için icraya devam olunmasını ve haciz yapılmasını engeller. Ancak temerrüt faizinin işlemesine engel teşkil etmez.*” yönünde karar tesis etmiştir⁸³. Görüldüğü üzere borçlunun üçüncü kişideki alacağının haczi neticesinde üçüncü kişinin icra dairesine ödeme yapmasının borçlu temerrüdünü engellemeyeceği yönünde karar verilmiştir.

Kanaatimizce Yargıtayın bu yöndeki kararı yerindedir⁸⁴. Borçlunun (veya ifa kastıyla üçüncü kişinin) takip konusu borcu icra dairesi hesabına ödemesinden farklı olarak, üçüncü kişideki alacağın haczi üzerine icra dairesi hesabına

⁸² Bkz. yuk., II, B, 1.

⁸³ HGK., E. 2018/12-1123 K. 2022/670 T. 18.5.2022 (Kazancı). Karşı oy yazısından: “Alacaklı haciz aşaması gerçekleşmiş ve sonrasında icra veznesine alınmış olan alacağına bir süre kavuşmamış ise de bu durum ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından doğmuştur. Paranın haczedilmesiyle birlikte borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmış sonrasında tedbirin değiştirilmesine bağlı olarak para icra veznesine girince de borçlar hukuku anlamında ifa gerçekleşmiştir. Zira haczedilen paranın icra dosyasına girmiş olması İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre borcun icra dosyasına ödenmesi aşamasının tamamlanması olduğu kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre de geçerli ve sonuç doğuran bir ifadirdir.”

⁸⁴ İcra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmesi şikâyet üzerine verilen tedbir kararı sebebiyle gecikirse icra dairesi alacaklıya ödeme yapamayacağından temerrüt faizinin işlemesi gerektiği görüşü için bkz. **Kuru**, El Kitabı, s.90.

paranın ödenmesi ifa değildir. Bu ödemenin borcu sona erdirebilmesi için alacaklıya aktarılması gerekir⁸⁵. Paranın alacaklıya aktarılmasının engellenmesi hâlinde, borçlunun temerrüt durumu devam eder ve borçlu temerrüt faizi ödemek zorunda kalır. Bu sonuç, cebri satış neticesinde alıcının ihale bedelini ödemesi üzerine borcun sona ermemesi ve ihale kesinleşip para alacaklıya aktarılan kadar borçlunun temerrüt durumunun ortadan kalkmaması ile de uyumludur. Zira her iki durumda da borçlunun kendi iradesiyle ödemesi söz konusu olmayıp haciz ve cebri satış ile tahsil edilen bir borç bulunmaktadır.

O halde, borçlunun borcun tamamını icra dairesi hesabına ödeyerek takibi durdurmasından farklı olarak⁸⁶, haciz ve cebri satış ile icra dosyasına giren paranın tedbiren alacaklıya ödenmesinin engellenmesi hâlinde, borçlu temerrütte kalmaya devam eder.

SONUÇ

İcra takibi konusu borcun icra dairesi hesabına ödenmesi üzerine borç sona erer. Borcun sona ermesi için ödemenin alacaklıya gönderilmesi gerekmez. Kimi zaman borçlu menfi tespit davası açmakta, ödemenin alacaklıya gönderilmesine tedbir kararıyla engel olmaktadır. Yargıtay, borç icra dairesine ödendikten sonra ihtiyatî tedbir kararıyla paranın alacaklıya ödenmesinin engellenmesi hâlinde borçlu temerrütünün devam edeceği yönünde karar vermiştir. Çalışmada bu karara aksi yönde olarak, tedbir kararıyla icra dairesine ödenen para alacaklıya gönderilmese de borcun tamamının icra dairesine ödenmesinin borçlu temerrütünü sona erdirmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Çünkü borçlu borcun tamamını icra dairesine ödeyerek edimi yerine getirmiştir. Alacaklının alacağını tahsil edememesinin sebebi, borçlunun ifayı yerine getirmemesi değil; mahkemenin verdiği ihtiyatî tedbir kararıdır.

Menfi tespit davasında borçlu aleyhine karar verilirse ihtiyatî tedbir kalkar ve alacaklı icra dairesi hesabındaki parayı tahsil eder. Ödeme anından itibaren

⁸⁵ Bkz. yuk., III, A.

⁸⁶ Bkz. yuk., II, B, 2.

temerrüt faizi işlemese de haksız ihtiyatî tedbir sebebiyle alacaklı alacağını geç tahsil ettiği için yüzde yirmi oranında tazminata hak kazanır.

Borçlunun mallarının haczedilip paraya çevrilmesi üzerine alacağın tahsili hâlinde ise sonuç farklıdır. Çünkü borçlunun mallarının haczedilmesinin ardından satılması halinde alıcı, ihale bedelini icra dairesine öderken borcu ifa eden üçüncü kişi konumunda değildir. Aynı durum, borçlunun üçüncü kişideki alacağının haczi neticesinde alacağı icra dairesine ödeyen üçüncü kişi için de geçerlidir. Bu hâllerde alıcı ve üçüncü kişi, takip konusu edimi yerine getirmez ve bu edime ilişkin ifa kastı taşımaz. Öyle ki alıcı, ihalede satın aldığı malın bedelini icra dairesine öderken; üçüncü kişi borçluya olan borcunu haciz üzerine icra dairesine ödemektedir. Takip konusu borç yerine getirilmediğinden borçlu temerrüdü devam eder ve temerrüt faizi işler. Hâliyle bu ödemelerin alacaklıya aktarılmasının tedbiren engellenmesi de borçlu temerrüdünü etkilemez.

KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil** (2000) “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta Basım, s.1-49.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2023) İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2023) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin/Akkanat Öztürk, Elif Beyza** (2020) “İcra Dairesine Ödeme ve Türk Borçlar Kanunu’nun İfaya İlişkin Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, Prof. Dr. Türkân Rado’nun Anısına Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.49-65.
- Barlas, Nami** (1992) Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.
- Buck-Heeb, Petra** (2022) Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage, Köln, Otto Schmidt.
- Büyükkay, Ferhat** (2024) Menfi Tespit Davası (İİK m. 72), Ankara, Adalet Yayınevi.
- Emmel, Frank** (2021) Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Eren, Fikret** (2023) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Er, Burak Hamza** (2023) Para Borçlarının İfası, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Evren, Mahmut Tefvik** (1987) Faiz Hukuku, İstanbul, Net Matbaacılık.
- Gernhuber, Joachim** (1994) Die Erfüllung und ihre Surrogate, Tübingen, J.C.B Mohr Paul Siebeck.
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Gözütok, Zeki** (2015) Faiz Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.
- İnceoğlu, Murat** (2005) “İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”, AÜHFD, C:54, S:2, s.149-182.
- Kim Beckhaus, Gesa** (2013) Die Rechtsnatur der Erfüllung, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Koller, Alfred** (2023) Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.

- Kren Kostkiewicz, Jolanta** (2018) Schuldbetreibungs-und Konkursrecht, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, Schulthess.
- Kuru, Baki** (2003) İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara, Yetkin Yayınevi (Menfi Tespit).
- Kuru, Baki** (1988) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım (C:I).
- Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (El Kitabı).
- Küçük, Alper Tunga** (2020) “İcra Takibinde Borçlunun Temerrüde Düşme Anının Belirlenmesi”, ÇÜHFD, C:5, S:1, s.2335-2357.
- Larenz, Karl** (1987) Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Möckli, Urs** (2014) Kurzkommentar Schuldbetreibungs-und Konkursgesetz, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Muşul, Timuçin** (2013) İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, C:I, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Nomer, Haluk Nami** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** (2022) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:I, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Olzen, Dirk** (2016) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 362-396, Berlin, Walter de Gruyter.
- Özmumcu, Seda** (2012) “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C:LXX, S:2, s.183-206.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2023) İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Postacıoğlu, İlhan** (1982) İcra Hukuku Esasları, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Schreiber, Klaus** (2010) Soergel Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 3/3, 13. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer Druckerei.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilâ** (1993) Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Üstündağ, Saim** (2004) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2004.

Yıldız, Mustafa Göktürk (2020) Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Zurnacı, Gizem (2023) Üçüncü Kişinin İfası, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi (İfa).

Zurnacı, Gizem (2023) "Borçlunun İradesi Dışında Bir Üçüncü Kişinin Borcu İfa Edip Edemeyeceği Meselesine İlişkin Bir Değerlendirme", Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, S:1, s.30-46.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

YAYIN POLİTİKASI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
3. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlayabilir.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir. Editörler Kurulu üyelerinden birinin dergiye çalışma göndermesi durumunda çalışma sahibi yayın sürecine dahil edilmez.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir. Ayrıca yazarın aynı sayıda birden fazla çalışması yayınlanamaz. Birden fazla çalışma gönderilmesi halinde bu çalışmalar tarih sırasına göre sonraki sayılar için değerlendirilir. Bu kural çok yazarlı çalışmalarda da geçerlidir.
7. Dergiye gönderilen çalışmalar, hakem süreçlerinin tamamlanması kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
9. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

10. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
11. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
12. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
13. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
14. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
15. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
16. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişkin değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
17. Derginin resmî web adresi: www.aybu.edu.tr/ybhd

Hakem Değerlendirme Süreci

1. Araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri için ise bir hakem atanır. Bu hakemler alan editörleri tarafından belirlenir. Hakemlerin atanmasında, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya destek sağlayanlarla çıkar çatışmasının bulunmaması gözetilir.
2. Hakemlerin belirlenmesinde, makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması şartları aranır.
3. Hakemlerden birden fazlası, yazarlarla aynı kuruma mensup olamaz.
4. Eğer yazarlar akademisyen ise hakemler bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. Konu bakımından hakem bulmanın zor olduğu durumlarda, dengi veya alt akademik unvana sahip kişiler de hakem olarak belirlenebilir.
5. Hakem incelemelerinde kör hakemlik usulü uygulanır.

6. Hakemlerden kendilerine “DergiPark” üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 7 gün içinde cevap vermeleri istenir. Gerekli durumlarda süre 5 gün olarak uzatılır. Süre en fazla iki kere uzatılır. Süresi içerisinde kabul edilmeyen veya reddedilen davetler, editör veya yardımcıları tarafından sistem üzerinden iptal edilir. Bu durumda editör veya yardımcıları başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.
7. Kabul sonrasında hakem, “DergiPark” hesabı üzerinden anonimleştirilmiş makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.
8. Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editör ve yardımcılarına bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.
9. Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve makul yeterlilikte bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.
10. Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.
11. Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayınlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.
12. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar.
13. Hakemler, herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durumu editör veya yardımcılarına rapor etmeleri gerekmektedir.
14. Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle “DergiPark” sistemi üzerinden değerlendirilir. Bilimsel üsluba ve nezakete uygun olmayan yorumlar editör veya yardımcıları tarafından engellenir.

YAZIM KURALLARI

1. Çalışmaların toplam kelime sayısı 3.000-12.000 arasında olmalıdır. Özet kelime sayısı ise 150-250 arasında olmalıdır. Çalışmalarda 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeleri, ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır.
2. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

3. Özet, Giriş ve Sonuç başlıklarına numara verilmemelidir.
4. Çalışmada, içindekiler ve kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.
5. Kaynakça, çalışma sonunda yer almalı ve yazar soyadına göre alfabetik sıraya göre düzenlenmelidir. Kaynakçada, metin içerisinde atfı yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
6. Metin içindeki atıflara dipnotta yer verilmelidir.
7. Bir esere yapılan *kaynakça* ve *ilk atıfta* sadece **yazarın soyadı ve adı** koyu karakterle yazılmalı, *kısa atıflarda* ise sadece **yazarın soyadı** koyu karakterle yazılmalıdır. “a.g.e” gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.
8. Bir esere *ilk atıfta* tüm detaylar belirtilmeli; devam eden kısımlarında ise *kısa atıf* kullanılmalıdır: (**Soyadı**, s. ^)
9. Aynı yazarın birden fazla eserine *kısa atıfta* eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl da belirtilmelidir: (**Soyadı** (Yıl) s. ^)
10. Aynı yazarın aynı yıldaki birden fazla eserine *kısa atıfta* yıl bilgisinden sonra eser isminin kısaltması yazılmalıdır: (**Soyadı** (Yıl) Kısa Başlık, s. ^)
11. Aynı eserdeki birden fazla yazarın ayrımında “/” işareti kullanılmalıdır.
12. Bir dipnottaki birden fazla eserin ayrımında “;” işareti kullanılmalıdır.
13. Aşağıdaki kurallarda belirtilmeyen bir esere (arşiv belgesi, yabancı mahkeme kararı vb.) atfı yapılması halinde, tercih edilen yöntem tüm çalışmada yeknesak olmalıdır.

Kısaltmalar

C.	Cilt	S.	Sayı
E.	Esas	s.	sayfa
K.	Karar	ss.	sayfa aralığı
§	paragraf	dn.	dipnot
T.	Tarih	s.e.t.	son erişim tarihi

Not: Aşağıdaki atıf örneklerinde yer alan [^] işareti uygun şekilde doldurulacak değişkeni gösterir.

KİTAP

Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, [^]. Baskı, Şehir, Yayınevi.

Kaynakça: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

İlk Atıf: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 25.

Kısa Atıf: **Köseoğlu**, s. 25.

MAKALE

Soyadı, Adı (Yıl) “Makale Adı”, Dergi Adı, C. [^], S. [^], ss. [^].

Kaynakça: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, ss. 517-546.

İlk Atıf: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, ss. 517-546, s. 520.

Kısa Atıf: **Karataş Durmuş**, s. 520.

İki veya çok yazar durumunda yazar isimleri:

Soyadı, Adı/Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, [^]. Baskı, Şehir, Yayınevi.

Kaynakça: **Eminoğlu, Cafer/Kıran, Süleyman/Meral, Nevin/Çakır Çelebi, F. Betül/Aksoy, Kemalettin Ahmet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Kısa Atıf: **Eminoğlu/Kıran/Meral/Çakır Çelebi/Aksoy**, s. 13.

Aynı yazarın birden fazla eserine kısa atıf:

Eserin farklı yıllarda olması durumunda

Soyadı (Yıl) s. [^].

Köseoğlu (2011) s. 25.

Köseoğlu (2004) s. 35.

Eserin aynı yılda olması durumunda

Soyadı (Yıl) Kısa Başlık, s. [^].

Köseoğlu (2011) Bireysel Emeklilik, s. 55.

Köseoğlu (2011) Bildirimli Fesih, s. 25.

Not: Aşağıdaki eser türlerinin kısa atıflarında kitap ve makaledeki kurallar geçerlidir.

KİTAP BÖLÜMÜ

Soyadı, Adı (Yıl) “Bölüm Adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı, ^, Baskı, Şehir, Yayınevi, ss. ^.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, ss. 100-130.

ÇEVİRİ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap Adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap Adı, ^, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi).

TEZ

Soyadı, Adı (Yıl) Tez Başlığı (Yüksek Lisans Tezi/Doktora Tezi), Üniversite, Enstitü.

Örnek: **Kılınç, Ahmet** (2013) Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TEBLİĞ

Soyadı, Adı, “Tebliğin Başlığı”, Konferans/Sempozyum Adı, Tarih, Yer.

Örnek: **Korkmaz, Cansu**, “Marka Tescil Başvurularına İlişkin İtiraz Prosedüründe Arabuluculuk”, Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi, 4-6 Temmuz 2022, Antalya, Türkiye.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, “Başlık”, Yayın Tarihi <internet adresi> s.e.t. ^.

Örnek: **Acer, Yücel**, “İsrail’in Hukukla İmtihani ve Türkiye’nin Adalet Divanı’ndaki Sunumu”, 02.03.2024 <www.setav.org> s.e.t. 27.03.2024.

Metinde sayfa numarası yoksa kısa atıfta eserin ilk geçtiği dipnot numarası yazılmalıdır.

Örnek: **Acer**, dn. 24.

MAHKEME KARARLARI ATIF ÖRNEKLERİ

Ankara 3. Sulh Mahkemesi,
Ankara 1. İdare Mahkemesi,
Ankara BAM 10. CD,
Yargıtay 2. CD/HD, E. ^, K. ^, T. ^ <erişim adresi> s.e.t. ^.
YCGK/YHGK, E. ^, K. ^, T. ^ (Aktaran: eser künyesi).
Danıştay 10. Daire,
Danıştay İDDK/VDDK,

Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi için:

AYM, E. 2020/100, K. 2022/100, 04/04/2022, § ^.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru için:

AYM, Ali Çelik, B. No: 2021/21, 02/02/2021, § ^.

PUBLICATION POLICY

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is published semi-annually.
2. Articles written in Turkish, German, French, and English may be published in the journal.
3. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue.'
4. Manuscripts submitted for review are considered to be "final versions". Therefore, the authors guarantee that they have reviewed the manuscripts before submission, approve them for publication as submitted, and accept the citation rules of the journal. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors via 'DergiPark'. Unqualified manuscripts are not sent back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors' name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the required corrections based on the referees' reports. Following these corrections, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the manuscript to a third referee. If a member of the Editorial Board submits a manuscript to the journal, the author is not included in the publication process.
6. The Editorial Board holds the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publication in an issue and in which issue to publish the manuscripts, in accordance with the varieties of the topics and branches. The authors are informed about this decision and the underlying reasons. Furthermore, one author cannot have multiple articles published in the same issue. In case multiple manuscripts are submitted by an author, the submissions will be evaluated for subsequent issues based on their chronological order. This rule also applies to all multi-authored manuscripts.
7. The submitted manuscripts are evaluated by the Editorial Board, taking into account the number of articles in the relevant issue, topics, and fields, to decide whether they will be published in the current issue, provided that the peer review processes are completed.
8. If the refereed reviews are not completed on time, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
9. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and less than 12,000 words. The manuscripts should consist of an abstract (typically 150-250 words) and 5-10 keywords. If the text is in Turkish, then the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the required changes will be made by the Language Editors. The changes will be reported to the authors.

10. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
11. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors' - and if necessary other copyright owners' - consent is sent to the YBLR simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
12. The YBLR requires the submission of manuscripts via <https://dergipark.org.tr/en/pub/ybuhukuk>. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails on a separate document.
13. The acceptance of a submitted manuscript for publication will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be delivered to the authors via 'Dergipark'.
14. The submitted manuscripts' authors accept to waive the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
15. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
16. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
17. Official web page of the YBLR is: www.aybu.edu.tr/ybhd

Evaluation Process of Reviewers

1. Two reviewers are appointed for research articles and one for translation articles. These reviewers are determined by the field editors. In the appointment of reviewers, it is ensured that there is no conflict of interest with the research, authors and/or those who support the research.
2. In determining the reviewers, it is required that they have studies in the field of the article or are competent in the relevant field.
3. More than one of the reviewers cannot belong to the same institution as the authors.
4. If the authors are academics, the reviewers are selected among academics with a higher title. In cases where it is difficult to find reviewers in terms of subject matter, people with equivalent or lower academic titles can also be appointed as reviewers.
5. Double blind peer review is adopted by YBLR.
6. Reviewers are expected to respond to the YBLR's invitation within 7 days. If necessary, the deadline is extended by 5 days. The deadline is extended at most twice. Invitations that are not accepted or directly rejected within the deadline are canceled by the editor or assistant editors through the system. In this case, the editor or assistant editors can send a review invitation to another reviewer.

7. After the decision of acceptance, the reviewer can access the anonymized manuscript file and the reviewing form through their 'DergiPark' account.
8. If the reviewer does not consider himself/herself competent in the subject matter of the manuscript or is unlikely to be able to provide timely feedback, he/she should inform the editor and his/her assistants and should request the reviewing process be canceled.
9. Reviewers are obliged to fill in the reviewer evaluation form truthfully and provide a reasonably adequate scientific evaluation.
10. Articles must be found suitable for publication by at least two reviewers. Reviewers may request minor or major revisions to the article. In this case, the author is asked to revise the article in accordance with the reviewers' comments. In case of minor revision, the revised article is checked by the relevant assistant editor. In case of major revision, the article is re-submitted to the same reviewer, and he/she is requested to decide on the suitability of the revised version for publication.
11. Articles that are not deemed suitable for publication by both reviewers are not published. If one of the reviewers deems the article unsuitable for publication, the article may be rejected by the editorial board or sent to a third reviewer, taking into account the comments of the other reviewer on the article. The field editor decides whether the article is suitable for publication in line with the opinions of the third reviewer.
12. Reviewers and editorial board members cannot discuss articles with other people. Reviewers keep all information about submitted manuscripts confidential.
13. If the reviewers notice any copyright infringement or plagiarism, they are required to report the situation to the editor or his/her assistants immediately.
14. Reviewers are evaluated through the 'DergiPark' system based on criteria such as timeliness and performance. Comments that are not in accordance with scientific genre and politeness are blocked by the editor or assistant editors.

WRITING RULES

1. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12,000 words. The manuscripts should consist of an abstract between 150-250 words and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French.
2. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

3. Abstract, Introduction and Conclusion headings should not be numbered.
4. The table of contents and abbreviations should not be included.
5. The bibliography should appear at the end of the manuscript and should be arranged in alphabetical order according to the surname of the author. It is not obligatory to include the legislation or court decisions cited in the text in the bibliography.
6. References in the text should be given in footnotes.
7. In the *bibliography* and *first citation* to a work, only the **author's surname** and **name** should be written in boldface, and in *short citation*, only the **author's surname** should be written in boldface. Abbreviations such as "Ibid" should not be used.
8. In the *first citation* of a work, full details should be given; in the following parts, a *short citation* should be used: (**Surname**, p. ^)
9. In *short citation* to more than one work by the same author, the year of publication should also be indicated to distinguish the work: (**Surname** (Year) p. ^)
10. The "/" sign should be used to distinguish more than one author in the same work.
11. The ";" sign should be used to distinguish more than one work in a footnote.
12. In case of citing a work (archival document, foreign court decision, etc.) that is not specified in the rules below, the preferred method should be uniform throughout the entire article.

Abbreviations

V. Volume	I. Issue
E. Esas no	p. page
K. Karar no	pp. page range
T. Date	fn. footnote
§ paragraph	l.a.d. last accessed date

Note: In the following citation examples, the sign ^ indicates the variable to be filled in appropriately.

BOOK

Surname, Name (Year) Book Title, ^, Edition, City, Publisher.

Bibliography: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Edition, İstanbul, Beta Yayınevi.

First citation: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Edition, İstanbul, Beta Yayınevi, p. 25.

Short citation: **Köseoğlu**, p. 25.

ARTICLE

Surname, Name (Year) “Article Title”, Journal Name, V. ^, I. ^, pp. ^.

Bibliography: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Law Review, I. 2, pp. 517-546.

First citation: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Law Review, I. 2, pp. 517-546, p. 520.

Short citation: **Karataş Durmuş**, p. 520.

Author names in case of two or more authors:

Surname, Name/Surname, Name (Year) Book title, ^, Edition, City, Publisher.

Bibliography: **Eminoğlu, Cafer/Kıran, Süleyman/Meral, Nevin/Çakır Çelebi, F. Betül/Aksoy, Kemalettin Ahmet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Short citation: **Eminoğlu/Kıran/Meral/Çakır Çelebi/Aksoy**, p. 13.

Short citation to multiple works of the same author:

In case the works are from different years

Surname (Year) p. ^.

Köseoğlu (2011) p. 25.

Köseoğlu (2004) p. 35.

In case the works are in the same year

Surname (Year) Short Title, p. ^.

Köseoğlu (2011) Bireysel Emeklilik, p. 55.

Köseoğlu (2011) Bildirimli Fesih, p. 25.

Note: For short citations of the following types of works, the rules for books and articles apply.

BOOK SECTION

Surname, Name (Year) “Book Section Title”: Editor’s Surname, Name (Editor/s), Book Title, ^, Edition, City, Publisher, pp. ^.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications, pp. 100-130.

TRANSLATION

Author’s Surname, Name (Year) Book Title, ^, Edition, City, Publisher (Translator: Translator’s Surname, Name (Year) Translation Book Title, ^, Edition, City, Publisher).

Example: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost Kitabevi).

THESIS

Surname, Name (Year) Thesis Title (Master’s Thesis /Doctoral Thesis), University, Institute.

Example: **Kılıç, Ahmet** (2013) Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir (Doctoral Thesis), Gazi University, Institute of Social Sciences.

CONFERENCE PROCEEDING

Surname, Name, “Title of the Annunciation”, Conference Name, Date, Place.

Example: **Korkmaz, Cansu**, “Marka Tescil Başvurularına İlişkin İtiraz Prosedüründe Arabuluculuk”, International Mediterranean Law Congress, July 4-6, 2022, Antalya, Türkiye.

INTERNET ADDRESS

Surname, Name, “Title”, Publication Date <Internet address> l.a.d. ^.

Example: **Acer, Yücel**, “İsrail’in Hukukla İmtihanı ve Türkiye’nin Adalet Divanı’ndaki Sunumu”, 02.03.2024 <www.setav.org> l.a.d. 27.03.2024.

If there is no page number in the text, the footnote number where the work is first mentioned in the manuscript should be written in the short citation.

Example: **Acer**, fn. 24.

EXAMPLES OF REFERENCES TO COURT DECISIONS

Citation for other jurisdictions is as they are cited in their own jurisdictions.

Ankara 3. Sulh Mahkemesi,
Ankara 1. İdare Mahkemesi,
Ankara BAM 10. CD,
Yargıtay 2. CD/HD, E. ^, K. ^, T. ^ <erişim adresi> s.e.t. ^.
YCGK/YHGK, E. ^, K. ^, T. ^ (Aktaran: eser künyesi).
Danıştay 10. Daire,
Danıştay İDDK/VDDK,

Control of norms decisions of Constitutional Court:

AYM, E. 2020/100, K. 2022/100, 04/04/2022, § ^.

Individual Application Decisions of Constitutional Court:

AYM, Ali Çelik, B. No: 2021/21, 02/02/2021, § ^.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisine gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayın), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4. madde hükmünün 1. fıkrasında etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,

- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi) eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4/2 madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi tanıyıcı gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Articles and translations submitted to YBHD shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors.

Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility.

At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,

- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship, Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,
- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.