



KOCAELİ
ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Haziran 2023 - Sayı: 27

Derginin Sahibi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Bayram KESKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Cemile TURGUT
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK
Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN
Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN
Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Buket KARAMAN
Arş. Gör. Dr. Cansu YENER KESKİN
Arş. Gör. Dr. Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK
Arş. Gör. Övgü Sıla KAYAM
Arş. Gör. Yaprak YEŞİL
Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK

Almanca Dil Editörü

Prof. Dr. Herdem BELEN

İngilizce Dil Editörü

Dr. Öğr. Üyesi Murat ESMER

İletişim Adresi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Umuttepe Yerleşkesi
İzmit / KOCAELİ

Tel: +90 (262) 303 26 02

Faks: +90 (262) 303 26 03

İletişim: kouhfd@kocaeli.edu.tr

Elektronik Ağ: https://www.hfd.kocaeli.edu.tr

Kapak & Sayfa Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Haziran 2023

ISSN

1301-8043

E-ISSN

2980-2598

*Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
altı ayda bir yayımlanan ulusal, süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

DANIřMA KURULU

Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (zyeğın niversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Fikret EREN (Bařkent Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK (Galatasaray Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Ufuk Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN (Maltepe Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen çalışma hangi dilde yazılmış olursa olsun, çalışmanın Türkçe ve İngilizce başlığı bulunmalı; çalışmanın başına en az 150, en çok 250 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce özetler ile her iki dilde beşer anahatar kelime eklenmelidir.
2. Çalışmanın Türkçe başlığının altında, İngilizce başlık bulunmalı; başlıklar metinde ortalanmalıdır. Başlıktan sonra sağa hizalı şekilde yazarın ad-soyad bilgilerine yer verilmeli; yazarın ad-soyad bilgilerine (*) şeklinde dipnot açılarak, dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum (üniversitesi ise fakülte ve anabilim dalı bilgileri), e-posta adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.
3. Türkçe ve İngilizce Özet/Öz bölümleri, Times New Roman yazı karakteriyle, 12 punto harf büyüklüğünde, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı, 1,25 cm içeriye girintili şekilde yazılmalıdır.
4. Ana bölüm de Times New Roman yazı karakteriyle, 12 punto harf büyüklüğünde, 1,5 satır aralığında yazılmalı; ancak dipnotlarda, Times New Roman, 10 punto, tek satır aralığı kullanılmalı; dipnotlar iki yana yaslı, girintisiz şekilde olmalıdır.
5. Çalışmanın tamamı dipnotlar da dahil olmak üzere asgari 5.000 kelime ve azami 25.000 kelimeden oluşmalıdır.
6. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

- Yazının “GİRİŞ” ve “SONUÇ” bölümlerine başlık numarası verilmemelidir.
 - Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalı ve Times New Roman yazı karakteriyle, 12 punto harf büyüklüğünde, 1,5 satır aralığında yazılmalıdır.
7. Yazar dipnot yerine metin içinde atıf (yollama) yapmayı tercih edemez. Dipnotlar, çalışma içerisinde sayfa altında, usulüne uygun bir şekilde gösterilmelidir.

8. Metin içinde atıf yapılırken uyulması gereken yazım kuralları her bir eser türü açısından aşağıda örneklerle açıklanmaktadır. Derginin bütünlüğü için tüm atıflar, aşağıda verilen örneklerle uygun olmalıdır.

a) Tek yazarlı kitap:

Bayram Keskin, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 44.

b) Çeviri kitap:

Anthony Giddens, Modernliğin Sonuçları, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

c) İki yazarlı kitap:

Herdem Belen / Mehmet Köksal, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları Şema Kitap, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 41.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

Herdem Belen / Funda Çelebi / Hafize Kır / Mehmet Şengül / Sezer Çabri / Duygu Koçak Diker / Eylem Apaydın / Hilal Daver, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları Cilt 1: Miras Hukuku, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 6.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

Övgü Sıla Kayam, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 8.4.2023), s. 33.

f) Kurum Yayını:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, 1998, s. 58.

g) Makaleler:

• Dergide yer alan makale:

Varol Karaaslan, ‘Anayasa Mahkemesinin Harçlar Kanunu 28 ve 32 Maddeleri Hakkındaki Kararı ve Harçlar Kanununda Yapılan Değişiklik Sonucu Ortaya Çıkan Yeni Hukuki Durum’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 141-152, s. 150.

• Armağanda yer alan makale:

Hakan Çebi, ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt’, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss. 111-138, s. 121.

h) Derleme:

Yusuf Çalışkan, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms, Martinus Nijhoff, Lieden, 2011, s. 123.

ı) Aynı kaynağa tekrar atıf vermek için:

Yazarın Soyadı / Kurum Adı, aynı yazara ait birden fazla esere atıf varsa eserin kısaltılmış adı, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

Belen / Köksal, s. 41.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya, s. 141.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 200.

TÜSİAD, s. 56.

Kaynakça

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2022.

ÖZEN, Burak, ‘Yirmi Yıl Önce Ölmüş Bir Kişi Adına Tapuda Kayıtlı Olan Taşınmazın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Kazanılamaması’, Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 932-954.

İÇİNDEKİLER

Künye	2
İçindekiler	7

KAMU HUKUKU

İhlal Kararlarının Yasama Organına Bildirilmesi ve TBMM Süreci

Notification of the Decisions of Violation to the Legislature and the TGNA Process

Beytullah AKAN

Uğur YAZICI 11

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyizde Sebep Gösterme ve Buna Bağlı Olarak Sebebe Bağlı İnceleme Zorunluluğu

Giving Reasons and Accordingly Obligation of Examination Limited to Alleging Reasons in Appellate Review in Turkish Criminal Procedure Law

Aylin KUL YENİGÜL 39

Manevi Zararın Tespitinde Nörobilim Teknolojilerinin Kullanımı

The Use of Neuroscience Technologies in the Determination of Moral Damage

Remzi Çağrı UZUN 63

ÖZEL HUKUK

Olağanüstü Zamanaşımında Tapulu Taşınmaz Koşuluna İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Hükümünün İrdelenmesi

Discussion of the Constitutional Court's Annulment Decision Regarding the Condition of Registered Immovable in Extraordinary Acquisitive Prescription

Prof. Dr. Herdem BELEN

Dr. Nurgül KUTLU DOĞAR 77

İş Sağlığı ve Güvenliğinde Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerindeki Mevzuattaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi

Evaluation of Legislation Developments in Common Health and Safety Units in Occupational Health and Safety

Dr. Cüneyt Gülabi VURUCU 97

Brüksel I (Recast) Tüzüğü Hükümlerine Göre İşçiyi İşe Alan İşletmenin Bulunduğu Yer Mahkemesine Yetki Tanıyan Kuralın Uygulama Alanı

Scope of the Head of Jurisdiction Engaging Place of Business as Envisaged by the Brussels I (Recast) Regulation

Dr. Ahmet Emre YÜKSEL 115

KAMU HUKUKU

İhlal Kararlarının Yasama Organına Bildirilmesi ve TBMM Süreci^(*)

Notification of the Decisions of Violation to the Legislature and the TGNA Process

Beytullah AKAN^(**)

Uğur YAZICI^(***)

Öz:

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kişilere tanınan temel hakların ihlalini engelleme ve bu hakları etkili bir şekilde kullanma imkânı olan bireysel başvuru yoluna, Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle imkân sağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan norm denetimine ilişkin kararlara yönelik doktrindeki tartışmalar, daha çok verilen kararların bağlayıcılığı veya kesinliğinden ziyade hangi kısımlarının bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğine ilişkindir. Bireysel başvuruya ilişkin değişiklikler yapılırken AYM kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığına ilişkin Anayasa'nın 153. maddesinde özel bir düzenleme yapılmamış, anılan maddenin 6. fıkrasındaki hüküm genel ilke olarak öngörülmüştür. Bireysel başvuru üzerine verilen hak ihlali kararı yanında, söz konusu kararın icra edilebilirliği çok önemli bir meseledir. AYM, bir hakkın ihlaline ilişkin tespiti sonrası; ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa yeniden yargılama için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi, yeniden yargılamada hukuki yarar yoksa tazminata hükmetme veya genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesi şeklinde karar vermektedir. "Pilot Karar Usulü", Mahkeme İçtüzüğü'nün 75. maddesinde yer alan ve yargı sistemindeki yapısal sorunlardan kaynaklı hak ihlallerine ilişkin başvurularda benzer hak ihlallerine sebebiyet verilmemesi amaçlanan bir uygulamasıdır. İlk olarak 30.05.2019 tarihli Y.T. kararıyla bir ihlal kararı TBMM'ye gönderilmiş ve yasama organına benzer ihlallerin oluşmasını önlemek için gerekli tedbirleri alma imkânı sunulmuştur. Şöyle ki, bildirim sonrası TBMM tarafından ilgili Kanun'da değişiklik yapılarak benzer hak ihlallerinin oluşması önlenmiştir. Yasa değişikliği gerektiren kararların TBMM Başkanlığına gönderilmesi sonrası, milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun çıkarılması sürecinde uygulanan usulde olduğu gibi kararların TBMM'nin resmî internet sitesinde yayımlanmasıyla tüm milletvekillerinin söz konusu kararlardan haberdar olmaları ve yapısal sorunun giderilmesi için teklif sunmaları sağlanabilir.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 27.03.2023 - Makalenin kabul tarihi: 10.04.2023.

^(**) Cumhuriyet Savcısı, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara-Türkiye,
E-posta: beytullahakan@hotmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-8817-5870>.

^(***) Tetkik Hakimi, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara-Türkiye,
E-posta: ugur.yazici@hbv.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-4999-3851>.

Anahtar Kelimeler:

Bireysel Başvuru, Pilot Karar, Yapısal Sorunlardan Kaynaklı Hak İhlali, Hak İhlali Tespiti, İhlal Kararları.

Abstract:

Individual application procedure which entered into force by the amendment that has been made in article 148 of the Constitution, ensures the opportunity to prevent the violations and effective implementation of the fundamental rights that are granted to individuals by the Constitution and the European Convention on Human Rights. Debates in the doctrine regarding the decisions on norm control made by the Constitutional Court are mostly about which parts of the decisions should be considered binding rather than their binding or finality. While making changes regarding the individual application, no special regulation was made in Article 153 of the Constitution regarding the finality and bindingness of the Constitutional Court's decisions, and the provision in the 6th paragraph of the aforementioned article was stipulated as a general principle. In addition to the decision of violation of rights on individual application, the enforceability of the said decision is a very important issue. Constitutional Court, after the determination of the violation of a right; If the violation is caused by a court decision, the file is sent to the relevant court for retrial, if there is no legal benefit in the retrial, it decides to award compensation or to file a lawsuit in general courts. "Pilot Decision Procedure" is an application that is included in Article 75 of the Court's Judgment and is intended not to cause similar rights violations in applications regarding violations of rights stemming from structural problems in the judicial system. First of all, dated 30.05.2019 Y.T. An infringement decision was sent to the TGNA, and the legislature was given the opportunity to take the necessary measures to prevent similar violations. Namely, after the notification, similar rights violations were prevented by making amendments to the relevant Law by the Grand National Assembly of Turkey. After the resolutions requiring amendments to the law are sent to the Presidency of the Grand National Assembly of Turkey, it can be ensured that all deputies are aware of the said decisions and submit proposals for the elimination of the structural problem by publishing the decisions on the official website of the TGNA, as is the case in the process of enacting the law regarding the approval of international agreements.

Keywords:

Individual Application, Pilot Decision, Violation of Rights Due to Structural Problems, Detection of Violation of Rights, Decisions of Violation.

GİRİŞ

Bireysel başvuru yolu, Anayasa ve AİHS ile kişilere tanınan temel hakların ihlalini engelleme ve bu hakları etkili bir şekilde kullanma imkânı sağlamaktadır. Çünkü kişilere tanınan bu temel haklar, normatif olarak düzenlenmesi yanında etkili bir şekilde kullanıldığı zaman bir anlam ifade edecektir¹. Özellikle başvurunun esasına girilmesi ve bu inceleme sonucunda ihlal kararı verilmesi durumunda bu ihlalin tespit edilmesi yeterli olmamaktadır. Nitekim hukuk devletinde verilen zararların tazmin gibi yöntemlerle ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bundan dolayı ihlal kararı verildiğinde tazminat ve

¹ Özcan Özbey, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Hakkı, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 84.

yeniden yargılama yapılması yönünde iki sonuç söz konusu olabilmektedir. Ne var ki bunların da işlevsel olabilmesi için verilen bu kararın uygulanması gerekmektedir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararlarının bağlayıcılığı meselesi gündeme gelebilmektedir.

AYM tarafından verilen kararların hem kesinliği hem de bağlayıcılığına ilişkin olarak Anayasa'nın 153. maddesi önem arz etmektedir. Buna göre AYM tarafından verilen kararlar kesin olup “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri*” bağlamaktadır. Bununla beraber bireysel başvuruyla ilgili değişiklikler yapılırken Anayasa'nın 148. maddesi yerine, 153. maddesindeki genel ilke öngörülmüştür².

Çalışmamızda öncelikle AYM kararlarının bağlayıcılığının boyutu, hüküm fıkrası yanında gerekçesinin de bağlayıcı olup olmadığına ilişkin doktrinde yer alan görüşlere değinilmiştir.

İkinci bölümde ise AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesinde hüküm altına alınmış bir kurum olan pilot karar alma usulü ve yasa hükmünden kaynaklı yapısal sorun nedeniyle ihlale neden olan hükümde düzenleme yapılması için pilot karar uygulanan ve ilk defa yasamaya gönderilmesine karar verilen Y.T. kararı ile diğer kararlara değinilmiştir. Son bölümde ise Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) gönderilen bildirim kararları sonrası yapılabilecekler ve bildirim yapılan kararlardaki yasa hükümlerinde değişiklik yapılıp yapılmadığı hususlarına değinilmiştir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

A. Genel Olarak

AYM tarafından verilen kararların hem kesinliği hem de bağlayıcılığı açısından Anayasa m.153/1'deki “*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.*” hükmü ve aynı maddenin 6. fıkrasındaki “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*” hükmü önem arz etmektedir.

Genel olarak bir mahkeme tarafından verilen karara karşı temyiz gibi kanun yolları öngörülmemesi veya öngörülen kanun yolunun tüketilmesi şekli anlamda kesin hükümlüğü ifade emektedir³. Mahkeme tarafından bir uyuşmazlığa ilişkin olarak verilen hüküm sonucunda aynı uyuşmazlığın tekrar dava konusu

² Ece Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı', Anayasa Yargısı, Cilt: 33, Yıl: 2016, Ankara, s. 93-118.

³ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 7. Basım, Yetkin Yayınları, 2019, s. 444.

yapılmamasına; konusu, sebebi ve tarafları aynı olan yeni bir dava açılmasının önüne geçilmesi amacıyla bu tür bir dava açılmamasına ise maddi kesin hüküm denilmektedir⁴. Ayrıca eklemek gerekir ki AYM tarafından verilen kararlara ilişkin olarak başka bir yargı yerine başvurma imkânı olmadığından AYM kararlarının maddi ve şekli olarak kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵.

Doktrinde, Anayasa m.138/4’te tüm mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğu belirtilmiş, AYM’nin de doğası icabı bir mahkeme olması nedeniyle kararlarının bağlayıcılığının doğal olarak kabulü gerektiği, Anayasa 153/6’da AYM’nin kararlarının bağlayıcılığı için özellikle hüküm altına alındığı, dolayısıyla bu hüküm olmasaydı dahi AYM kararlarının bağlayıcılığının 138. madde gereğince kabul edildiği ifade edilmiştir⁶. Bunun yanında 138. maddede yer alan genel bağlayıcılığa ilişkin hüküm yanında AYM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin 153/6’da “*yargı organları, gerçek ve tüzel kişiler*” de sayılmıştır; dolayısıyla bu hüküm gereğince AYM kararları 138. maddede bağlayıcılık kapsamında sayılanlara ilaveten gerçek ve tüzel kişiler ile diğer mahkemeleri de bağlamaktadır⁷.

AYM tarafından yapılan norm denetimine ilişkin kararlarda genel olarak doktrindeki tartışmalar verilen kararların bağlayıcılığı veya kesinliği noktalarında değil, daha çok bu kararların hangi kısmının bağlayıcı olarak kabul edilmesi gerektiği noktalarına odaklanmıştır. Yani AYM tarafından verilen kararların sadece hüküm fıkrası mı, yoksa hükümle birlikte gerekçe kısmının da mı bağlayıcı kabul edilmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur.

Usul hukukunda, uyuşmazlığın esasını çözmeyen görevsizlik, yetkisizlik gibi usule ilişkin kararlar dışında, esasa ilişkin olarak verilen ve o uyuşmazlığı sonsuza kadar sonlandıracak olan nihai karar “hüküm” olarak ifade edilmektedir⁸. Dolayısıyla AYM tarafından verilen kararlar da bir hüküm niteliği taşımaktadır. Diğer yandan Anayasa m.141/3’e göre mahkemelerin verdikleri bütün kararların gerekçeli olması gerektiği belirtilmektedir. Gerekçe bölümünde mahkemece verilen hüküm ile hükme ulaşırlarken uygulanan hukuk kuralları arasındaki ilişki ortaya konulduğu gibi, AYM tarafından verilen kararlarda da bulunması gereken en önemli iki husus hüküm ve ona nasıl ulaşıldığını anlatan gerekçe kısmıdır⁹.

⁴ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Basım, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018, s. 921.

⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 922.

⁶ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Beta Yayınları, Ankara, 2019, s. 561.

⁷ Emin Memiş, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 199.

⁸ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, 3. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 339.

⁹ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 3. Basım, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2020, s. 806.

Doktrinde, Anayasa hükmüne ilişkin yapılacak bir yorumda AYM'nin yorumunun tek doğru yorum olarak kabul edilip edilmeyeceği veya AYM'nin bu yorum ile yasa koyucu şeklinde hareket edip edemeyeceği ile gerekçenin bağlayıcılığı hususu arasında önemli bir bağ olduğu düşünülmüştür¹⁰. Söz konusu kararlarda iptaline karar verilen kanun hükmü ile aynı içerik ve doğrultuda yasa koyucu tarafından değişiklik yapılamayacağını düşünülmemesi gerektiği, zira zamana ve değişen şartlara göre mahkeme tarafından içtihat değişikliği yapılabildiği gibi yasa koyucunun da değişen duruma göre yasa hükmü oluşturamayacağı şeklinde yorum yapmanın hukuki olarak isabetli bir görüş olmadığı, bunun toplumun doğal gelişiminin dondurulmasına neden olan bir yorum olduğu, toplumun gelişim ve ilerlemesi ile meydana çıkacak olan sosyal ihtiyaçların yasa koyucunun oluşan yeni duruma göre yasa oluşturması ihtiyacı doğuracağı ifade edilmiştir¹¹. Benzer bir görüşte; Anayasa m.153/6 maddesinde yer alan düzenlemede AYM'nin kararının kendisini bağlamayacağına ilişkin bir istisna hükmü bulunmadığı, dolayısıyla AYM'nin kararlarının kendisini de bağladığı, eğer AYM'nin kararında yer alan hükümle birlikte gerekçenin de bağlayıcılığı kabul edilirse belirtilen Anayasa hükmündeki bağlayıcılık gereği içtihatlarında ilelebet hiçbir zaman değişme veya gelişme olamayacağı, bunun da donmuş, statik bir hukuk sistemine yol açacağı ileri sürülmüştür¹².

Özbudun, kararlardaki hüküm fıkrası ile eğer gerekçe de bağlayıcı olarak kabul edilirse çözülmesi zor birçok sorun ortaya çıkacağını; şöyle ki, mahkemenin kararlarına bazı üyelerin değişik gerekçelerle katılabildikleri, bu durumda hangi gerekçeye itibar edileceğinin belirsiz olacağı, ayrıca AYM'nin birçok kararında uzun tarihsel, sosyolojik, felsefi tahliller bulunduğunu, bu şekilde uzun uzadıya yazılmış olan tüm açıklamaların bağlayıcı olarak kabul edilmesinin hem devlet hayatını hem de fikir ve bireysel hayatı bir cendere içine sokacağını belirtmiş¹³, ayrıca gerekçeye yasama işlemini yönlendirme şeklinde bir işlev addetmenin hukukun doğal gelişimini bozacağını, AYM'yi yasa koyucu olarak tanımlama riski taşıdığını belirterek AYM kararlarının sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı kabul edilmesinin en doğru çözüm olduğunu ifade etmiştir¹⁴.

Yine doktrinde AYM kararlarının bağlayıcılığının sadece hüküm fıkrası ile sınırlı olması gerektiği görüşünde olmakla birlikte kararın gerekçesinden

¹⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 453.

¹¹ Özbudun, s. 453.

¹² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1120.

¹³ Özbudun, s. 453.

¹⁴ Özbudun, s. 453-454.

yararlanılması gerektiği, gerekçenin pozitif düzenleme yapacak olan organa fikir ve yol gösterebileceği, bu açıdan yol göstericiliğinin önemli olduğu da belirtilmektedir¹⁵. Benzer şekilde, AYM'nin iptal ve ihlal kararlarının gerekçesi ile birlikte bağlayıcı olduğuna ilişkin açık bir düzenleme olmadığı, karar gerekçesinden yasamanın faydalanabileceği, gerekçenin yasama organı açısından bağlayıcı olamayacağı, gerekçenin bağlayıcı olduğunun kabulünün AYM'yi hukukun tek yorumlayıcısı haline getireceği ifade edilmiştir¹⁶.

AYM'nin kararlarının hüküm kısmı yanında gerekçesinin de bağlayıcı olduğunu savunanların ilk olarak vurguladıkları husus yasa koyucu tarafından AYM kararlarının bağlayıcılığı düzenlenirken söz konusu hükümde bir ayrıma gitmemiş olması, kararın gerekçesi ile bir bütün olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bu nedenle doktrinde; Anayasa'nın 153. maddesinde sadece mahkeme kararlarının bağlayıcılığının vurgulandığı, hüküm ve gerekçe kısmına ilişkin bir ayırım yapılmadığı, kararların hüküm ve gerekçe ile bir bütün olduğu¹⁷, Anayasa m.153'te yer alan "*İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz*" ifadesinin hüküm ile gerekçenin bir bütün olduğunu gösterdiği, dolayısıyla gerekçenin bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir¹⁸.

Boyar, gerekçenin bağlayıcılığını birkaç noktadan inceleyerek savunmaktadır. Ona göre; hüküm fıkrası genelde bir cümleden oluşmaktadır ve sadece talebin kabul veya reddedildiğini belirtmektedir. Ancak AYM kararları Anayasa'ya göre bağlayıcı olduğuna göre, kararın hayata geçirilebilmesi için mahkemece bu hükmeye nasıl varıldığının bilinmesi gerekir. Ayrıca AYM tarafından verilen karar yalnızca tarafları değil, Anayasa'da belirtildiği üzere herkesi bağladığından gerekçe bölümünün bağlayıcı olmasının Anayasa yarısının doğası gereği olduğu ifade edilmiştir¹⁹.

Yine Sağlam da, 153/1. madde de yer alan iptal kararlarının gerekçesinin yazılmadan açıklanamayacak olması, iptaline karar verilen hükmün Resmi Gazetede yayımlanmasıyla yürürlükten kalkması (153/3), kararın yayımlanması ile bağlayıcılığın başlaması (m.153/6) gibi kural hükümleri nedeniyle

¹⁵ Yusuf Şevki Hakyemez, 'Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu', Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 365-398.

¹⁶ İsmail Köküsarı, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi', Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXII, Sayı: 1-2, Yıl: 2018, Erzincan, s. 36.

¹⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 294.

¹⁸ Atilla Özer, Anayasa Hukuku, 7. Basım, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016, s. 593; Oya Boyar, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 303.

¹⁹ Boyar, s. 302-303.

kararın gerekçe kısmından en azından hükme dayanak teşkil eden kısmının bağlayıcı olması gerektiğini ifade etmiştir²⁰. Benzer şekilde Karan da, AYM kararlarının bağlayıcılığının kabul edilmesi yanında kararın gerekçeden soyutlanmış olarak kabul edilerek gerekçenin bağlayıcı olmayacağını düşünmenin doğru olmadığını, m.153/6 da hüküm fıkrası ile gerekçe arasında bir ayırım yapılmadığını, ancak gerekçenin karardaki hükme esas alınan kısmının bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir²¹.

AYM ise bağlayıcılık hükmünü; özellikle verdiği iptal kararlarını etkisiz kılacak şekilde yasama organı tarafından düzenlemeler yapılmaması gerektiği şeklinde yorumlamakta ve mahkeme kararında yer alan değerlendirmelerin ve gerekçelerin yasa yapma aşamasında göz önüne alınması gerektiği şeklinde değerlendirmektedir.

AYM'nin muhtelif kararlarında Anayasa m.153/6 maddesindeki hüküm gereğince kararlarının sadece hüküm fıkralarının değil, gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu kabul edilmiştir²².

AYM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin tartışmalarda ileri sürülen görüşleri genel bir bakış açısıyla değerlendirmek gerekirse; mahkemenin verdiği kararların hüküm fıkralarının sadece bir veya birkaç sözcükten ibaret olması nedeniyle sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunu kabul edildiğinde kararın içeriği, dayanağı, neden iptal edildiği gibi hususlar eksik kalacaktır. Diğer taraftan mahkemenin karar gerekçesi kısmında birçok hususa değinilmekte, bunların bazıları uyuşmazlığın esasına ilişkin olmamakta ve hukuki niteliği de bulunmamaktadır²³. Bundan dolayı gerekçenin tamamı olmasa da özellikle de hükme esas teşkil eden kısımlarının bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

B. Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı

Bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa m.148'e ilgili düzenlemeler eklenirken usul ve esaslarının düzenlenmesi ile bireysel başvuru kararlarının Resmi Gazetede yayınlanıp yayınlanmamasına ilişkin düzenleme yasa koyucu tarafından yapılacak ilgili yasaya bırakılmıştır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin

²⁰ Fazıl Sağlam, 'Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi', Anayasa Yargısı, Cilt: 13, Yıl: 1996, Ankara, s. 43-76.

²¹ Ulaş Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 108-109.

²² Anayasa Mahkemesi, E. 2000/45, K. 2000/27, T: 05/10/2000; Anayasa Mahkemesi, E. 1998/58, K. 1999/19, T: 27/05/1999; Anayasa Mahkemesi, E. 1988/11, K. 1988/11, T: 24/05/1988.

²³ Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı', s. 96-97.

Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (AMKYUHK) m.50/III'te kararların internet sitesinde yayınlanacağı belirtilmiş, İçtüzük m.81/V ise hangi kararların Resmi Gazetede yayınlanacağını seçme yetkisini Bölüm başkanına bırakmış, ayrıca içtihat açısından ilkesel önemi olan kararlar ile pilot kararları bu kapsamda kabul etmiştir. Burada önemli olan nokta, Anayasa'ya bireysel başvuruya ilişkin hükümler eklenirken 153. maddede bir değişiklik yapılmamış olmasının bireysel başvuruya ilişkin kararların bağlayıcılığı ve kesinliği konusunda farklı düşünmemizi gerektirmemesidir. Şöyle ki, anayasa koyucu bireysel başvuruya ilişkin genel ilke esas ve usulüne ilişkin düzenlemeyi yasa koyucuya bırakmış olmakla birlikte AYM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin genel ilkelerde bir değişiklik olduğuna ilişkin aksi benimsenecek bir ilke veya irade ortaya koymamıştır. Dolayısıyla AYM'nin resmi gazetede yayınlanmasın veya yayınlanmamasın bireysel başvuruya ilişkin verdiği tüm kararların Anayasa m.138/4 ve m.153/6 hükümleri uyarınca kesin ve bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir²⁴. Zaten daha sonra bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların belirlendiği AMKYUHK m.66/1'de Anayasa m.153/6 maddesi ile uyumlu olarak "*Mahkeme kararları kesindir. Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*" hükmü yer almış ve maddede yer alan hüküm ile AYM kararlarının kesinliği ve kimleri bağlayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir²⁵. AYM, başka bir kararında ilgili madde hükümlerine vurgu yaparak bireysel başvuru kararlarının da aynı norm denetiminde olduğu gibi bağlayıcılığına vurgu yapmıştır²⁶. Ayrıca Yargıtay da bireysel başvuru üzerine verilen kararların AYM'nin norm denetiminde verdiği kararlardan farkı bulunmadığını belirtmektedir²⁷.

C. İhlal Kararlarının Yerine Getirilmesi

AYM tarafından hak ihlali olduğuna ilişkin karar verilmesi halinde bu kararın icra edilebilirliği meselesi de önemli bir meseledir. Buna ilişkin olarak AMKYUHK m.50'ye göre Mahkeme başvurusunun hakkının ihlal edildiği sonucuna varırsa bu ihlalin ve ihlal nedeniyle meydana gelen sonuçların ortadan kalkması için gerekenlere de hükmeder. Maddenin 2. fıkrasına göre Mahkeme bir hakkın ihlal edildiğine ilişkin tespiti halinde ihlalin veya sonuçlarının ortadan kaldırılması için üç şekilde karar verebilecektir: İhlalin bir mahkeme tarafından verilmiş olan bir karardan kaynaklandığı durumda

²⁴ Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı', s. 95-96.

²⁵ Mehmet Kahraman / Muhammed Şahin, 'Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi', Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Yıl: 2019, Ankara, s. 37-61.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, T: 15/03/2018, § 63, 67.

²⁷ Yargıtay C.G.K., E. 2013/9-464, K. 2015/132, T: 28/4/2015.

yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmuyorsa, tazminata hükmetme veya genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesi.

AYM'nin yeniden yargılama için dosyayı gönderdiği ilgili mahkemenin, AYM'nin kararında belirttiği ihlali ve onunla beraber ortaya çıkan sonuçlarını ortadan kaldıracak bir karar vermesi gerekmektedir. AYM kararları yukarıda da belirtildiği üzere diğer mahkemeler açısından da bağlayıcı olduğu için onun kararına aykırı şekilde karar verilmesi mümkün değildir. İlgili mahkeme tarafından yeniden yapılan yargılama sonucunda AYM tarafından verilen ihlal ve onun sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verilmemesi durumu yeni bir hak ihlali oluşturacağından başvuru yeni karar üzerine tekrar AYM'ye başvuru yapabilir ve AYM de başvurunun yeni talebi üzerine tekrar hak ihlali kararı verebilir²⁸. Çünkü AYM'ye göre; bir ihlal kararı verilmişse bu ihlalin ve ondan kaynaklı sonuçlarının ortadan kaldırıldığını kabul etmek için ihlalden önceki duruma dönmüş olması gerekmektedir, eğer bu olmamışsa hak ihlali devam ediyor demektir²⁹.

AYM tarafından ihlale ilişkin verilen karar yerine getirilmezse başvuruya ilişkin verilmiş olan kararın nihai ve bağlayıcı bir sonucuna varılmamış olacaktır. Dolayısıyla verilen ihlal kararının uygulanması Mahkemenin bireysel başvuruyu karara bağlama yetkisinin doğal bir sonucudur³⁰.

Anayasa'nın 138/4. maddesinde yargı kararlarının yerine getirilmesi hükümlerine yer verilerek yasama, yürütme ve yargı organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu hüküm altına alınmış ve bu organlarca mahkeme kararlarına uyulmasının anayasal dayanağı oluşturulmuştur. AYM'ye bireysel başvuru yolu, kişilerin olağan hukuk yollarını kullanarak sonuç alamamaları nedeniyle son çare olarak temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası ile yaptıkları bir hak arama yolu olması nedeniyle bu aşamada verilen bir kararın yerine getirilmemesi gibi bir durum birey ve toplum tarafından hukuka olan inanca zarar vereceği açıktır³¹.

II. İHLAL KARARLARI İLE TBMM'YE YAPILAN ÇAĞRILAR

A. Çağrı Kararı Kavramı

II. Dünya Savaşı sonrası Almanya'nın özel anayasal statüsünden kaynaklanmış olan yasama organına yapılan "Çağrı Kararı" kavramı ilk olarak

²⁸ Özbey, s. 456.

²⁹ Anayasa Mahkemesi, Abdullah Altun, B. No: 2014/2894, T: 17/07/2018, § 49.

³⁰ Kahraman / Şahin, s. 55.

³¹ Kahraman / Şahin, s. 51.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Anayasa'ya aykırılığı açık olan yasa normunu hukuk sisteminden hemen kaldırmanın ortaya çıkaracağı kaos gibi ağır sonuçlar ile Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilen yasa hükmünün giderilmesi için yasa koyucuya belli bir süre tanınması nedeniyle ortaya çıkacak zarar arasındaki denge bulma amacından doğmuştur³². II. Dünya savaşı sonrası İngiliz denetiminde olan bölgedeki çiftliklerin öncelikle erkek murislere geçmesini kabul eden kanuni düzenlemenin 1949 yılında kabul edilen Alman Anayasasındaki eşitlik ilkesine açıkça aykırı olması nedeniyle mahkeme tarafından ilk defa yasa koyucuya Anayasa'ya aykırı olan bu düzenlemenin kaldırılması için süre verilmiş, Federal Meclis tarafından da 24 Ağustos 1964 tarihli yasa değişikliği ile kararın gereği yerine getirilmiştir. Bu karar türü, doğrudan yasaya karşı yapılan somut ya da soyut norm denetimi veya mahkeme kararlarına karşı yapılan bireysel başvuruların dayanağı olan yasanın Anayasa'ya aykırılığının incelenmesi sonucu verilen bir karar türüdür³³.

Çağrı kararlarına ilişkin Alman doktrininde “basit” ve “nitelikli” ayrımında bulunulmakta olup basit çağrı kararlarında yasa koyucuya içerik ve zaman olarak geniş takdir yetkisi tanınmakta iken nitelikli çağrı kararlarında düzenlemenin maddi unsurlarına ilişkin olarak yasa koyucuya daha somut direktifler verilmektedir³⁴.

B. İhlal Kararının Yasa Hükmünden Kaynaklanması

Anayasa m.148'de yer alan hükümde açıkça belirtildiği üzere AYM yasa hükümlerini şekil ve esas bakımından denetleyebilmektedir. Bunu da ya 150. maddede belirtildiği üzere Cumhurbaşkanı, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üye tarafından AYM'ye açılabilen iptal davası ile ya da 152. maddede belirtildiği üzere bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varıp AYM'ye yapacağı itiraz üzerine yapabilir. Bu iki şekilde yasa hükümlerinin incelenmesi haricinde AYM'ye karşılaştırmalı hukukta bazı Anayasa Mahkemelerine tanındığı şekliyle bireysel başvuru yolu ile yasa hükümlerini inceleme yetkisi verilmemiştir.

³² Ece Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme', Anayasa Yargısı, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, Ankara, s. 47.

³³ Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme', s. 47.

³⁴ Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme', s. 50.

AMKYUHK m.45/3'te yasama işlemlerinin bireysel başvuru konusu olmayacağı belirtilmiştir. Fakat söz konusu maddede belirtildiği gibi yasama işlemleri ile düzenleyici işlemlere karşı doğrudan başvuru imkânının verilmesi durumu iyi yorumlanmalıdır. Eğer kamu gücü tarafından bireysel başvuruya konu bir hak ihlal edilmişse söz konusu hakkın korunması ilk ve öncelikli olarak derece mahkemelerinin görevindedir. Doktrinde, mevcut bir yasanın uygulanması ile hak ihlalinin gerçekleşeceği, ayrıca gerçekleşen zararı gidermede de hukuki açıdan etkili bir koruma olmadığı durumlarda söz konusu yasaya karşı AYM'ye bireysel başvuru yolunun mümkün olmasının makul bir çözüm yolu olduğu ileri sürülmüştür³⁵. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere Mahkemece hak ihlaline hükmedildiği durumlarda AMKYUHK m.50'de belirtildiği üzere ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilmiş olsa bile ihlale neden olan sorun mevzuattaki yapısal bir sorundan kaynaklanıyorsa davayı gören derece mahkemesi mevcut yasaya göre ihlale neden olan kararı aynen vermek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasadan kaynaklı potansiyel mağdurlar oluşturması durumlarında AYM tarafından bireysel başvuruya ilişkin inceleme yapılırken söz konusu yasa normuna ilişkin denetim yapamaması olumsuz bir sınırlamadır. İptal davası veya bir davaya bakmakta olan mahkeme tarafından AYM'ye başvurulduğunda söz konusu yasa normuna ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisi olan AYM'nin bir hak ihlaline neden olduğu gerekçesiyle önüne bireysel başvuru yoluyla gelen bir davada söz konusu yasa hükmüne ilişkin iptal kararı verememesi makul bir düzenleme olarak görülmemektedir³⁶. Dolayısıyla bireysel başvuru sonucunun etkin bir işlev ifade etmesi için hak ihlali nedeniyle yapılmış olan bireysel başvuruya ilişkin inceleme yaparken, ihlali ortaya çıkaran normun Anayasa'ya uygun olup olmadığına ilişkin denetim yapması AYM'nin davaya bakan mahkeme olması nedeniyle makul bir uygulama olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur³⁷. Bu şekilde bir uygulama ile başka hak ihlallerine yol açması muhtemel yasa maddesi geçersiz kılınmış olacak ve yalnızca hak ihlaline uğrayan başvuruçunun değil söz konusu yasa maddesi uyarınca hak ihlaline uğrayabilecek ilgili tüm kişilerin hakları korunmuş olacaktır³⁸.

³⁵ Ece Göztepe Çelebi, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İctihadının Kısa Bir Değerlendirmesi', Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Yıl: 2015, Ankara, s. 17-33.

³⁶ Abbas Kılıç, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi', Anayasa Yargısı, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, Ankara, s. 95.

³⁷ Göztepe Çelebi, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İctihadının Kısa Bir Değerlendirmesi', s. 29.

³⁸ Yahya Berkol Gülgeç, 'Özgürlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12(2), Yıl: 2021, Malatya, s. 593-594.

Hava Güvenliği Kanunu'nda Milli Savunma Bakanı'na yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde sivil bir uçağın düşürülmesine ilişkin emretme yetkisi içeren yasa düzenlemesini, söz konusu yasa normu yürürlüğe girer girmez AYM'ye anayasa şikâyeti yoluyla başvuran üç kişinin talebi üzerine Federal Alman Anayasa Mahkemesi incelemiş ve söz konusu düzenlemenin iptaline karar vermiştir³⁹.

Doktrinde, Anayasa'da bireysel başvurunun işleyişine ilişkin olarak ayrıntılı düzenleme yapılmadan m.148/3'te "kamu gücü" tarafından temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi durumunda bireysel başvuru yoluna başvuru yapılabileceğinin hüküm altına alınmasına rağmen AMKYUHK m.45/3 ile "yasama işlemleri" ve "düzenleyici idari işlemler" aleyhine bireysel başvuru yapılamayacağını hüküm altına alındığı, Anayasa'da yer alan "kamu gücü tarafından ihlalin" daha çok yargı kararı olarak düşünüldüğü, oysaki "kamu gücü" kavramının yasama, yürütme ve yargı organlarının tümünün işlemlerini kapsadığı, dolayısıyla Kanun'un Anayasa'da getirilen bir usulü hakkın kullanımına Anayasa'da yer alan sınırlamalar dışında genişletici ve ölçüsüz olarak bir sınırlama getirdiği, bu yüzden bireysel başvuruya ilişkin davalarda hak ihlaline yol açan yasa hükmünün iptaline karar verilebilmesi için düzenleme yapılmasına gerek olmadan "davaya bakan mahkeme" sıfatıyla AYM'nin konuyu Genel Kurula götürerek norm denetimi yapma yetkisini kullanabileceği, temel hak ve özgürlükleri koruma amacı güden bireysel başvuru davalarında bu şekilde bir içtihat geliştirmesinin önünde bir engel olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁰.

AMKYUHK'nın hazırlandığı sürece bakıldığında ise bu Kanun'a ilişkin Tasarının 49/6. maddesinde Bölümlere ihlalinin bir kanun veya kanun hükmünde karnameden kaynaklandığı kanaatine varması durumunda konuyu Genel Kurula götürerek norm denetimi yapma yetkisini kullanılabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmişken komisyondaki görüşmeler esnasında bu hüküm fıkrası metinden çıkarılmış ve 49. madde mevcut hali ile kabul edilmiş ve yasalasmıştır. Dolayısıyla kanunda açıkça verilmeyen bir yetkinin, hak ihlalinde bulunabileceklere ilişkin Anayasa'da yer alan "kamu gücü" kavramını geniş yorumlamak suretiyle içtihat yoluyla mahkeme tarafından kendisine vermesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere ihlali ortaya çıkaran durumun bir normdan kaynaklı olarak yapısal bir sorun olması durumunda, davaya bakan mahkeme olması hasebiyle söz konusu norma ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilme yetkisinin AYM'ye verilmesi bireysel başvurunun etkin ve verimli olması, usul ekonomisi anlamında makul bir uygulama olacaktır.

³⁹ Fazıl Sağlam, 'Hukuk Devleti ve Terör', Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 3, Yıl: 2007, Ankara, s. 291-317.

⁴⁰ Kılıç, s. 95-96.

C. TBMM'ye Çağrıda Bulunulan İhlal Kararları

AMKYUHK m.50/1 gereğince; Mahkeme tarafından ihlal kararı verildiğinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinde de buna ilişkin düzenleme yapılmış ve ihlalin ve sonuçlarının ne şekilde ortadan kaldırılabileceğinin kararda belirtileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümler AYM'nin kararlarında kararın "ilgililere ve muhataba iletilmesi" şeklindeki usulünün de bir dayanağını oluşturmaktadır⁴¹.

Türk anayasa hukukunda norm denetiminde verilen iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi ile yasa koyucuya zaman tanınması veya yasadaki kaynaklı yapısal sorundan kaynaklı hak ihlalleri nedeniyle yapılan bireysel başvurularda bu sorunun giderilmesi için yasa koyucuya kararın açıkça bildirilmesi ile kararda yapılması gerekenlerin açık bir şekilde ifade edilmesi şeklinde oluşan kararlara doktrinde "doğrudan çağrı kararları" denilmektedir⁴².

1. İlk Karar: Y.T. Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM) "Klon Başvurular" olarak adlandırılan, doktrinde ise "emsal karar usulü" deyiminin kullanılmasının daha doğru olacağı önerisi ileri sürülen⁴³ "Pilot Karar Usulü" Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda yer almamakta olup Mahkeme İçtüzüğü'nün 75. maddesinde yer almaktadır. Pilot karar usulü, yargı sisteminde yer alan yapısal sorunlardan kaynaklı olarak ortaya çıkan hak ihlallerine ilişkin başvurularda söz konusu yapısal sorunun çözülmesi, benzer hak ihlallerine ve buna dayalı başvurulara sebebiyet verilmemesi amacı güden bir karar uygulamasıdır⁴⁴.

Yapısal sorunlar; alelade olmayan, sadece ihlal ve/veya tazminat ile giderilemeyen, kendisinden kaynaklı olarak birçok başvuru yapılan ve birçok ihlale neden olan sorunlardır⁴⁵. İçtüzüğü'nün 75. maddesine göre Bölümler söz konusu yapısal sorunu tespit ederek ve bunun çözümü için gerekli tedbirleri de belirterek pilot karar alabilir. Bu şekilde benzer başvuruların idari merciler tarafından söz konusu ilkeler kapsamında çözümlenmesini bekler, eğer çözümlenmezse Mahkeme topluca bu başvuruları karara bağlar. Mahkeme

⁴¹ Kılıç, s. 99.

⁴² Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme', s. 56.

⁴³ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 21. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 276.

⁴⁴ Teziç, 276.

⁴⁵ İsmail Köküarı, 'Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması', Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIII, Sayı: 3-4, Yıl: 2020, Erzincan, s. 224.

bu usule re'sen, başvurucunun veya Adalet Bakanlığının talebi üzerine karar verebilir. Mahkeme pilot kararla ilgili sorun çözümüne kadar yapısal sorun hakkındaki benzer başvuruların incelenmesini de erteleyebilmektedir.

İlk olarak 30.05.2019 tarihli Y.T. kararıyla AYM tarafından “Pilot Karar” usulü uygulanmış ve ilk kez bir ihlal kararının TBMM’ye gönderilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu başvuru, kötü muameleye maruz kalma riskinin olduğu bir ülkeye sınır dışı kararı verilen başvurucunun geri gönderme kararını engellemek için etkili bir başvuru yolu olmadığı iddiasına dayanmaktadır. Şöyle ki, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.53/3’ün ilk halinde sınır dışı kararı verilen yabancıların dava açma süresi içinde veya karara karşı yargı yoluna başvurulması durumunda dava sonuçlanıncaya dek yabancıların sınır dışı edilemeyeceği hükmü yer almakta iken, 676 sayılı OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi m.35 ve m.36’yla ilgili Kanun’un m.53 ve m.54 hükümlerinde değişiklik yapılarak söz konusu sınır dışı kararının icra edilmesine ilişkin otomatik koruma kaldırılmış ve m.54/1-b, m.54/1-d, m.54/1-k düzenlemelerinde sayılan kişiler tarafından sınır dışı edilme kararına karşı açılan davada yürürlüğün durdurulması kararı verilmedikçe yargılamanın her aşamasında sınır dışı edilmelerine imkân tanınmıştır.

Ancak AİHM’in sınır dışı edilmeye ilişkin yerleşik içtihatlarına yön veren kararlarından olan Gebremedhin/Fransa⁴⁶ ve Conka/Belçika⁴⁷ kararlarında sınır dışı edilme durumu AİHS’in etkili başvuru hakkı sağlayan 13. maddesi kapsamında ele alınmış ve sınır dışı işlemine karşı itiraz üzerine sınır dışı işleminin itiraz sonuçlanıncaya kadar bekletilmesi ve itirazın sınır dışı edilmeye otomatik etkisi olması gerektiği belirtilmiştir⁴⁸. Bu nedenle AYM tarafından söz konusu başvuruda ilk kez içtüzüğün 75. maddesinde yer alan pilot karar usulü uygulanarak verilen 30/05/2019 tarihli kararda aynı yapısal sorundan kaynaklı mahkeme önünde bekleyen 1.545 başvurunun bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilerek söz konusu yapısal soruna ilişkin düzenleme yapılması için hüküm kısmında açık bir şekilde kararın yasama organına bildirilmesine karar verilmiştir⁴⁹.

Aslında kararın hüküm veya gerekçe kısmında yasa koyucu tarafından yapılması gereken düzenlemeye ilişkin herhangi bir süre belirtilmemişse

⁴⁶ Gebremedhin v. Fransa, B. No: 25389/05, T: 26/04/2007.

⁴⁷ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, B. No: 30696/09, T: 21/01/2011.

⁴⁸ Gamze Ovacık, ‘Türk Anayasa Mahkemesinin İctihadi İşığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 2, Yıl: 2020, İstanbul, s. 1052.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, Y.T., B. No: 2016/22418, T: 30/05/2019, § 74, 75, 76.

de aynı nitelikteki başvuruların bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilmiş olması aslında yasama organına bir yıllık bir süre tanındığını göstermektedir⁵⁰.

2. Çağrıda Bulunulan Diğer Kararlar

a. Süleyman Başmeydan Kararı

AYM tarafından hüküm fıkrasında yasama organına bildirim yapılmasına ilişkin verilen ikinci karar, ceza soruşturması sonucunda verilen müsadereye yönelik kararın dava sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararının kesinleşmesiyle birlikte infaz edilmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaya dair Süleyman Başmeydan başvurusunda verilen karardır⁵¹.

Söz konusu olayda orman alanına fıstık ağaçları ektiği belirlendiği gerekçesiyle başvuru aleyhine işgal ve faydalanma suçundan dava açılmıştır. Başvurucu, fıstık ağaçlarını kadastro mahkemesi tarafından adına tesciline karar verdiğini belirterek suçlamayı reddetmiş ve HAGB kararı verilmesini kabul etmiştir. Mahkeme, başvurucunun işgal ve faydalanma suçunu işlediği kanaatine varmış ve başvuru hakkında on ay hapis cezası vermiştir. HAGB'nin yanı sıra suç konusu olan fıstık fidanlarının da müsadereyesine karar vermiştir. Başvurucu, itirazının ağır ceza mahkemesince reddedilmesi üzerine karara karşı temyiz yoluna başvurmuş; ancak HAGB kararlarının temyiz edilemeyeceği, bu kararlara karşı itiraz yolunun mümkün olduğu gerekçesiyle itiraz mercii tarafınca kararın kesin olduğu yönünde karar verilmiştir. Söz konusu karara karşı başvuru tarafından bireysel başvuruda bulunulmuştur. AYM de HAGB kararı ile müsadere kararının birlikte verilmiş olmasının, yani yargılama nihai sonuca ermeden HAGB ile birlikte müsadere kararının infaz edilmesinin uygun olmadığı, yasa koyucu tarafından müsadereye ilişkin farklı bir usul veya kanun yolu belirlenebileceği, söz konusu karar ile mülk sahibine aşırı bir külfet yüklendiği tespiti ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve yasama organı tarafından cezai yaptırım tedbirine başvurulduğu hallerde bile mülkiyet hakkının korunmasına yönelik yasal düzenlemeler yapması gerektiği belirtilerek hüküm kısmında açıkça “*C. Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine*” karar vermiştir⁵².

⁵⁰ Göztepe Çelebi, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme’, s. 60.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, T: 20/06/2019.

⁵² Süleyman Başmeydan, § 70-73.

Silahla tehdit suçunu işlediğine kanaat edilerek 1 yıl 3 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, ancak HAGB'ye ve başvurucaya ait tabancanın suçta kullanılması sebebiyle müsadere karar verilmesi üzerine yapılan Ahmet Özbey Başvurusu⁵³ ile kesinleşen orman kadastro sınırlarına göre orman alanına ev inşa ettiği gerekçesiyle işgal ve faydalanma suçundan cezalandırılmasına, ev ve müstemilatının da müsadere kararına ve verilen HAGB kararı üzerine müsadere yönünden yapılan temyiz talebinin Yargıtayca incelenmeksizin geri çevrilmesi üzerine yapılan Ahmet Yavaşer başvurusunda⁵⁴ AYM söz konusu hak ihlali başvurularının nitelik olarak Süleyman Başmeydan olayındaki ile benzer olduğunu belirtmiş ve Süleyman Başmeydan kararında TBMM'ye bildirim yapılmış olması nedeniyle başvurulara ilişkin verdiği kararda meclise bildirim yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir⁵⁵.

b. Bedrettin Morina Kararı

AYM tarafından yasama organına yönelik hüküm fıkrasında açıkça belirtilen üçüncü karar Bedrettin Morina başvurusunda verilen 5/3/2020 tarihli karardır. Başvuru, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un m.1 ve m.3'ün uygulanmasından kaynaklı mülkiyet hakkıyla ilişkili olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıdır. 1973-2003 yılları arasında yurtdışında çalışmış olup Türk vatandaşlığını 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla kazanmış olan başvuran söz konusu kanun çerçevesinde yurt dışında geçen hizmet sürelerinin borçlanması isteminde bulunmuş, 2009 yılında önce aylıklı aylığı bağlamış, ardından 2015 yılında "*Türk vatandaşlığı kazanılmadan önce yurt dışındaki çalışmaların borçlanılmasının mümkün olmadığı*" gerekçesi ile ilgilinin aylığı kesilmiştir. Söz konusu işleme karşı açılan davalar reddedilmesi üzerine mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı iddiası ile bireysel başvuru yapılmıştır.

Mahkeme, 3201 sayılı Kanun'un doğum ve sonradan Türk vatandaşı olma arasında ayırım yaptığını belirterek yurt dışı hizmet borçlanmasındaki bu vatandaşlık ayırımının haklı ve objektif bir sebebe dayanmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiş ve ihlal bir kanun hükmünden kaynaklandığı için ilgili kanun düzenlemesinin gözden geçirilmesi için kanun koyucuya bildirimde bulunulmasına karar vermiştir⁵⁶.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, Ahmet Özbey, B. No: 2018/20063, T: 30/06/2021.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Ahmet Yavaşer, B. No: 2018/1879, T: 07/10/2021.

⁵⁵ Ahmet Özbey, § 45.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, T: 05/03/2020, § 62.

c. Sabri Uhrağ Kararı

AYM tarafından hüküm fıkrasında açıkça kararın TBMM’ye bildirimine ilişkin dördüncü karar, konusu mülkiyet hakkının ihlali olan Sabri Uhrağ kararıdır. Başvurucuya ait taşınmaz, Zonguldak havzasında bulunan taş kömürü yatakları- nın sınırları kapsamında yer almaktadır ve üstünde iki katlı bir bina vardır. Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü söz konusu taşınmazın mevcut olduğu alanda rödövans sözleşmesi imzalamıştır. Bu bağlamda sözleşme gereğince 1990 yılından itibaren bir işletme işletmeci olarak faaliyet göstermektedir. Taşınmazın meydana gelen çökmeler nedeniyle tamamen kullanılamaz hâle gelmesi nedeniyle yargı yoluna başvurulmuştur. Kullanılmaz durumda olan binadaki hasarın %15’inin yapımdan, %85’inin de işletmeciden dolayı olduğu tespit edilmiştir. Taşınmazın yer aldığı havza, 5/6/1986 tarihli ve 3303 sayılı Taşkömürü Havza- sındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun düzenlemeleri doğrultusunda tespit edilmiş ve tescil edilmiş olup anılan Kanun uyarınca taşınmaz sahiplerince maden işletmeciliği nedeniyle “meydana gelen zararlar dolayısıyla bir hak ve tazminat talep edemeyecekleri” (m.3) öngörülmüş olması nedeniyle davanın red- dine karar verilmiş ve karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

AYM, başvurunun taşınmazının madencilik faaliyeti nedeniyle kullanı- lamadığını, kişiler tarafından mülkiyet haklarının etkili bir şekilde kullanılabil- mesi için devlet tarafından yapılması gereken pozitif yükümlülükler olduğunu, 3303 sayılı Kanun’un 3. maddesi gereğince kusurlu veya kusursuzluk yönün- den bir ayırım yapılmaksızın hiçbir tazminat davası açılmadığını, dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlalinin söz konusu kanun hükmünden kaynaklandığını be- lirtirerek ihlalin giderilmesi ve benzer ihlallerin önüne geçilmesi amacıyla yapı- sal çözüm için kararın TBMM’ye gönderilmesine karar vermiştir⁵⁷.

d. Süleyman Kurtel Kararı

Başvuru; idare lehine hükmedilen vekâlet ücretlerinden diğer personele pay verilmesine yönelik talebin reddedilmesi ve önceden yapılan ödemelerin ise faiziyle birlikte iadesinin istenilmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlali iddiası hakkındadır. Şöyle ki; SGK’nın taraf olarak yer aldığı davalarda karar verilen vekâlet ücretinden başvuru 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu m.28/7’ye⁵⁸ istinaden yararlanmaktayken 26/9/2011 tarih ve 666 sa-

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, Sabri Uhrağ, B. No: 2017/34596, T: 29/12/2020, § 9-23, 78.

⁵⁸ 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanun’un 28/7. maddesi şu şekildedir:

“Kurum lehine sonuçlanan dava ve icra takipleri nedeniyle hükme bağlanarak karşı taraftan tahsil edilen vekâlet ücretlerinin; hukuk müşavirlerine, avukatlara ve dava ve icra takibi işlerinde fiilen görev yapan diğer personele dağıtımı hakkında 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Saireye Verilecek Ücreti Vekâlet Hakkında Kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. Vekâlet ücretinin dağıtımının usûl ve esasları yönetmelikle belirlenir.”

yılı KHK aracılığıyla bu hakkı kendisinden alınmış, ilgili hüküm AYM kararıyla iptal edilmesine rağmen bu hak iade edilmemiştir. Başvurucu, AYM tarafından verilen iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğun ne yasama organı ne de yargı organlarınca doldurulduğunu, vekâlet ücreti payının ödenmesini önleyen hüküm iptal edildiği halde ödeme yapılmamasının ve AYM'nin iptal kararının göz ardı edilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AYM de ilgiliye vekâlet ücretinden pay verilmesi hakkındaki hükmün KHK düzenlemesiyle kaldırılmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini, ihlalin giderilmesinin de ancak bu konuda yasal düzenleme yapılmasıyla mümkün olacağını belirterek yapısal sorunun giderilmesi için kararın TBMM'ye gönderilmesine karar vermiştir⁵⁹.

e. Hamit Yakut Kararı

Başvurucu, gösteri yürüyüşüne katılması sebebiyle terör örgütüne üye olmasa da birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkûm edilmesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına aykırı olduğunu ve bu hakkı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Söz konusu olayda başvuran Barış ve Demokrasi Partisi Diyarbakır İl Başkanlığı önünde 20/4/2011 tarihinde yapılan toplantıya katılmış, meydana gelen olaylar sebebiyle gözaltına alınmış ve hakkında toplantı ve gösteri yürüyüşüne silahla katılma, terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme ve kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere katılarak ihtara rağmen kendiliğinden dağılmama suçlarından ötürü kamu davası açılmış, yapılan yargılama sonucunda (Kapatılan) Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 13/12/2012 tarihinde başvurusunun terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan dolayı 3 yıl 9 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına; ayrıca kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere katılarak ihtara rağmen kendiliğinden dağılmama suçundan dolayı 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş ve hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır. Mahkûmiyet kararının başvuru tarafından temyiz edilmesi sonrasında, uyuşmazlığı değerlendiren Yargıtay 9. Ceza Dairesi 15/1/2014 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

AYM kararında, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 15/3/2016 tarihli ve 831/2015 sayılı Raporuna atıf yaparak Raporda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 220/6 hükmünde düzenlenen örgüt üyesi olmasa dahi “*Örgüt üyeliği suçundan da cezalandırılır.*” ibaresinin yürürlükten kaldırılması ve bu suçları işleyenlerin TCK m.314 gereğince değil başka yaptırımlarla cezalandırılmasının tavsiye edildiğini, ancak bu düzenleme mevcut haliyle yürürlükte kalacaksa da Türk makamlarının

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, Süleyman Kurtel, B. No: 2016/1808, T: 22/01/2021, § 32-33, 66.

TCK m.220'nin m.314'le bağlantılı şekilde uygulanmasını ifade ve toplantı özgürlüklerinin kullanımıyla ilgisi bulunmayan davalarla sınırlandırmaları gerektiğine vurgu yapıldığını belirtmiş, ayrıca TCK m.220/6 hükmünün öngörülebilirliğine ilişkin olarak “*örgüt adına işlenen suç*” ibaresinden anlaşılması gerekenin ne olduğu hakkında kanunda herhangi bir açıklama bulunmadığını, anılan düzenlemede bir kişinin bir suçu örgüt adına işlediğinin kabul edilmesi hâlinde kişinin örgüt üyesi olduğunun kabul edilmesi ve örgüte üye olma suçunu işlediği gerekçesiyle cezalandırılmasının belirsizlik yaratan yönlerden olduğunu, terör örgütüne üye olma suçu açısından aranan belirli şartların, örgüte üye olmayan fakat örgüt adına suç işleyen bir kişi yönünden aranmasına rağmen her iki kategorideki kişilerin örgüt üyesi olarak cezalandırıldığını, bu halde bir kimsenin terör örgütüyle zayıf olsa da bağlantısı bulunduğu iddia edilen bir suç işlediği gerekçesiyle ağır cezalarla karşılaştığını, hatta söz konusu suçun somut olaydaki gibi temel hakların kullanımına ilişkin durumlarda “*örgüt adına*” sözcüğünün çok geniş yorumlanması sebebiyle ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi temel hak ve özgürlükler bakımından son derece caydırıcı etki yarattığına vurgu yapmıştır.

Sonuç olarak TCK m.220/6 düzenlemesinin içerik, amaç ve kapsam itibarıyla belirli olmadığını, Anayasa m.34'le güvence altına alınan hakka yönelik yasal bir koruma sağlamadığını, bu hükmün uygulanmasından kaynaklı müdahalenin kanunilik şartını sağlamaması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmış; ayrıca söz konusu hak ihlalinin doğrudan kanuni düzenlemenin lafzıyla ilgili yapısal bir sorundan ve derece mahkemelerince kanuna ilişkin geniş yorumdan kaynaklanması, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi anayasal güvenceye sahip temel hak ve özgürlüklerle ilişkili pek çok mahkûmiyet kararı verilen dosyaya ilişkin bireysel başvuru yapılmış olması nedeniyle benzeri ihlallerin önüne geçilebilmesi için yasa hükmünün gözden geçirilmesi amacıyla pilot karar usulünün uygulanmasına ve kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesine karar vermiştir⁶⁰.

f. Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı

Başvuru, internet haber sitelerinde yayımlanan bir dizi habere ilişkin erişimin engellenmesi kararı verilmesi sebebiyle ifade ve basın özgürlükleri ile etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddialarına yöneliktir. Başvurulara konu olan haberlerde kamu kurumları, kamu görevlileri, kamuoyunca tanınan kişiler, politikacılar haberlerdeki ifadeler sebebiyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş ve bu haberlere erişim engeli getirilmesini sulh

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, Hamit Yakut, B. No: 2014/6548, T: 10/06/2021, § 88, 90, 93, 116, 130, 131, 132.

ceza hâkimliklerinden talep etmiş, hâkimlikler tarafından haberlerin bulunduğu URL adreslerine erişim “*şikâyet konusu içeriklerin talep edenin şeref ve saygınlığını zedelemiş olduğu, talep edeni küçük düşürecek nitelikte sözlerle açıkça kişilik haklarına saldırıldığı*” şeklinde genel ifadeler içeren gerekçelerle engellenmiştir. AYM, internete erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu kararları ile Anayasa m.26 ve m.28 aracılığıyla anayasal düzeyde güvence altına alınmış ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalenin yeterli toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği kanaatine ulaşmış, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.9’da yer alan erişimin engellenmesi yolunun yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerini barındırmadığını, somut başvurularda hâkimliklerin talep üzerine 24 saat içinde ve duruşma yapmadan erişimin engellenmesine karar verdiğini, yayımlanan içeriklere yönelik erişimin engellenmesi hakkındaki istemlerle ilgili başvurulara bildirimde bulunulmadığını, erişimin engellenmesi kararlarının alınmasına ilişkin süreçte başvuru- cuların yer almadığı, başvuru- cuların erişimin engellenmesi talebinde bulunan kişilerin gösterdiği kanıtlar hakkında bilgi sahibi olamadığını ve bunlara ilişkin görüş bildiremediklerini vurgulamıştır.

Sonuç olarak AYM, 5651 sayılı Kanun m.9’un sınırlarının ve çerçevesinin belirsiz olduğu, bunun da yargı mercilerine geniş bir takdir alanı oluşturduğunu, bu durumun engelleme kararına yapılan itirazdan sonuç almanın mümkün olmadığını, başvuru- cuların haklarına yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı, orantısız olduğu ve Anayasa m.26 ile m.28 aracılığıyla korunan haklarını ihlal ettiğine hükmetmiş, ayrıca yasa hükmünün ifade özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün korunmasına yönelik temel güvencelere sahip olmadığını, ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığını belirterek belirli asgari standartlar çerçevesinde yasa hükmüne ilişkin düzenlemeler yapılması gerektiğinden ilgili yasa maddesi hükmünün gözden geçirilmesi için kararın bir örneğinin yasama TBMM’ye gönderilmesine, ayrıca somut başvurulardaki gibi çok sayıda başvurunun mahkeme önüne bireysel başvuru yoluyla getirilmiş olması nedeniyle pilot karar usulü uygulanmasına ve benzer başvuruların bir yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir⁶¹.

III. İHLAL KARARLARI SONRASI TBMM SÜRECİ

A. Bildirim Sonrası TBMM’de Yapılabilecekler

İhlal kararlarının hüküm fıkralarında açıkça TBMM’ye bildirimde bulunulmasının temelinde yapısal sorunlardan kaynaklı temel hak ve özgürlükler konu-

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri, B. No: 2018/14884, T: 27/10/2021, § 114, 119, 124, 129, 137, 159, 160.

sunda oluşacak ihlallerin son bulması amacıyla söz konusu yasa hükmüne ilişkin eksiliğinin giderilmesi amaçlanmaktadır. AYM tarafından yapılan bildirimlerdeki amaç genel yasama yetkisine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine müdahale etmek değil, benzer ihlal durumlarının önüne geçilmesini sağlamaktır⁶². Amaç, yapısal sorun devam ettiği sürece gelmesi muhtemel benzer başvurular üzerine aynı ihlal kararlarının verilmesinin hukuk sisteminin işleyişi açısından durağanlık oluşturma riskinin ortadan kaldırılmasıdır. İhlale ilişkin keyfiyetin bildirilmesi ile yasama organına benzer ihlallerin oluşmasını önlemek için gerekli tedbirleri alma imkânı sunulmaktadır. Kanun yapma yetkisi TBMM'ye ait olduğuna göre, söz konusu ihlal de yasanın yorumlanması değil bizzat kendisinden kaynaklandığından söz konusu yasa hükmünün ihlale neden olan kısmının yine yasama organı tarafından kendi yetkisi doğrultusunda yapılması ile hem ihlalin sonuçları ortadan kalmış olacak hem de benzer ihlallerin önüne geçilmiş olacaktır⁶³.

AYM tarafından yapısal sorundan kaynaklanan ve yasa değişikliği gerektiren söz konusu kararların TBMM Başkanlığına gönderilmesi tüm milletvekillerin söz konusu kararlardan haberdar olmaları açısından önemlidir. Ayrıca söz konusu kararların milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun çıkarılması sürecinde uygulanan usulden etkilenilerek AYM tarafından TBMM başkanlığına gönderilmesi muhtemeldir. Şöyle ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü m.90'da Milletlerarası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması usulü belirlenmiştir. Buna göre TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olan antlaşmalar öncelikle Cumhurbaşkanı tarafından TBMM Başkanlığına sunulmaktadır. Akabinde TBMM Başkanı ise bunları gelen kağıtlar listesinde yayımlamaktadır. Böylece milletvekillerince antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun teklifi verilebileceği belirtilmiştir. Milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun çıkarılması sürecinde uygulamada tezkereler Cumhurbaşkanlığı tarafından TBMM başkanına gönderilmekte, söz konusu milletlerarası antlaşmaların kanun teklifleri de "yalnızca TBMM başkanı tarafından" milletvekili sıfatıyla verilmektedir⁶⁴. Dolayısıyla TBMM içtüzüğü m.90 hükmü gereğince antlaşmaların gelen kâğıtlar listesinde yayımlandıktan sonra milletvekilleri tarafından uygun bulunduğu ilişkin teklif verilebilmesi gibi, AYM tarafından yapısal sorundan kaynaklı olarak TBMM'ye bildirilen kararların başkan tarafından gelen evraklar listesine eklenerek TBMM'nin resmî internet sitesinde yayımlanmasıyla milletvekillerinin teklif sunmaları sağlanabilir.

⁶² Kılıç, s. 104.

⁶³ Kılıç, s. 118-119.

⁶⁴ Örneğin bir kısım Milletlerarası Anlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 14.04.2022 tarihinde kabul edilen 7395, 7396, 7397, 7398, 7399, 7400, 7401, 7402, 7403, 7404 sayılı Kanunların teklifleri TBMM Başkanı tarafından verilmiştir.

B. Kararlarda Belirtilen Yapısal Sorunlara İlişkin Değişiklikler

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.53/3'ün ilk halinde sınır dışı kararı verilen yabancıların dava açma süresi içinde veya karara karşı yargı yoluna başvurulması halinde dava sonuçlanıncaya kadar yabancıların sınır dışı edilemeyeceği hükmünde, 676 sayılı OHAL KHK ile değişiklik yapılarak söz konusu sınır dışı kararının icra edilmesine ilişkin otomatik koruma kaldırılmış, ayrıca m.54/1-b, m.54/1-d, m.54/1-k düzenlemelerinde sayılan kişiler tarafından sınır dışı edilme kararına karşı açılan davada yürürlüğün durdurulması kararı verilmedikçe yargılamanın her aşamasında sınır dışı edilmelerine imkân tanınmıştır. AYM tarafından Y.T. kararında pilot karar uygulanması ve yapısal sorunun düzeltilmesi için yasama organına yapılan bildirimden dört ay sonra 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle, anılan yasanın 53/3 maddesindeki on beş günlük dava açma süresi yedi güne düşürülmüş, 54/1. maddesinin (b), (d) ve (k) bentlerine atıf yapan istisna hükmü kaldırılarak dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde karar kesinleşinceye kadar davacının sınır dışı edilmesini engelleyen eski düzenlemeyi tekrar getirilmiştir. Bildirim kararı sonrası yasama organı tarafından yapılan düzenleme, AYM ile TBMM arasındaki olumlu işbirliğine yönelik iyi bir örnek olmuştur.

AYM Süleyman Başmeydan, Ahmet Özbey ve Ahmet Yavaşer kararlarında HAGB kararı ile müsadere kararının birlikte verilmiş olmasının, yani yargılama nihai sonuca ermeden HAGB ile birlikte müsadereenin infaz edilmesinin uygun olmadığını, yasa koyucu tarafından müsadereye ilişkin farklı bir usul veya kanun yolu belirlenebileceğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiş, müsadere tedbirinin uygulanmasına ilişkin kanunda yer alan belirsizliklerin giderilmesi için yasal düzenlemeler yapılması açısından bildirimde bulunmuş, ancak 2023 yılına kadar TBMM tarafından söz konusu hususlara ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Benzer şekilde AYM tarafından; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı'nda, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan hükmün kapsamı ve sınırlarının belirli olmadığı, bunun da yargı makamlarına geniş bir takdir alanı oluşturduğu, engelleme kararına yapılan itirazdan sonuç almanın neredeyse imkânsız olduğu, yasa hükmünün ifade ve basın özgürlüklerinin korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip olmadığını; Hamit Yakut Kararı'nda, TCK m.220/6'nın içerik, amaç ve kapsam itibarıyla belirli olmadığı, Anayasa'nın 34. maddesi ile korunan anayasal hakkına yönelik yasal bir koruma sağlamadığı, hükmün uygulanmasından kaynaklı müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı, bizzat kanun hükmünün lafzına dayalı yapısal bir sorun olduğunu; Bedrettin Morina Kararı'nda; 3201 sayılı Kanun'un doğum

ve sonradan Türk vatandaşı olma arasında ayırım yaptığını, yurt dışı hizmet borçlanmasındaki vatandaşlık ayırımının haklı ve objektif bir nedene dayanmadığını; Sabri Uhrağ Kararı'nda, kişiler tarafından mülkiyet haklarının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için devlet tarafından yapılması gereken pozitif yükümlülükler olduğu, 3303 sayılı Kanun'un 3. maddesi hükmü gereğince kusurlu veya kusursuzluk yönünden bir ayırım yapılmaksızın hiçbir tazminat davası açılmadığını belirterek söz konusu ihlallerin kanun hükmünden kaynaklanması nedeniyle kararlara ilişkin yasama organına bildirimde bulunmuş, ama henüz söz konusu yasa hükümlerine ilişkin yasama organı tarafından belirtilen yapısal sorunlara ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

SONUÇ

AYM tarafından yapılan norm denetimine ilişkin kararlarda genel olarak doktrindeki tartışmalar verilen kararların bağlayıcılığı veya kesinliği noktalarında değil, daha çok bu kararların hangi kısmının bağlayıcı olarak kabul edilmesi gerektiği noktalarına odaklanmıştır. Yani AYM tarafından verilen kararların sadece hüküm fıkrası mı, yoksa hükümle birlikte gerekçe kısmının da mı bağlayıcı kabul edilmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur. AYM kararlarının sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı kabul edilmesi gerektiği şeklinde görüşler yanında gerekçenin bağlayıcı olduğu şeklinde görüşler de bulunmaktadır. AYM ise bağlayıcılık hükmünü; özellikle verdiği iptal kararlarını etkisiz kılacak şekilde yasama organı tarafından düzenlemeler yapılmaması gerektiği şeklinde yorumlamış ve muhtelif kararlarında kararlarının sadece hüküm fıkralarının değil, gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir.

AYM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin görüşleri genel bir bakış açısıyla değerlendirmek gerekirse; mahkemenin verdiği kararların hüküm fıkralarının sadece bir veya birkaç sözcükten ibaret olması nedeniyle sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunu kabul edildiğinde kararın içeriği, dayanağı, neden iptal edildiği gibi hususlar eksik kalacaktır. Diğer taraftan mahkemenin karar gerekçesi kısmında birçok hususa değinilmekte, bunların bazıları uyuşmazlığın esasına ilişkin olmaması nedeniyle gerekçenin tamamı olmasa da özellikle de hükme esas teşkil eden kısımlarının bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Anayasa'ya bireysel başvuruya ilişkin hükümler eklenirken anayasa koyucu bireysel başvuruya ilişkin genel ilke esas ve usulüne ilişkin düzenlemeyi yasa koyucuya bırakmış olmakla birlikte AYM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin genel ilkelerde bir değişiklik iradesi koymamıştır, dolayısıyla AYM'nin bireysel başvuruya ilişkin verdiği tüm kararların kesin ve bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. AYM de, bireysel başvuruya ilişkin verdiği bir ka-

rarda ilgili madde hükmüne vurgu yaparak AYM'nin bireysel başvuru kararlarının da norm denetiminde olduğu gibi bağlayıcılığına vurgu yapmıştır⁶⁵.

Bireysel başvuru üzerine AYM tarafından hak ihlali olduğuna ilişkin karar verilmesi halinde bu kararın icra edilebilirliği meselesi de önemli bir meseledir. AMKYUHK m.50'ye göre Mahkeme bir hakkın ihlal edildiğine ilişkin tespiti halinde ihlalin veya sonuçlarının ortadan kaldırılması için üç şekilde karar verebilecektir: İhlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmuyorsa tazminata hükmetme veya genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesi.

Anayasa m.148'e göre AYM yasa hükümlerini şekil ve esas bakımından denetleyebilmektedir. AMKYUHK m.45/3'te yasama işlemlerinin bireysel başvuru konusu olamayacağı belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasadan kaynaklı potansiyel mağdurlar oluşturması durumlarında AYM bireysel başvuruya ilişkin inceleme yaparken söz konusu yasa normuna ilişkin denetim yapamaması olumsuz bir sınırlamadır. İhlali ortaya çıkaran durumun bir normdan kaynaklı olarak yapısal bir sorun olması durumunda, davaya bakan mahkeme olması hasebiyle söz konusu norma ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilme yetkisinin AYM'ye verilmesi bireysel başvurunun etkin ve verimli olması, usul ekonomisi anlamında makul bir uygulama olacaktır.

"Pilot Karar Usulü" Mahkeme İçtüzüğü'nün 75. maddesinde yer almaktadır. Bu karar usulü, yargı sisteminde yer alan yapısal sorunlardan kaynaklı olarak ortaya çıkan hak ihlallerine ilişkin başvurularda söz konusu yapısal sorunun çözülmesi, benzer hak ihlallerine sebebiyet verilmemesi amacı güden bir karar uygulamasıdır⁶⁶. İlk olarak 30.05.2019 tarihli Y.T. kararıyla AYM tarafından uygulanmış ve ilk kez bir ihlal kararı gereği için TBMM'ye gönderilmiştir. Söz konusu kararı Süleyman Başmeydan, Bedrettin Morina, Sabri Uhrağ, Süleyman Kurtel, Hamit Yakut, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararları takip etmiştir. İhlale ilişkin keyfiyetin bildirilmesi ile yasama organına benzer ihlallerin oluşmasını önlemek için gerekli tedbirleri alma imkânı sunulmaktadır.

TBMM'ye yapılan bildirim kararları sonrası değişikliklerle beraber 6458 sayılı Kanun m.54/1-b,d,k'ya atıf yapan istisna hükmü kaldırılarak dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde karar kesinleşinceye kadar davacının sınır dışı edilmesini engelleyen eski düzenleme tekrar getirilmiştir. Bildirim kararı sonrası yasama organı tarafından yapılan düzenleme, AYM ile TBMM

⁶⁵ Şahin Alpay (2), § 63, 67.

⁶⁶ Teziç, s. 276.

arasındaki olumlu işbirliğine yönelik iyi bir örnek olmuştur. Ancak AYM tarafından bildirilen yukarıda sözü edilen kararlarda belirtilen yapısal sorunlara ilişkin ise henüz bir düzenleme yapılmamıştır.

Yapısal sorundan kaynaklanan ve yasa değişikliği gerektiren söz konusu kararların TBMM Başkanlığına gönderilmesi tüm milletvekillerin söz konusu kararlardan haberdar olmaları açısından önemlidir. Ayrıca söz konusu kararların milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun çıkarılması sürecinde uygulanan usulden etkilenilerek AYM tarafından TBMM başkanlığına gönderilmesi muhtemeldir. TBMM İçtüzüğü m.90'da.

Milletlerarası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması usulü belirlenmiştir. Uygulamada tezkereler Cumhurbaşkanlığı tarafından TBMM başkanına gönderilmekte, milletlerarası antlaşmaların kanun teklifleri de “yalnızca TBMM başkanı tarafından” milletvekili sıfatıyla verilmektedir. Dolayısıyla TBMM içtüzüğü m.90 gereğince antlaşmaların gelen kâğıtlar listesinde yayımlandıktan sonra milletvekilleri tarafından uygun bulunduğuna ilişkin teklif verilebilmesi gibi, AYM tarafından yapısal sorundan kaynaklı olarak TBMM'ye bildirilen kararların başkan tarafından gelen evraklar listesine eklenerek TBMM'nin resmî internet sitesinde yayımlanmasıyla milletvekillerinin teklif sunmaları sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- BOYAR, Oya, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 3. Basım, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Basım, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi’, Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Yıl: 2015, Ankara.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı’, Anayasa Yargısı, Cilt: 33, Yıl: 2016, Ankara.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme’, Anayasa Yargısı, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, Ankara.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol, ‘Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12(2), Yıl: 2021, Malatya.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, ‘Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu’, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- KAHRAMAN, Mehmet / ŞAHİN, Muhammed, ‘Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi’, Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Yıl: 2019, Ankara.
- KARAN, Ulaş, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- KILIÇ, Abbas, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi’, Anayasa Yargısı, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, Ankara.
- KÖKÜSARI, İsmail, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi’, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXII, Sayı: 1-2, Yıl: 2018, Erzincan.
- KÖKÜSARI, İsmail, ‘Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması’, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIII, Sayı: 3-4, Yıl: 2020, Erzincan.
- KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku, 3. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- MEMİŞ, Emin, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.
- OVACIK, Gamze, ‘Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 2, Yıl: 2020, İstanbul.

- ÖZBEY, Özcan, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Hakkı, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 16. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZER, Atilla, Anayasa Hukuku, 7. Basım, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Basım, Yetkin Yayınları, 2019.
- SAĞLAM, Fazıl, 'Hukuk Devleti ve Terör', Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 3, Yıl: 2007, Ankara.
- SAĞLAM, Fazıl, 'Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi', Anayasa Yargısı, Cilt: 13, Yıl: 1996, Ankara.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Beta Yayınları, Ankara, 2019.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Bireysel Başvuru Üzerine Verilen Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, Abdullah Altun, B. No: 2014/2894, T: 17/07/2018.
- Anayasa Mahkemesi, Ahmet Özbey, B. No: 2018/20063, T: 30/06/2021.
- Anayasa Mahkemesi, Ahmet Yavaş, B. No: 2018/1879, T: 07/10/2021.
- Anayasa Mahkemesi, Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, T: 05/03/2020.
- Anayasa Mahkemesi, Hamit Yakut, B. No: 2014/6548, T: 10/06/2021.
- Anayasa Mahkemesi, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri, B. No: 2018/14884, T: 27/10/2021.
- Anayasa Mahkemesi, Sabri Uhrağ, B. No: 2017/34596, T: 29/12/2020.
- Anayasa Mahkemesi, Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, T: 20/06/2019.
- Anayasa Mahkemesi, Süleyman Kurtel, B. No: 2016/1808, T: 22/01/2021.
- Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, T: 15/03/2018.
- Anayasa Mahkemesi, Y.T., B. No: 2016/22418, T: 30/05/2019.

Norm Denetimi Üzerine Verilen Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/45, K. 2000/27, T: 05/10/2000.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1998/58, K. 1999/19, T: 27/05/1999.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1988/11, K. 1988/11, T: 24/05/1988.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- Gebremedhin v. Fransa, B. No: 25389/05, T: 26/04/2007.
- M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, B. No: 30696/09, T: 21/01/2011.

Yargıtay Kararı:

- Yargıtay C.G.K. E. 2013/9-464, K. 2015/132, T: 28/4/2015.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyizde Sebep Gösterme ve Buna Bağlı Olarak Sebebe Bağlı İnceleme Zorunluluğu^{(*)(**)}

Giving Reasons and Accordingly Obligation of Examination Limited to Alleging Reasons in Appealate Review in Turkish Criminal Procedure Law

Aylin KUL YENİGÜL^(***)

Öz:

Temyiz nedenlerinin gösterim biçimi ve incelemenin sınırlarının çizilmesi birbiri ile doğrudan bağlantılıdır. Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda temyizde sebep gösterme ve temyizde sebeple bağlı inceleme hem uygulamada hem öğretide hep tartışmalı olmuştur. CMK'nın istinafa ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile bu tartışmalar daha da derinleşmiştir. Kanunun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile artık temyiz incelemesinde yalnızca Bölge Adliye Mahkemesi denetiminden geçmiş ve temyiz yolu açık kararlar sadece hukuksal yönden incelenebilecektir. Bu sebeple temyiz nedenlerinin ileri sürülüş biçimi sebeple bağlı inceleme zorunluluğundan dolayı bir kat daha değer kazanmıştır. Bu noktada, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temyize ilişkin düzenlemelerine bakıldığında, hukuki yönden yapılan denetim ve maddi olay denetimi ayrımının büyük önem arz ettiği görülecektir. Bu ayrımın iyi anlaşılması uygulamada verilecek kararlar bakımından da yol göstericidir. Nitekim uygulamada birbirinden çok farklı kararlar verildiği görülmektedir. Öğretideki karşıt görüşler ve tartışmalarla birlikte uygulayıcıların çözüm arayışları günümüzde hâlâ devam etmektedir. Bu konuda net ve tartışmalara yol açmayacak çözüm arayışları da sürmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Temyiz Nedenleri, Sebep Gösterme, Sebeple Bağlılık, Hukuki Denetim, Maddi Olay Denetimi.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 15.12.2022 - Makalenin kabul tarihi: 11.05.2023.

^(**) Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'nda hazırlanmış ödevin güncellenmiş hâlinde ibarettir.

^(***) İstanbul Üniversitesi, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, LL.M, İstanbul-Türkiye,
E-posta: aylinkulyenigul@gmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-4762-0907>.

Abstract:

How the grounds for appeal are presented and the delimitation of the review are directly linked. In Turkish Criminal Procedure Law, giving reasons in appeal and examination based on reason in appeal have always been controversial both in practice and in doctrine. In conjunction with the entry into force of provisions of Law of Criminal Procedure relating to appeal, the discussions got even deeper. After this change, cassation became a legal stage that examine the decisions after controlling of Regional Court of Appeal. This examining could be only juridically. Accordingly, way of giving reasons came into prominence due to obligation of examination limited to alleging reasons. Considering the regulations of the Criminal Procedure Code on cassation it will be seen that the distinction between the juridical inspection and the material fact inspection is of great importance. As a matter of fact, it is seen that very different decisions are made in practice. With the opposing views and debates in the doctrine, the search for solutions by practitioners still continues today. In this regard, the search for a clear and non-controversial solution continues.

Keywords:

Cassation Reasons, Giving Reasons, Obligation of Examination Limited to Alleging Reasons, Juridical Inspection, Material Fact Inspection.

GİRİŞ

Türkiye’de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) yürürlüğe girdiği günden 2016 yılına kadar, Kanun’da düzenlenmiş olan istinaf kanun yolu uygulama alanı bulamamıştır. Yargıtay’ın eski uygulamasının devam ettiği bu süreçte eski kanun dönemindeki temyize ilişkin hükümler uygulanmaya devam etmekteydi. CMK’nın istinafa ilişkin hükümlerinin 20.07.2016 tarihinde¹ yürürlüğe girmesiyle ve ardından Bölge Adliye Mahkemeleri’nin (BAM) göreve başlamasıyla birlikte Yargıtay, temyiz aşaması bakımından artık, BAM denetiminden geçmiş ve temyiz yolu açık kararların yalnızca hukukî yönden inceleme yetkisini haiz bir kanun yolu aşaması hâline gelmiştir.

İstinaf ise, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı hem maddi olay yönünden hem de hukuki yönden inceleme yapabilen bir ikinci derece mahkemesi olarak görev yapmaya başlamıştır. İstinaf incelemesi açısından, Cumhuriyet Savcısı dışında temyize başvurma yetkisi olanlar bakımından gerekçe gösterme zorunluluğu aranmamıştır². Bununla birlikte istinaf başvurusunun başarılı olmasını arzu eden müdafî veya vekilin istinafta gerekçe göstermesi gerekli ve önemlidir. Kanun yoluna giden süjenin hükmün hangi noktasının hatalı olduğunu göstermesi hem yararlı hem de etkili olacaktır³. Bu durumda istinaf

¹ 7 Kasım 2015 Tarihli ve 29525 Sayılı Resmî Gazete.

² Mustafa Ruhan Erdem / Candide Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 108.

³ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 923.

mahkemesi incelemenin kapsamını ve hangi delillerin yeniden ele alınacağını zamandan ve emekten tasarruf ederek değerlendirebilir. Ayrıca BAM sebep gösterilmiş olmasa bile istinaf başvurusunun amaç, konu ve kapsamını açığa kavuşturmak bakımından başvuruca soru sorabilir⁴.

Temyiz aşamasında ise, BAM'ların göreve başlaması ile birlikte sebep gösterme bakımından yeni bir döneme girilmiş ve temyiz başvurusunda başvuruca sebebe gösterme zorunluluğu getirilmiştir ki çalışmamızın ana konusu budur.

Çalışmamızda, esas olarak sebep gösterme zorunluluğuna ilişkin farklı görüşleri ve tartışmaları, ana hatları ile derli toplu bir hâle getirip öz bir şekilde sunmaya çalıştık. Bununla beraber meselelere ilişkin görüşlerimizi de ortaya koyarak, ilgili olduğu ölçüde sebeple bağlı temyiz incelemesini de ele almaya çalışacağız.

I. TEMYİZ NEDENLERİ, SINIFLANDIRILMASI VE BU NEDENLERİN KAPSAMI

Ceza Muhakemesinde temyiz nedenleri hükmün ne bakımdan ve hangi kısmının hatalı bulunduğunu ve buradan hareketle bozulması gerektiğinin talep edildiğini gösteren nedenlerdir. Bu nedenler maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi muhakeme hukukuna ilişkin de olabilir. Temyiz nedenleri, ilerleyen kısımlarda açıklanacağı üzere CMK'da öngörülen süreler içerisinde ve usulüne uygun olarak ileri sürüldüğünde temyiz başvurusu Yargıtay tarafından incelemeye alınacaktır.

A. Temyiz Nedenleri

Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır⁵. (CMK m.288) Hüküm kurulurken yapılan hata ile verilen karar arasında nedensel bir ilişkiyi ortaya koyan normatif bir bağlantı bulunması şarttır⁶. İfade etmek gerekir ki temyiz nedeni hükmü etkilediği ölçüde önemlidir ve bozma gerektirir. Hükmü etkilemeyen hukuka aykırılıklar bozma nedeni sayılamayacaktır. Yargıtay sadece hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle hükmü bozabilir (CMK m.302/2) ancak hukuka kesin aykırılık halleri burada istisna

⁴ Bahri Öztürk / Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma Gezer / F. Yasemin Saygılar Kırıt / Esra Alan Akcan / Özdem Özaydın / Efser Erden Tütüncü / Derya Altınok Villemin / Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 708, 709.

⁵ Serap Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış', *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 159-160, ss. 179-185, s. 183, "Temyiz nedeni hukuka aykırılık olunca, söz konusu hukuka aykırılık pozitif hukuka aykırılığın yanında yazılı olmayan hukuka da aykırılıktır."

⁶ Öztürk / Tezcan / Erdem / Gezer / Saygılar Kırıt / Akcan / Özaydın / Tütüncü / Villemin / Tok, s. 752.

oluşturur. CMK m.289'daki hukuka kesin aykırılık halleri söz konusu ise burada hükmü etkileyip etkilemediklerine, hüküm kurulurken bu aykırılığa dayanılıp dayanılmadığına bakılmaksızın kararın bozulması gerekir⁷.

Temyiz nedenleri kanunun sistematiginden hareketle öğretide genel olarak, maddi hukuka ilişkin ve muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenleri olarak ikiye ayrılmıştır. Muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenleri de kendi içerisinde mutlak ve nispi (mutlak olmayan) muhakeme nedenleri olarak ikiye ayrılmaktadır.

1. Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri

Maddi hukuktan anlaşılması gereken ceza hukuku kuralları dahil olmakla beraber yalnız bununla sınırlı olmayarak, her türlü hukuk kuralıdır⁸. Maddi hukuka ilişkin temyiz nedenleri ise, olaya söz konusu hukuk kuralının uygulanıp uygulanmadığı yahut doğru uygulanıp uygulanmadığıdır⁹. Bir fiilin bir suç meydana getirip getirmediği, herhangi bir nitelikli hâlin uygulanmasını gerektirip gerektirmediği gibi nedenler maddi hukuka ilişkindir¹⁰. “*Bir eylemin hangi suçu oluşturduğu, hangi kanun maddesinde tanımlandığı, hangi ağırlatıcı veya hafifletici sebebi gerektirdiği, maddi hukuka ilişkin hukuka aykırılık halleridir ve bu nedenlerin bulunması hükmün bozulmasını gerektirir*”¹¹. Yaptırım türünün doğru belirlenmesi, alt ve üst sınırlar arasında uygun ceza tayini, adli para cezası veya seçenek yaptırımların doğru uygulanıp uygulanmadığı, tekerrür hükümlerine ilişkin hususlar da maddi hukuka ilişkin temyiz nedenleridir. Ayrıca mahkeme tarafından kararın gerekçesinde yapılan örneğin boşluk bulunması, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ihlal edilmesi, mantık hatalarının bulunması ve hayatın olağan akışına aykırılıklar gibi hatalar bulunması halinde de maddi ceza hukukuna aykırılıktan bahsedilecektir¹².

Maddi ceza hukukuna aykırılık daima hükmü etkiler¹³. Örneğin suç tipinin belirlenmesindeki hatalar gibi, sözelimi aslında dolandırıcılık suçunu oluşturan fiilin hırsızlık olarak belirlenmesi yanlış ceza tayinine yahut aslında

⁷ Erdem / Şentürk, s. 200.

⁸ Erdem / Şentürk, s. 211, Öztürk / Tezcan / Erdem / Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 752, Yazarlar burada “Maddi hukuka (ceza hukukuna) ilişkin temyiz nedenleri” ifadesine yer vererek maddi hukuka ilişkin temyiz nedenlerini ceza hukuku alanı ile sınırlamışlardır.

⁹ Erdem / Şentürk, s. 211.

¹⁰ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, s. 752.

¹¹ Behiye Eker Kazancı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 333.

¹² Eker Kazancı, s. 221.

¹³ Yenisey / Nuhoğlu, s. 983, Keskin Kızıroğlu, 184.

suç oluşturmayan beddua niteliğinde bir sözün hakaret suçunu oluşturduğunun tespiti beraat yerine ceza verilmesine neden olabilecektir. Bu gibi durumlarda hiçbir şekilde hukuka aykırılığın hükmü etkilemediği ifade edilemeyecektir. Bu halde maddi ceza hukukuna aykırılık daima bozma nedeni olarak nazara alınmalıdır.

2. Muhakeme Hukukuna İlişkin Temyiz Nedenleri

Muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenleri, hâkimin karara ulaşırken gideceği yolları ve bu yolları nasıl kullanacağını gösteren kuralların ihlâline ilişkindir. Bu kurallar da maddi hukuka ilişkin kurallar kadar kıymetlidir¹⁴. Bununla birlikte ceza muhakemesinde, kural olarak, tüm muhakeme hatalarının işlemin tekrarlanması suretiyle giderilebileceği kabul edilmiştir¹⁵.

Muhakeme hukukuna aykırılık ilk derece aşamasında ortaya çıkmışsa, istinaf aşamasında BAM tarafından inceleme konusu yapılarak düzeltilmesi sağlanabileceği gibi istinaf aşamasında gözden kaçmış olabilir yahut bu hukuka aykırılık doğrudan istinaf aşamasında da ortaya çıkmış olabilir. Örneğin yeminle dinlenmesi gereken bir tanık, ilk derece yahut istinaf aşamasında yeminsiz dinlenmişse bu bir muhakeme hukukuna aykırılıktır. Bu ve benzeri herhangi bir muhakeme hukuku aykırılığı temyiz aşamasında Yargıtay tarafından nazara alınabilir. Bununla birlikte muhakeme hukukuna aykırılığın mutlaka duruşmalar aşamasında ortaya çıkmış olması da gerekmez¹⁶.

Muhakeme hukukuna aykırılıklar maddi hukuka ilişkin olanlar gibi her halükârda hükmü etkilemiş olarak kabul edilemezler. Hükmün esasına etkili olmayan ve bozmadan sonra kurulacak hükmü de değiştirmeyecek olan muhakeme hukukuna ilişkin aykırılıklar bozma nedeni yapılamayacaktır¹⁷. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir¹⁸. Bununla birlikte, Yargıtay temyiz incelemesinde bir

¹⁴ Yenisey / Nuhoğlu, s. 983, “Nasıl ki usta eline ilk geçen aleti değil, işine yarayanı kullanırsa hâkim de somut olayda en iyi şekilde muhakeme yapabilmek için normları değerlendirir ve en uygun normu araştırıp kullanır.”

¹⁵ Erdem / Şentürk, s. 198.

¹⁶ Eker Kazancı, s. 177.

¹⁷ Keskin Kızıroğlu, 184.

¹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/11-300 Esas, 2012/63 Karar sayılı, 28.02.2012 Tarihli Karar, “Hükmün esasına etkisi bulunmayan yargılama hukukuna ilişkin aykırılıkların, temyiz incelemesi aşamasında dosyanın esasına girilmeden önce bozma nedeni yapılması, Anayasanın 141. maddesinin 4. fıkrasının “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” şeklindeki hükmüne ve usul ekonomisine aykırı olacak, yargılamanın uzamasına ve yeni yargılama giderlerine yol açacak, aynı zamanda Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukuk normu haline gelen ve yasaların aynı konuda farklı düzenleme getirmesi durumunda bile uygulanması zorunlu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6. maddesinin “herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni, müstakil ve ta-

hukuka aykırılık tespit ettiğinde bunu bozma nedeni yapamayacak olsa bile başka bir nedenle hükmü bozacak ise dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hâllerini de ilâmda gösterir. (CMK m.302/3)

Muhakeme hukukuna aykırılığın hükmü etkilemiş olup olmadığına ilişkin olarak yapılacak incelemede, kural uygulansaydı yahut doğru uygulan- saydı kararın daha farklı olabileceğine ilişkin bir ihtimal bozma için yeterlidir. Hukuka aykırılığın karar üzerinde etki yapmış olma olasılığı yeterli olup kararın hukuki hataya dayandığı göz ardı edilemediğinde bile temyiz başvurusu kabul edilecektir. Nitekim burada mutlak bir ispat koşulu aranmaz ve bu husustaki ispat yükü de Yargıtay'ın temyiz incelemesini yapan merciindedir¹⁹.

Yargıtay muhakeme kuralına aykırılık iddiasıyla yapılan temyiz başvurusunu incelerken, hem muhakeme kuralının doğru tespit edilerek doğru uygulanıp uygulanmadığını hem de kuralın uygulandığı olayın doğru belirlenip belirlenmediğini denetleyecektir²⁰.

Kanun koyucu, CMK m.289'da tahdidi olarak saydığı muhakeme hukukuna ilişkin bazı hukuka aykırılıkları çok önemli gördüğünden ya da bu hukuka aykırılıkların varlığında olası bir nedenselliğin ispatının çok zor olması nedeniyle, bunların hükmü etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın kesin olarak bozma nedeni yapılması gerektiğini düzenlemiştir²¹. Bunlar muhakeme hukukuna ilişkin kesin hukuka aykırılık halleridir ve Yargıtay bu hukuka aykırılıkları tespit ettiği takdirde hükmü etkileyip etkilemediğine bakmaksızın bozma nedeni yapmak zorundadır. Çalışmamızın kapsamı ve sistematığımız bakımından gerekli görmediğimizden bu hukuka aykırılıkları tek tek açıklamayı tercih etmekteyiz.

rafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir" şeklindeki düzenlemesine de aykırılık oluşturacaktır. Bu durum karşısında, hükmün esasına etkili bulunmayan ve bozmadan sonra kurulacak hükmü de değiştirmeyecek olan yargılama hukukuna ilişkin aykırılıklar, temyiz incelemesi sırasında hükmün esasının incelenmesine geçilmeden önce bozma nedeni yapılmamalı, ancak hükmün bozulmasını gerektiren başka bir hukuka aykırılığın bulunması durumunda, anılan hukuka aykırılığa da yer verilmek suretiyle hükmün bozulması yoluna gidilmelidir. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Hazır bulundukları duruşmada şikayetçinin davaya katılma istemi üzerine sanık ve müdafinin diyecekleri sorulmadan katılma isteminin kabulüne karar verilmesi hukuka aykırılık oluşturmakta ise de; sanık ve müdafinin katılma kararından haberdar olmaları, katılma kararı verildikten sonra yapılan duruşmalarda hazır bulunmalarına rağmen katılma kararı konusunda bir itirazda bulunmamaları hükmü temyiz eden sanık müdafinin temyiz dilekçesinde de bu konuya ilişkin bir itirazının olmaması karşısında, nispi nitelikteki bu hukuka aykırılığın esasa etkili olduğundan ve savunma hakkının kısıtlandığından söz edilemeyecektir.", <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=59634>, (erişim tarihi: 05.05.2022).

¹⁹ Eker Kazancı, s. 177, Erdem / Şentürk, s. 200.

²⁰ Erdem / Şentürk, s. 199.

²¹ Erdem / Şentürk, s. 200.

B. Maddi Mesele-Hukuki Mesele Ayrımı

İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesi kararı hem hukuki hem maddi yönden incelerken temyiz incelemesi hükmün yalnızca hukuki yönüne ilişkindir. Nitekim CMK m.294/2'ye göre temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir. Bu nedenle temyiz incelemesi bakımından öne gelen meselenin maddi mesele mi hukuki mesele mi olduğunun tespiti önem arz etmektedir²².

Maddi sorun, ilk derece/esas/olay mahkemesinin sözlülük, yüz yüzelik ve doğrudan doğruyalık ilkelerini göz önünde bulundurarak, geçmişte meydana gelmiş olan olayın ne şekilde cereyan ettiğini ortaya çıkartmasıdır²³. Maddi olaylara ilişkin değerlendirme ilk derece mahkemesine bu değerlendirmenin denetimi ise BAM'a aittir. Yargıtay, kural olarak maddi olay incelemesi ve denetimi yapamayacaktır²⁴.

Hukuka aykırılık hâkimin olaya en uygun normu bulamaması yahut bulsa da ya yanlış anlaması ya da yanlış uygulamasıdır. İşte temyiz incelemesinde de hukuka aykırılıklar bu şekilde hukuk normunun kullanılması bakımından bir yanlışlık olup olmadığı yönünden hukuki bir araştırmaya tabi tutulacaktır²⁵. O zaman hukuki mesele de; ilk derece veya istinaf mahkemeleri tarafından belirlenmiş olan olayın hukuk normları karşısındaki tavsif²⁶ de denilen hukuki değerlendirme ve bu değerlendirmeden çıkarılan sonuçlardır. Kullanılması

²² Mustafa Ruhan Erdem / Cihan Kavlak, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları', Yargıtay Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 4, 2018, ss. 1419-1478, s. 1424-1425, "*Buradan da ortaya çıkacağı üzere, temyizde hukuksal sorun ve maddi sorun ayrımı büyük önem taşımaktadır. Temyiz ile istinaf arasındaki bu farklılıktan çıkan en önemli sonuç, istinafta (doğrudan doğruyalık ilkesi açısından getirilen sınırlamalar altında da olsa) yeni delil ileri sürme olanağı var iken, temyizde Yargıtay'ın münhasıran kararı hukuksal yönden incelemesinin zorunlu bir sonucu olarak bu aşamada yeni delil ileri sürülmesine olanak bulunmamasıdır.*"

²³ Fahri Gökçen Taner, '5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2017/4, 2017, ss. 47-78, s. 55.

²⁴ Sami Selçuk, 'Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, ss. 319-361, s. 325, "*Daha baştan belirtmek gerekir ki, eğer bir denetim organı, istinaf yetkisi bulunmadığı, dolayısıyla duruşma yapmadığı/yapamadığı için sadece yollama yargılamasını gerektiren bozma mahkemesi (yargıtay) işlevini yerine getirmek zorunda olduğu halde, dosyadaki tutanaklara göre kanıtları değerlendirerek maddi olayları çözüme bağlıyorsa; o artık ne istinaftır, ne de yargıtaydır (bozma mahkemesi). Gerçekten böyle bir yargı organı, duruşma yapmadığı, yapamadığı için önce istinaf değildir; öte yandan maddi olayları incelendiği ve karar bağladığı için de artık yargıtay değildir.*". Bu konuya ilişkin farklı görüşler ve tartışmalar çalışmanın üçüncü bölümünde karşılaştırılarak ortaya konulacaktır.

²⁵ Yenisey / Nuhoğlu, s. 974.

²⁶ Tavsif kelimesinin Türk Dil Kurumu sözlüğündeki anlamı "*nitelendirme, niteliklerini söyleme*" şeklindedir. Bahsi geçen noktada tavsif kelimesi, belirlenen olayın hukuki nitelendirmesini ifadeden ibarettir.

gereken hukuk normu uygulanmamışsa veya yanlış uygulanmışsa hükmü veren mahkemenin hukuki hata yaptığından hareketle hukuka aykırı karar verdiği iddiası haklı görülecektir²⁷.

Maddi sorun somut olayın nasıl gerçekleştiğine hukuki sorun ise gerçekleşen bu olayın hukuk normları karşısında ne ifade ettiğine ilişkindir²⁸. Yani maddi mesele incelemesi olayın varlığı, yokluğu, var ise onun kim tarafından gerçekleştirildiği konularında oluşan kanıya ilişkinde²⁹ hukuki mesele incelemesi, olayın hukuki adını koyma işinin doğru yapıp yapılmadığına ilişkin bir incelemedir³⁰.

II. TEMYİZDE SEBEP (GEREKÇE) GÖSTERME YÖNTEMİ

Temyiz başvurusunda, temyiz eden, hükmün hangi sebeplerle bozulmasını istediğini göstermek zorundadır. Bu sebepler yalnızca hükmün hukuki yönüyle sınırlıdır. (CMK m.294) Bununla birlikte, temyiz sebeplerini göstermenin belirli bir usulü ve süreleri vardır.

A. Dilekçeler ve Süreler

Temyiz başvurusu, hüküm, temyiz başvurusuna hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa tebliğden, huzurlarında açıklanmışsa tefhimden itibaren 15 gündür. (CMK m.291) Bu süre, başvuru hakkı olanların, temyiz iradelerini ortaya koymaları için kendilerine tanınmış bir süredir. Bu durumda temyiz başvurusunda bulunacak olan kişinin hükmü veren mahkemeye bir dilekçe vererek veya zabıt katibine beyanda bulunarak “hükmü temyiz ediyorum” demesi yerlidir. Uygulamada bu dilekçeye “süre tutum dilekçesi” denilmektedir³¹.

²⁷ Yenisey / Nuhoğlu, s. 974.

²⁸ Taner, s. 55, “Maddi sorun olgusal dünyaya, hukuki sorun normatif dünyaya aittir. Maddi sorunun çözümünde hâkimin kullandığı ölçüt vicdani kanaattir. Buna karşın, hukuki sorunun çözümünde herhangi bir ölçü veya ölçüt değil, mesleki bilgi devreye girer.”

²⁹ Selçuk, s. 333.

³⁰ Selçuk, s. 333. Yazar eserinde “hukuki tanı (teşhis, adlandırma) yargı(lama)sı” başlığı altında hukuki meseleye ilişkin şu ifadelerle yer vermiştir: “Olay(lar) kanıtlanmışsa, yargıç kapalı odasına, birden çoksa yargıçlar görüşme salonuna çekilecek, bu olayın yazılı hukukta nasıl değerlendirildiğine ve adlandırıldığına bakacak(lar)tır. Kanıtlanan olay, hırsızlıktır, dolandırıcılıktır, sahteciliktir, haksız eylemdir, boşanma nedenidir vb. diye bir tanı konulacaktır. Olayın hukuki adını (nomen juris) koymak için, artık tarafların hazır bulunmasına gerek yoktur. Açık, doğrudan, yoğun, yüz yüze, sözlü duruşma da gereksizdir. Yargıç(lar), yasalarla baş başadır; bu kez diyalektiği, olay ve hukuk arasında kuracak(lar)tır. Duruşmayı yapan ya da yapmayan her yargıç buna yetkilidir. Ancak, bu hukuki tanıyı koyabilmek için, artık hukukçu, uzman olmak zorunludur.”

³¹ Taner, s. 64, “Uygulamacılar bu dilekçeye “süre tutum dilekçesi” adını vermektedirler. Son derece yaygın olan bu yanlış tabir, verilen dilekçeyle temyiz süresinin durduğu gibi bir yanılgıyı da beslemektedir. Oysa bu dilekçe verilmekle temyiz gerçekleşmekte ve artık süre sorunu ortadan kalkmaktadır.”

Duruşmada kısa karar kendisine tefhim edilen kişi eğer duruşma zaptı da kendisine sonradan verilecek ise, kararı duyduğu ve anladığı kadarıyla temyiz edip etmeme iradesi göstermeye zorlanmaktadır³². Nitekim kısa karar kendisine duruşmada okunduktan sonra 15 gün içerisinde bir temyiz iradesi göstermeyen kişi temyiz hakkını kaybedecektir. Bununla birlikte duruşmada bulunmadığı için karar kendisine tebliğ edilen başvurucunun tebliğden itibaren 15 günlük süreye sahip olmasının yarattığı eşitsiz durum öğretide haklı olarak eleştirilmektedir³³. Duruşmada hazır bulunarak duyduğu ile yetinmek zorunda olan temyiz başvurucusu ile duruşmaya katılmayıp karar kendisine fiziki olarak tebliğ edildikten ve bu vesileyle kararı iyice okuyup inceleme fırsatı bulunan başvuru arasında gerçekten de adil bir durum olduğu söylenemeyecektir. Kanımızca burada, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda olduğu gibi temyiz sebeplerinin gösterilmesi bakımından 1 ay gibi nispeten daha uzun bir süre getirilmesi hem dilekçe içeriğinin kalitesi hem de Yargıtay incelemesinin çerçevesinin çizilmesi sağlanarak temyiz incelemesi bakımından zamandan kazanılması için anlamlı olacaktır³⁴.

Gösterilen bu temyiz iradesine ilişkin dilekçe veya beyanda temyiz sebepleri de ileri sürülebileceği gibi daha sonra bir "ek dilekçe" verilerek temyiz nedenleri ayrıca gösterilebilir³⁵. Nitekim CMK m.295'e göre de temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse, temyiz başvurusu için belirlenen sürenin bitiminden itibaren veya gerekçeli karar daha sonra tebliğ edilmişse bu tebliğden itibaren 7 gün içerisinde hükmü temyiz edilen BAM'a bir ek dilekçe verilerek temyiz nedenleri gösterilebilir. O zaman, gerekçeli karar sonradan tebliğ edilmişse tebliğden itibaren 7 gün içinde yahut istisnai olarak ilk açıklanan karar gerekçeli verilmişse 15 günün bitiminden itibaren 7 gün içinde başvuru temyiz gerekçelerini içeren ek dilekçesini kararı veren mahkemeye sunmalıdır.

³² Erdem / Şentürk, s. 194.

³³ Taner, s. 194.

³⁴ Feridun Yenisey / Salih Oktar, 'Alman Ceza Muhakemesi Kanununun Kanun Yoluna İlişkin Hükmülerinin Türkçe Tercümesi', Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 159-160, 2017, ss. 293-313, s. 305, "StPO § 345-Sebebe gösterme süresi: (1) Temyiz talepleri ve talebin sebepleri kanun yoluna başvurma süresinin sona ermesinden itibaren en geç 1 ay içinde hükmü temyiz edilen mahkemeye verilir. Bu süre içinde hüküm henüz tebliğ edilmemiş ise, süre tebliğden itibaren işlemeye başlar. (2) Sanık, bunu sadece, müdafî veya bir avukat tarafından imzalanmış bir yazı verilmesi ile veya tutanağa geçirilmesi sureti ile yapabilir."

³⁵ Yargıtay bazı kararlarında ek dilekçe verilmese dahi, ilk dilekçeden kararın hukuka aykırı olduğu ve bozulması gerektiği yönünde bir irade çıkarılıyorsa tüm hukuka aykırılıkların incelenebileceğini ifade etmektedir, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/545 Esas Sayılı, 2019/504 Karar Sayılı, 27.06.2019 Tarihli Kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2018-545-k-2019-504-t-27-6-2019>, (erişim tarihi: 05.06.2022).

Burada, öğretide de haklı olarak eleştiri getirilen çelişkili bir duruma işaret etmek zorunludur. Yalnızca temyiz iradesi göstermek yani, “temyiz ediyorum” demek için 15 günlük bir süre verilmiş olup da gerekçeli kararın ilgiliye tebliğinden itibaren ayrıntılı temyiz sebeplerini sunmak için sadece 7 günlük bir süre verilmiş olması çelişkilidir. Ayrıca temyiz başvurusunda bulunacak kişiden, kararın gerekçesini görmeden başvurusunu istemek de adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelecektir³⁶. Nitekim Anayasa Mahkemesi de gerekçeli karar kendisine tebliğ edilmeden kararın Yargıtay tarafından onandığı olaya ilişkin verdiği bir kararda adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir³⁷.

Mahkemeler tarafından gerekçenin, kısa karar açıklandıktan sonra yazılması da bazen daha sonra yazdıkları gerekçe ile kısa karar arasında çelişki olmasına yol açmaktadır³⁸. Bu durum da temyize başvuracak olan kişinin dilekçesinde sebep gösterirken zorlanmasına ya da çelişkili sebep göstermek zorunda kalmasına neden olabilecektir. Kanımızca bu durum da adil yargılanma hakkının ihlâline neden olacaktır. Nitekim Yargıtay’a göre³⁹ de kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması bozma nedeni teşkil edecektir⁴⁰.

³⁶ Erdem / Kavlak, s. 1432.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 2012/1034 Başvuru No.lu, 20.03.2014 Tarihli Kararı, “Kararların gerekçeli olması, davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağladığı gibi, tarafların kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını mümkün hale getiren en önemli faktörlerdendir. Gerekçesi bilinmeyen bir karara karşı gidilecek kanun yolunun etkin kullanılması mümkün olmayacağı gibi bahsedilen kanun yolunda yapılacak incelemenin de etkin olması beklenemez.”, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1034>, (erişim tarihi: 20.05.2022).

³⁸ Erdem / Kavlak, s. 1432.

³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/2-339 Esas, 2012/103 Karar sayılı, 20.03.2012 Tarihli Kararı, “Gerekçeli karar, duruşma tutanağının devamı niteliğinde bulunup, onun hükümlerine tabidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 27.03.1995 gün ve 53-82, 09.05.1994 gün ve 119-145 ile 02.03.2004 gün ve 29-63 sayılı kararlarında da bu husus açıkça vurgulanmıştır. Bu konu öğretide de değerlendirilmiş, “hüküm fıkrasının tutanağa geçirilip okunmasından sonra gerekçenin hazırlandığı hallerde, hükmün duruşma tutanağından bağımsız biçimde tekrar yazılması, başlık kısmının yasaya uygun olarak düzenlenmesi ve duruşmada hazır bulunanların (hâkim, savcı, kâtip) adlarına yer verilmesi gerektiği” belirtilmiştir... Bu durum karşısında hükmün esasını oluşturan kararın, duruşmada tefhim edilerek hukuken geçerlilik kazanan kısa karar olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Duruşmada tefhim olunan kısa karar ile gerekçeli karar arasındaki çelişki, hükmün infazında karışıklığa neden olabilecek bir hukuka aykırılıktır. Gerekçeli kararın, tefhim olunan kısa karar ile çelişki doğuracak şekilde yazılması, tefhimle geçerli hale gelerek hükmün esasını oluşturan kısa kararın sıhhatinin zedelenmesine yol açabilecek ise de, çelişkili durumlarda itibar edilmesi ve infaza esas alınması gereken, tefhimle geçerli hale geldiğinde hiçbir kuşku bulunmayan kısa karar olduğundan, hükmün tabi olduğu yasa yolunun da kısa karara göre belirlenmesi gerekmektedir.”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 20.05.2022).

⁴⁰ M. Nedim Bekri, Ankara Barosu Dergisi, ‘Gerekçeli Karar Hakkı’, Sayı: 2014-3, 2014, ss. 203-228, s. 224.

B. Temyiz Nedenlerinin Sunulması

Temyize başvuranın, temyiz nedenlerini temyiz dilekçesinde ya da süresi içerisinde ek dilekçede göstermesi gerektiğine ilişkin olarak herhangi bir ayrık görüş bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de kararlarında, temyiz sebepleri bildirilmediğinde temyiz dilekçesinin reddedilmesini ve esasa ilişkin bir inceleme yapılmamasını Anayasa'ya uygun bulmuştur⁴¹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de adil yargılanmanın bir unsurunu teşkil eden mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, doğası gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bu hakkın süre v.b. nedenlerle belli ölçüde sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Önemli olan bu sınırlamaların, kişinin mahkemeye erişimini, hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve genişlikte kısıtlamaması, zayıflatmamasıdır⁴².

Burada ortaya çıkan tartışma temyiz nedenlerinin nasıl gösterileceğine ilişkindir. Öğretide, genellikle, muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenlerinin sunulması konusunda farklı bir yöntem maddi hukuka ilişkin temyiz nedenlerinin sunulmasına ilişkin farklı bir yöntem benimsendiği görülmektedir.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 2018/26121 Başvuru No.lu, 28.01.2021 Tarihli Kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26121>, "Temyiz kanun yoluna başvuru için getirilen kurallar ilgili usul kanunlarında belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlenmiştir. Temyize başvuru süresi ve ayrıntılı temyiz gerekçelerinin bildirilmesi için belirlenen ek süre açıkça belirtilmiştir. Gerekçeli kararın tebliğinden sonra başvurucuya detaylı bir dilekçe sunmasına imkân sağlandığı gözetildiğinde müdahalenin başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemeyeceği açıktır. Bu kuralların başvurunun temyiz merciinde hakkındaki mahkûmiyeti incelettirme bakımından mahkemeye erişim hakkını engellediği veya aşırı şekilde zorlaştırdığı da söylenemez. Bu noktada hakkında açılan davayı derece mahkemesinde ve sonrasında istinaf mahkemesinde takip eden başvurucudan beklenen, ilgili usul ve süre kuralları çerçevesinde temyiz başvurusunu yapmasıdır. Sonuç olarak kamu yararı ile bireysel menfaat arasındaki denge gözetildiğinde müdahalenin orantılı olmadığı söylenemez", (erişim tarihi: 19.04.2022), Anayasa Mahkemesi, 2019/19852 Başvuru No.lu, 15.9.2021 Tarihli Kararı, "Yargıtay aşamasında temyiz sebeplerinin nelerden ibaret olduğunu temyiz dilekçesinde açıkça belirtmediği, kanunun imkân tanıdığı süre içinde ek dilekçe ile de temyiz sebeplerini belirtmediği açıktır. Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkı kapsamında yaptığı değerlendirmelerde usule ilişkin uygulamanın kişinin mahkemeye erişim hakkını Anayasa'ya aykırı olarak kısıtlayıp kısıtlamadığının göz önüne alınacağını ve yargısal başvuruların birtakım usul kurallarına tabi kılınmasının tek başına mahkemeye erişim hakkını zedelemeyeceğini belirtmiştir. İlgili usul kurallarında da belirtilmesine karşın başvurunun gerekçeli temyiz nedenlerini geçen süre zarfında Yargıtaya sunmadığı görülmektedir. Yargıtayın bu koşullar altında başvurunun temyiz istemini reddetmesinin mahkemeye erişim hakkını engelleyecek veya aşırı derecede zorlaştıracak ölçüde şekilci olduğu söylenemez", (erişim tarihi: 19.04.2022).

⁴² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye, 611/12, Başvuru No.lu, 17.11.2015 Tarihli Kararı, paragraf 59, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-160820%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-160820%22]}), (erişim tarihi: 15.04.2022); Eşim/Türkiye, 59601/09 Başvuru No.lu, 17.9.2013 Tarihli Kararı, paragraf 19, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22e%22C5%229Fim%220%22C3%22BCrkiye%22\],%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],%22appno%22:\[%2259601/09%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22e%22C5%229Fim%220%22C3%22BCrkiye%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2259601/09%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (erişim tarihi: 15.04.2022); Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, 28028/95 Başvuru No.lu, 19.2.1998 Tarihli Kararı, paragraf § 34, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58137%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58137%22]}), (erişim tarihi: 15.04.2022).

Bir görüşe göre, muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenleri ortaya konulurken CMK m.301'den (*temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar*) hareketle mutlaka açıkça ve nokta biçiminde neden gösterilmesi gerekirken, maddi hukuka ilişkin olarak genel ifadelerle yer verilmesi yeterlidir. Bu görüşe göre, örneğin; “Bu kararı adil bulmuyorum”, “Kararı hukuka aykırı buluyorum”, “Verilen cezayı uygun bulmuyorum, daha az ceza almalıydım, verilen cezayı hukuka aykırı buluyorum” gibi ifadelerin temyiz incelemesinde maddi hukuka ilişkin bir araştırma yapılması için yeterlidir⁴³. Yargıtay her ne kadar “hükmü temyiz ediyorum”, “kararı kabul etmiyorum” gibi genel geçer ifadelerle yazılmış temyiz dilekçelerine dayalı bir temyiz incelemesi yapamayacak ise de maddi hukuka ilişkin olduğu anlaşılan genel bir itiraz ile ortaya konulan temyiz iradesi maddi hukuka ilişkin her türlü incelemenin yapılması bakımından yeterli olacaktır⁴⁴. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁴⁵. Bu görüşün dayanağı olarak çoğunlukla Alman Hukuku gösterilmiş olsa da -nitekim Alman hukukunda maddi hukuka ilişkin nedenler bakımından ayrıntılı gerekçe sunulması tavsiye edilmesine rağmen böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır⁴⁶- bizim kanunumuzun böyle bir yoruma açık olmadığına altını çizmekte fayda görmekteyiz.

⁴³ Erdem / Şentürk, s. 212, Erdem / Kavlak, s. 1456, Keskin Kızıroğlu, 183, Kazım Furkan Ağuş / Oğuz Bandır, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar', Sayı: 162, 2022, ss. 105-155, s. 133, 134.

⁴⁴ Ekrem Çetintürk, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiili) Sorunun İncelenmesi', Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, ss. 466-489, 2019, s. 473.

⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/545 Esas Sayılı, 2019/504 Karar Sayılı, 27.06.2019 Tarihli Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, “Bu kapsamda, muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz nedeni olarak açıkça ileri sürülmesi gerekmektedir. Muhakeme hukukuna aykırılık iddiasına dayanan temyiz taleplerinde Yargıtay hem muhakeme normunun doğru uygulanıp uygulanmadığını hem de ilk derece veya bölge adliye mahkemelerince muhakeme normunun uygulandığı olayın doğru tespit edilip edilmediğini denetleyecektir.... Temyiz nedeninin, maddi hukuk kurallarına aykırılık iddiasına dayanması hâlinde ise maddi hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle hükmün temyiz edilmesi yeterli olup cezaî yaptırımların kişiler üzerindeki telafisi mümkün olmayan ağır sonuçları da gözetenilerek somut olayda adaleti gerçekleştirme ve doğru bir hüküm oluşturma ile yükümlü olan Yargıtayca dosyaya yansıyan tüm maddi hukuk kurallarına aykırılıklar tespit edilip temyiz edenin sıfatı da dikkate alınmak suretiyle bozma nedeni yapılması gerekecektir.”, (erişim tarihi: 20.03.2023).

⁴⁶ Feridun Yenisey, 'İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarının Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukuku Sistemlerindeki Karşılaştırması', Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları-Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildirileri Kitabı, 2018, s. 129, Nitekim Alman Ceza Muhakemesi'nde, “... maddi ceza hukukuna aykırılık iddia ediyorum dersiniz hiçbir gerekçe ileri sürmenize gerek yoktur. Davanız Alman Yargıtay'ında görülüyor. Ama muhakeme hukukuna aykırılık iddiasında bulunuyorsanız yani ilk derece muhakemesinde bir usul hatası yapıldığını iddia ediyorsanız, o zaman çok ayrıntılı gerekçeli, ilk derece mahkemesinin yaptığı hukuka aykırılıkları, hataları nokta nokta ortaya koyan, istinaf mahkemesinin yaptığı hukuka aykırılıkları ortaya koyan bir gerekçe yazmanız gerekiyor.” Behiye Eker Kazancı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 113.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, dayanılacak temyiz nedeni ister maddi hukuka ilişkin olsun ister muhakeme hukukuna ilişkin olsun, nokta biçiminde ve açıkça gösterilmesi zorunludur⁴⁷. Bu görüşe göre, kanunun düzenlenmesinden aksi sonucu çıkarmak mümkün görünmemektedir. Zira kanunda temyiz sebeplerinin gösterilmesinin zorunluluğu bakımından maddi hukuka ilişkin veya muhakeme hukukuna ilişkin olmalarına dair herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. CMK tüm temyiz nedenlerinin gösterilmesi bakımından tek bir görüş benimsemiştir. İlk görüşe dayanak olarak gösterilen 301. maddeden anlaşılması gereken ise kanımızca, Yargıtay tarafından her durumda yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususların incelenebilecek olduğu ancak, temyiz istemi usule ilişkin (muhakeme hukukuna ilişkin) eksikliklerden kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olayların “da” ilave olarak incelenebileceği şeklindedir. Daha açıkça ifade etmek gerekirse, bu madde, maddi hukuka ilişkin başvurularda açıkça bir temyiz nedeni göstermek zorunluluğu olmadığını ifade etmemektedir⁴⁸.

Bu görüşe uygulamada getirilen haklı eleştirilerden biri olarak, sıradan vatandaşın temyiz dilekçesine maddi hukuka ilişkin hataları açıkça yazmasının her zaman pek mümkün olmadığı, dolayısıyla ancak uğradığı haksızlığı genel bir ifade ile dile getirebileceğidir. Bu görüşe katılmak mümkündür. Ancak kanımızca benzer hatta daha kuvvetli bir durum muhakeme hukukuna ilişkin hususların gösterilmesi bakımından da geçerlidir. Hukuk bilgisi olmayan sıradan vatandaşın usule ilişkin yükümlülükleri bilebilmesini beklemek de pek mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda olduğu gibi⁴⁹, hukukumuzda da temyiz nedenlerinin sunulması

⁴⁷ Behiye Eker Kazancı, s. 123, Yenisey, Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları-Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildirileri Kitabı, s. 129, “*Türk hukuku maddi ceza hukukuna aykırılık ile muhakeme hukukuna aykırılığı ayırmadan her ikisini birden aynı pota içerisinde, gerekçe gösterme mecburiyetine bağlamıştır. Burada Alman hukuku ile Türk hukuku arasında çok büyük bir fark var. Bizim kanunumuza göre siz, ilk başta nokta ve gerekçe gösterirseniz eğer dilekçeniz o zaman kabul ediliyor. Sizin başvurunuzu okuyan Yargıtay hakiminin bütün hukuka aykırılıkları o dilekçeden görebilmesi gerekiyor. O halde bir temyiz başvurusu dilekçe gerekçesinin bütün hukuka aykırılıkları nokta nokta söyleyip açıklayan bir belge olması gerekiyor.*”, Yenisey / Nuhoğlu, s. 977, “*Yeni temyiz sisteminde temyiz başvurusunda bulunan şühenin nokta ve gerekçe göstermek mecburiyeti kabul edilmiş, bu yapılmadığı takdirde dosyanın kapağı açılmadan reddedilmesi, temyizde yapılan inceleme sırasında da sadece ileri sürülen noktaların incelenmesi şeklinde çok katı bir düzenleme yapılmıştır... Sözünü ettiğimiz bu kararda maddi ceza hukukuna aykırılık ve muhakeme hukukuna aykırılık ayrımını yapan genel kurul “hüküm adil değil”, “verilen ceza ağır” gibi genel ifadelerle yapılan maddi ceza hukukuna aykırılık iddialarını nokta ve gerekçe göstermek bakımından yeterli kabul etmiştir. Bizce halen yürürlükte olan Kanun, Alman hukukuna dayanan bu yoruma elverişli olmadığı için kanun koyucunun yasayı değiştirerek CMUK sistemine dönmesi sonucu doğabilir, ancak biz bu sonucu arzu etmiyoruz bu çözümü benimsemiyoruz.*”

⁴⁸ Eker Kazancı, s. 123.

⁴⁹ Yenisey / Oktar, s. 305, “*StPO § 345-Sebeup gösterme süresi: ... (2) Sanık, bunu sadece, müdafii veya bir avukat tarafından imzalanmış bir yazı verilmesi ile veya tutanağa geçirilmesi sureti ile yapabilir.*”

bakımından dilekçelere avukat veya müdafî imzası zorunluluğunun getirilmesi, hem temyiz dilekçelerinin kanuna uygun olarak hazırlanarak temyiz nedenlerinin bu şekilde sunulmasına hem de Yargıtay incelemesinin daha verimli bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet etmiş olacaktır. Nitekim Alman hukukundaki bu düzenlemenin gerekçesi olarak da temyiz başvurusunun ciddi bir hukuki işlem olması, sanığın temyize uygun bir gerekçeye sahip olmasının önemi, ayrıca sanık tarafından sunulacak saçma, anlamsız, gereksiz başvurularla temyiz merciin boşu boşuna meşgul edilmesinin önlenmesi gibi sebepler gösterilmektedir⁵⁰.

Tartışılması gereken bir diğer husus ek dilekçe hiç verilmemişse yahut verilen ek dilekçeden de temyiz nedenleri çıkarılamıyorsa⁵¹, Yargıtay'ın inceleme yapıp yapmayacağına ilişkindir. Bir görüşe göre, bu durumda Yargıtay, kararda CMK m.289'daki kesin hukuka aykırılık halleri varsa bu halleri inceleyebilecek ve bozma konusu yapabilecektir⁵². Bu yönde Yargıtay kararları da bulunmaktadır⁵³. Bir diğer görüşe göre ise, temyiz başvurusunda (temyiz dilekçesinde) veya ek dilekçede geçerli sayılabilecek en azından bir temyiz gerekçesi sunulmamışsa, Yargıtay bu temyiz başvurusunu hiçbir şekilde inceleyemeyeceğinden, bir diğer ifade ile dosyanın içine giremeyeceğinden, kararda CMK m.289'daki türden bir hukuka aykırılık olup olmadığını da tespit edemeyecektir⁵⁴. Bu nedenle kesin hukuka aykırılık hallerinin bozma konusu yapılabilmesi için temyize başvuran kişinin en azından geçerli bir temyiz sebebi sunmuş olması gerekir⁵⁵. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da

⁵⁰ Eker Kazancı, s. 117, 118.

⁵¹ Temyiz nedenleri açıkça gösterilmemiş, ortaya konulamamış veya anlatılamamış olabileceği gibi temyiz dilekçesinin tekrarı biçiminde bir ek dilekçe de sunulmuş olabilir.

⁵² Erdem / Kavlak, s. 1434.

⁵³ Fidan Balcı / Seyithan Öztürk, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 404, 405, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2017/18240 Esas Sayılı, 2017/28507 Karar Sayılı, 20.12.2017 Tarihli Kararı, "Sanık temyiz dilekçesinde herhangi bir sebep göstermemiş ise de 5271 sayılı CMK'nın 289/1. maddesinde temyiz dilekçesi ve beyanında gösterilmiş olmasa da maddede yazılı hallerde hukuka kesin aykırılık var sayılacağı belirtilmesi ve anılan maddenin (g) fıkrasında hükmün 230. madde gereğince gerekçeyi içermemesinin hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlenmesi karşısında temyiz isteğinin kabul edilmesi gerektiği belirlenerek..."

⁵⁴ Balcı / Öztürk, s. 406.

⁵⁵ Yenisey, Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları-Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildirileri Kitabı, s. 129, "Diyelim ki, dosyada hukuka kesin bir aykırılık var, mutlak bozma sebebi var, fakat başvuran bunu söylememiş. O zaman başvuru dilekçesinde bu nokta belirtilmediği için kabule şayan olmayan bu temyiz dilekçesini Yargıtay'ın baştan reddetmesi gerekiyor. Yani siz her gelen dosyayı derinlemesine araştırıp acaba bunda hukuka kesin aykırılık var mı diye bakamazsınız. Bunu da yapmayın, buna gerek yok. Sadece taraflar bunu söyledi ise o zaman inceleyeceksiniz. Fakat diyelim ki gerekçe gösterdi, nokta söyledi, her şeyi söyledi, ama hukuka kesin aykırılık noktasını söylemeyi unuttu. Başka başka hukuka aykırılıklar olduğunu söyledi, ama mahkemenin savunma hakkını kısıtladığını, hukuka aykırı

yeni tarihli kararındaki⁵⁶ görüşü de bu yöndedir. Bu kararda, temyiz nedeni içermeyen temyiz taleplerinin CMK gereği incelenemeyeceğini göz önünde bulundurarak Yargıtay, temyiz nedenlerinin verileceği 7 günlük ek dilekçe süresinin de gerekçeli kararda taraflara tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu karardan da görüleceği üzere temyiz nedenlerinin temyiz başvurusunda açıkça gösterilmesi büyük önem sarf etmektedir⁵⁷.

Burada temyiz başvurusunda bulunan kişi olarak cumhuriyet savcısının da sebep göstermek zorunda olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ayrıca CMK m.295/1 c.2'ye göre "Cumhuriyet savcısı temyiz dilekçesinde, temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunu açıkça belirtir". Öğretide, bu hükmün, savcı bakımından da gerekçe sunma zorunluluğunun olduğu yeni sistemde gereksiz hâle geldiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Nitekim cumhuriyet savcısının sunduğu gerekçelerden lehe veya aleyhe olduğu anlaşılabilirliği gibi ileri sürülen nedenlerden bazıları lehe bazıları aleyhe de olabilir⁵⁸.

Eski kanun döneminde dahi, temyiz başvurusunda sebep gösterme zorunlu olmamasına rağmen, gösterilecek sebeplere büyük önem verilmekteydi⁵⁹. Bugünkü sistemde sebep göstermemenin sonucunun temyiz başvurusunun reddi olduğu göz önüne alındığında temyize başvuranın dikkatinin ne denli önemli olduğu açıktır⁶⁰. Öğretide, temyiz dilekçesinde sebep göstermeyen

delil kullandığını, 289'ncu maddedeki noktalardan birini söylemeyi unuttu. Bu takdirde, Yargıtay o kişinin gösterdiği noktalardan bozarken 289. maddeyi görürse, ki görecektir, o zaman kanun 289. maddenin istisna olduğunu söylüyor. Ben bunu böyle anlıyorum ve bu konuda mutlaka üzerinde çalışılması gerektiğini düşünüyorum.", Taner, s. 60, "Ancak mutlak temyiz sebepleri söz konusu olduğunda, bunlar temyiz dilekçesinde gösterilen nedenler arasında olmasalar dahi (en az bir neden gösterilmek kaydıyla), bozma nedeni yapılabilecektir.", Eker Kazancı, s. 124, 125.

⁵⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/9-554 Esas Sayılı, 2021/117 Karar Sayılı, 17.03.2021 Tarihli Kararı, www.kazanci.com, (erişim tarihi: 6.12.2022).

⁵⁷ Eker Kazancı, s. 116, 117.

⁵⁸ Erdem / Kavlak, s. 1435, Taner, s. 67, "1412 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 5271 sayılı Kanun'da da savcılık makamına başvurusunun lehe mi yoksa aleyhe mi olduğunu belirtme yükümlülüğü yüklenmiştir (CMUK m.314, CMK m.295). Mülga Kanun döneminde bu belirleme, neden gösterilmeyen bir dilekçede, cezanın ağırlaştırılması yasağının devreye girip girmeyeceğini anlamak bakımından büyük önem taşıyordu. Bu belirlemenin yapılması mülga Kanunda yalnızca temyiz nedeni gösterilmemesi halinde zorunlu olmasına karşın, şimdi herhalde zorunludur. Bu, tüm sùjeler için neden göstermenin zorunlu olmasının dolaylı bir sonucudur. Ancak gösterilmesi zorunlu olan neden, temyizcinin lehe mi yoksa aleyhe mi olduğunu büyük ölçüde ortaya koyacağından, bu belirleme işlevsel olarak eskisi kadar önemli olmayabilir."

⁵⁹ Taner, s. 67, Nitekim, "eski sistem bakımından dahi KUNTER «gerekçe göstermeyen müdafî veya katılan vekili görevini yapmış sayılmaz, hele bu iş için devletten para alan Cumhuriyet savcısının sebep göstermeyebilmesini havsala almaz.» ifadelerini kullanmıştır".

⁶⁰ Yarcın Mutlu, Ceza Yargılamasında "Temyiz", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 121, <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/2127/Mutlu%2c%20Yarcin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, "İki sistem arasında temyiz gerekçelerinin sunulması açısından açıkça görülen farkın sebebi de en az

avukatın hukuki ve hatta cezai sorumluluğuna dahi gidilebileceği ifade edilmektedir⁶¹.

III. SEBEP GÖSTERME ZORUNLULUĞUNA BAĞLI OLARAK YARGITAY'IN SEBEPLERLE BAĞLI TEMYİZ İNCELEMESİ

Temyizde sebep gösterme zorunluluğunun Yargıtay incelemesi bakımından yansması sebeple bağlıdır. Zira temyize başvuranın hükmün hangi noktalardan hukuka aykırı olduğunu ve incelenmesi gerektiğini göstermesi zorunluluğu ile Yargıtay'ın temyiz incelemesinde başvuruda gösterilen hususlar ile sınırlı olmasına ilişkin hükümlerin tamamı sınırlı temyiz incelemesi amacına hizmet etmektedir⁶². Buna göre Yargıtay temyiz incelemesini CMK m.301'e göre, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylarla kısıtlı olarak yapacaktır. Yargıtay, temyiz başvurusunda gösterilmeyen bir husus olarak yalnızca CMK m.289'daki kesin hukuka aykırılık hallerine ilişkin bir incelemede bulunabilir. Bu istisnanın haricinde, Yargıtay'ın kendiliğinden görebildiği hukuka aykırılıklar bozma nedeni yapılamayacaktır.

Yargıtay incelemesini gösterilen sebeplerle sınırlı olarak hukuki bir denetim şeklinde gerçekleştirecektir. Nitekim CMK m.288/1'e göre, "Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır" ve CMK m.294/2'ye göre "Temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir".

A. Yargıtay Tarafından Maddi Meselenin İncelenip İncelenemeyeceği

Ceza Muhakemesi Kanunu, Yargıtay'ın temyiz incelemesini yalnızca hükmün hukuki yönüyle sınırlı tuttuğundan kanunilik ilkesi bakımından kural

bu fark kadar açıktır. CMUK sistemi, gerekçenin temyize başvuran tarafından sunulup sunulmadığını CMK sistemi kadar önemsememiştir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, CMUK lafzi olarak temyiz kanun yolunu bir hukuki derece kanun yolu olarak görse de uygulamadaki istinaf aşaması eksikliğinden dolayı temyiz merci adeta bir istinaf merci gibi çalışmaktaydı. Öyleyse her ne olursa olsun CMUK sisteminde temyiz merci, temyiz edilen hükmü maddi yönden de inceleyecektir. Yani hükmün verilmiş usulünün yanında hükmün doğru verilip verilmediği hakkında da yorum yapacak ve yaptırım uygulayacaktır. Bu şartlar altında temyize gidenin gerekçesi önemini yitirmektedir. Ancak CMK sisteminde hüküm, temyiz aşamasına gelmeden önce maddi yönden ilk derece mahkemesinden sonra bir kez daha istinaf mahkemesince de incelenmiş bulunacaktır. Artık temyiz merci, incelemede bulunmak için sadece hukuki yöne dayalı somut hukuka aykırılıklar görmek istemektedir. Temyiz muhakemesine bu açıdan bakılınca da başvuranın hangi gerekçeyle temyiz talep ettiği de önem kazanmaktadır.", (erişim tarihi: 5.04.2023).

⁶¹ Taner, s. 67, "Bugünkü sistemde ise gerekçe göstermemek demek, temyiz talebinin reddine ve hak kaybına yol açmak demektir. Bu durumda avukatın hem hukuki, hem de cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir."

⁶² Eker Kazancı, s. 123.

Yargıtay'ın maddi meseleye giremeyeceği şeklindedir. Yani Yargıtay temyiz incelemesini yaparken uyuşmazlığın fiili boyutunu inceleyemeyecektir. Nitekim, olay mahkemesinin duruşmada ortaya koyduğu ve tartıştığı delillere dayanarak vardığı vicdani kanaate, olayın ne biçimde gerçekleştiğine ilişkin tespitine müdahale edemeyecektir. Yargıtay, temyiz incelemesine gelmiş bir olaya ilişkin olarak sübut değerlendirmesi yapamayacaktır. Burada Yargıtay'ın yapması gereken hukuki inceleme, tavsif de denilen, olay mahkemesi tarafından belirlenen maddi meselenin hukuk normları karşısındaki durumudur. Eğer maddi olayın hukuki değerlendirilmesinde bir hata var ise, yani hukuki bir hata söz konusu ise bu temyiz incelemesinin kapsamına girecektir⁶³. Kanun'dan açıkça çıkarılabilen kuralın kabulüne rağmen öğretide bazı tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmaların nedeni, Yargıtay'ın denetiminin hukukilikle sınırlı tutulmasının uygulamada bazı sorunlara yol açmasıdır.

B. Uygulamadaki Sorunlardan Hareketle Temyiz İncelemesinin Kapsamının Hukuki Mesele ile Sınırlı Olamayacağı Görüşü

İstinaf kanun yolu yürürlüğe girdikten sonra, Yargıtay'ın temyiz incelemesini yaparken hukukilik denetimi, yani sübuta eren olayın hukuk normları karşısındaki durumuna ilişkin tespitlerin denetimi bakımından yetkili olduğu konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte öğretide ve uygulamada, Yargıtay'ın olay mahkemesinin maddi olaya ilişkin tüm tespitleri ile bağlı olup olmadığı hususunda tartışmalar mevcuttur. İlerleyen paragraflarda açıklanacağı üzere, bazı görüşlere göre, uygulamadaki gerçekler dikkate alındığında, Yargıtay'ın yalnızca hukuki denetimle sınırlı bir inceleme yapmasının mümkün olmadığı, maddi olayın maddi sorununu da denetlemesi gerektiği, hatta bazen buna mecbur olduğudur.

Bu görüşe göre maddi meselenin hukuki meseleden kesin ve katı çizgilerle ayrılması çoğu kez mümkün değildir. Hâl böyleyken, Yargıtay'ın yalnızca hukuki meseleyi incelemesi ve maddi meseleye, olayın oluşuna hiçbir şekilde dokunamaması hayatın gerçekleri ile örtüşmemektedir⁶⁴. Bu görüşe göre, olay mahkemesi olarak ilk derece mahkemesi ya da BAM'ın kararında "*bilimin*

⁶³ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 974, Taner, s. 56.

⁶⁴ Naim Karakaya, (Editörler: Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu), Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi (2018-2019), 'Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2018/13-297 Esas, 2019/461 Karar Sayılı, 28.05.2019 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirme (Akademik Rapor)', Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 435, "*Genel Kurul'a göre ... temyiz incelemesinde incelenecek hukuki mesele, hakkaniyet gereği, maddi meselenin değerlendirilmesini zorunlu hâle getiriyorsa temyiz mahkemesi maddi meseleyi değerlendirebilir. ... istinaf kanun yolunun getirilmiş olmasının temyiz mahkemesinin önceden olduğu gibi somut temyiz denetiminin elverdiği ölçüde maddi soruna girmesine engel olmayacağını belirtmiştir. ... Genel Kurul, maddi sorun ile maddi hukuk normlarının ayrılmaz niteliği gereği hukuki yönden denetimin maddi sorundan ayrılmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır.*"

yerleşmiş ilkelerine, genel yaşam deneyimlerine, mantık kurallarına aykırılıklar varsa, ulaşılan sonuç ve gerekçe arasında birbiriyle açıkça çelişen tespitler bulunuyorsa, maddi olay açık, kesin ve tam olarak belirlenememiş ise ve bu nedenle kararın hukuksal yönden denetimine imkân yoksa, Yargıtay maddi olay denetimi de yapabilir, hatta yapmalıdır⁶⁵. Olay mahkemesinin belirlemesi belirsiz, eksik, çelişkili ise yahut mantık veya deneyim kuralları ile çatışıyor, olay mahkemesinin tespitleri ile bağlılık ortadan kalkmalıdır. Bu durumda mahkemenin, elindeki maddi olguları hukuk kurallarına uygun değerlendirip değerlendirmedeği ve hükme esas alırken hukuk kurallarına bağlı kalıp kalmadığı değerlendirilebilecektir⁶⁶. Yargıtay'ın da uygulamasında hâlâ sübut denetimi yaptığı görülmekle beraber, bazı Ceza Genel Kurulu üyelerinin bu uygulamayı yerinde bulmadıkları karşı oylarına yansımaktadır⁶⁷. Bununla birlikte Yargıtay kararına yansımış başka bir durumda ise Yargıtay'ın maddi olay incelemesi yapabilmesi için söz konusu kararın istinaf denetiminden geçmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸.

⁶⁵ Erdem / Kavlak, s. 1460, 1461.

⁶⁶ Eker Kazancı, s. 173.

⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/545 Esas Sayılı, 2019/504 Karar Sayılı, 27.06.2019 Tarihli Kararı, Üç Ceza Genel Kurulu Üyesinin katıldığı karşı oy gerekçesinin ilgili kısmını önemli bulduğumuz için ekliyoruz, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, "Yargıtay hukuk sorunu ile olay sorununu ayırmalı, duruşma yapamadığı için de yerel mahkemenin yerine geçerek olay sorununu tüm yönleri ile incelememeli, eylemin varlığı yokluğu, kanıtların yeterliliği, delillerin yanlışlığı veya yansızlığı gibi konulara bakmamalı, varlığı kabul edilen olayı doğru nitelermeye odaklanmalı, yerel mahkemenin hukuksal değerlendirmesinin yerinde olup olmadığını incelemelidir. ... Failin iç ve psikolojik dünyasını ilgilendiren suç kastının var olup olmadığını, var ise hangi suç kastını taşıdığını ve kast türlerinden hangisi olduğunu belirlemek bir olay sorunu, yani maddi sorundur. Zira, bir olayda sanığın iç dünyasını ilgilendiren kastının belirlenmesi ortaya koyduğu söz ve davranışlara bakılarak belirlenmektedir. Sanığın söz ve davranışlarının belirlenmesi ise tipik maddi olayın belirlenmesi işi olup tamamen ilk derece ve istinaf mahkemesinin görev alanına girmektedir. Somut olayda da sanığın bilinçli taksirle mi, yoksa olası kastla mı hareket ettiğinin belirlenmesi için, olay sırasındaki hızının, alkollü olup olmadığının ve düzeyinin, kırmızı ışık ihlali yapıp yapmadığının, tanık beyanlarının, bilirkişi raporlarının, tarafların ilişkilerinin ve sair yönlerinin saptanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunların tespit ve değerlendirilmesi ise tamamen maddi sorundur, diğer bir ifadeyle geçmişte yaşanan bir olayın nasıl meydana geldiğinin ortaya çıkartılması faaliyetidir. Bunu yapma görev ve yetkisi ise yukarıda ayrıntıları gösterilen nedenlerle sözlülük, yüz yüzelik ve doğrudan doğruyalık ilkelerine uygun şekilde ilk derece ve istinaf mahkemelerine aittir. Tarafların temyiz dilekçelerinde bozma nedeni olarak gösterilmiş olsa dahi Yargıtay'ın sanığın kastını belirleme yetkisi bulunmamaktadır, esasen bunu ilk derece mahkemesinden daha doğru belirlemesi olanağı da yoktur. Sonuç olarak, sanığın olası kastla hareket ettiğine ilişkin tarafların gösterdiği bir temyiz nedeni bulunmadığı gibi, maddi sorun niteliğinde olan kastın belirlenmesi faaliyetinin ilk derece ve istinaf mahkemesinin görevi kapsamında bulunması nedeniyle, sebeple sınırlı olarak hükmü sadece hukuki yönden denetlemeye yetkili Özel Dairenin bozma kararının yetki aşarak verildiği ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu nazara alınarak itirazın değişik gerekçeyle kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğundan sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir.", (erişim tarihi: 20.03.2023).

⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/16-956 Esas, 2017/370 Karar No.lu, 26.09.2017 Tarihli Kararı, Erdem / Kavlak, s. 1459, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, "Şayet karar tersinden okunursa, bundan, BAM denetiminden geçen bir kararı artık Yargıtay'ın maddi olay tespiti yönünden in-

Bu görüşü destekleyen argümanlardan biri de yasal düzenlemelerin de bazı yönleriyle Yargıtay'ın maddi olay denetimi yapmasını gerektirdiği şeklindedir. Bu argümana göre, temyiz nedeni olarak maddi sorunların temyiz başvurusunda gösterilemeyeceğine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmadığından temyize başvuran kişi hem maddi olayın maddi hukuk yönüne ilişkin hem de hukuki yönüne ilişkin temyiz nedenleri ileri sürebilecektir. Bu durumda Yargıtay'ın, eğer maddi olayın sübutu daha önce olay mahkemesi tarafından hatalı veya eksik olarak belirlenmişse yerinde bir hukukilik denetimi de yapamayacağı düşünüldüğünde, Yargıtay tarafından, maddi olaya ilişkin denetime de girilmesi zorunludur⁶⁹. Burada sırf Kanun temyiz başvurusunda maddi olaya ilişkin temyiz gerekçesi sunmayı açıkça yasaklamadı diye aynı Kanun'un açıkça Yargıtay'ın yalnızca hukukilik denetimi yapmasına izin veren hükmünü göz ardı etmeyi yerinde görmediğimizi belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Sonuç olarak bu görüşe göre, istinaf kanun yolunun getirilmiş olmasının temyiz mahkemesi olan Yargıtay'ın olayın elverdiği ölçüde maddi soruna girmesine de engel olmayacağı, hatta temyiz kanun yolunda içtihat birliğinin sağlanmasının somut dava üzerinden yapılacak incelemeler ile gerçekleşebileceği de dikkate alındığında Yargıtay'ın maddi olay denetimi yapmaya devam etmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁷⁰.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, temyiz sebebi olarak sunulan hukuka aykırılıklar ister muhakeme hukukuna ister maddi hukuka ilişkin olsun⁷¹ nokta biçiminde ortaya konulmalı ve Yargıtay tarafından da ancak nokta biçiminde ortaya konulmuş hukuka aykırılıklar inceleme konusu yapılmalıdır. Yargıtay, içtihat mahkemesi olarak yapacağı incelemede, olay mahkemesi tarafından değerlendirilen olayın, yüz yüzelik, doğrudan doğruyalık ve çelişmelilik ilkeleri gereği sübuta erdiği varsayımından hareket ederek sübuta erdiğini kabul edecek ve olay mahkemesinin vicdani kanaatine dokunamayacaktır. Bu nedenle delillerin olay mahkemesince yanlış değerlendirildiği veya olayın oluş şeklinin yanlış tespit edildiği gibi gerekçeler tem-

celeyemeyeceği sonucu çıkarılabilir. Bunun sonucu olarak da, artık istinaf incelemesinden geçerek Yargıtay'ın önüne gelen mahkeme kararları bakımından Yargıtay önceki uygulamasını terk edecek ve münhasıran hukuksal denetimle sınırlı bir inceleme yapacaktır.", (erişim tarihi: 20.03.2023).

⁶⁹ Çetintürk, s. 475, detaylı açıklamalar için bakınız aynı eser s. 473 vd.

⁷⁰ Keskin Kızıroğlu, 185.

⁷¹ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 983, "Maddi ceza hukukuna aykırılıklar hükmü daima etkilidir. Suç tipinin belirlenmesindeki hata, fiilin suç olarak cezalandırılmasına veya beraat kararı verilmesine neden olur. Ancak bu maddi ceza hukukuna aykırılığın temyiz yoluna başvurulurken nokta biçiminde konmuş olması şarttır."

yiz sebebi olarak ileri sürülemez ve temyiz incelemesinde de denetlenemez⁷². İstinaf mahkemesinin ikinci derece olay mahkemesi olarak görev yaptığı bir sistemde artık Yargıtay'ın yapması gereken denetim tavsif ile sınırlı olmalı ve CMK m.294/2 ile açıkça düzenlendiği üzere temyiz mahkemesinin inceleme alanı hukuki mesele ile kısıtlı hâle getirilmelidir⁷³.

“Özetle, yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargı-cıdır. Matematik ve mantıksal kesinlikte bir sonuçtur, bu. O nedenle de den-miştir ki; Yargıtay, yasanın yorumunu her zaman denetler. Yargıtay, olayların kanıtlanması yargısını asla kuramaz”⁷⁴.

SONUÇ

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nun kanun yolu pratiğine istinaf kanun yolunun da eklenmesiyle birlikte artık Yargıtay'ın temyiz incelemesinin sınırlarının ve kurallarının açıkça ortaya konulması gerekmiştir. Öğretideki farklı görüşlerin yanı sıra Yargıtay uygulamasında da tam bir yeknesaklık olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Bugün temyiz başvurularında muhakeme hukukuna ilişkin gerekçelerin gösterilmesinde nokta atışı bir gösterim biçimi genel kabul gören görüş olsa da maddi hukuka ilişkin gerekçelerin nasıl gösterileceğine ilişkin olarak hem öğretide hem uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Benzer şekilde, sebep gösterme zorunluluğunun idrakında olduğu gibi Yargıtay'ın sebeple bağlı incelemesinin sınırlarında da maddi olay denetiminin yapılıp yapılamayacağı bakımından birbirinden farklı görüş ve uygulamalar bulunmaktadır.

Çalışmanın önceki kısımlarında farklı görüşlere yer vererek açıklamaya çalıştığımız üzere biz kanunilik ilkesinin ışığında görüş oluşturma çabasını taşımaktayız. Bu nedenle uygulamadaki sorunları anlamakla beraber bu sorunlara kanunun açık lafzına hilafen çözüm üretmenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Açıklanan nedenlerle temyize başvuran bakımından hem maddi hukuka ilişkin temyiz gerekçelerinin hem de muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenlerinin nokta biçiminde, açıkça gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde tem-

⁷² Taner, s. 56.

⁷³ Karakaya, “Gerçekten de maddi ceza hukukuna dair bir hukuki mesele teşkil eden tavsif, temyiz mahkemesince değerlendirilmelidir. ... İstinaf mahkemesi doğrudan doğruluk, yüz yüzelik, çeliş-melilik ilkeleri doğrultusunda inceleme yapma imkânı olan, ikinci derece olay mahkemesidir. Bu imkanlara sahip olmayan temyiz mahkemesi ise içtihat birliğini sağlamak adına hukuka aykırılık denetimi yapmakla görevlendirilmiştir. Temyiz mahkemesince maddi meselenin takdirine çeşitli gerekçelerle dahil olunması, istinaf mahkemesinin “ikinci derece olay mahkemesi” olma özelliğini anlamsız hale getirmektedir. Genel Kurul'un kararını bu yönüyle yerinde bulmamaktayız.”

⁷⁴ Selçuk, s. 335.

yiz dilekçesinin ilgili mahkemece reddedilmesi gerektiği görüşünü benimsiyoruz. Bununla birlikte Yargıtay'ın da yeni sistemde, istinaf mahkemeleri gibi görev yapmasının artık gerekli olmadığını ve bu nedenle olay mahkemelelerinin yerine geçerek bir maddi olay denetimi yapmasının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Uygulamada her ne kadar, Yargıtay'ın maddi olayın tespiti bakımından açıkça görülen hatalı tespitleri görmezden gelmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı görüşü kabul edilmiş olsa da biz bu görüşe iştirak edememekteyiz. Zira elbette ilk derece ve istinaf mahkemeleri yanlış bir olay belirlemesi yapmış olabilir ancak Yargıtay'ın da her zaman maddi olaya ilişkin doğru bir belirleme yapabileceğini teminat edebilmek mümkün değildir. Bu durumda inceleme konusu olayın sonsuza dek irdelenmesi ve incelenmesi de mümkün olmadığından, temyiz incelemesinin hukukilik denetimi ile sınırlı tutulması bu bakımdan da yerinde olacaktır. Nihayet, her zaman ve her aşamada yanlış bir tespit yapılabilmesi mümkündür ancak bunun sonucu sonsuza dek aynı olayın denetiminin yapılması olmamalıdır. Takdir edilecektir ki, böyle bir mekanizma ne mümkün ne de anlamlıdır.

KAYNAKÇA

- AĞKUŞ, Kazım Furkan / BANDIR, Oğuz, ‘Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 162, ss. 105-155, 2022.
- BALCI, Fidan / ÖZTÜRK, Seyithan, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BEKRİ, M. Nedim, ‘Gerekçeli Karar Hakkı’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2014-3, ss. 203-228, 2014.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem, ‘Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiili) Sorunun İncelenmesi’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, ss. 466-489, 2019.
- ERDEM, Mustafa Ruhan / ŞENTÜRK, Candide, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- ERDEM, Mustafa Ruhan / KAVLAK, Cihan, ‘Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları’, Yargıtay Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 4, ss. 1419-1478, 2018.
- KARAKAYA, Naim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi (2018-2019), (Editörler: Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu), ‘Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2018/13-297 Esas, 2019/461 Karar Sayılı, 28.05.2019 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirme (Akademik Rapor)’, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / GEZER, Özge Sırma / SAYGILAR KIRIT, F. Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / TÜTÜNCÜ, Efser Erden / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- SELÇUK, Sami, ‘Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, ss. 319-361, 2013.
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap, ‘Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 159-160, ss. 179-185, 2017.
- TANER, Fahri Gökçen, ‘5271 Sayılı CMK’nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükmülerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2017/4, ss. 47-78, 2017.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih, ‘Alman Ceza Muhakemesi Kanununun Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Türkçe Tercümesi’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 159-160, ss. 293-313, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- YENİSEY, Feridun, ‘İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarının Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukuku Sistemlerindeki Karşılaştırması’, Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları-Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildirileri Kitabı, 2018.

Çevrimiçi Kaynaklar

- Anayasa Mahkemesi, 2012/1034 Başvuru No.lu, 20.03.2014 Tarihli Kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1034>, (erişim tarihi: 20.05.2022).
- Anayasa Mahkemesi, 2018/26121 Başvuru No.lu, 28.01.2021 Tarihli Kararı, “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26121>”, (erişim tarihi: 19.04.2022).
- Anayasa Mahkemesi, 2019/19852 Başvuru No.lu, 15.9.2021 Tarihli Kararı, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (erişim tarihi: 19.04.2022).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye, 611/12, Başvuru No.lu, 17.11.2015 Tarihli Kararı, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-160820%22%7D>, (erişim tarihi: 15.04.2022).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Eşim/Türkiye, 59601/09 Başvuru No.lu, 17.9.2013 Tarihli Kararı, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22%20t%20%20C%3BCrkiye%22%2C%22languageisocode%22%3A%22TUR%22%2C%22apno%22%3A%2259601%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D>, (erişim tarihi: 15.04.2022).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, 28028/95 Başvuru No.lu, 19.2.1998 Tarihli Kararı, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-58137%22%7D>, (erişim tarihi: 15.04.2022).
- Mutlu, Yarcan, Ceza Yargılamasında “Temyiz”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/2127/Mutlu%20Yarcan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (erişim tarihi: 5.04.2023).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/11-300 Esas, 2012/63 Karar sayılı, 28.02.2012 Tarihli Karar, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=59634>, (erişim tarihi: 05.05.2022).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/545 Esas Sayılı, 2019/504 Karar Sayılı, 27.06.2019 Tarihli Kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2018-545-k-2019-504-t-27-6-2019>, (erişim tarihi: 05.06.2022).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/2-339 Esas, 2012/103 Karar sayılı, 20.03.2012 Tarihli Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 20.05.2022).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/545 Esas Sayılı, 2019/504 Karar Sayılı, 27.06.2019 Tarihli Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 20.03.2023).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/9-554 Esas Sayılı, 2021/117 Karar Sayılı, 17.03.2021 Tarihli Kararı, www.kazanci.com, (erişim tarihi: 6.12.2022).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/545 Esas Sayılı, 2019/504 Karar Sayılı, 27.06.2019 Tarihli Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 20.03.2023).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/16-956 Esas, 2017/370 Karar No.lu, 26.09.2017 Tarihli Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 20.03.2023).

Manevi Zararın Tespitinde Nörobilim Teknolojilerinin Kullanımı^(*)

The Use of Neuroscience Technologies in the Determination of Moral Damage

Remzi Çağrı UZUN^(**)

Öz:

Nöroloji, psikiyatri, mühendislik, davranış bilimleri gibi birden fazla farklı disiplinle etkileşim içinde olan nörobilimin “nörohukuk” olarak adlandırılan hukuk alanındaki kullanımı gün geçtikçe artmaktadır. İnsan sinir sisteminin incelenmesiyle ulaşılan nörobilimsel verilerin hukuksal perspektiften yorumlanması, hukuki olgulara daha doğru bir yaklaşım sunarak muğlak alanları azaltmakta ve kesin, bilimsel bir kanıt usulü yaratarak adil bir adalet sisteminin ortaya çıkmasına olanak sağlamaktadır. Çoğunlukla ceza yargılamalarında kullanılan beyin görüntüleme yöntemleri, teknolojinin ilerlemesi ve bu alanda yapılan bilimsel çalışmaların yaygınlaşmasıyla birlikte özel hukuk alanında bilhassa haksız fiil davalarında karşımıza çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu Madde 58’de düzenlendiği üzere, zarar görenin manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için “kişilik hakkının zedelenmesi” ve bu talebin “uğradığı manevi zarara karşılık” olması gerekmektedir. Nörobilimin haksız fiil hukukundaki kullanımı, objektif olarak belirlenebilecek kişilik hakkı ihlalinin aksine, haksız fiil sonucunda manevi tazminata hükmedilebilmesi için şart olan ancak somut olarak ispatı mümkün olmayan manevi zararın varlığının ve derecesinin belirlenebilmesi noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu çalışmada, nörobilimin mahkemelerde kullanımına ilişkin tarihsel perspektif ve günümüzde artan kullanımı açıklanmış ve manevi zararın ayrılmaz parçası olan keder duygusunun beyindeki fizyolojik tespitine yönelik yapılan çalışmalar açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Nörobilim, Nörohukuk, Haksız Fiil Hukuku, Manevi Zararın Tespiti, Manevi Tazminat.

Abstract:

The use of neuroscience, which interacts with many different disciplines such as neurology, psychiatry, engineering and behavioral sciences, in the field of law called “neuro-law” is increasing day by day. The interpretation of neuroscientific data obtained by examining the human nervous system from a legal perspective provides a more accurate approach to legal facts, reduces ambiguities and enables a

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 26.01.2023 - Makalenin kabul tarihi: 14.05.2023.

^(**) MEF Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi,
İstanbul-Türkiye,
E-posta: uzunrc@yahoo.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7161-1461>.

fair justice system to emerge by creating a precise, scientific evidence procedure. Brain imaging methods, which are mostly used in criminal proceedings, are used in civil law, especially in tort cases, with the advancement of technology and the spread of scientific studies in this field. As regulated in Article 58 of the Turkish Code of Obligations, in order for the injured party to claim immaterial (moral) compensation, his/her "right of personality must be damaged" and this claim must be "in return for the moral damage suffered". The use of neuroscience in tort law focuses on the determination of the existence and degree of non-pecuniary damage, which is a prerequisite for the award of non-pecuniary damages as a result of the tort, unlike the violation of personality rights that can be objectively determined. In this study, the historical perspective on the use of neuroscience in courts and its increasing use today are explained and the studies on the physiological determination of the feeling of grief in the brain, which is an integral part of moral damage, are tried to be explained.

Keywords:

Neuroscience, Neurolaw, Tort Law, Determination of Moral Damage, Immaterial Compensation.

GİRİŞ

Bir kişinin yaşadığı olumsuz duygu durumunun bilimsel yöntemlerle tespitinin mümkün olması hangi hukuki sonuçları beraberinde getirebilir? Bu soru, çalışmamızın cevap vermek istediği sorudur. Bu sorunun cevabının peşinden gitmeden önce, ruhsal acı ve keder gibi duyguların ampirik yöntemlerle belirlenememesinin ne gibi mağduriyetlere sebebiyet verdiğini açıklamamız gerekmekte ve bu da bizi hukukun duygularla ilişkili tarafına, manevi tazminat konusuna götürmektedir.

Bir kişinin başka bir kişinin bedenine müdahalesi sonucu kolunun kırıldığını düşünelim. Bunun gözle görülebilir, fiziksel bir çıktısı olduğu için hem tedavi giderlerinin hem de bu kırığın kişide yarattığı üzüntünün giderilmesi amacıyla tazminat talep edilmesi ve mahkemenin de mağdur lehine tazminata hükmetmesi olağandır; fakat bu olaydaki üzüntü duygusunun oluşumu bir varsayımdan ibarettir. Sinirbilimsel görüntüleme teknolojilerinin kullanımı, manevi zarara gerekçe olabilecek duyguların beyindeki karşılıklarını kanıtlamış, duygusal acı da tıpkı bir kemiğin kırılması gibi fiziksel bir nitelik kazanmış ve varsayımsal olarak üzüntü yaşamış olmaya bağlanan hukuki sonuç nesnel hale gelmiştir.

Bu makalenin birinci bölümünde, manevi zararın tespitinde kullanılan beyin görüntüleme yöntemleri özetlenecektir. İkinci bölümde beyin görüntüleme yöntemlerinin mahkemelerde kullanımının tarihi ve günümüzdeki kullanımı açıklanacaktır. Üçüncü bölümde manevi zarar kavramının, beyin görüntüleme teknolojilerinin manevi zararın tespitinde sunduğu avantajların, öğretilerdeki manevi zararın tespitine yönelik subjektif ve objektif teorilerin ve bu iki teoriye yönelik eleştirilerin açıklamalarının yapılmasından sonra, dördüncü bölümde nörobilimin manevi zararın tespiti noktasındaki kullanımı açıklanacaktır.

I. BEYİN GÖRÜNTÜLEME YÖNTEMLERİ

A. Bilgisayarlı Tomografi (BT)

Bilgisayarlı Tomografi, beyin anatomisini ortaya çıkarmak için kullanılan ilk yöntem olarak bilinmektedir. Bu yöntemde, X ışınlarıyla elde edilen beyin yatay kesitli görüntüleri bilgisayar tarafından birleştirilerek beyin üç boyutlu görüntüsü elde edilmektedir. BT tekniğinin kullanımı, daha sofistike bir teknik olan ve daha fazla veriye ulaşılan Pozitron Emisyon Tomografisi teknolojisine giden yolu açmıştır¹.

B. Pozitron Emisyon Tomografisi (PET)

Pozitron Emisyon Tomografisi, beyin fonksiyonel görüntülerini elde etmek için BT teknolojisini radyoizotop görüntüleme ile birleştirmektedir. Denek, pozitron yayan izotoplara bağlanmış oksijen, glikoz gibi bileşikler soluma veya enjeksiyon yoluyla vücuduna almaktadır. Bu bileşikler, aktif olan beyin bölgelerinde yoğunlaşmakta ve radyoizotopların beyin hangi bölgesinde olduğunu tespit edebilen bir bilgisayar tarafından bu bilgi işlenerek bir dizi görüntü ortaya çıkmaktadır².

C. Elektroensefalografi (EEG)

Beyin aktivitesini kaydetmek için kullanılan bir diğer yöntem olan Elektroensefalografi, kafa derisine yerleştirilen elektrotların, beyin hücrelerinin elektriksel aktivitesini sinyallere dönüştürme ve bu sinyalleri bilgisayara kaydetme metoduna dayanmaktadır. EEG yöntemi, özellikle şizofreni ve epilepsi olmak üzere birçok zihinsel bozukluğun teşhisinde kullanılmaktadır³.

II. NÖROBİLİMİN MAHKEMELERDE KULLANIMI

A. Nörogörüntüleme Yöntemlerinin İlk Kullanımları

Nörobilimin mahkeme salonlarına girişi yirminci yüzyılın ortalarına dayanmaktadır⁴. O dönemlerde beyin görüntüleme yöntemlerinin kanıt olarak ilk kullanılışlarından biri, 1940'lı yıllardaki bir davada, avukatın, sanığın epilepsi teşhisini kanıtlamak ve şiddet davranışının sinirsel temelini ortaya koymak amacıyla Elektroensefalografi (EEG) yöntemi ile elde edilen bulguların mahkemeye sunulmasıdır⁵. İzleyen senelerde, EEG yöntemi avukatlar

¹ Jeffrey M. Clarke, Neuroanatomy: Brain Structure and Function, Neuropsychology, 1994, s. 39.

² Ibid., s. 40.

³ Ibid., s. 42.

⁴ Francis X. Shen, The Overlooked History of Neurolaw, Fordham Law Review, 85/2 (2016), s. 668.

⁵ Shen, s. 677.

tarafından kanıt aracı olarak kullanılmaya devam edilse de beyin görüntüleme yöntemlerinin yargılama alanındaki kullanımına gözlerin çevrilmesi 1981 yılında dönemin ABD Başkanı Ronald Reagan'a suikast girişiminde bulunan John Hinckley'in yargılandığı ceza davasında nörobilimsel görüntüleme yöntemlerinin kullanımı ile olmuştur. Söz konusu davada, müvekkilinin şizofreni hastası olduğunu ve bu nedenle beraatine karar verilmesini talep eden Hinckley'in avukatı, iddiasını desteklemek için mahkemeye Hinckley'in beyinin Bilgisayarlı Tomografi (BT) taramasını sunmuştur. Savcılık, sanığın BT taramalarının delil olarak sunulmasına karşı çıksa da mahkeme taramaların kanıt olarak kabul edilebilir olduğuna karar vererek sanığın ceza ehliyetinin olmadığına hükmetmiştir⁶. Bu davadan on yıl sonra, 1992 senesinde görülen bir ceza davası⁷ ile birlikte yeni bir nörogörüntüleme yöntemi kanıt olarak sunulmaya başlanmıştır. Karısını boğarak öldürmek ve ardından onu bir apartmanın 12. katından aşağıya atmakla suçlanan Weinstein'in avukatları, müvekkillerinin yaptıklarından hiç pişmanlık duymaması ve anormal davranışlarından şüphelenmeleri sebebiyle Weinstein'in Pozitron Emisyon Tomografisi (PET) taramalarını talep etmişlerdir. Şüphelerinde haklı çıkan avukatlar, PET taraması ile tespit edilen Weinstein'in beyindeki araknoid kisti kanıt olarak mahkemeye sunmuşlardır. Avukatlar böylece, sanığın ceza ehliyetinin bulunması için gerekli zihin durumuna sahip olmadığını iddia etmişler ve mahkeme heyeti hem sunulan kanıtı hem de savunma makamının iddialarını kabul ederek Weinstein'in beyinde bulunan kistin onun kusur yeteneğini azaltması sebebine dayanarak cezasında indirim uygulamıştır⁸.

B. Nörogörüntüleme Yöntemlerinin Günümüzdeki Kullanımları

Bir ceza yargılamasında herhangi bir iddiayı kanıtlamak, çürütmek; bir uzmanın (psikolog, pedagog) ifadesini desteklemek veya şüpheyi düşürmek; tıbbi bir teşhisi desteklemek veya çürütmek; bir sanığın suçun işlenmesi anındaki zihin yapısına ilişkin ifadesini desteklemek için kullanılabilen nörobilimsel kanıtlar, nörobilim alanında yeni deneylerin yapılması ve bu alanın bilimsel gelişimi ile tahmin edilebileceği gibi ceza davalarındaki kullanımı da aynı oranda artmıştır⁹. ABD'de 2005-2012 yılları arasındaki ceza davalarında nörobilimsel görüntüleme yöntemlerinin kullanımına ilişkin yapılan bir çalış-

⁶ Darby Aono / Gideon Yaffe / Hedy Kober, *Neuroscientific Evidence in the Courtroom: a Review, Cognitive Research: Principles and Implications*, 4/40 (2019), s. 2.

⁷ Budavanın detayları için bkz. <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bee4add7b049347aaec2#> (e.t. 27.12.2022)

⁸ Aono, s. 2.

⁹ John B. Meixner, *The Use of Neuroscience Evidence in Criminal Proceedings*, *Journal of Law and the Biosciences*, 3/2 (2016), s. 3.

mada, verilen 1585 kararda nörobilimsel kanıtlardan bahsedildiğine değinilmiştir. Yine aynı çalışmada, 2012 yılındaki cinayetlere ilişkin ceza davalarının %5'inde ve hakkında idam istemiyle yargılanan sanıklara ilişkin davaların %25'inde mahkemeye nörobilimsel kanıtların sunulduğu tespit edilmiştir¹⁰. 1992-2012 yılları arasında yer alan ve üçte ikisinin idam cezası istemiyle açılan 553 ceza davasının incelenmesi yöntemiyle yapılan bir başka çalışmada nörobilimsel kanıtların mahkemeye sunulmasıyla sanıklardan %24'ünün cezalarının hafifletilerek süreli hapis cezasına hükmedildiği tespit edilmiştir¹¹.

III. MANEVİ ZARAR KAVRAMI

Maddi zarar, hukuka aykırı eylem neticesinde kişinin malvarlığında meydana gelen kayıpları ifade etmektedir. Bu tanımlama ile birlikte şunu da ifade etmek gerekir ki, hukuka aykırı eylemin malvarlığına yönelik olması, bu eylem sonucunda yalnızca maddi zararın doğup manevi zararın doğmayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin; bir kimsenin hatıra değeri olan malvarlığına yapılan saldırı ile bu malvarlığında oluşan değer kaybı maddi zarara yol açmaktadır. Ancak hatıra değeri yüksek olan bu malvarlığında meydana gelen zararın kişide keder meydana getirmesi durumunda manevi zarar da doğmaktadır¹². Manevi zararın manevi tazminat istemine konu olabilmesi için, zararın ağır olması gerekmektedir. Ancak TBK m.56'da belirtildiği üzere, "Olayın özellikleri göz önünde tutularak", TMK m.4 kapsamında hukuka ve hakkaniyete göre hakim tarafından takdir edilen zararın ağırlığı, tazminat miktarını etkilemektedir.

Bir kimsenin manevi tazminat isteminde bulunabilmesi için o kişinin manevi zarara uğraması gerekmektedir. Kişinin mal varlığında meydana gelen azalma olarak tanımlanabilecek¹³ maddi zararın aksine, manevi zararı tanımlamak ve zarara uğrayan kişiye göre objektif olarak ölçülmesi mümkün olmadığından somut olayda ortaya koymak her zaman kolay değildir. Gerek Türk Borçlar Kanununda gerekse Türk Medeni Kanununda bir tanımı bulunmayan manevi zarar kavramı, sübjektif teori ve objektif teori olmak üzere öğretide başlıca iki şekilde tanımlanmaktadır.

¹⁰ Nita A. Farahany, Neuroscience and Behavioral Genetics in US Criminal Law: an Empirical Analysis, *Journal of Law and the Biosciences*, 2/3 (2016), s. 494.

¹¹ Deborah W. Denno, the Myth of the Double-Edged Sword: an Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases. *Boston College Law Review*, 56/2 (2015), s. 527.

¹² Yılmaz Kılıçoğlu, Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11/115 (2016), s. 41.

¹³ Kemal Tahir Gürsoy, Manevi Zarar ve Tazmini, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/1 (1973), s. 7.

Sübjektif Manevi Zarar: Sübjektif teori açısından manevi zarar, bireyin kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda hissetmiş olduğu acı, keder, psikolojik travmalar olmak üzere farklı şekillerde ortaya çıkan negatif hislerdir. Bu negatif hislerin ortaya çıkmaması durumunda manevi zarar mevcut değildir ve dolayısıyla mağdur lehine manevi tazminata hükmedilemez¹⁴. Özetleyecek olursak, sübjektif teoriye göre manevi zararın varlık koşulunun iki temel gerekçesi vardır; ihlalin kişilik hakkına yönelmesi ve bu ihlal sonucunda duygu durumunun olumsuz etkilenmesi¹⁵. Aşağıda açıklayacağımız üzere, doktrinde sübjektif teoriye yönelik birtakım eleştiriler, manevi zararın belirlenmesine yönelik objektif yaklaşımı öne çıkarmıştır.

Objektif Teori: Objektif teori açısından manevi zararın mevcudiyeti için sübjektif teoride olduğu gibi kişinin iç dünyasında yaşadığı bir acının varlığı şart değildir. Kişilik hakkı ihlal edilen kişinin manevi zarara uğradığı kabul edilmektedir¹⁶. Objektif teori, kişinin yaşadığı acı ve keder duygusuna değer vermediği için eleştirilmiştir¹⁷.

Sübjektif teoriye yönelik getirilen eleştirilerin başında, manevi zararın ölçülmesindeki güçlükler gelmektedir. Bireyin iç dünyasında yaşadığı duyguların, acıların tespitinin mümkün olmaması, acının öznel bir deneyim olması sebebiyle her insanda farklı şekillerde ve yoğunlukta meydana gelebilmesi ve bunu kanıtlamanın imkânsızlığı, sübjektif teorinin eleştirilmesine neden olmaktadır¹⁸.

Üçüncü bölümde açıklayacağımız üzere, beyin görüntüleme yöntemleri ile manevi zararın niteliği ve kederin yoğunluğu tespit edilebilmektedir. Bu alanda yapılan çalışmaların hızla gelişimini ve duygusal acının tespitinin bir zamanlar ne kadar imkansız olduğunun düşünüldüğünü gösterebilmek için Serozan'ın 1990 yılında kaleme aldığı bir eserden alıntı bize yardımcı olacaktır:

¹⁴ İbrahim Gül, Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/11 (2016), s. 124.

¹⁵ Duygu Dağlıoğlu, Manevi Zarar (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017), s. 58.

¹⁶ Canberk Değerliyurt, Götürü Manevi Tazminat, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, der., Başak Baysal, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 127.

¹⁷ Gökhan Antalya, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22/3 (2016), s. 229'dan naklen; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s. 65.

¹⁸ Kübra Demir, Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1: (2020), s. 126., Değerliyurt, s. 133.

“Dünyada hiçbir aygıtın dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntünün, bunalımın ve sıkıntının dayanağı ve manevi tazminatın ölçüsü sayılması yalnız akıl dışı değil, aynı zamanda sakıncalıdır da. Açılacak keyfilik çığırının nerede biteceği belli olmaz. Çıtkırıldımın, nevroitiklerin, isteriklerin manevi tazminat istemlerine set çekilemez. Kişilik zaafı göstere- renlere, yani kolayca bunalıma ve aşağılık duygusuna kapılanlara prim verilmiş olunur”¹⁹.

IV. NÖROBİLİM VE MANEVİ ZARAR

Nörobilimsel görüntüleme teknolojileri, bugüne kadar ceza yargılamalarında bir sanığın cezasını hafifletmek, sanığın ehliyetinin olmadığını göstermek, özgür iradenin yokluğunu tespit etmek ve sanığın suçun işlenmesinde kastının olmadığını kanıtlamak amaçlarıyla kullanılmıştır. Büyük çoğunlukla ceza davalarında kullanılan nörobilim teknolojisi, manevi zararın tespitini mümkün hale getirerek haksız fiil hukukunu değiştirme ve geliştirme potansiyeli taşımaktadır.

A. Keder Duygusunun Tespiti

Haksız fiil hukuku, nakdi tazminatın mağdurun zararını telafi edebileceğine dair bir mantıksal perspektif çerçevesinde işlemektedir²⁰; ancak kişinin yaşadığı kederin öznel doğası bu mantıksal düşüncenin gerçekleşmesini güçleştirmektedir. Gündelik dilde acı, keder, ızdırap olarak nitelendirilen duygu durumları, her insan tarafından farklı seviyelerde ve farklı bağlamlarda ortaya çıkabilmektedir. Bireyin öznel bildirimine bağlı duygu durumlarının kanıtlanmasının mümkün olmaması, hak ettiği tazminat miktarını ortaya koyamayan mağdurun adalete olan inancını sarsmaktadır. Bununla birlikte, daha yüksek miktarlarda tazminat almak amacıyla mağdur tarafından bu duygunun abartılması sebebiyle haksız fiil davranışının faili de hakkaniyete aykırı sonuçlarla karşılaşmaktadır²¹.

Nörobilim, bir kişinin tarif ettiği elem duygusunun doğrulanmasında veya çürütülmesinde kullanılabilirlikle birlikte, bu duyguyu hissedebilen fakat dile getiremeyen bebeklerin, sözelimi istismara maruz kalma durumlarında yaşadıkları travmanın kanıtlanmasında ve akıl hastalarının olumsuz duygu deneyimlerinin ortaya çıkarılmasında kullanılabilirlikte²².

¹⁹ Değerliyurt, s. 133'ten naklen; Rona Serozan, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (1990).

²⁰ Peter A. Alces, The Moral Conflict of Law and Neuroscience, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, s. 118.

²¹ Alces, s. 119.

²² Hilary Rosenthal, Scanning for Justice: Using Neuroscience to Create a More Inclusive Legal System, Columbia Human Rights Law Review, 50/3 (2019), s. 312.

Nörogörüntüleme yöntemlerinin kullanımı sayesinde bilim insanları travmatik bir olay sırasında veya bu olayın sonrasında beynin farklı bölgelerinin nasıl işlediğini ve bu olay neticesinde meydana gelen bilişsel bozuklukların sinir sisteminde yarattığı değişiklikleri gözlemleme olanağı bulmuşlardır²³. Bilişsel bozuklukların fizyolojik temellerini belirlemeye yönelik yapılan deneyler ile duygusal travma ile ilişkili beyin bölgeleri ortaya çıkmıştır. Nörogörüntüleme sonuçları, duygusal bilginin işlenmesinde medial prefrontal korteks, orbitofrontal korteks, anterior singulat ve insular korteksler, amigdala ve hipokampusun belirli alt bölgelerini içermektedir²⁴. Beynin bu bölgelerinde meydana gelen işlevsel bozukluklar duygusal değişimleri tetiklemektedir. Bununla birlikte, travmatik bir olaya tanıklık etmek veya bu olayı bizzat yaşamak, hormonal ve nörotransmitter sistemin harekete geçmesine ve hafıza ile korkuyu düzenleyen sinir ağlarında değişikliklere neden olan bir nörolojik sürecin doğmasına sebep olmaktadır. Bu değişiklikler, bireyi çeşitli duygu durumlarına sevk ederek özellikle anksiyete semptomlarına neden olmaktadır²⁵.

B. Travma Sonrası Stres Bozukluğunun Tespiti

Duygu durumunun fizyolojik bağlantılarını ortaya çıkarmaya yönelik olan nörobilim alanındaki çalışmalarda özellikle Travma Sonrası Stres Bozukluğuna (TSSB) odaklanılmaktadır²⁶. Travma Sonrası Stres Bozukluğu, manevî zararın tespitinin nörogörüntüleme yöntemleri ile yapılmasının avantajlarını sunma açısından oldukça önemlidir. TSSB, yaşanan somut olaydan kaynaklanmakla birlikte, yargılama süreci boyunca kişinin kendisinin de farkında olamadığı ve dışa dönük semptomların henüz ortaya çıkmadığı bir bilişsel bozukluktur²⁷.

TSSB teşhisi konan kişilerin beyinlerinde meydana gelen değişikliklerin incelenmesine ilişkin yapılan araştırmalarda, stres veya travmatik bir olay neticesinde uyarılan beyin bölgesi olan amigdalanın, hafıza oluşumunda merkezi bir rol oynayan hipokampus ve korku ve strese karşı duygusal tepkileri düzenleyen prefrontal korteks arasındaki devrelerde bozulmalar gözlemlenmiştir²⁸ ve bu şekilde TSSB'nin fizyolojik etkileri kanıtlanmıştır.

²³ Betsy J. Grey, Neuroscience and Emotional Harm in Tort Law: Rethinking the American Approach to Free-Standing Emotional Distress Claims, Law and Neuroscience Volume 13 Current Legal Issues, (2011), s. 13.

²⁴ Grey, s. 15.

²⁵ Grey, s. 16.

²⁶ Grey, s. 3.

²⁷ Grey, s. 16.

²⁸ Rosenthal, s. 314-317.

Amerikan haksız fiil hukukunda zarar kavramı, “fiziksel zarar” ve “duygusal zarar” olarak iki ayrı grupta incelenmektedir. Yerleşik içtihat ve literatürde duygusal zararın fizyolojik bir temelini olmaması, varlığının ve derecesinin ampirik olarak kanıtlanamayacağı, zarara uğrayan kişinin kederini abartarak jüriyi manipüle edebileceği (suistimale açık bir yapıda olması) gibi sebeplerle fiziksel zarara kıyasen tazminatı daha az hak ettiği çoğunlukta olan görüştür²⁹. Nörobilim alanındaki gelişmeler, duygusal zarar olarak adlandırılan olgunun fizyolojik temellerini sunmakta ve nesnellik konusundaki mevcut endişenin artık geçerli olmadığını söylememize imkân vererek duygusal zararın tazminine yönelik olumsuz ön kabulü değiştirmeye başlamıştır³⁰.

Mahkemelerde haksız fiil hukukunda beyin görüntüleme yöntemlerinin kullanılmasına yönelik örneklerden birisi olan “*Allen v. Bloomfield Hills School District*” davası, bu alanda yapılan araştırmalar geliştikçe yerleşik kabullerin de değişeceğini göstermektedir. Davacı Charles Allen, demiryolu hemzemin geçidi üzerinde manevra yapan bir okul otobüsüne çarpmamak için treni durdurmaya çalışan bir tren operatörüdür. Saatte 65 mil hızla giden treni durduramayan Allen, trenin muhtemelen küçük çocuklarla dolu bir okul otobüsüne çarptığına şahit olmuştur. Olay sonrasında kendisine kaza sırasında otobüste çocuk bulunmadığı bilgisi verilmiş olsa da, yaşadığı olay sebebiyle derinden etkilenen Allen’a bu kazanın sebebiyet verdiği travma sonrası stres bozukluğu teşhisi konmuştur. Tazminat talebiyle mahkemeye başvuran Allen, Pozitron Emisyon Tomografisi (PET) ile yaşadığı kederi kanıtlamış olsa da mahkeme davacının bedensel yaralanma yaşamadığı sonucuna varmış ve talebi reddetmiştir. Verilen red kararının ardından kararın iptali yoluna başvuran Allen’ın tazminat istemi mahkeme tarafından haklı görülmüştür. Mahkemenin bu kararı vermesindeki gerekçe, PET taramasıyla kanıtlandığı üzere, beyninin frontal ve subkortikal aktivitesinde azalmalar gözlemlenmesidir. Dolayısıyla, yaşadığı keder de bilimsel, somut bir nitelik kazanarak “fiziksel yaralanma” haline gelmiştir³¹.

SONUÇ

Nörobilimin hukuk alanındaki kullanımını ifade eden “nörohukuk” gün geçtikçe gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır. Bu alanda çoğunlukla ceza hukuku bağlamında özgür irade ve kusur yeteneği konularında çalışmalar yapılırsa da çalışmamızda açıklamaya çalıştığımız üzere, özel hukuk alanında da temel

²⁹ Rosenthal, s. 301.

³⁰ Jean M. Eggen / Eric J. Laury, Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine, Columbia Science and Technology Law Review, 13/1 (2012), s. 297.

³¹ Grey, s. 3-4.

sorunlara cevap vererek tazminatın daha adil bir şekilde talep edilebilmesine yönelik nesnel ölçütler ortaya koymaktadır.

Beynimizin fizyolojik açıdan nasıl işlediğini anlamak, hukuk hakkındaki düşünce şeklimizi ve hukuku normatif olarak nasıl inşa ettiğimizi etkilemektedir. Nörobilim, insan davranışının altında yatan bilişsel süreçlerin bir incelenmesi olduğundan, nihayetinde insan davranışlarının düzenlenmesiyle ilgilenen hukuk sistemlerinin değişmesinde önemli etkileri olacaktır. Bu etkiler mahkemede delil kullanımına ilişkin usûl hukukunun ötesine geçip, çalışmamızda göstermeye çalıştığımız gibi, haksız fiil hukukunun teorik arka planını da tekrar düşünmeye sevk edecek niteliktedir.

Manevi zararın tespiti ve miktarının takdiri konusunda nesnel ölçütler koymayı hedefleyen nörobilim alanındaki çalışmalara getirilen birtakım eleştiriler mevcuttur. Bu eleştirilerde öne çıkan başlık, davacının mahkemeye sunduğu manevi zarara uğradığına ilişkin beyin taramalarının, yaşanan olaydan sonrasına ilişkin olduğu, bu sebeple hareket ile netice arasında bir korelasyon kurulmasının mümkün olmadığıdır. Günümüz nörohukuk literatürü, bu eleştiriye yönelik geçerli bir karşı argüman sunamamaktadır. Ancak bu alanda yapılan çalışmaların yoğunluğu ve teknolojinin gelişim hızı dikkate alındığında, bu konudaki mevcut şüphelerimizin ve soru işaretlerimizin kısa zamanda değişebileceğini söylemek mümkün gözükmektedir. Bununla birlikte, nörohukuk alanındaki çalışmalar, yapısı itibarıyla değişime direnç gösteren hukukun eksikliklerine dikkat çekerek hukuk pratiğinin adalet idesine bir nebze yaklaşabilmesine imkan sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

- ALCES, Peter A., *The Moral Conflict of Law and Neuroscience*. Chicago, The University of Chicago Press, 2018.
- ANTALYA, Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/3 (2016): 222-250.
- AONO, Darby / YAFFE, Gideon / KOBER, Hedy, *Neuroscientific Evidence in the Courtroom: a Review. Cognitive Research: Principles and Implications*, 4/40 (2019): 1-20.
- CLARKE, Jeffrey M., *Neuroanatomy: Brain Structure and Function*, Neuropsychology, Academic Press, 1994: 29-52.
- DAĞLIOĞLU, Duygu, *Manevi Zarar*. Ankara: Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- DEĞERLİYURT, Canberk, *Götürü Manevi Tazminat, Sorumluluk Hukuku Seminerleri 2018*, der., Başak Baysal, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019: 129-152.
- DEMİR, Kübra, *Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış*, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1: (2020), 67-88.
- DENNO, Deborah W., *The Myth of the Double-Edged Sword: an Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases*. "Boston College Law Review", 56/2 (2015): 493-551.
- EGGEN, Jean M. / LAURY, Eric J., *Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine*, *Columbia Science and Technology Law Review*, 13/1 (2012), 235-306.
- FARNSWORTH, Bryn, *What is EEG (Electroencephalography) and How Does it Work?*, <https://imotions.com/blog/learning/research-fundamentals/what-is-eeeg/> (son erişim tarihi: 08.01.2023).
- FARAHANY, Nita A., *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: An empirical analysis*. *Journal of Law and the Biosciences*, 2/3 (2016): 485-509.
- GÜL, İbrahim, *Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?*, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/11 (2016): 121-157.
- GÜRİSOY, Kemal Tahir, *Manevi Zarar ve Tazmini*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/1 (1973): 7-56.
- GREY, Betsy, *Neuroscience and Emotional Harm in Tort Law: Rethinking the American Approach to Free-Standing Emotional Distress Claims*, *Law and Neuroscience Current Legal Issues*, 3/1: (2011), 1-27.
- KILIÇOĞLU, Yılmaz, *Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat*, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11/115 (2016): 39-55.
- MEIXNER, John B., *The Use of Neuroscience Evidence in Criminal Proceedings*, *Journal of Law and the Biosciences*, 3/2 (2016): 330-335.

People v. Weinstein Davası, New York Country Supreme Court, 156 Misc. 2d 34, 1992 <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bee4add7b049347aaec2#>, (son erişim tarihi: 08.01.2023).

ROSENTHAL, Hilary, Scanning for Justice: Using Neuroscience to Create a More Inclusive Legal System, Columbia Human Rights Law Review, 50/3 (2019): 290-338.

SHEN, Francis X., The Overlooked History of Neurolaw, Fordham Law Review, 85/2 (2016): 667-695.

ÖZEL HUKUK

Olağanüstü Zamanaşımında Tapulu Taşınmaz Koşuluna İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Hükümünün İrdelenmesi^(*)

Discussion of the Constitutional Court's Annulment Decision Regarding the Condition of Registered Immovable in Extraordinary Acquisitive Prescription

Prof. Dr. Herdem BELEN^(*)
Dr. Nurgül KUTLU DOĞAR^(**)

Öz:

Kural olarak tescille kazanılan taşınmaz mülkiyetinde, istisnalardan birisi zamanaşımıyla (tescil-siz), bu yolun iki alt başlığından birisi ise olağanüstü zamanaşımıyla kazanımdır. Hem tapulu hem tapusuz taşınmazların mülkiyeti olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilmektedir. Anayasa Mahkemesince iptal edilmeden önce, tapulu taşınmazların bir grubunu da "... yirmi yıl önce ölmüş bir kimse adına kayıtlı bulunan"lar oluşturmakta idi. Mahkemenin iptal gerekçelerinden birisi aslında kurumun başlıca düzenlenme temeli/nedeni olan kamu yararadır. Dünyanın durumu dolayısıyla, tapulu taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması her zamankinden daha çok hayata uygundur.

Çalışmada kurumun amacı/tarihçesi/koşulları kısaca açıklanmış, ardından iptal kararının gerekçeleri aslen, zilyetlik, tapu sicilinin açıklığı, hükümün ratio legisi ekseninde eleştirel irdelenmiştir. Yargıyı özetle söyleyelim: Sahibine en geniş yetkileri tanıyan/sunan mülkiyet hakkının, tapulu taşınmazlarda olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması, dahası bazen zamanaşımıyla kaybedilmesi 'kamu yararı'nın gereğidir.

Anahtar Kelimeler:

Tapulu Taşınmaz, Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı, İptal Hükümü, Kamu Yararı, Zamanaşımıyla Kayıp.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 17.01.2023 - Makalenin kabul tarihi: 27.02.2023.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli-Türkiye,
E-posta: herdemb@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-1031-3807>.

^(***) Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul-Türkiye,
E-posta: nurgulkutlu@gmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-8444-1799>.

Abstract:

As a rule, in immovable property acquired by registration, one of the exceptions is acquisition with statute of limitations (unregistered), one of the two subheadings of this method is acquisition by means of extraordinary prescription. Property of immovables both registered and unregistered with the Land Registry can be acquired by extraordinary prescription. Before being annulled by the Constitutional Court, a group of registered immovables were consisted of those "... registered in the name of a person who died twenty years ago". One of the grounds for the Court's annulment decision is essentially the public interest, which is the main purpose of regulation of the institution. Due to the state of the world, the acquisition of registered immovables with extraordinary prescription is suitable for life more than ever.

In the study, the purpose/history/conditions of extraordinary acquisitive prescription are briefly explained, and then the reasons for the annulment decision has been critically scrutinized within the context of possession, openness of land registry and ratio legis of the provision. If we state our opinion in summary, it is a requirement of the 'public interest' that acquisition of the property right, which allows its owner the most extensive authority, by means of extraordinary prescription and moreover, sometimes its loss due to the statute of limitations in registered immovables.

Keywords:

Registered Immovables, Extraordinary Acquisitive Prescription, Annulment Decision, Public Interest, Extinctive Prescription.

GİRİŞ

Medeni Kanunda taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında kural, tapu kütüğüne tescildir (m. 705/I). İstisnai bazı durumlarda mülkiyet hakkı tescilden önce kazanılabilmektedir (MK m. 705/II). İstisnalardan biri de olağanüstü zamanaşımıyla kazanımdır. Hem tapulu hem tapusuz taşınmazların mülkiyeti olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilmektedir (MK m. 713/I, II)¹.

Tapulu taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilmesini sağlayan, tescilin gerçeği yansıtmamasıdır. Yürürlükteki hükümler bağlamında tescilin gerçeği yansıtmaması malikin tapu sicilinden anlaşılamamasından ya

¹ Olağanüstü zamanaşımıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını düzenleyen MK m. 713/I tapusuz, 713/II tapulu taşınmazlar hakkındadır. İlk fıkrada kazanım konusu taşınmazlardan ilk grup/tür ile hakkın kazanılma koşulları, ikinci fıkrada 'aynı koşullar altında' sözlerinin devamında, tapulu taşınmazlar ortaya konmuştur. Kazanma koşulları ile (kazanımın konusu) taşınmaz türleri tek fıkrada da kaleme alınabilirdi. Kanun koyucu karışıklığa meydan vermek istemediği için olsa gerek, tapulu ve tapusuz taşınmazları ayırmıştır. Taşınmaz dışındaki (davasızlık, aralıksızlık, zilyetlik) koşulları(nı) tekrar etmeyerek hüküm (söz) ekonomisi gözetmişse, 'belirlilik' ilkesinin gereğinin yerine gelmesine hizmet edecek somutlaştırma sözlerini (taşınmazın tamamı, parçası, payı) bütünüyle tekrar ederken bunu bir yana bırakmıştır. Özen, iki hükmün birbirinin tamamlayıcısı olduğu görüşündedir, (Burak Özen, 'Yirmi Yıl Önce Ölmüş Bir Kişi Adına Tapuda Kayıtlı Olan Taşınmazın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Kazanılamaması', Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 932). Özen'in nitelemesine bütünüyle katılmak güçtür. Hükümlerin birbirinin tamamlayıcısı olduğu yargısı, birlikte/bir arada uygulanabilecekleri anlamına da gelebilecektir. Oysa tapulu ve tapusuz taşınmazların zamanaşımıyla kazanılması hükümleri, iki ayrı hukuki olayı düzenlemektedir.

da hakkında gaiplik kararı verilmesinden kaynaklanmaktadır (MK m. 713/II). İkinci fıkradaki “... yirmi yıl önce ölmüş ...” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu itirazı üzerine, Anayasa Mahkemesi anılan “... ölmüş...” sözcüğünün (ve uygulanma olanağı kalmayan devamındaki “... ya da...” sözcüğünün) iptaline karar vermiştir². Karardan önce, tapuda malik gözüken kişinin ölmüş olması olasılığında da taşınmaz mülkiyeti olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilmekteydi. (Bu durumda da tescil gerçeği yansıtmamaktaydı çünkü!) Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, dolayısıyla tapuda gözüken malikin ölmüş olması olasılığı irdelenecektir.

Olağanüstü zamanaşımıyla kazanmayı düzenleyen Medeni Kanun hükmünün son fıkrası özel (Kadastro) Kanun(un)a atıf yapmaktadır (m. 713/VIII). Özel Kanunun Uygulanacağı Diğer Haller (KK m. 33) hükmü uyarınca, tapusuz taşınmazların kazanılmasında miktar sınırlaması bulunmaktadır (KK m. 14). Başka deyişle tapusuz taşınmazların zamanaşımıyla kazanılması koşulları iki kanun hükmü birlikte göz önünde tutularak belirlenecektir. (Bir anlamda tapusuz taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması koşulları, hükmün son fıkrasında atıf yapılan özel kanun hükümleriyle tamamlanacaktır³.)

İncelememize konu iptal kararı tapulu taşınmazlarla ilgili olup, Medeni Kanun esas alınacaktır. Kadastro Kanunu hükümleri, bazı görüşlerimizin gerekçelerindeki değiniler ölçüsünde irdelememiz kapsamındadır.

Aşağıda önce ana hatlarıyla olağanüstü zamanaşımıyla kazanım hükmünün amacı, uygulanma koşulları açıklanacak, devamında iptal kararının gerekçelerine, öğretilerdeki görüşlere değinilip, görüşümüz ortaya konacaktır.

² RG 23.07.2011, S. 28003.

³ Kadastro Kanunu m. 14 uyarınca, aynı çalışma alanında, bir veya birden fazla tapusuz taşınmaz, sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar (40 ve 100 dönüm dahil), zilyetliğin (sayılan) belgelerle/beyanlarla kanıtlanması devamında olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilir. Bu miktarları aşan taşınmazların kazanımı için hükmün devamında 8 bent halinde sayılan (özel/nitelikli) belgelerle zilyetliğin kanıtlanması gerekir. **Kanımızca bu sınırlamalar 3402 sayılı Kanunun yürürlüğünden önceki kazanımlar açısından da geçerlidir!** Belgesiz zilyetlikteki miktar sınırlamasının kanunun yürürlüğü öncesindeki olaylarda uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin (daire/HGK kararlarındaki) içtihat uyumsuzlukları dolayısıyla sorunu inceleyen YIBK, (1950 tarihli 5602 sayılı, 1964 tarihli 509 sayılı, 1966 tarihli 766 sayılı) Tapulama Kanunları ile 1972 tarihli 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Ön Tedbirler Kanunu ve 1987 tarihli 3402 sayılı Kanunun aynı amaca hizmet ettikleri vurgusuyla, içtihatları birleştirmiştir. Sonuç kısmından aynen aktaralım: 1617 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 26.7.1972 tarihinden sonra ve o tarih itibarıyla mer’i bulunan yasalara göre belgesizden zilyetlikle kazanılmış taşınmazların, **3402 sayılı Kadastro Kanununun yürürlüğünden sonra açılan davalarda, anılan Yasanın 14. maddesinde öngörülen sınırlamalar bakımından nazara alınması gerektiğine, 23.12.1994 gününde yapılan ilk toplantıda üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.** (İçtihatları Birleştirme BGK E. 1992/2 K. 1994/5).

I. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMASI DÜZENLEMESİNİN AMACI

Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması ilkesinin istisnalarından, olağanüstü zamanaşımıyla kazanım kurumunun amacını SUNGURBEY'in sözleriyle ortaya koyarak başlayalım: "Doğumundan çok sonra ileri sürülen istemlerin ya hiç doğmamış ya da zaten sona ermiş bulunmasının gerçeğe yakın olduğu yolundaki hayat deneylerine uygun olarak, uzun yıllardan beri durumu hukuki görünüşe uygun olan bir kimse, çok eski çağlardan çıkarılan istemler karşısında kendini ayrıca savunmak yükü altına sokulmamalı, hukuki durumu sonsuzluğa dek belirsizlik içerisinde askıda bırakılmamalı ve belli bir süre geçtikten sonra artık tartışılmamalıdır"⁴.

Olağanüstü zamanaşımıyla kazanımı haklı gösteren gerekçe konusunda SUNGURBEY'in tarihleri/bilgileri birleştiren yargılarını anıp devam edelim: Gaius haklıdır; "ne dominia in perpetuum incerta maneat" (mülkiyet sürekli olarak belirsizlik içinde bırakılamaz). Nitekim modern öğreti de kazandırıcı zamanaşımını kabul etmek durumunda kalmıştır. Bu, Digesta'daki uzun ve sonsuz mülkiyet davalarının önüne geçme zorunluluğu görüşüyle birleştirildiğinde, kurumun haklı gerekçesi 'bonum publicum'dur (kamu yararıdır)⁵.

Kanunlarda olağanüstü zamanaşımı kurumlarına yer verilmesinin kamu yararıyla sıkı bağıını, **ülke tarihinden bir bilgiyle tekrar edelim**: Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde (1926) tarım topraklarının büyük bir bölümü devletin elindedir; önemli bir kısmı kadastro görmemiştir; tapulu olmakla birlikte tedavül kayıtları işlenmediğinden yazımlar gerçeği yansıtmamakta, bu tür topraklarda sadece zilyet(lik) sıfatıyla tasarruf edilmektedir⁶. Tarım topraklarının boş kalması arzu edilmemiş, toprağı işleyen zilyetler olağanüstü zamanaşımı düzenlemesiyle korunmuştur. İşlemek toprağı üretime katmaktır, elde edilen ürünlerin piyasaya sürülmesi, genelin yararına, ekonomik kalkınmaya hizmet etmiştir⁷. **Nihayetinde bir kişinin uğraşı toplum yararınadır. (Birimiz hepimiz içindir!)**

⁴ İsmet Sungurbey, 'Olağanüstü Kazandırıcı Yıllanma Üstüne Zorunlu Bir Cevap', (Sungurbey, Zorunlu Cevap olarak anılacaktır), İHFM, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 299. Zamanaşımı ile edinim, uzun süren itira-za uğramamış fiili durumu hukuki istikrar, hukuk güvenliği nedeniyle hukukileştirir. (Şeref Ertaş / Emre Cumaloğlu / İlnur Serdar, Eşya Hukuku, İzmir, 2015, s. 321). Olağanüstü zamanaşımını istikrar bulmuş fiili durumların bozulmamasına, bir açıdan sosyal barışa hizmet eder, (Özen, s. 939).

⁵ Sungurbey, Zorunlu Cevap, s. 299.

⁶ Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayınları Yeni Seri No: 9, Ankara, 1971, s. 666.

⁷ Orta öğrenimini (en geç) 70'li yıllarda tamamlayan herkes anımsayacaktır, coğrafya derslerindeki/ kitaplarındaki değişmeyen (yargısı doğru) tümcelerden birisi, (özellikle de tarımda) Türkiye'nin dünya genelinde kendi kendine yeten dört ülkeden biri olduğu idi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), Anayasa Mahkemesinin iptal kararından dört yıl önce (**30 Ağustos 2007** tarihli, Birleşik Krallıkla ilgili) zıt yöndeki çarpıcı bir kararını örnek vererek kurumun tanınma amacını farklı bir yönden tekrar edelim⁸. Uyuşmazlık konusu, 23 hektarlık otlak/tarım arazisidir. Tapulu arazi, iki şirket adına tescillidir. Çiftçi bir çift araziyi kiralamış, kira sözleşmesinin süresi dolmak üzereyken (**1983**), malikler arazinin boşaltılmasını istemiştir. Çiftçi aile araziye terk etmemiş, süre dolduktan sonra kira da ödememiş, otlak olarak kullanmaya devam etmiştir. (Eşya Hukukçasını söyleyelim: Aile, dolaylı zilyedi tanımadığı anda zilyetliği aslen kazanmıştır; o andan itibaren malik sıfatıyla zilyettir⁹!) Zilyet aile **1997**'de zamanlaşımıyla kazanım işlemlerini başlatmıştır. Yüksek mahkeme, şirketlerin mülkiyet hakkını kaybettiklerine, çiftin arazinin mülkiyetini kazandığına hükmetmiştir. İstinaf Mahkemesi çiftçinin toprağı alma niyeti bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuş, Lordlar Kamarası yüksek mahkemenin kararını onamış, çiftçinin mülkiyet hakkını kazandığına hükmedilmiştir. AİHM'e taşınan uyuşmazlıkta, (7'ye karşı 10 oyla) ihlal bulunmadığına hükmedilmiştir. **(Sonuç: Tapulu tarım arazisi çiftçilerindir!)**

Bir kişinin tapuya kayıtlı taşınmazının mülkiyetinin, bir başkası tarafından kazanılmasına olanak tanıyan olağanüstü zamanlaşımı kurumu ilk bakışta malik açısından adaletsiz bir sonuç gibi görünebilir¹⁰. Ancak yaşam gerçekleri farklı bir yorumu gerektirmektedir. Yukarıdaki yargıların sonucunu tekrar edelim: Kurumun düzenlenme nedeni, tek tek bireylerin çıkarları ile kamunun çıkarının çatışmasında genelin yararına öncelik verilmesidir/üstünlük tanınmasıdır. **Bir anlamda azın, çoğun içinde yerini bulmasıdır!**

⁸ JA Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom, [GC], Appl. No. 44302/02, 30.08.2007. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["44302/02"\],"itemid":\["001-119504"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (erişim: 01.04.2016).

⁹ Zilyetlik türleri, zilyetliğin kazanılması yolları hakkında bilgi için bkz. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 2020, s. 57 vd., 66 vd.; Rona Serozan, Eşya Hukuku I, (Serozan, Eşya olarak anılacaktır) İstanbul 2014, s. 108 vd.; 116 vd.; Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 248 vd.; 255 vd.; Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku, Ankara, 1983, s. 12-13, 14 vd.; Mustafa Dural, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981, s. 14 vd.; Safa Reisoğlu, Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 50 vd.; 55 vd.

¹⁰ Acemoğlu'na göre, olağanüstü zamanlaşımıyla mülkiyet hakkının kaybedilmesi malikin ihmali-ne bağlanan bir yaptırımdır, (Kevork Acemoğlu, 'Olağanüstü Kazandırıcı Zamanlaşımı Müessesesi Üzerine Düşünceler', İÜHF, Yıl 1967, Cilt 33, Sayı 3-4, s. 250). Serozan'a göre kurum, malikin kendi eşyasına gösterdiği uzun süreli ilgisizliğin cezalandırılıp, o eşyaya bir başkasının gösterdiği yakın ilginin ödüllendirilmesi düşüncesine dayanmaktadır, (Rona Serozan, 'Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi', Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu [21 Mayıs 2012], İstanbul, 2012, s. 160). Sungurbey'e göre ise olağanüstü zamanlaşımı iddiasıyla tapuda malik gözükene kişinin mülkiyet hakkını kaybetmesi onun cezalandırılması değil kurumun bir sonucudur, (Zorunlu Cevap, s. 299).

Görüşümüz ayrıntılarıyla son başlıkta ortaya konacak olmakla birlikte, kamu yararı temeliyle bir bağ kuralım: ‘Kamu’ geneli ifade etmekte, kamu yararı esası, ‘hak süjesi’ ‘kişi’lerin asıl alındığını göstermektedir. Süjenin kişi(ler), türler ayrımında (gerçek sözcüğüyle tamlama oluşturan) insan(lar) olduğu gerçeği değişmemiştir. **(Sadeleştirerek söyleyelim: ‘Gerçek kişi’, insandır!)** Ancak incelememiz bağlamında kamu yararının içi doldurulurken, hükmün ratio legisi bugünkü koşullar dikkate alınarak belirlenmelidir. Dahası bu kaçınılmazdır. Bu demektir ki taşınmazın durumu da göz önünde tutulacaktır. Toprak işlendiğinde işlevini yerine getirir/ekmek verir! Dünyanın en büyük sorunu uzun zamandır açlıktır. Karın doyuracak şeylerin kaynağı hâlâ aslen topraktır. (Malum, yetiştirilen ürünler günlük yaşam ifadesiyle karın doyurmaya hizmet etmektedir.) SUGURBEY’in görüşünü açıkladığı zaman **(1968’de yuvarlak hesapla)** 3,5 milyar olan dünya nüfusu şu anda **(2023 başında, resmi rakamlarla bile☺)** 8 milyardır¹¹.

II. TAPULU TAŞINMAZLARIN MÜLKİYETİNİN OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMIYLA KAZANILMA KOŞULLARI

Olağanüstü zamanaşımıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için taşınmaza, zilyetliğe ve kişiye bağlı bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Taşınmaz, özel mülkiyete elverişli olmalıdır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan (kamu malı) taşınmazlar, özel mülkiyete konu olamaz (MK m. 715/II) olağanüstü zamanaşımıyla (kural olarak) kazanılamazlar (KK m. 18/II)¹².

(Kurum olarak) zilyetliğe ilişkin koşul, davasız ve aralıksız, 20 yıl süreyle ve malik sıfatıyla sürmesidir. Davasızlık, zilyede, kazanma arzusunda olduğu hakkın (mülkiyetin) ileri sürüldüğü/iddia edildiği bir dava açılmamış olmasını anlatır. (Zilyede istihkak davası açılmamış olmalıdır.) Aralıksızlık, zilyetliğin kesintisiz sürmesini anlatır. Zamanaşımının hesabında, durmasında, kesilmesinde (zamanaşımı) kurumun(un) ait olduğu Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır (MK m. 714 atfıyla, BK m. 151 vd.). Zilyetlik kaybedilip, koruma hükümlerine başvuruya eşyaya yeniden kavuşulmuşsa, bu ‘geçici kesilme’dir; aralıksızlığa hâlel getirmez!¹³ Malik sıfatıyla zilyetlik,

¹¹ Dünyada her gün 25.000, yılda 35 milyon insan açlıktan ölüyor, toprağın yaşaması/yaşatılması gerekir. Bir yönüyle bu gereği karşılayan imar-ihyada zilyet ekmeğini taştan çıkarmaktadır!

¹² Aşağıda, IV. GENEL DEĞERLENDİRME başlığında alanlararası geçiş sağlayan ‘olağan dışı’ yol ‘ihya’ya değinilecektir.

¹³ Eşya Hukukunda, elden rıza dışı çıkan (MK m. 989/I) taşınırın mülkiyetinin zamanaşımıyla kazanılması düzenlemesindeki geçici kesilme (MK m. 777/II) hükmünün aynısı/benzeri taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımıyla kazanılması maddelerinde yoktur. Zilyetliğin korunması yolları iki eşya türü için de ortaktır/geçerlidir (MK m. 981-983). Hak düşürücü süreler iki eşya türü hakkında da uygulanacaktır (MK m. 984). Tıpkı kazandırıcı zamanaşımında sürelerin eklenmesi (MK m.

başkasının üstün hakkını kabul etmemek suretiyle taşınmazda malik gibi hareket etmektir; kişinin iyiniyetli olması gerekmez¹⁴. (**Malik olma niyeti yer-ter!**) En çarpıcı örneklerden birisini analım: Hırsız da malik sıfatıyla zilyettir. (**Malik sıfatıyla zilyetlik > malik sıfatı!**)

Tapulu taşınmazların mülkiyetinin olağanüstü zamanlaşımıyla kazanılmasında kişi koşulunun iki farklı hukuki konumdaki süjeyle ilgisi, iki anlamı bulunmaktadır. **Kişilerden ilki**, tapuya kayıtlı taşınmazın **şeklen malikidir (sivilde tescilli kişidir)** [MK m. 1015/II]. **İkincisi** taşınmazı fiili hâkimiyetinde bulunduran (**dolaylı veya dolaysız**) **zilyettir** (MK m. 973-975). Şeklen malikle ilgili kısım da iki anlam taşımaktadır. İlk olasılıkta tapudaki mülkiyet hanesinde bir tescil vardır, ancak malikin kimliğinin/kim olduğunun tespitine yetmemektedir. (Örneğin, soyadsız ad yazmaktadır!¹⁵) İkinci olasılıkta malik hanesinde adı yazan kişi hakkında 20 yıl önce gaiplik kararı verilmiştir. Başkaca bir işlem yapılmamıştır. (Örneğin, hakları ölüme bağlı olanlar ortaya çıkmamış [MK m. 35/I], hiçbir işlem yapmamıştır! [MK m. 584, 587])¹⁶. Anayasa Mahkemesince iptal edilmeden önce tapuda malik gözükene kişinin 20 yıl önce ölmüş olması hali de şeklen malikle ilgili anlama dahildi. İptal kararından sonra durum değişmiştir¹⁷.

Kişiyeye ilişkin koşulun zilyet(lik)le bağına gelince: Tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete elverişli bir taşınmazı, davasız ve aralıksız, yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir

996) hükmü gibi, geçici kesilme hükmü de taşınmazlarda yoktur (unutulmuştur, kanımızca) taşınır mülkiyeti düzenlemeleriyle telifisi uygundur. Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanlaşımıyla kazanımında MK m. 996'nın uygulanabileceği yönünde bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 514, N. 1642; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 599.

¹⁴ İsmet Sungurbey, Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruruzaman, (Sungurbey, Müruruzaman olarak anılacaktır), İstanbul, 1956, s. 29 vd.

¹⁵ Anımsayalım, 1934'ten önce ülkemizde kimsenin soyadı yoktu!

¹⁶ Gaiplik kararı(n) verilmesi ile kararın hükümlerini doğurması aynı zamanı anlatmaz/aynı şey değildir. Gaiplik kararı belirli süreler sonrasında yürütülen prosedür devamında verilir (MK m. 32-33). **Karar hükümlerini, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya gaipten son haberin alındığı günden başlayarak (geriye etkili) doğurur.** (MK m. 35/II [**Gaiplik kararı, makale şamildir!**]) Zamanlaşımıyla kazanım düzenlemesinde (MK m. 713/II), gaipliğin hüküm doğurduğu tarihe ilişkin hükümle (MK m. 35/II) bağ kurulmamıştır. (Bu ikilikse ayrı bir değerlendirmenin konusudur.)

¹⁷ Anayasa Mahkemesi kararında, hükmün "... hakkında gaiplik kararı verilmiş..." ifadesini de ilgilendirdiği belirtilmiş, fakat iptal başvurusunun sadece "... yirmi yıl önce ölmüş..." şeklindeki ibare için yapıldığı, gaiplik konusunda bir talep olmadığı, bu nedenle incelemenin sadece hükmün "ölmüş..." ibaresi ile sınırlandırıldığı açıklanmıştır. Haliyle iptal kararından sonra, ölmüş bir kimsenin mirasçıları aleyhine olağanüstü zamanlaşımı uygulanamazken, gaip bir kimsenin mirasçıları aleyhine olağanüstü zamanlaşımı hâlâ uygulanabilmektedir. Aynı kurum açısından aynı durumdaki kişiler arasında eşitlikle bağdaşmayan bir sonuçtur bu. Durumu garabet olarak niteleyen Ertaş'a göre Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal kararı verilecekse öncelikle gaip adına kayıtlı taşınmazlar hakkında verilmelidir çünkü gaipliğine karar verilmiş kimsenin tekrar ortaya çıkması ihtimali vardır, (s. 322).

payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir (MK m. 713/I). Mülkiyet hakkı bu koşulların tamamlanmasıyla kazanılmaktadır (MK m. 713/V). Yukarıda andığımız 2/5 sayılı YİBK'den bir yargı aktaralım: Malik sıfatıyla zilyedin olağanüstü zamanaşımından yararlanabilmesi için kanundaki koşullara ek olarak, taşınmazda ekonomik yarar sağlaması, onu kullanmayı mümkün kılacak şekilde fiili egemenlik kurması gerekir. Süreç devam ederken hukuki konumun adı/niteliği (malik sıfatıyla da olsa) zilyetlikken, süreç tamamlandığında zilyetliğin içi malik kavramıyla dolmaktadır¹⁸. **(Malik sıfatıyla zilyetlikte, zilyedin üstünde sadece sıfat varken, kazanma gerçekleştiğinde altına mülkiyet yerleşmektedir¹⁹.)**

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARININ GEREKÇELERİ VE KARAR HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunan mahkeme, Medeni Kanunun 713. maddesinin "... yirmi yıl önce ölmüş..." şeklindeki ifadesinin Anayasanın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir²⁰. Anayasa Mahkemesi itiraz konusunu yalnızca Anayasanın 2. ve 35. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş, başvurudaki diğer hükümlere aykırılık iddialarını değerlendirmemiştir.

A. Anayasa m. 35 Hükmüne Aykırılığın Gerekçesi ve Görüşler

İptal talebinde bulunan mahkeme, Medeni Kanunun malike mülkiyet hakkına yönelik saldırıları önleme ve temin etme hakkı sağladığını, önleme davalarının hiçbir süreye tabi olmadığını, Anayasa (m. 35) uyarınca mülkiyet

¹⁸ Zilyetlik sürelerinin eklenmesine ilişkin MK m. 996 hükmü burada da uygulanacaktır. Muntazam zilyet silsilesi aranacak, süre dolduğu zaman koşulu sağlayan zilyet kazanacaktır mülkiyet hakkını.

¹⁹ Zilyetlik kurumuyla ilgili temel bir bilgiyi anımsayalım. Kişiye zilyet derken, zilyetliğin türleri belirlenirken, zilyetlik korunurken, altında bir hak olup olmadığına bakılmaz. Lakin (taşınırlarda) çoğu zaman zilyetliğin altında bir hak vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s. 19, 23; Serozan, Eşya, s. 98, 105, 113, 139; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 45, N. 281, 88, N. 408.

²⁰ Anayasanın **Cumhuriyetin Nitelikleri** başlıklı m. 2 hükmüne göre: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir"; **Kanun Önünde Eşitlik** başlıklı m. 10/I'e göre: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"; **Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması** başlıklı m. 13'e göre: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"; **Mülkiyet Hakkı** başlıklı m. 35'e göre: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz"; **Hak Arama Hürriyeti** başlıklı m. 36'ya göre: Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz".

hakkının sınırlanabileceğini fakat tamamen ortadan kaldıramayacağını, 20 yıllık sürenin geçmesiyle mülkiyet hakkının sona erdirilmesinin anılan hükme aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi (m. 35'e) aykırılık iddiasını incelerken aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

- Medeni Kanun m. 992/I hükmü tapuya kayıtlı taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmasını önlemektedir.
- Hukukun genel ilkelerinden birisi mülkiyet hakkının 'zaman ötesi' niteliği, başka deyişle mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle Medeni Kanun tarafından bir taşınmaz malikinın mirasçılara tanınmış hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, hukukten ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Mirasçılardan devam eden mülkiyet hakkı, taşınmazı fiilen kullanma hakkını içerdiği gibi kullanmama hakkını da içerir.
- Mülkiyet hakkının mutlaklığı ve tapu sicilinin aleniyeti karşısında, itiraz konusu sözcük uyarınca, zilyedin mirasçılara ait olan mülkiyet hakkını tanımayarak, tek yanlı ortadan kaldırmasına olanak tanınması, kazanılmış hak ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal etmektedir.

Mahkeme tespitler devamında, itiraz konusu "... ölmüş..." sözcüğünün Anayasanın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. İptal kararını bir çok yazar haklı olarak eleştirmiştir²¹.

Anayasa Mahkemesinin MK m. 992/I'ın tapuya kayıtlı taşınmazların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmasını önlediği yönündeki yargısına katılmak olanaksızdır. Hükümün kanun sistematikteki yerini tekrar edip görüşümüzü açıklayalım: Anılan madde (992), Eşya Hukuku kitabının, Zilyetlik adlı (Birinci) Bölümünde, (C harf başlıklı), Zilyetliğin Korunmasında, (II) Zilyetlik Dolayısıyla Hakkın Korunması başlığının 5. (alt) başlığıdır: **Taşınmazlarda karine**. Sistematik anlattığı, bütün Eşya Hukuku kitaplarında da tekrar edilen bilgi, taşınmazda kişi-eşya bağına kamuya anlatan tapu sicilinin (taşınmazlardaki zilyetliğin işlevini yerine getirdiği), zilyetliğin korunması yoluna başvurmada ilk gidilecek yer olduğudur²². Tapudaki yazımın da (adı başlıkta)

²¹ Serozan, s. 159-161; Ertaş / Cumalıoğlu / Serdar, s. 321; İlhan Helvacı, 'Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanunumuzun 713. Maddesi ve Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile İlgili Kararları Üzerine', Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 27-37; Özen, s. 932-954.

²² Temel eserlerden bazılarında atıfla yetinelim: Ayiter, s. 49; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 393, 395; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 150, N. 593.

hak sahipliğine karine oluşturduğudur. (**Karineler aksi kanıtlanabilen kabullerdir**²³.)

Bu saptamaları m. 992/I'nin sözüyle birleştirdiğimizde düzenleme, mülkiyet hakkı tescil edilmediği sürece malikin hak karinesinden yararlanamayacağını ve zilyetliğe dayanan davaları açamayacağını anlatır. Bu hükmü tamamlar nitelikteki m. 713/II de açıklayıcı tescil yapılmadığı sürece taşınmazın olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmaya uygun olduğunu (açıklayıcı tescil ihmal edilirse, mülkiyetin elden gitme tehlikesi bulunduğunu) anlatır. Son yargıyı tersiyle söyleyelim: Tapu sicili asıl işlevi olan aleniliği yerine getirdiği sürece, tapuya kayıtlı bir taşınmaz olağanüstü zamanaşımıyla kazanılamaz. Hâsılı iki hüküm maliki açıklayıcı tescili yaptırmaya zorlar²⁴.

Anayasa Mahkemesinin, mülkiyet hakkının olağanüstü zamanaşımıyla kazanılmasının, aynı hakların hak düşürücü süre ve zamanaşımına tabi olamayacağı ilkesine aykırı olduğu sonucuna vardığı açıktır²⁵. Mutlak nitelikteki mülkiyet hakkı zamanaşımına uğramaz, kullanılmamakla düşmez evet²⁶. Zamanaşımıyla kazanım türlerinden olağanüstü yolda da malik, yirmi yıl ya da daha uzun süre kullanmadığı için kaybetmez mülkiyet hakkını. SUNGURBEY'in yargısıyla pekiştirelim: Tapu sicili gerçek maliki gösterdiği takdirde malikin başka yerde oturması, taşınmazla hiç ilgilenmemesi veya taşınmazın bulunduğu yerde kendisini tanıyan kimsenin olmaması halinde olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyetin kaybedilmesi tehlikesi yoktur²⁷.

Zamanaşımıyla kazanım kurumu, aranan bir dizi koşulun gerçekleşmesiyle mülkiyet bahşeder zilyede. Malikler ortada olmadığı, mülkiyet hakkının tanıdığı fiili tasarruf yetkisini uzun süre kullanmadığı, öte yandan (malik sıfatıyla) zilyet fiili hâkimiyeti kurup sürdürerek taşınmazı hayata kattığı için kazanmaktadır hakkı²⁸. Zilyet kazandığında, malikin mülkiyet hakkından söz

²³ Belen / Köksal, s. 284. Kavramın Fransız Medeni Kanunu m. 1349'daki tanımını analiz: "Karineler, malum bir hadiseden, meçhul bir hadise lehine olarak kanun veya hâkim tarafından çıkarılan neticelerdir", (Andreas Schwarz, B. Medeni Hukuka Giriş, [Çev. Hıfzı Veldet], İstanbul, 1946, s. 181. Karine kavramı hakkında bilgi için bkz. Schwarz, s. 181 vd.; Oğuzman, s. 198-201; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükmeleri, İstanbul, 2022, s. 209-210; Belen / Köksal, s. 282 vd.

²⁴ Aynı yönde Özen, s. 949.

²⁵ Bu yargının vardığı yer aslında zamanaşımıyla kazanımın toptan reddidir! Mahkemenin, hani ne-redeyse, gaiplikle ilgili kısım da itiraz konusu olsa, onu da iptal ederdim edalı ifadeleri bu yargıyı doğrulamaktadır, (bkz. dn. 17'deki alıntı).

²⁶ Mülkiyet hakkını veya mülkiyetten doğan yetkilerin kullanılmasını zamansal sınırlamaya tabi tutan bir yasa kuralı olsaydı da, mülkiyetin özünü ortadan kaldırmazdı ve Anayasa'ya aykırı olmazdı, (Özen, s. 941 vd.).

²⁷ Sungurbey, Müruruzaman, s. 16 dn. 72.

²⁸ Aynı yönde Oğuzman / Selici / Oktay-Özdemir, s. 36, N. 130; Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2022, s. 404; Helvacı, s. 34; Özen, s. 934, 936.

edilemez olur. Kayıp, kazanım madalyonunun öbür yüzüdür; kazanımın olağan sonucudur.

Öte yandan mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yol açabilecek her bir olgunun Anayasa’da tek tek sayılması beklenemez. Anayasanın 35. maddesinde belirtilen ‘kamu yararı’ bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmelidir, Medeni Kanunun 713/II hükmündeki sonuç da kamu yararının gereğidir²⁹. Karar metninden nasıl böyle bir yargıya varıldığı anlaşılacakla birlikte, mahkemeye göre olağanüstü zamanaşımı kurumunun kabul edilmesi kamu yararına aykırıdır. **Kanımızca tam tersine, olağanüstü zamanaşımı koşullarıyla mülkiyet hakkının kaybedilmesinde kamu yararı vardır!**

Tapulu taşınmazlarda hak sahipliğinin hem maddi hem şekli anlamda değer taşıması gereği, ikisinin birlikteliğiyle (ikisi de aynı kişiyi işaret ettiğinde) yerine gelir. Zamanaşımıyla (ölmüş kişinin taşınmazını) kazanımda, şekli anlamdaki belirsizlik (aslında boşluk), maddi anlamda hak sahipliği noktasında da duraksama/belirsizlik/boşluk yaratmaktadır. Öte yandan kamuya açıklık uyarınca, sadece şeklen malikten (tapuda adı yazandan) kazanımda üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasındaki temelle, malik sıfatıyla zilyetlikle taşınmazı bir anlamda işleyen, işlevi uyarınca hayata katan kişinin zamanaşımıyla kazanımla ödüllendirilmesi arasında fark yoktur. Anayasa Mahkemesi “ölmüş” sözcüğünü iptal etmekle, tapu sicilinin aleniliğini sağlamada Medeni Kanunun kabul ettiği tedbirlerden çok önemli birini ortadan kaldırmıştır³⁰. **(Temellerden biri hak ile yeksan olmuştur!)**

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, 6302 sayılı değişiklik kanunuyla (m. 3) Tapu Kanununa bir madde eklenmiştir³¹. Aynen aktaralım: “Ölüm tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde tapu sicilinde miras intikalinin gerçekleşmemesi halinde tapu müdürlüğü, mirasçılık belgesi düzenlenmesi için yargıya başvurabilir. Tapu müdürlüğü mirasçılık belgesine göre tapu sicili kayıtlarını elbirliği mülkiyeti şeklinde tescil ederek güncelleştirir. Tapu müdürlüğünün bu yetki kapsamındaki başvuruları her türlü gider, vergi, resim veya harçtan muaftır”³². Kavramların yanlış kullanımı, mirasçının tek kişi olması olasılığının göz ardı edilmesi, takdir yetkisi verir sözler (hepsi eleştiri konusu) ifadeler bir yana, tapu müdürlüğünün (deyim yerindeyse) mirasçıla-

²⁹ Özen, s. 938.

³⁰ Özen, s. 952.

³¹ 6302 Sayılı, Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, (RG 18.05.2012, S. 28296). Kanunun m. 4 hükmü ile de 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 13/1/B/c alt bendindeki “... ölmüş veya...” ibaresi hükümden çıkarılmıştır.

³² Helvacı, anılan hükmün lafzının özensiz kaleme alındığı, maddede geçen “miras intikalinin gerçekleşmemesi” ifadesi yerine “mirasçı veya mirasçılar adına açıklayıcı tescilin yapılmaması halinde” ifadesinin daha isabetli olacağı görüşündedir (s. 36).

rın bekçisi kılınmasını anlamak güçtür³³. Absürdlüğü saptamakla yetinelim: Tapu memurlarının yapacağı işlemin, zamanaşımıyla kazanımın temelini oluşturan, taşınmazla ilgilenen bulunmadığı gerçeğini **tescil etmekten** başka anlamı yoktur!

B. Anayasa m. 2 Hükmüne Aykırılığın Gerekçesi ve Görüşler

İptal başvurusunda bulunan mahkeme, Anayasa’da temel haklar arasında sayılan mülkiyet ve mirasın, sırf tapuda intikal yapılmadı diye belirli bir süre geçtiğinde sona erdiğinin kabul edilmesinin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu “... ölmüş...” sözcüğünün Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. İptal kararının gerekçesinde hukuk devletinin tanımı yapılmış, kazanılmış haklara saygı ilkesinin de hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramının içerisinde yer aldığı belirtilmiştir. İptal edilen sözcüğün, neden m. 2’ye aykırı olduğu açıklanmamıştır. Başka deyişle kararda Anayasa m. 2’ye aykırılık niteliğinin gerekçesi yoktur. **Gerekçesi yazılmamış bir yargıyı eleştirme olanağı da yoktur!**

Ancak aykırılık itirazında bulunan alt mahkeme iddiasına birkaç tümce ile yanıt vermek iyi olur: Bir kere intikal sözcüğü baştan aşağı yanlıştır. İntikal, ölüm olayı/kanun hükmü ile geçiştir/tescilsiz kazanımdır (MK m. 599/I). Hiç kimse hiçbir eylem/işlem yapmadan gerçekleşir. Bunun için mirasın açılması (MK m. 575), bir gerçek kişinin mirasbırakan adını alması (ölmesi) gerekir/yeter. Tapuya tescil, intikali ifşa eder (açıklar). Mirasçılar taşınmazda fiili hâkimiyeti sürdürüyor olsalar, hem malik hem malik sıfatıyla zilyet olsalar, hakkın kaybedilmesi tehlikesi yoktur. Mahkemenin yargısını devralalım: Sırf açıklayıcı tescil yapılmadığı için zamanaşımıyla kazanım hükmü verilebilseydi, düzenleme baştan aşağı aykırılık (hukuksuzluk) taşıyor/saçıyor olurdu. Aksine açıklayıcı tescilin yapılmamış olması, zamanaşımıyla kazanım yolundaki ilk taşdır. Ardı sıra döşenen taşlarla (davasız, aralıksız, malik sıfatıyla 20 yıl boyunca zilyetliği sürdürmek, süre dolduğunda tescil için mahkemeye başvurmak...) yol bittiğinde, adı zamanaşımıyla kazanımdır.

³³ Ayrıntılar başka bir çalışmanın konusu olmakla birlikte birer/ikişer tümce ile yazalım: ‘İntikal’, ölümle gerçekleşir (MK m. 599/I). Tapulu taşınmazın mülkiyet hanesine malik adının yazımı ‘tescil’dir (MK m. 705/I, 1022/I) (‘Kayıt’, taşınmaza tapuda sayfa açılmasıdır, [MK m. 998]). Tek mirasçı varsa münhasır hak sahipliği vardır, elbirliğinden söz edilemez. Birden fazla (yasal ve/veya atanmış) mirasçı varsa (ancak) ölümle aralarında miras ortaklığı, elbirliğiyle hak sahipliği doğar (MK m. 640 vd.).

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

İptal kararını kadim kurumun tarihçesiyle değerlendiren SEROZAN’a katılmamak mümkün değildir: Mülkiyet hakkını en üst düzeyde kutsayan üretim ve mülk edinme sistemlerinde (kölecî Roma İmparatorluğu döneminden beri) yüzyıllardır kabul edilmiş bir olanağın (‘usucapio’nun) birden bire mülkiyet hakkının özüyle bağdaşmaz bulunması, anlaşılacak gibi değildir. Mülkiyet hakkının sosyal yüküm boyutunu gözden kaçırmaması bir yana, hakkı kapitalizm öncesi feodal ve kölece üretim biçimlerinde yapıldığından da fazla kutsayan bir karardır Anayasa Mahkemesinin verdiği³⁴.

Malik sıfatıyla, davasız aralıksız devam eden zilyetliğe, iyiniyet de aranmadan mülkiyet bahşedilmesi dolayısıyla, olağanüstü zamanaşımında aslo-lan deyim yerindeyse **taşınmazın** malike kavuşması, **‘sahiplendirilmesi’**dir. Anımsayalım, kanunu özüyle ve sözüyle uygulaması gereken hâkim, sözün anlamını belirlerken, hükmün getirilme amacını da (‘ratio legis’) araştırarak, **‘yorum’** yapacaktır. Yorumun türleri/yöntemleri muhtelifdir. İnceleme konumuz bağlamında, **‘amaç’** ve **‘zaman’** yorumun türünü/yöntemini belirlemede önemlidir. Olağanüstü zamanaşımıyla taşınmaz mülkiyeti kazanılmasında, özellikle de tapulu taşınmaz koşulu irdelenirken, **zamana göre objektif tarihi yorum** anımsanmalıdır/**asıl alınmalıdır**.

Önerdiğimiz yorumu kısaca açıklayıp görüşü somutlaştıralım: Kanunlar, sorunlara çözüm sunan yaşayan metinlerdir. Süreklilik için hükmün yürürlük süresince yaşamdaki değişikliklerle bağdaştırılması, uyumlu kılınması gerekir. Kanunu koyan irade, (bu)günün ihtiyaçlarıyla genişletilerek devam ettirilmelidir. Zamana göre objektif tarihi yorum, kanunu dinamik, ihtiyaçlar uyarınca esnek kılarken, kanun koyucuyla arasına mesafe koymakla birlikte belli ölçüde **subjektif ve objektif tarihi yoruma da başvurulduğu üzere** uygun türdür/yöntemdir³⁵.

İptal edilen hükümdeki olasılıkla ilgili kısa bir açıklamanın ardından görüşümüzün ayrıntısına/gerekçelerine dönelim: Mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını ve diğer malvarlığı haklarını, ölümle/kanun hükmüyle/kendiliğinden kazanırlar (MK m. 599)³⁶. Terekenin aktifinde taşınmaz-

³⁴ Serozan, s. 159.

³⁵ Kanunun uygulanmasında yorum, yorum türleri konusunda bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 1985, s. 50 vd.; Dural / Sarı, Temel Kavramlar, s. 65 vd.; Belen / Köksal, s. 56 vd.

³⁶ Miras Hukukunda mirasın kazanılması ilkesi konusunda bilgi için bkz. Herdem Belen, Miras Hukuku Şema Kitap, İstanbul, 2021, s. 8(-9). Temel Kavramlarda hakların kazanılması başlığında mirasın kazanılmasının özelliği hakkında bkz. Belen / Köksal, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları Şema Kitap, İstanbul 2020, s. 144, 149.

da mülkiyet hakkı da varsa, mirasçılar açısından bu, tescilsiz kazanımdır (MK m. 705/II tümce 1). Mülkiyet hakkı hukuki olay ölümle mirasçılara intikal etse de, tasarruf işlemi yapabilmek için açıklayıcı tescil gerekmektedir (MK m. 705/II tümce 2). Tapuda ölmüş bir kişi adına bulunan tescil, mirasçılar tarafından taşınmaz kendi adlarına tescile dönüştürülmedikçe **(maddi) gerçeği yansıtmamaktadır**. Tescil yapılmadığında gerçek hak durumunu göstermeyen bir tapu sayfası var demektir³⁷. (Başka deyişle **sadece şekil var demektir, bu da bir tür yolsuz tescildir** [MK m. 1024/II].)

İptal edilen sözcük öncesi durumu bilgilerle birleştirelim: Mülkiyet hanesinde yazan adın sahibi ölmüştür, taşınmaz ölmüş kişi adına tescillidir, birileri (en az) yirmi yıl boyunca malik sıfatıyla fiili hâkimiyet sürdürmüş, taşınmazı ekmiş/biçmiş, hâsılı ürün yetiştirmiştir³⁸. Tescile gerek olmadan, ölümle te-rekeyi, bu arada taşınmazların mülkiyet hakkını da kazanmış mirasçılar ortalıkta yoktur (MK m. 599/II). Tasarruf işlemi yapabilmek açıklayıcı tescile bağlı olup, mirasçılar talepte bulunmamış, **mülkiyet hakkının karakteristik yetkilerinden hukuki tasarrufta bulunmamışlardır** (MK m. 705/II). **Başka bir kişi, karakteristik yetkinin diğer başlığının, fiili tasarrufun içini doldurmaktadır**. (2/5 sayılı YİBK'teki sözleri tekrar edelim: Zilyet, şey üzerinde ekonomik yarar sağlamış, onu kullanmayı mümkün kılacak biçimde fiili egemenliğini sürdürmüştür.)

HELVACI'nın katıldığımız yargısıyla, kanun koyucu ilgililerin çıkarlarını tarttığında, açıklayıcı tescili bile ihmal eden mirasçılar karşısında, taşınmazı 20 yıl davası aralıksız fiili hâkimiyetinde bulunduran zilyedi ön planda tutarken, Anayasa Mahkemesi bu çıkarlar dengesini gözden kaçırmış görünmektedir³⁹. Yargıyı biraz daha farklı bir boyuta taşıyalım: Bugün ön planda tutulması gereken, **önce işlenen toprak, ardından insandır/zilyettir**.

Kurumun amacı açıklamalarında değindiğimiz, çiftçilerin, öncesinde kiracı bulundukları taşınmazın mülkiyetini zamanaşımıyla kazanmaları kararında ihlal bulunmadığına hükmeden AİHM'e taşınmış vakadaki bazı yargıları aktararak/yorumlayarak devam edelim:

³⁷ Özen, s. 936.

³⁸ Tapuya kayıtlı taşınmaz arazi, bağımsız ve sürekli (üst, kaynak veya diğer) irtifak haklarından birisi veya kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölüm olabilecektir (MK m. 998). Zamanaşımıyla kazanım uygulamaları/örnekleri çoğunlukla **hukuki niteliği de taşınmaz olan araziler** hakkındadır. Arazide malik sıfatıyla zilyetlik, aslen ekip/biçme, ürün elde etme fiilleriyle yürütülmektedir. Ne olmadığını söyleyelim, araziye sadece çitle çevirmek malik sıfatıyla zilyetlik olarak değerlendirilmeyecektir/değerlendirilmemelidir. Taşınmaz kavramı/niteliği/içeriği hakkında karşılaştırmalı kısa bilgi için bkz. Herdem Belen, 'Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri (I)', İstanbul Barosu Aylık Bülteni, (Kasım-Aralık) 2016, Sayı: 136, s. 44-45.

³⁹ Helvacı, s. 34-35.

Tescilli malik şirketler, kazandırıcı zamanaşımı kesme olanağına sahipken hiçbir şey yapmamıştır. On iki yıl boyunca herhangi bir bedel talep etmemiş, mülkiyet haklarının onanması davası açmamışlardır. Malik adına tescille, uzun süreli ve çekişmesiz zilyetlik karşılaştırıldığında, ikincisi yeğdir. Aslolan şirketlerin ‘mallarından mahrum olması’ değil arazinin ‘kullanımının düzenlenmesi’dir.

Mülkiyet hakkının onanması davaları için öngörülen on iki yıllık zamanaşımı süresi başlı başına **kamu yararı** meşru amacına yöneliktir (**Geldisi: Olağanüstü zamanaşımıyla kazanımda kamu yararı vardır!**) Devletler bu konuda çok geniş takdir yetkisine sahiptir, aslolan ekonomik ve sosyal politikalarlardır. (**Gittisi: [Bazen] mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramasında kamu yararı vardır!**)

Kararın son kısmında tekrar edilen bir bilgi de şudur: 23 hektarlık arazi, tahminen birkaç milyon sterlidir, ancak değerin/miktarın davanın sonucuyla ilgisi yoktur.

Özetle uyumsuzlukta bir anlamda kazandırıcı zamanaşımı (kurumu da) tartışılmış, uzun süreli çekişmesiz zilyetlik üstün görülmüş, mülkiyetin kazanıldığına, malikin mülkiyet hakkının ihlalden söz edilemeyeceğine hükmedilmiştir. (**Dahası AİHM kararı, zamanaşımıyla kazanımın yanına zamanaşımıyla kayıp nitelemesini taşımıştır.**)

Görüşümüzün gerekçelerinden bir başkası için olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı hükmünün son fıkrasında atıf yapılan özel kanundaki bir kuruma değinelim. Öncesinde temel bir bilgiyi tekrar edelim. Eşya Hukuku hükümleri, özel hukuka/mülkiyete konu/elverişli taşınmazlarla ilgilidir. Kamu malı taşınmazların, Eşya Hukukuyla ilgisi yoktur (MK m. 999). Onlara ilişkin haklar/yetkiler Medeni Hukuk kurumlarının kavramlarıyla anlatılmaz/anlaşılmaz. Kurallar böyle olmakla birlikte, Kadastro Kanununda alanlararası geçişe hükmedilen bir kurum düzenlenmiştir: **İhya** (m. 17).

Konumuzla doğrudan ilgisi bulunmamakla birlikte, kamu malları hakkında kısa alan bilgisi aktarıp devam edelim: İdare Hukukunda taşınmazlar, kamusal mallar ve özel mallar ikili ayrımıyla irdelenir⁴⁰. Kamusal mal ise kamu tüzel kişilerine ait olanlardan, kamunun doğrudan kullanımına sunulanlar ile özel bir düzenleme ile kamu hizmetine tahsis edilenleri anlatır. Kamusal mallar da sa-

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Gülan, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, 1999, s. 32 vd.; Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005, s. 17 vd.; Fatma Ayhan, İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, İstanbul, 2012, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 52-81.

hipsiz mallar, hizmet malları⁴¹ ve orta malları⁴² olarak üç gruptur. Üçlü ayrım girmeyen, kamu tüzel kişilerine ait olan (fakat) kamusal olmayan mallar, kamunun özel malı niteliğindedir; kamu yararından öte, gelir getirme amacı taşırlar; özel hukuka tabidirler ve uyuşmazlıkları adli yargıda çözümlenir^{43,44}.

Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmazlar, kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez (KK m. 18/II). Sahipsiz mallar ise kimsenin mülkü olmayan, doğal nitelikleri gereği, doğrudan doğruya herkesin ortak yararlanmasına açık olan mallardır⁴⁵. Deniz, göl nehir gibi yararı kamuya ait sular, kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar sahipsizdir (MK m. 715, KK m. 16/C)⁴⁶. Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar, (kural olarak) devletin hüküm ve tasarrufundadır (TMK m. 715/I). İstisnaen özel mülkiyete konu olabilirler. İhya işte bu istisnalardandır⁴⁷.

Özetle içeriğini/koşullarını analım: (1) Tarıma elverişli olmayan kamu arazileri (ama dikkat, ormanlar olmaz, hizmet malları olmaz, il/ilçe/kasaba-

⁴¹ Hizmet malları kamu hizmetinde kullanılan resmi bina ve tesislerdir: Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar, bahçeler, boşluklar ve benzeri hizmet malı olarak sayılmıştır (KK m. 16/A). Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülan, s. 38 vd.; Çabri, s. 22; İlhami Söyler, 'Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm ve Tasarrufundaki Yerler', Sayıştay Dergisi, Yıl 2014, Sayı: 83, s. 61.

⁴² Hiç kimsenin önceden izin almaksızın serbestçe ücretli veya ücretsiz yararlanabileceği mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri, yol, meydan, köprü gibi yerler orta malıdır (KK m. 16/B). Orta malları hakkında bilgi için bkz. Gülan, s. 32, 34; Çabri s. 21; Söyler, s. 60.

⁴³ Çabri, s. 23-24.

⁴⁴ Ama dikkat, idare özel mallarında da özel hukuk kişileri gibi özgürce tasarrufta bulunamaz. Malum, kamu tüzel kişilerinin sözleşmelerinde/hukuki işlemlerinde kişisel çıkarlar değil, kamu yararı/parası esastır. Anayasa Mahkemesinin bir kararından farka ilişkin ifadeleri aktaralım: "(...) Kamu taşınmazlarının bir bölümü, kamu hizmetine özgülenmeden gelir getirmek amacıyla kiraya verilmektedir. Kamu hizmetine özgülenen taşınmazlar, kamu hukuku ilişkisi içerisinde ve idare hukuku kurallarına göre yönetilmesine karşın kiraya verilen diğer taşınmazlar ise üçüncü kişiler yönünden özel hukuk kurallarına bağlıdır. Ancak kamu idaresi ile taşınmazı arasındaki ilişki özel hukuktaki malik-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklıdır. Özel hukukta malik, taşınmazı üzerinde dilediği biçimde tasarruf yetkisine sahip iken, kamu idareleri, sahip oldukları taşınmazlarının kiralınmasında, satılmasında belli kurallara uymak ve elde ettikleri gelirleri kamu hizmetine ayırmak zorundadırlar. Diğer yandan bunlardan elde edilen gelirin, kamu idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmete harcanması da, bu taşınmazların kamu hizmetine dolaylı olarak özgülenmesi anlamındadır. Böylece taşınmazı kiraya veren kamu idareleriyle, kiralayan gerçek ve özel tüzel kişiler ayrı hukuki konumdadırlar", (T. 18.07.1994, E. 1994/44 K. 1994/56 sayılı [RG 01.08.1996, S. 22714]).

⁴⁵ Gülan, s. 41 vd.; Söyler, s. 60.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülan, s. 43; Çabri, s. 20-21; Mehmet Şengül, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul, 2004, s. 105 vd.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şengül, s. 221 vd.; Çabri, s. 20. Kamu malları hakkında şematik bilgi için bkz., Gülşah Vardar Hamamcıoğlu / Gülşah Sinem Aydın, Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, İstanbul 2017, s. 238.

larda imar planı kapsamındaki taşınmazlar olmaz), (2) masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirildiğinde (3) aynı çalışma alanında sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar (4) olağanüstü zamanlaşımı koşullarının varlığıyla (20 yıl süreyle, davasız aralıksız malik sıfatıyla zilyetlik, belgelerle/beyanlarla, bu miktarların üzerinde ise hükümde sayılan özel belgelerle kanıtlanarak), imar-ihya edenler/halefleri veya hazine adına tespit edilir. **İmar-ihyada kamu malı taşınmazlar tarıma elverişli hale getirildiğinde, bir anlamda özel mülkiyete elverişli hale de gelmekte, böylece alan değişikliğiyle özel hukuka taşınmakta, Eşya Hukuku hükümlerinin uygulama alanına girmektedir.**

İhyada anahtar sözcük ‘tarım’dır diyebiliriz. Toprağın işlenmesi, işlevini yerine getirir duruma gelmesi, ürün vermesi, özetle insanlığa yarar sunmasıdır. Toprağın hakkını vermek alan değişikliğine bile götürürken, işlevsiz/boş bırakılmış/bir kıyıya itilmiş toprağı hayata döndüren, işlevi uyarınca değerlendiren kişilerin mülkü kılacak seçenekleri, anlaşılmaz/içe sinmeyen gerekçelerle budamak kabul edilir şey değildir. Hâsılı kamu malı özel mülk kılınabiliyorken, mirasçıların en az yirmi yıl boyunca ilgilenmediği araziye maliki gibi sahip çıkan kişinin mülkiyeti kazanmasına hükmedilememesi olacak şey değildir!

Bir başka gerekçe için amacı olmasa da hükümleri tartışılır bir özel kanunu analım: Anayasa Mahkemesinin iptal kararından altı yıl (AİHM kararından iki yıl) önce yürürlüğe giren 5403 sayılı kanunla (m. 8/İ), sınırdaş komşu taşınmaz maliklerine önalım hakkı tanınmıştır⁴⁸. Eşya Hukukunun temel ilkelerini zorlayan hakkın tanındığı kanunun amaç, kapsam, tanım hükümleri (m. 1, 2, 3) birlikte değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkının en geniş yetki tanıyan hak olduğu ifadesiyle pek bağdaşmadığı söylenebilecek (!) düzenlemenin hedefinin münhasır mülkiyet olduğu görülecektir. Anılan maddelerdeki bazı ifadelerle atıfla yargımızı pekiştirelim: ‘Toprağın korunması, geliştirilmesi’, ‘asgari tarımsal arazi’, ‘arazi büyüklüğünün belirlenmesi ve bölünmelerin önlenmesi’, ‘amaç dışı yanlış kullanımların önlenmesi’, ‘korumayı sağlayacak yöntemlerin oluşturulması’, ‘tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, arazinin küçülmesi halinde elde edilemeyeceği’⁴⁹.

⁴⁸ Aslında önalım hakkı, birlikte (toplu) mülkiyet türlerinden paylı mülkiyete konu taşınmazlarda (tek cüzde), payın üçüncü kişiye satışında, diğer paydaşlara tanınmıştır (MK m. 688 vd.; 732). Mülkiyetin kanundan doğan sınırlamalarındandır (MK m. 731). Hakkın yükümlüsü/muhatabı, payını üçüncü kişiye satan/satmak isteyen paydaş; hak sahipleri diğer paydaşlardır. Hakkın tanınma nedeni, ihtilafların anası paylı mülkiyet ilişkisine, halihazır paydaşlar dışında birinin gelmesini önlemektir. Amaç genel değişim aracı/değeri para olduğunda, kanun koyucu, paydaş sayısının eksilmesini artmasına tercih etmiştir!

⁴⁹ 5403 sayılı, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, (RG 19.7.2005, S. 25880). İlgili m. 8/İ hükmü, 28.10.2020 Tarihli, 7255 sayılı, Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunun 20. Maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır, (RG 4.11.2020, S. 31294). Hükümün hem yürürlüğü hem yürürlükten kaldırılması hayli/haklı eleştirilmiştir; konumuzla bağı ölçüsünde anılıp, ayrıntıya girilmemiştir.

Özel kanunla, bağımsız taşınmazlarda, sınırdaş taşınmaz maliklerine tanınan önalım hakkında, bir anlamda birden fazla taşınmazın birleştirilmesi, küçülen arazilerle azalan/azalma tehlikesi taşıyan verimliliğin artırılması, tarımsal faaliyetlerin desteklenmesi, aslında kamu yararının gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Günün/zamanın/hayatin ihtiyaçları, kanun koyucuları akla hayale gelmeyecek/aslında duraksatıcı yollara sevk etmekte, kadim kurumları farklı noktalara taşımaktadır. Şöyle söyleyebiliriz: Sınırdaş komşu parsel taşınmazların maliklerine önalım hakkı tanınan bir zamanda, sahibi ölünce sahipsiz/ortada kalmış taşınmazların zamanaşımıyla kazanımı hükmünün iptal edilmesindeki mantığı anlamak güçtür!

Son sözler olarak ekleyelim: Taşınmazın malikinin bulunması, eşyanın kamunun yararını da gerçekleştirdiği gerçeğini değiştirmemektedir. Özel mülkiyete konu taşınmazı işleyen, atıl kalmasını önleyen zilyedin çıkarlarının korunmasında da kamu yararı vardır. (Başka deyişle mülkiyet hakkı, sadece sahibinin/sahiplerinin çıkarına hizmet etmez.) Mülkiyet hakkının gözden kaçırılmaması gereken ekonomik ve sosyal bir boyutu vardır. Kanunlarda olağanüstü zamanaşımı kurumuna yer verilmesinin bir nedeni de budur. Fiili hâkimiyeti terk edilen taşınmazın bir kıyıda durması/kalması yerine amacına/işlevine (eşyanın tabiatına) uygun kullanılması ve/veya işlenmesi, sadece zilyedin değil toplumun da yararınadır. Devletlerin taşınmazın kullanımıyla ilgili düzenlemeler yapmaları olağandır. Kaldı ki bu istisnai yol, (diğer koşullar bir yana) en az yirmi yıllık bir sahip çıkmanın ödülüdür⁵⁰.

⁵⁰ Serozan'a atıfla (Eşya, s. 100) hoş özdeyişle bitirelim: Beatus possidens (: Ne mutlu zilyedim diyene!)

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork, ‘Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler’, İÜHFM, C. 33, S. 3-4, 1967/3, s. 248-256.
- AYHAN, Fatma, İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, İstanbul, 2012, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- AYİTER, Nuşin, Eşya Hukuku, Ankara, 1983.
- BELEN, Herdem, ‘Ana Hatlarıyla Taşınmazda Kullanma Yararlanma Hakları ve Birbirleriyle İlişkileri (I)’, İstanbul Barosu Aylık Bülteni, (Kasım-Aralık) 2016, Sayı: 136, s. 44-48.
- BELEN, Herdem / KÖKSAL, Mehmet, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları, Şema Kitap, İstanbul 2020.
- BELEN, Herdem, Miras Hukuku Şema Kitap, İstanbul, 2021.
- ÇABRİ, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005.
- DURAL, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2022.
- ERTAŞ, Şeref / CUMALIOĞLU, Emre / SERDAR, İlknur, Eşya Hukuku, İzmir, 2015.
- GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, 1999.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.
- HELVACI, İlhan, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Medeni Kanunumuzun 713. Maddesi ve Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile İlgili Kararları Üzerine’, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 27-46.
- OĞUZMAN, Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 1985.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 2020.
- ÖZEN, Burak, ‘Yirmi Yıl Önce Ölmüş Bir Kişi Adına Tapuda Kayıtlı Olan Taşınmazın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Kazanılmaması’, Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 932-954.
- REİSOĞLU, Safa, Eşya Hukuku, Ankara, 1984.
- SCHWARZ, Andreas, B. Medeni Hukuka Giriş, (Çev. Hıfzı Veldet), İstanbul, 1946.
- SEROZAN, Rona, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi’, Anayasa Mahkemesi’nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul (21 Mayıs 2012), s. 137-165.

- SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku I, İstanbul, 2014.
- SÖYLER, İlhami, ‘Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm ve Tasarrufundaki Yerler’, Sayıştay Dergisi, Yıl 2014, Sayı: 83, s. 57-68.
- SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2022.
- SUNGURBEY, İsmet, Türk Hukukuna göre İktisabi Müruruzaman, İstanbul, 1956.
- SUNGURBEY, İsmet, ‘Olağanüstü Kazandırıcı Yıllanma Üstüne Zorunlu Bir Cevap’, İHFM, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 294-321.
- ŞENGÜL, Mehmet, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul, 2004.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah / AYDIN, Gülşah Sinem, Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, İstanbul, 2017.
- Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri No: 9, Ankara, 1971.
- www.kazanci.com.tr.

İş Sağlığı ve Güvenliğinde Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerindeki Mevzuattaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Legislation Developments in Common Health and Safety Units in Occupational Health and Safety

Dr. Cüneyt Gülabi VURUCU^(**)

Öz:

İşverenler tarafından, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dış kaynaklı olarak yerine getirilmesinde, uygulama ile öğretilen ileri derecede önem taşıyan Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerindeki gelişmeler ele alınmıştır. Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin, başlangıçta kamu ya da özel hukuk tüzel tüzel kişileri ile gerçek kişiler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksın, hukuki anlamda kişiliği haiz olanlar tarafından kurulabilmesi söz konusudur. Ancak zaman içerisinde Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi oluşturabilecekler bakımından belirli tüzel kişiliklerin kurabileceği yolunda kayıtlamalar getirilerek; kurumsal kültürün oluşup, bilgi ve deneyimlerin aktarılması yolunda ilerleme sağlanmıştır. Ancak Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin, özellikle iş sağlığı ve güvenliği alanında etkin rol üstlenen sendikalar, ilgili vakıflar ve dernekler tarafından kurulamamasının anlamlı açıklaması bulunmamaktadır. Bu nedenle, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yurt geneline yaygınlaştırılmasında sayılan tüzel kişiliklere de Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi kurma olanağı sağlayan yasal değişikliğin yapılmasının yerinde olacağı sonucuna varılan çalışmada ulaşılmıştır. Ayrıca Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin kurucularından ayrı, bağımsız tüzel kişilikleri bulunmadığından, Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi yerine, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmet Sağlayıcısı" kavramının, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dış kaynaklı şekilde sunulmasında kullanılması isabetli olacağı da yapılan çalışmada değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri, Dış Kaynak Kullanımı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmet Sağlayıcılığı.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 24.12.2023 - Makalenin kabul tarihi: 09.01.2023.

^(**) Bakırköy Hakimi, İstanbul-Türkiye,

E-posta: cuneyt.gulabi.vurucu@adalet.gov.tr,

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-9906-4922>.

Abstract:

In the outsourcing of occupational health and safety services by employers, developments in the Joint Health and Safety Units, which are of great importance in practice and doctrine, were discussed. It is possible that the Joint Health and Safety Units can be established by those who have legal personality at the beginning, without making any distinction between public or private legal entities and real persons. However, in terms of those who can establish a Joint Health and Safety Unit over time, by introducing restrictions that certain legal entities can be established; Progress has been made in the formation of corporate culture and the transfer of knowledge and experience. However, there is no meaningful explanation for the inability of the Joint Health and Safety Units to be established by trade unions, relevant foundations and associations that play an active role especially in the field of occupational health and safety. For this reason, it has been concluded in the study that it would be appropriate to make the legal amendments that allow the legal entities, which are considered to be widespread throughout the country, to establish a Joint Health and Safety Unit. In addition, since the Joint Health and Safety Units do not have independent legal entities separate from their founders, it has been evaluated in the study that it would be appropriate to use the concept of "Occupational Health and Safety Service Provider" instead of the Joint Health and Safety Unit in the outsourced provision of occupational health and safety services.

Keywords:

Occupational Health and Safety Services, Outsourcing, Occupational Health and Safety Law, Common Health and Safety Unit, Occupational Health and Safety Service Provider.

GİRİŞ

İş sağlığı ve güvenliği kaynağını yaşam hakkında bulmakta olup, geçmiş insanlık tarihi kadar eskiye uzanmaktadır. Özellikle sanayileşme devrimi sürecinde yaşanan teknolojik gelişmelerin hızında, günümüzdeki bilişim alanında uygulamada yerini alan yeniliklerle baş döndürücü bir seviyeye ulaşılmış, çalışma yaşamında risklerin artışı ve bu risklerin iş kazalarına yansısıyla, iş sağlığı ve güvenliği ön plana taşınmıştır.

Ülkemiz Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) istatistiklerinde yıl içerisinde gerçekleşen ölümlü iş kazası sayısı göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa sıralamasında 1'inci, Dünya sıralamasında da 15'inci olarak, başka ülkelerle karşılaştırılması yapıldığında, üst sıralarda yer aldığı görülmektedir¹. Belirtilen istatistiksel bilgi, başlı başına iş sağlığı ve güvenliği alanındaki düzenlemelerin yaşamsal nitelik taşıdığını yeterince ortaya koymaktadır.

Ülkemizdeki iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili hukuki kurumların tamamını içeren, ilgili mevzuatta dağınık olarak yer alan hükümleri bir araya getiren; devlete, işverenlere, işçilere, sendikalara ve diğer ilgili kuruluşlara düşen görev, sorumluluk ve hakları, ayrıntısıyla sistematik şekilde ele alarak, tek bir

¹ <https://ilostat.ilo.org/topics/safety-and-health-at-work/>, (erişim tarihi: 1.11.2022).

metin içinde düzenleyen bağımsız bir iş sağlığı ve güvenliği kanunun çıkarılmasının gereği yıllardır öğretide ileri sürülmekteydi². Fakat bu derece önemli konuda temel yasa olarak çıkartılan 20.06.2012 tarihli, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu³'nun bütün hükümlerinin yürürlük kazanması⁴, dört kez ileriye bırakılmak suretiyle son olarak 31.12.2023 tarihine⁵ ertelenmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) ile göz önünde tutulan amaç, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili düzenlemelere öncelik verilmesini sağlamak üzere, işyerinde bir iş sağlığı ve güvenliği yönetim sisteminin oluşturulmasıdır⁶. Bu bağlamda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin noksansız uygulanmasıyla, işverenlerin işçiyi gözetme borcuna⁷ ilişkin işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği alanında hizmet vermede Ortak Sağlık ve Gü-

² Z. Gönül Balkır, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu', Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 28, Yıl: 2012, ss. 20-41, s. 23.

³ Resmi Gazete (RG) 30.06.2012 tarihli, 28339 sayılı.

⁴ İSGK m.38/(1)a1 alt bendi uyarınca, yürürlükten kaldırılan 4857 sayılı İK m.81 kapsamında çalışanlar hariç tutularak, kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri bakımından uygulanacak olan iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesine ilişkin İSGK m.6 ve 7 hükümlerinin, yürürlüğe giriş tarihi ertelenmektedir.

⁵ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin tamamının uygulanmasını sağlayacak olan İSGK m.38/(1)a1 alt bendine göre kabul edildiği ilk halinde, Resmi Gazete'de yayımlanmasında iki yıl sonrası olan 30.06.2014 tarihi belirlenmiştir. Ancak söz konusu tarih, 12.07.2013 tarihli, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.56 ile 01.07.2016 olarak değiştirilmiştir (RG 02.08.2013 tarihli, 28726 sayılı). Sonrasında da sırasıyla 20.08.2016 tarihli, 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.71 ile 01.07.2017 tarihine (RG 07.09.2016 tarihli, 29824 sayılı), 7033 sayılı Sanayinin Geliştirilmesi ve Üretimin Desteklenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.86 ile 01.07.2020 tarihine, 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile de 31.12.2023 tarihine uzatılmıştır. Tarihler sırasıyla izlendiğinde, İSGK m.38/(1)a.1 alt bendine göre, 01.07.2016 tarihinden 07.09.2016 tarihine kadar İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında yürürlüğü ertelenen hükümlerin uygulamada kaldığı görülmektedir. Bu durum kanun çıkarmada, yeterince özen gösterilmediğini sergilemektedir.

⁶ Balkır, s. 24.

⁷ Aydın Başbuğ / Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 155; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 485 ve 486; Faruk Andaç, Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Uygulaması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 108; Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 117; Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1429; İlhan Ulsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 20; Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 379; Ömer Ekmekçi / Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 313; Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat / Ayşe Ledün Akdeniz, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 245; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 899.

venlik Birimi (OSGB), mevcut durumu ile kıyaslanamayacak düzeyde önem kazanacaktır⁸.

Ülkemizde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bütün hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle, iş sağlığı ve güvenliği konularında işyerlerine hizmet sağlamak üzere, uygulamada başvurulacak yaygın yöntem OSGB'den hizmet sağlanması olacaktır. Yapılan çalışmada, yaşamsal önem taşıyan iş sağlığı ve güvenliği alanında dış kaynaklı⁹ olarak işyerlerine hizmet vermede, OSGB'nin, mevzuat yönüyle gelişmeleri ortaya konulmuştur. Bu kapsamda uygulama ve öğretilerde OSGB'nin hukuksal yapısına ilişkin değerlendirmeler ele alınarak; işyerlerine dış kaynaklı şekilde iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunulmasında, düzenlemelerde geçen OSGB kavramı yerine, kullanılabilecek öneri getirilmiştir.

I. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE DİŞ KAYNAK KULLANIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİNDE ORTAK SAĞLIK VE GÜVENLİK BİRİMİNİN YERİ

Ülkemizde dış kaynaklı iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinde OSGB'nin yerini belirlemek üzere, yapılan çalışmada OSGB'ye ilişkin düzenlemelerin öncesi ve sonrasında yaşanan gelişmeler ayrı ayrı ele alınmıştır.

A. Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimine İlişkin Düzenleme Öncesinde Mevzuatımızdaki Durum

İş sağlığı ve güvenliği hakkındaki yasal düzenlemelerde, işyeri hekimliği kavramının yer aldığı 24.04.1930 tarihli, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁰'nun 180. maddesinde¹¹ sürekli olarak en az elli işçi çalıştıran işve-

⁸ Özellikle OSGB kapsamında değerlendirilmesi gereken, Toplum Sağlığı Merkezi Birimi olarak kurulup, daha sonra Çalışan Sağlığı Merkezine dönüştürülen birimlerin, hedef kitlesinde küçük işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği alanında dışarıdan hizmet almalarında erişilebilir ortam sağlamak amacıyla oluşturulduğu öğretilerde belirtilmiştir (İlknur Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliği, 3. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2018, s. 129).

⁹ Öğretilerde, işletme dışından hizmet alımı (A. Murat Demircioğlu, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 139), işyeri dışından hizmet alınması (Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 151), işyeri/işletme dışından/dışarıdan temini (Seher Demirkaya, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin İşyeri (İşletme) Dışından Temini, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 8.11.2022), s. 84) ifadeleri kullanılmaktadır. Dış kaynak kullanımı, İngilizce karşılığında "outsourcing" kelimesi, "işyeri dışından" anlatımının İngilizce karşılığında, "out of workplace" olarak kullanılmaktadır (<https://dictionary.cambridge.org/>, (erişim tarihi: 20.11.2021)).

¹⁰ RG 06.05.1930 tarihli, 1489 sayılı.

¹¹ 11.10.2011 tarihli, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 58/(14)d bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 02.11.2011 tarihli, 28103 Mükerrer sayılı).

renlere, işçilerin sağlık durumlarına bakmak üzere, en az bir doktorun denetleme ve tedavi yapması zorunluluğu getirilmiştir. Büyük işyerlerinde ve kaza olasılığı yüksek işlerde hekimin sürekli olarak işyeri veya civarında bulunacağı belirtilmiştir. Böylelikle işyeri hekiminin belirlenen koşullar altında işyerinde görevlendirilmesi zorunluluğu getirilmekle birlikte, görevlendirilmenin işyeri dışından da yapılabilmesi olanağı bulunmaktadır.

İşyerlerinde dışardan iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alınmasına ilişkin 08.06.1936 tarihli, 3008 sayılı mülga İş Kanunu¹² m.60 hükmünde 12-18 yaş arası çocukların herhangi bir işte çalışmalarından önce, işyeri hekiminden, bulunmaması durumunda da Hükümet ve belediye tabibinden işin nitelik ve koşullarına uygun olduklarına ilişkin rapor alınacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

İşyeri dışından iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alınmasında 3008 sayılı mülga İş Kanunu yerine geçen, 28.07.1967 tarihli, 931 sayılı mülga İş Kanunu¹³ m.79 düzenlemesinde, ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin, işe girişleri ile işte bulundukları süre içerisinde, yürütülecek işlere elverişli olduklarıyla ilgili muayene raporu almaları zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu raporun; işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı. Hükümet veya belediye doktorları tarafından verilebileceği de hükme bağlanmıştır. Ardındaki 80. maddede, 12-18 arası çocukların işe başlamalarında da, aynı şekilde muayene raporu alınmasına ilişkin mülga hüküm yer almıştır. 931 sayılı mülga İK yerini alan, 25.08.1971 tarihli, 1475 sayılı İK¹⁴ m.79 ve 80 mülga düzenlemeleri de benzer şekildedir.

İşyeri hekiminden başka dış kaynaklı olarak, sağlığa ilişkin rapor alınabilmesine yer verilmiş olsa da, 3008, 931 ve 1475 sayılı Kanunlarda OSGB düzenlemesine yer verilmemiştir. Ancak 1475 sayılı Kanun yürürlükte olduğu dönemde, 04.07.1980 tarihli Resmi Gazete’de¹⁵ yayımlanan, İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m.3/f.1-c bendinde “işyerleri ortak sağlık birimi” tanımı yapılmıştır. Buna göre, “50 den az işçi çalıştıran işyerlerinin bir araya gelerek bu madenin b bendine uygun olarak kurulan birim”, işyerleri ortak sağlık birimidir. Atıfta bulunulan b bendinde “işyeri sağlık birimi” ifade edilmiştir. İşyeri sağlık birimi, “Belirli bir işyeri tarafından kurulan ve iş hekimi denetiminde yardımcı sağlık perso-

¹² RG 15.06.1936 tarihli, 3330 sayılı.

¹³ RG 12.08.1967 tarihli, 12672 sayılı.

¹⁴ RG 01.09.1971 tarihli, 13943 sayılı.

¹⁵ RG 17037 sayılı.

neli, sekreteryaya, genel hizmet personeli ile lüzumlu araç ve gereçle donatılmış birim” olarak belirtilmiştir. Her iki bent birlikte ele alındığında, iş hekimi denetiminde yardımcı sağlık personeli, sekreteryası, genel hizmet personeli olup ile lüzumlu araç ve gereçle donatılmış, 50 den az işçi çalıştıran işyerlerinin bir araya gelerek kurdukları birimin işyerleri ortak sağlık birimi olduğu görülmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu¹⁶ yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinde, önceki İş Kanunları ile aynı şekilde, OSGB hakkında herhangi bir düzenlemesi bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, 09.12.2003 tarihli Resmi Gazete’de¹⁷ yayımlanarak yürürlüğe konulan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği’nin m.5/f.1 b bendi ile 11/f.1 b-4. alt bendinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda, “işyeri dışındaki uzman kişi veya kuruluşlardan” hizmet alınmasına değinilmiştir¹⁸. Daha sonrasında, 16.12.2003 tarihli Resmi Gazete’de¹⁹ yayımlanarak yürürlüğe giren İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.4 kapsamında, “Ortak Sağlık Birimi” tanımına yer verilmiştir²⁰. Yapılan tanıma göre, “Birden fazla işyerine hizmet vermek üzere kurulan sağlık birimi” ortak sağlık birimidir.

Ortak sağlık birimini kimin kuracağına ilişkin anılan Yönetmeliğin 17/f.1 düzenlemesinde, “İşverenler, koruyucu ve acil sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütmek üzere bir ortak sağlık birimi kurabilir, kurulmuş olanlara ortak olabilirler.” açıklaması yapılmıştır.

B. Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimine İlişkin Düzenlemeler

Yasal metinlerde OSGB ilk olarak 15.05.2008 tarihli, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²¹ m.4 ile 4857 sayılı İK 81. maddesinin değiştirilmesi sonrasında yer almıştır. Yapılan değişiklikle madde başlığı olan “İşyeri hekimleri”, “İş sağlığı ve güvenliği

¹⁶ RG 10.06.2003 tarihli, 25134 sayılı.

¹⁷ RG 25311 sayılı.

¹⁸ Anılan Yönetmelik, Danıştay 10. Daire 16.05.2006 tarihli, 2004/1942 esas. 2006/3007 sayılı kararı ile “4857 sayılı Yasanın 78. maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin, öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesi anılan Kanun hükmüne aykırı bulunmaktadır.” gerekçe gösterilerek iptal edilmiştir (www.legalbank.net/, (erişim tarihi: 2.11.2022)). Bunun üzerine hazırlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük Taslağı, benzer şekilde hükümleri içermekle beraber, geri çekilmiştir (Ömer Ekmekçi, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 5, Yıl: 2007, ss. 19-30, s. 27).

¹⁹ RG 25318 sayılı.

²⁰ Anılan Yönetmelik 33. maddesi ile 1980 yılında çıkartılan İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

²¹ RG 26.05.2008 tarihli, 26887 sayılı.

hizmetleri” olmuştur. Aynı değişiklikle ikinci fıkra düzenlemesinde, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri, dış kaynak olarak ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alabilecekleri belirtilmekle birlikte, OSGB’nin tanımına yer verilmemiştir.

İlk olarak OSGB tanımının yapılması, 15.08.2009 tarihli Resmi Gazete’de²² yayımlanacak İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik²³ hükümlerine bırakılmıştır. Söz konusu Yönetmelik 4. maddesinin g bendine göre, bir veya birden fazla işyerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini vermek üzere işyeri dışında kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olan, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından yetkilendirilen, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri, OSGB olarak ifade edilmiştir. 2009 yılı Yönetmeliği’nin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) tarafından, 09.12.2009 tarihli Resmi Gazete’de²⁴ yayımlanarak, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ yürürlüğe konulmuştur.

İkinci olarak OSGB tanımı İş Sağlığı ve Güvenliği Birimi ve Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi Hakkındaki Yönetmelik hükümlerini yürürlükten kaldıran, 27.11.2010 tarihli Resmi Gazete’de²⁵ yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği 4. maddesinin f bendinde yer almıştır. Burada, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere, gerekli donanım ve personele sahip olup, ÇSGB tarafından yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları ile Türk Ticaret Kanunu²⁶ hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseselerin OSGB olduğu ifade edilmiştir.

2010 yılında çıkartılan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği’nin 22. maddesi hükmüyle, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkındaki Yönetmelik uygulanmasına ilişkin Tebliğ ise, ÇSGB tarafından

²² RG 15.08.2009 tarihli, 27320 sayılı.

²³ Anılan Yönetmelik 58. maddesiyle, İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁴ RG 9.12.2009 tarihli, 27427 sayılı.

²⁵ RG 27.11.2010 tarihli, 27768 sayılı.

²⁶ 09.07.1956 tarihli, 9353 sayılı RG’de yayımlanan 29.06.1956 tarihli, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.136 hükmüne göre, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler söz konusudur.

düzenlenip 17.05.2012 tarihli Resmi Gazete’de²⁷ yayınlanan Tebliğ ile kaldırılana kadar yürürlüğünü sürdürmüştür²⁸.

20.06.2012 tarihli, 6331 sayılı İSGK m.37/f.1 ç ile 38/(1)c bentleri uyarınca, Resmi Gazete yayımlanma tarihinden altı ay sonrası olan 30.12.2012 tarihinde, 4857 sayılı İK m.81 yürürlükten kaldırılmıştır. Yerine yürürlüğe konulan İSGK m.3/(1)m bendinde, OSGB tanımı yapılmıştır. Aynı tanımlama, 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği’nin²⁹ 4. maddesinin ilk fıkrasının f bendinde tekrarlanmıştır. Belirtilen düzenlemelerdeki tanımlamaya göre, kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanunu³⁰’na göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve ÇSGB tarafından yetkilendirilen birime OSGB denilmektedir.

Kurucular bağlamında OSGB tanımını ele aldığımızda, 2010 yılı Yönetmeliği’nden farklı olarak, organize sanayi bölgelerinin eklendiğini görmekteyiz. 12.04.2000 tarihli, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu³¹ 3. maddesinde organize sanayi bölgesi tanımı yapıp, niteliklerinin belirtildiği 5. maddenin ilk fıkrasında organize sanayi bölgesinin özel hukuk tüzel kişiliği bulunduğu yer almaktadır.

Gelinen son noktada, OSGB kurabilmenin belirli tüzel kişiliklere özgü olduğu görülmektedir.

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE DIŞ KAYNAK KULLANIMI OLAN ORTAK SAĞLIK VE GÜVENLİK BİRİMİNE İLİŞKİN GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş sağlığı ve güvenliği alanında dış kaynak kullanımı olarak, OSGB’lere ilişkin yapılan düzenlemelerin değerlendirilmesi de, OSGB’ye ilişkin düzenlemelerin öncesi ve sonrasındaki gelişmeler göz önünde bulundurularak, ikiye ayrılarak sunulmuştur.

²⁷ RG 17.05.2012 tarihli, 28295 sayılı.

²⁸ Bir yılı aşan aksaklıkla, İş sağlığı ve güvenliği alanında yürütülen mevzuat çalışmalarında gereken özenin gösterilmediği de anlaşılmaktadır.

²⁹ RG 29.12.2012 tarihli, 28512 sayılı. İSGHY m.23 ve 24 uyarınca, aynı adı taşıyan 27.11.2010 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁰ 14.02.2011 tarihli, 27846 sayılı RG’de yayımlanan 13.01.2011 tarihli, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.124/(1) düzenlemesinde, kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir.

³¹ RG 15.04.2000 tarihli, 24021 sayılı.

A. Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi Düzenlemesi Öncesindeki Düzenlemelerdeki Gelişimin Değerlendirilmesi

Başlangıçta belirtilmelidir ki, işyerlerinde dış kaynaklı olarak iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alınabilmesi olanağı bulunmaktadır³². İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu öncesindeki süreçte, iş sağlığı ve güvenliği alanında dış kaynaklı olarak hizmet sağlanabileceğine ilişkin yasal düzenlemelerin ilk örneklerinden olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.180 düzenlemesi gibi bazı açık hükümler yer almaktaydı.

Yargıtay OSGB öncesinde işyeri hekimliği ile iş güvenliği uzmanlığı hizmetlerinin alt işverenden alınmasına ilişkin birbirine zıt yönde kararlar vermiştir. Yargıtay bir kararında, işyeri hekimliği hizmetinin alt işverenden sağlanamayacağı şeklinde değerlendirme yapmıştır³³. Yargıtay başka bir kararında ise, iş güvenliği hizmetinin alt işverenden alınabileceği görüşünü benimsemiştir³⁴.

Dış kaynaklı iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde OSGB düzenlemelerinin öncesindeki, 1980 yılında çıkartılan İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik hükümlerinde, UÇÖ tarafından karara bağlanmış 24.06.1959 tarihli, 112 sayılı İş Sağlığı Hizmetleri Tavsiyesi'nin, yansımaları görülmektedir. Anılan Tavsiye kararının 3/(b)ii bendinde, "iş sağlığı hizmetlerinin, birden fazla işletmeye ortak hizmet olarak verilebilmesi" şeklinde ifade edilmiştir. Oysa sözü geçen Yönetmelik m.3/f.1 c bendinde, dış kaynaklı olarak birden fazla işletmeye iş sağlığı hizmeti sunulabilmesi, "işyerleri ortak sağlık birimi" kavramı ile belirtilmiştir. Buna ilişkin Yönetmelik tanımında geçen, işyerlerinin bir araya gelerek "işyerleri ortak sağlık birimi" kurmaları isabetli olmamıştır. Oysa anlatılmak istenilen, 112 sayılı Tavsiye Kararı metninde yer aldığı gibi, birden fazla işletmeye hizmet

³² Ömer Ekmekçi, 'İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi', Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2006, ss. 106-113, s. 110 ve 111 ile aynı yazarın, İSG Örgütlenmesi, s. 151.

³³ Yargıtay 9. HD. 05.06.2006 tarihli, 2006/12876 E. 2006/16262 K. (Ekmekçi, İşyeri Dışından, s. 107). Öğretide yerinde olarak, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin işverenin asli borçları arasında bulunması veya emredici nitelikte olması ile ilginin kurulayamayacağı, aksine söz konusu işverenin, işçiye gözetme asli borcu kapsamında, alt işveren aracılığıyla getirilmiş sayılacağı, uzmanlık gerektirmesi bakımından da alt işverene bırakılmasının uygun olduğu vurgulanmıştır (Ekmekçi, İşyeri Dışından, s. 112).

³⁴ Yargıtay 9. HD. 12.06.2006 tarihli, 2006/14473 E. 2006/17149 K. (Ekmekçi, İşyeri Dışından, s. 109). Anılan kararın gerekçesinde, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği işinin, teknolojik ve uzmanlık gerektiren iş olması yönüyle alt işverene verilebilmesi olanağının bulunduğu değerlendirilmiştir. Öğretide, işyeri hekimliğine ilişkin yukarıdaki dipnotta belirtilen işyeri hekimliğine ilişkin aksi yöndeki karardan daha sonra verilen, alt işverene iş güvenliği uzmanlığı işinin devredilebilmesi olanağı bulunduğu değerlendirmesi yapılmasının görüş değişikliğini de yansıtabileceği belirtilmiştir (Ekmekçi, İşyeri Dışından, s. 112).

vermek üzere kurulan birimlerdir. Nitekim 112 sayılı Tavsiye Kararı'nın İngilizce metni ile aynı kelimelerin kullanıldığı UÇÖ'nün 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ilk fıkrasının, 16.03.2004 tarihli, 25404 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe çevirisi, "İş sağlığı hizmetleri, duruma göre, tek bir işletmeye hizmet biçiminde olacağı gibi, çok sayıda işletme için genel bir hizmet biçiminde de örgütlenebilir" olarak yapılmıştır. Kaldı ki işyerleri ortak sağlık biriminde, "ortak" kelimesinin kullanılmasındaki amaç, iş sağlığı ve güvenliği hizmeti verilen işyerlerinin birden fazla olmasıdır. Bir başka anlatımla birden çok işyerinin, ortak noktası olan bir birimden iş sağlığı ve güvenliği edimi sağlanmasından dolayı "ortak" kelimesi yer almaktadır.

İşyerleri ortak sağlık birimlerinin kurucusu olma yönüyle, açıkça belirtmemekle birlikte, kamu hukuku ya da özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilikler arasında farklılık gözetilmemiştir. Bu nedenle işyerlerinin, kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait olmasına ilişkin ayırım yapılmaksızın bir araya gelip, işyerleri ortak sağlık birimi kurulabilir. Tanımlamaya göre işyerinde işçi çalıştırmayanların, işyerleri ortak sağlık birimi kurabilmeleri olanağı bulunmamaktadır. Bunun temelinde, iş sağlığı ve güvenli kavramının geçirdiği oluşum sürecinde, 1980 yılı Yönetmeliği yürürlüğe girdiği dönem bakımından iş sağlığının değil, işçi sağlığının baskın olmasının yattığını değerlendirmek gerekir.

İşyerleri ortak sağlık biriminde kurucuların, işyerinden yola çıkılarak tanımının yapılması, hukuk tekniği açısından uygun düşmemektedir. İşyerleri ortak sağlık birimi kurabilmenin bir hak olduğunu dikkate aldığımızda, hak sahibi gerçek veya tüzel kişiler sahip olabilir. Oysa yapılan tanımda kurucular belirtilirken, haklara ve borçlara ehil olan kişiler değil, işyerleri kurucu olarak yer almaktadır. Dolayısıyla ortak sağlık birimi oluşturma aynı zamanda hak olması yönüyle, herhangi bir hukuki kişiliği olmayan işyerlerinin kurucu olarak belirtilmeyip, kurabilecek hukuki kişilerin açıkça ifade edilmesi isabetli olurdu.

İşyerleri ortak sağlık birimleriyle, iş sağlığı ve güvenliği alanında birden fazla işyerine dışarıdan hizmet sunulmasına ilişkin düzenleme, iş sağlığı ve güvenliği açısından edinilen bilgi ve deneyimlerin ortak hizmet sağlayıcıda birikimi, bunun doğal sonucu olarak da, birikimin paylaşımı olanağı sağlanmıştır.

2003 yılında çıkartılan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m.5/f.1 b bendi ile 11/f.1 b-4 alt bendinde dış kaynaklı olarak, iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alınabileceği belirtilmiştir. Aynı yılın sonunda çıkartılan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.4 düzenlemesinde, birden fazla işyerine hizmet

vermek üzere kurulan sağlık birimi olarak tanımı yapılmasının yanı sıra söz konusu Yönetmeliğin “Ortak sağlık birimi” başlığı altındaki 17/f. 1 hükmündeki “İşverenler” kelimesi ile genel olarak işverenleri belirtmek için kullanıldığını değerlendirmekteyiz. Çoğul kelime kullanıldığı için en az iki işveren tarafından ortak sağlık birimi kurulmasının zorunlu olduğu kanısını taşımıyoruz. Değerlendirmemizin düzenlemedeki dayanağı olarak, anılan fıkranın sonunda “kurulmuş olanlara ortak olabilirler” ifadesi ile var olan ortak sağlık birimine ortak olunabileceği vurgulanırken, kullanılan fiil çoğul olmakla birlikte, bir kişiye işaret etmesini gösterebiliriz. Kaldı ki hükmün amacının da olabildiğince ortak sağlık birimini yaygınlaştırmak olduğu da gözetildiğinde, bir işverenle de kurulabileceği değerlendirmesi uygun düşmektedir.

Ortak sağlık birimlerine ilişkin getirilen düzenlemeye göre, açıkça vurgulanmasa bile, kurucularının, kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler olması arasında fark bulunmamaktadır. Ortak sağlık birimi kurucusu olmada, “işveren” sıfatı belirtilmekle işçi çalıştırması da aranmaktadır. Buna ilişkin yukarıda işyerleri ortak sağlık birimi açıklamasında belirttiğimiz üzere, daha geniş kapsamlı iş sağlığı kavramının öncesinde, işçi sağlığı olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Ortak sağlık birimine ilişkin düzenlemelerle yapılan bir diğer değişiklik, kurucu işyerinde 50’den az işçi çalıştırılması koşulunun aranmamasıdır. Bu bakımdan iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yaygınlaştırılması sağlanmıştır. Ayrıca iş sağlığı bakımından, ortak noktadan hizmet verilmesiyle sağlanan bilgi, deneyim birikiminin yaygınlaştırılması bakımından, düzenlemede işçi sayısına ilişkin sınırlama olmaması, olumlu gelişmedir.

B. Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi Düzenlemelerindeki Gelişimin Değerlendirilmesi

En başta mevzuatımızdaki gelişmeler ele aldığında dış kaynaklı hizmet sunan OSGB’nin, esasen terim olarak seçilmesinin yerinde olmadığı yapılan çalışmada değerlendirilmiştir. Zira OSGB ile ifade edilmek istenilen, iş sağlığı ve güvenliği bakımından dış kaynaklı olarak, işyerlerine hizmet sunabilme koşulları ortaya konulmaktadır. Kurucusundan bağımsız olarak, ayrı tüzel kişiliği bulunmayan OSGB’nin, herhangi bir hukuksal uyumsuzlukta taraf olabilmesi söz konusu değildir. Buna rağmen OSGB’nin kurucusu olan tüzel kişinin yanında, ayrıca OSGB olduğunun belirtilmesi, farklı bir tüzel kişilik oluşturduğu şeklinde yanıltıcı duruma yol açabilmektedir. Bu nedenle kısaca “İSGHS” denilebilecek, “iş sağlığı ve güvenliği hizmet sağlayıcısı” teriminin kullanılıp, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dış kaynak şeklinde sunulması konusunda aranan koşulların açıklandığı, bir tanım yapılmasının daha isabetli olduğu değerlendirilmiştir.

4857 sayılı İK'nın yürürlüğe girdiği 2003 yılında, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dış kaynaklı olarak alımında, OSGB kurulmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu bağlamda öğretide yapılan değerlendirmede, koşullarının taşınması durumunda, alt işverenlik ya da geçici iş ilişkisi yoluyla iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin işyeri dışından karşılanabileceği yerinde olarak belirtilmiştir³⁵.

Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi, 4857 sayılı İK 81. maddesinin, 15.05.2008 tarihli, 5763 sayılı Kanun ile değiştirilmesi sonrasında ilk kez yasal düzenlemelerde yer almıştır. Ardından çıkartılan 2009 yılında çıkartılan İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik m.4/(1)ğ bendinde OSGB tanımı bulunmaktadır. Buna göre, bir veya birden fazla işyerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini vermek üzere işyeri dışında kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olup, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişiler olarak OSGB tanımı yapılmıştır.

Yapılan tanımı değerlendirirken OSGB kurulmasındaki temel noktanın, belirlenen esaslar içerisinde işyerlerinin, dış kaynaklı iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinden yararlanabilmesi olduğu dikkate alınmalıdır. 2009 yılında çıkartılan Yönetmelik kapsamındaki OSGB tanımında, işyerlerinde yerine getirilmesi gereken iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dış kaynaktan sağlanmasına, “işyeri dışında kurulan” şeklinde vurgu yapılmıştır. Bu ifadeyle OSGB yoluyla dış kaynaktan iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri alımında, OSGB'nin hizmet sunulan işyerinin organik yapısında bulunmaması anlamı çıkartılmalıdır. Zira işyerlerinin, organik yapılarında yer alan İSGB ile gereksinim duydukları iş sağlığı ve güvenliği hizmetini karşılayabilme olanakları bulunmaktadır. Bu nedenle kurucusunun yalnızca bir işyerine özgülenerek iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunacak OSGB kurulması, sadece bürokratik işlemler açısından ele alındığında bile, getireceği külfetten dolayı, pratik yarar sağlamayacak yöntem olduğunu açıkça ortaya koymaya yeterlidir. Bunun yanında, iş hayatında daha da önem taşıyan OSGB oluşturma maliyeti de değerlendirildiğinde, yalnızca kurucusu olan bir işyerine hizmet sunmak üzere OSGB oluşturulmasının, uygulamada örneği ile karşılaşılabilmesi olasılığı yok denilebilecek kadar düşüktür.

Tanımda geçen işyeri dışında olmanın OSGB'de aranması, OSGB'nin kurucusuna iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmasına engel olarak da değerlendirilmemelidir. Karşıt yönde yapılacak yorum, OSGB kurucusu olan işyerinde, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerine ilişkin hazır kurulmuş OSGB varken, İSGB oluşturulması gibi başkaca seçeneklere zorlanması sonucu ortaya

³⁵ Ekmekçi, İSG Örgütlenmesi, s. 151 vd.

çıkılmaktadır. Bu durumda da tanıtımda kullanılan “işyeri dışı” ile elde edilmek istenilen amacın açılacağı açıktır.

Başka açıdan bakılacak olursa, OSGB’nin işyeri dışında kurulmasıyla anlatılmak istenilenin, fiziksel olarak işyeri veya eklentilerinin dışında yer almasının olmadığını da belirtmeliyiz. Bir diğer ifadeyle, getirilen düzenlemelerde aranan koşulları sağlayan OSGB’nin, hizmet verdiği işyeri ya da eklentileri gibi yerlerde kurulması engellenmiş değildir.

Kurucuları bakımından OSGB’ye ilişkin 2009 yılı Yönetmeliği’nde yapılan tanıtımda, kamu kurum ve kuruluşlarının yanında, özel hukuk tüzel kişileri de sayılmıştır. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarında herhangi bir ayırım bulunmadığı gibi, özel hukuk tüzel kişilerinde de farklılık gözetilmemektedir. Bu bağlamda şirketler, dernekler, vakıflar, sendikalar ve konfederasyonlar gibi özel hukuk tüzel kişilerinin OSGB kurabilmeleri olanağı bulunmaktadır. OSGB öncesindeki düzenlemelerde bulunan işyerleri ortak sağlık birimleri ile ortak sağlık birimleri kurucularına baktığımızda, gerçek kişilerin yer alabildiğini söylenebilmekteyken, 2009 yılındaki Yönetmelik ile OSGB kuruluşunda bulunabilecekler arasından gerçek kişiler çıkartılmıştır.

Dış kaynaktan iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sağlanmasının yolu olan OSGB hakkında 2010 yılında çıkartılan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği (İSGHY) ile 2009 yılında çıkartılan Yönetmelik yürürlükten kaldırılıp, yeniden tanım yapılmıştır. 2010 yılı İSGHY m.4/(1)f bendi tanımına göre, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere, gerekli donanım ve personele sahip olan ve ÇSGB tarafından yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler OSGB’dir.

Dış kaynaklı iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmasına ilişkin OSGB tanımında, 2009 yılındaki Yönetmelik metninde geçen “işyeri dışında kurulan” gibi, dış kaynak kullanımına göstere olabilecek anlatım, 2010 yılı İSGHY tanımında bulunmamaktadır. Her ne kadar 2010 yılındaki Yönetmelik metninde dış kaynak kullanımına değinilmemişse de, niteliği gereği OSGB’nin işlevselliğinde dış kaynaktan iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmak üzere kurulması yatmaktadır. Zira yukarıda 2009 yılı Yönetmelik değerlendirmesinde açıkladığımız üzere, bir işyeri için benzer işlevi olan daha kolay oluşturulup, düşük maliyetli dış kaynak olmayan İSGB kurmak varken; ağırlaştırılmış koşulları bulunan, giderleri İSGB’ye göre yüksek kalan OSGB’nin oluşturulup, OSGB kurucusunun bir işyeriyle sınırlandırılarak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerine ilişkin gereksinimi karşılamak amacıyla kurulması düşünülemez. Ancak OSGB kurucusu birden fazla işyerine sahip olduğunda, ekonomik ba-

kımdan elde edilebilecek kazanımlar nedeniyle, sadece OSGB kurucusunun işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmak üzere OSGB oluşturulması durumu bulunabilir. Bu durumda, OSGB kurucusunun işyerlerinden sadece bir tanesinde OSGB'den iş sağlığı ve güvenliği hizmeti almasına karşın, dış kaynak kullanımından söz edilemeyecektir. Fakat birden çok işyeri olan OSGB kurucusunun diğer işyerleri göz önüne alındığında, OSGB'den alınan iş sağlığı ve güvenliği hizmeti işyeri dışarisından olmaktadır.

2010 yılı İSGHY'deki OSGB tanımında, açıkça dış kaynak kullanımının geçmemesindeki gerekçe, uygulamada karşılaşılabilecek ayrık durumun da kapsama girmesini sağlamak olmalıdır. Genel uygulamanın yanında az sayıda kalacak şekilde, 2009 yılı İSGHY'yi değerlendirirken açıklamasını yaptığımız üzere, OSGB kurucusunun, oluşturduğu OSGB'den iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alabilmesi söz konusudur. Tanım yapılırken dış kaynak kullanımına değinildiğinde, kurucusunun, oluşturduğu OSGB'den iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alamaması anlamının yüklenmesini engellemek için, bu hususa yer verilmediği değerlendirilebilir.

Kurabilecekleri kıyaslamak üzere OSGB tanımına baktığımızda, 2009 yılı Yönetmeliği'nde kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri görülmekteyken; 2010 yılı İSGHY'de, kamu kurum ve kuruluşlarıyla beraber, özel hukuk tüzel kişilerinden sadece TTK hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketler belirtilmiştir. Bu bağlamda, TTK düzenlemelerine göre şirket olmayan; dernekler, sendikalar, vakıflar gibi özel hukuk tüzel kişilerinin, OSGB kurabilmelerinin yolu kapatılmıştır. Yapılan tanımlamalarda 2009 yılındakine göre, 2010 yılı İSGHY ile OSGB kurucusu olabilecek özel hukuk tüzel kişilerinde kapsamın daraltıldığı görülmektedir.

Özel yasayla iş sağlığı ve güvenliği konusunda bütünsel düzenlemenin yapıldığı ilk yasa olan İSGK ile OSGB varlığını sürdürmüş, hatta perçinleştirmiştir. İSGK m.3/(1)m bendinde yapıp, İSGHY m.4/(1)f bendinde aynen yer alan tanıma göre, kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanunu'na göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve ÇSGB tarafından yetkilendirilen birime OSGB denilmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 2012 yılı İSGHY düzenlemelerinde, OSGB'nin 2010 yılı tanımlamasında olduğu gibi, iş sağlığı ve güvenliği alanında dış kaynak kullanımı olduğu açıkça vurgulanmamaktadır. Bunun gerekçesinde yukarıda da vurgulandığı üzere, OSGB kurucusunun, oluşturduğu OSGB'den iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alınmasını engelleyen yaklaşıma yer verilmemesi olduğu değerlendirilmiştir.

Son şekliyle OSGB kamu kurum ve kuruluşlarının beraberinde, TTK uyarınca faaliyette bulunan şirketler ile organize sanayi bölgeleri de kurabilecekler arasında sayılmıştır. 2010 yılı İSGHY'deki karşılaştırdığımızda, 2012 düzenlemelerinde tanım kapsamına organize sanayi bölgesinin de alınarak, OSGB kurucusu olabileceklerin sayısının artırıldığını görmekteyiz.

Başlangıçta iş sağlığı ve güvenliği alanındaki dış kaynak sağlanmasına ilişkin yasal düzenlemelerde, herhangi bir özel oluşum belirlenmeksizin, iş sağlığının ön plana çıkartılarak yapıldığı görülmüştür. Ardından OSGB'nin ilkel hali diyebileceğimiz, yine iş sağlığı konusu dikkate alınarak, işyerleri ortak sağlık birimi ve sonrasındaki işyeri ortak sağlık birimi ile işyeri dışından iş sağlığı ve güvenliği alınabilmesine ilişkin düzenlemeler karşımıza çıkmaktadır. Son olarak OSGB'nin ortaya çıkışıyla iş sağlığı ve güvenliği bakımından dış kaynak sunuculuğu yapabilmenin sınırları da çizilmiştir.

Dış kaynak olarak işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği edimi sunulması, başlangıçta gerçek kişiler tarafından da yapılabilirken, ilerleyen dönemde OSGB'nin ortaya çıkışıyla kamu-özel fark etmeksizin, sadece tüzel kişiliklere özgülenmiştir. İş sağlığı ve güvenliği alanında dış kaynak sağlayıcısı OSGB kurabilecekler arasından gerçek kişilerin çıkartılması, düzenlemelerin gelişiminde kurumsal yaklaşımın baskın olduğunu göstermektedir. Diğer anlamıyla, yaşamsal önemi bulunan iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini dışarıdan sunabilecekler konusunda, gerçek kişilere kıyasla, tüzel kişiliklerin bünyelerinden kaynaklanan kurumsal gelişmelere yatkın olmaları nedeniyle, üstün tutulması yerinde olmuştur.

Kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerinden TTK kapsamında faaliyet gösteren şirketler ile OSB'lerin, OSGB kurucusu olabilecekleri sayılarak, diğer özel hukuk tüzel kişilerinin OSGB oluşturmalarının engellenmesinde, üstün yarar bulunduğu savunulamaz. Özellikle iş dünyasında çalışmalar sergileyen konfederasyonlar, sendikalar, dernekler ve vakıfların iş sağlığı ve güvenliği konularında uygulayıcı olarak kurumsal bilgi, deneyimleri üst düzeydedir³⁶. Sözü geçen tüzel kişiler aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerine ilişkin yaptıkları akademik boyuttaki çalışmalarda da etkin rol oynamaktadırlar. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde teorik çalışmalarda, uygulamanın içerisinde yer alan özel hukuk tüzel kişilerinin, OSGB kuramamalarının anlamlı gerekçesini üretebilme olasılığı

³⁶ Endüstriyel ilişkilerin temel aktörlerinden biri olan işveren sendikalarının ve bunların kurucusu olduğu eğitim vakıflarının Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi ile eğitim kurumu kurma konusunda yetkilendirilmemesinin önemli bir eksiklik olduğu öğretilde belirtilmiştir (Ufuk Aydın, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine', Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 26, Yıl: 2012, ss. 10-18, s. 14; Şeyda Aktekin, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne', Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 25, Yıl: 2012, ss. 93-105, s. 97).

bulunmamaktadır. İş sağlığı ve güvenliği konusunda yüksek önemi bulunan OSGB’lerin kurucusu olma yolu, ticaret hayatındaki çalışmalarıyla kazanç elde etme yönleri öne çıkan şirketlere açık tutulurken, kazanç peşinde olmayıp belirli amaçlar etrafında toplanan tüzel veya gerçek kişiler ile belirli amaçla özgülünen mal veya hakların birlikteliği sonucunda oluşan tüzel kişiliklere, aynı yolun kapatılmasında geçerli gerekçe bulunmadığı değerlendirilmiştir. Bu bağlamda yapılması gereken, tüzel kişiler arasında ayırım yapılmaksızın OSGB kurmalarına yönelik yasal düzenleme değişikliğine gidilmesidir.

SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği alanında dış kaynaklı olarak işyerlerine hizmet sunma konusunda başlangıçta, sadece iş sağlığı ile sınırlı şekilde “İşyerleri Ortak Sağlık Birimi” olarak kurulan, temelini Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 112 sayılı Tavsiye Kararında bulan yapılanma, “İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik” ile mevzuatımızda yerini almıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 81. maddesinin 5763 sayılı Kanun ile değiştirilmesi ve buna ilişkin İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik ile hem iş sağlığı hem de iş güvenliği alanında, işyerlerine hizmet veren “Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri” adı altında, yapılanma ortaya çıkmıştır.

Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin, kamu ya da özel hukuk tüzel tüzel kişileri ile gerçek kişiler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksın, hukuki anlamda kişiliği haiz olanlar tarafından kurulabilmesi söz konusudur. Ancak zaman içerisinde OSGB oluşturabilecekler bakımından belirli tüzel kişiliklerin kurabileceği yolunda sınırlamalar getirilmiştir. Yaşamsal önem taşıyan iş sağlığı ve güvenliğinde faaliyet gösteren OSGB’lerde, tüzel kişilerin kurucu olabilmeleri, kurumsal kültürün oluşup, bilgi ve deneyimlerin aktarılması yönüyle yararlı olmuştur.

Günümüzde iş sağlığı ve güvenliğinde müstakil yasa olarak yürürlükte bulunan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun getirdiği düzenleme ile kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanununa göre faaliyet gösteren şirketler tarafından OSGB oluşturabilmeleri olanağı bulunmaktadır.

Kurucuları bakımında OSGB’nin, özellikle iş sağlığı ve güvenliği alanında etkin rol üstlenen sendikalar, ilgili vakıflar ve derneklerin yer almamasının anlamlı açıklamasının olmadığını, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yurt geneline yaygınlaştırılmasında sayılan tüzel kişiliklere de OSGB kurma olanağı sağlayan yasal değişikliğin yapılması yerinde olacaktır.

Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin kurucularından ayrı, bağımsız tüzel kişilikleri bulunmadığından, OSGB’lerin yükümlülükler ve sorumlulukları noktasında çıkabilecek hukuksal sorunlarda, herhangi bir tüzel kişiliği bulunmayan OSGB’nin değil, kurucusu olan tüzel kişiliğin taraf olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle kısaltması İSGHS olarak kullanılacak olan “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmet Sağlayıcısı” kavramının, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dış kaynaklı şekilde sunulmasında kullanılmasının isabetli olacağı yapılan çalışmada değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- AKTEKİN, Şeyda, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağında Düünden Bugüne’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 25, Yıl: 2012, s. 93-105.
- ANDAÇ, Faruk, Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Uygulaması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- AYDIN, Ufuk, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 26, Yıl: 2012, s. 10-18.
- BALKIR, Zehra Gönül, ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 28, Yıl: 2012, s. 20-41.
- BAŞBUĞ, Aydın ve diğeri, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇELİK, Nuri ve diğeri, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Cambridge Sözlük, <https://dictionary.cambridge.org/>, (erişim tarihi: 20.11.2022).
- DEMİRCİOĞLU, Atilla Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DEMİRKAYA, Seher, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin İşyeri (İşletme) Dışından Temini, Eskişehir, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp/>, (erişim tarihi: 3.11.2021).
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu’na göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005 (İSG Örgütlenmesi).
- EKMEKÇİ, Ömer, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 5, Yıl: 2007, s. 19-30 (Taslak).
- EKMEKÇİ, Ömer, ‘İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2006, s. 106-113 (İşyeri Dışından).
- EKMEKÇİ, Ömer ve diğeri, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021.
- EKMEKÇİ, Ömer ve diğeri, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KILKIŞ, İlknur, İş Sağlığı ve Güvenliği, 3. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2018.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi ve diğeri, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZDEMİR, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ULUSAN, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.

Brüksel I (Recast) Tüzüğü Hükümlerine Göre İşçiyi İşe Alan İşletmenin Bulunduğu Yer Mahkemesine Yetki Tanıyan Kuralın Uygulama Alanı^(*)

Scope of the Head of Jurisdiction Engaging Place of Business as Envisaged by the Brussels I (Recast) Regulation

Dr. Ahmet Emre YÜKSEL^(**)

Öz:

Brüksel I (Recast) Tüzüğü madde 21/1(b)(ii) hükmü uyarınca işçinin işverene açacağı davalarda işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Bu yetki esasının kapsamı hususunda bazı tartışmalar bulunmaktadır. İşçiyi işe alan işletmeden neyin kastedildiği, bu işletmenin ne türde bir işletme olduğu ve işverene ait olmasının gerekip gerekmediği gibi hususlar madde metninden anlaşılmamaktadır. Bundan başka, sözü edilen düzenlemenin ifade ediliş tarzından, bu yetki esasına mutad işyerine dayanarak bir Avrupa Birliği (AB) mahkemesinin yetkisinin tesis edilemediği durumlarda başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, mutad işyerinden ne anlaşıldığı hususu bu kuralın uygulama alanını göstermesi bakımından önem taşıyacaktır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), mutad işyeri kavramının nasıl tespit edileceğine dair bazı kararlarıyla mutad işyeri kavramını geniş yorumlayarak işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu yer yetki esasına başvurulabilecek durumları ve dolayısıyla uygulama alanını sınırlamıştır. Mutad işyeri kavramının geniş yorumlanması karşısında işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesine başvurmak zorlaşmıştır. İşçinin korunması amacıyla getirilmiş olan bu yetki kuralına başvurulması pratik olarak anlamını büyük ölçüde yitirmiş gibi görünmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Brüksel I (Recast) Tüzüğü, Bireysel İş Sözleşmeleri, Koruyucu Yetki Kuralları, Mutad İşyeri, İşçiyi İşe Alan İşletmenin Bulunduğu Yer.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 24.12.2022 - Makalenin kabul tarihi: 07.04.2023.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Kocaeli-Türkiye,
E-posta: 146235003@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-7006-3590>.

Abstract:

As stated by the Article 21/1(b)(ii) of the Brussels I (Recast) Regulation, the employee can sue the employer in the courts for the place where the business engaged the employee is or was situated. There are academic discussions as to the scope of this head of jurisdiction. It is not clear from the wording of the text of the Article what is meant by place of business that engaged the employee, what type of businesses are implied, or whether the business that engaged the employee should belong to the employer. As it is expressed in the said Article that this head of jurisdiction will only be applicable when a European Union court cannot have jurisdiction based on the habitual place of work. Consequently, the definition of habitual place of work will be of paramount importance in order for this head of jurisdiction will be applicable. The Court of Justice of the European Union (CJEU), in a number of decisions interpreted the term habitual place of work as wide as possible that there will be no room for the application of the rule engaging place of business. Not surprisingly, it became immensely difficult to apply this head of jurisdiction. It therefore appears that this jurisdictional rule, which was introduced as an extra *fora* for employee's claims, lost its practical importance.

Keywords:

Brussels I (Recast) Regulation, Individual Contracts of Employment, Protective Jurisdictional Rules, Habitual Place of Work, Engaging Place of Business.

GİRİŞ

Bireysel iş sözleşmesinin taraflarından biri olan işçinin, diğer akit taraf olan işveren karşısında daha zayıf bir konumda bulunduğu varsayımına istinaden, devletler, diğer birçok sözleşme tipinden farklı olarak, sözleşmede daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan tarafı (işçiyi) koruyucu mahiyette kurallara yer vermektedir¹. İşçinin bireysel iş sözleşmesinin zayıf tarafı olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan korunması ihtiyacı, yabancı-lık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmelerinde daha yoğun şekilde gözlemlenilmektedir. Avrupa Birliği'nde işçilerin serbest dolaşımı ile birlikte farklı ülkelere çalışmaya giden işçilerin bireysel iş sözleşmelerinden doğan davaları nerede açabileceği sorunu milletlerarası usul hukukunun önemli konularından biri haline gelmiştir.

Avrupa Birliği hukukunda, işçinin bireysel iş sözleşmesinin zayıf tarafını teşkil ettiği varsayımından hareketle, işçiyi işveren karşısında koruyan milletlerarası yetki kurallarına yer verilmiştir. Brüksel I Recast Tüzüğü²'nin (Tüzük olarak anılacaktır.) 20-23. maddelerinde bireysel iş sözleşmesinden

¹ Emre Esen, "Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi", Işıl Özkan / Ceyda Sural / Uğur Tütüncübaşı (der.), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 172.

² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), Official Journal of the European Union, L 351/1.

doğan davalarla ilgili yetki kuralları düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan yetki kurallarının amacı, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin korunmasıdır³.

Tüzük hükümlerinde, işçi ve işverenin dava açabileceği yerler işçi ve işveren için ayrı ayrı gösterilmiştir. İşçi ve işverenin dava açabileceği yerler arasında sayı bakımından da bir farklılık getirilmiştir. İşçinin dava açabileceği yerlerin daha fazla oluşu göze çarpmaktadır. İşçinin işverene göre daha çok yerde dava açabilmesi, hakkını elde etmesini kolaylaştıracak nitelikte bir kolaylıktır. Bununla birlikte, işçinin Tüzük'teki yetki kurallarıyla korunması amacına ulaşılabilmesi için bu yetki kurallarının işlevsel olması, diğer bir deyişle, işçinin gerçekten başvurabileceği mahkemeleri yetkili kılması gerekmektedir.

İşçinin işe alındığı yer mahkemesini yetkilendiren kuralın içeriği ve uygulama alanının nasıl tespit edileceği hususu doktrinde tartışmaya neden olabilecek niteliktedir. Buna ilaveten, bu yetki kuralı ancak işçinin işini mutaden yerine getirdiği bir yer olmaması halinde uygulanacağından kuralın uygulama alanı bir mutad işyerinin olup olmadığına bağlı olarak değişecektir. Mutad işyeri kavramının Tüzük'te tanımlanmamış oluşu karşısında, bu kavrama verilecek anlamın genişliği nispetinde işçiyi işe alan işyeri mahkemesini yetkilendiren kuralın uygulama alanı daralacaktır.

Bu makalede, işçinin işverene dava açabileceği yerlere değinilecek, akabinde, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kuralın kapsamı ve işçinin korunması amacına hizmet edip etmediği hususu irdelenecektir.

I. TÜZÜK'TE İŞÇİYİ KORUYUCU YETKİ KURALLARI

A. Tüzük'te İşçinin Davasını Açabileceği Öngörülen Yetkili Mahkemeler

Tüzük m.21'e göre işçinin işverene karşı dava açabileceği yerler, işverenin yerleşim yeri mahkemesi ve mutad işyeri mahkemesidir. İşçinin işini mutaden yerine getirdiği bir ülkenin bulunmaması durumunda ise işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir (m.21/1(b)(ii)). Bu kurallarda yer alan mutad işyeri kavramlarının yorumlanmasına bağlı olarak işçinin davasını açabileceği yerler belirlenmiş olacaktır.

1. İşverenin Yerleşim Yeri

İşçi, Tüzük m.21/1 gereğince, işverene karşı, işverenin yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilecektir. Bu kural, Tüzük m.4'te yer alan ve dava-

³ Brüksel I (Recast) Tüzüğü'nün Dibacesi, Official Journal of the European Union, L 351/1, paragraf 18.

lının yerleşim yerini yetkili kılan kuralın bireysel iş sözleşmelerindeki görünümüdür⁴.

Tüzük'te yerleşim yerinin nasıl tespit edileceğiyle ilgili olarak bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara mahsus bir kural yoktur. Tüzük m.62 ve 63'te yerleşim yerinin tespitine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. 63. maddenin tüzel kişilerin yerleşim yerinin tespitinde kullanılacağı maddenin lafzından anlaşılmaktadır. Buradan hareketle, 62. maddedeki kuralın gerçek kişilerin yerleşim yerini tespitinde kullanılacağı sonucuna varılacaktır. Yerleşim yerinin tespitine dair her iki kuralın bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkiyi tayin eden kurallarında da uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre, tüzel kişi işverenin yerleşim yeri 63. maddeye göre, gerçek kişi işverenin yerleşim yeri 62. maddeye göre tespit ve tayin olunacaktır.

İşverenin yerleşim yeri yetki kuralını Brüksel I (Recast) Tüzüğü'nün kapsamı açısından değerlendirmek gerekirse, Tüzük m.6/1 gereğince davalının yerleşim yerinin AB üyesi bir devlette olmaması halinde Tüzük uygulanmayacaktır. Bu ihtimalde, dava konusu uyuşmazlık, üye devletlerin milletlerarası usul hukuku kurallarına göre yetkili olan mahkemede çözülür (*residual jurisdiction*). Bu sonuç, işçinin korunması amacına aykırı düşecektir. İşverenin AB dâhilinde bir yerleşim yerinin bulunmaması ihtimalinde, Tüzük'ün uygulanmaması gibi sakıncalı bir sonucu bertaraf etmek isteyen Tüzük yapıcı irade, bazı hallerde işverenin AB'de yerleşim yeri olduğunu kabul ederek (*deemed domicile*) AB mahkemelerinde dava edilebilmesine imkân vermiştir. Buna göre, işçi, AB'de yerleşim yeri olmayan ancak AB ülkelerinden birinde şube, acente veya buna benzer bir kuruluşu olan işveren aleyhine bu kurum ve kuruluşların bulunduğu üye devlet mahkemesinde dava açabilecektir (Tüzük m.20/2). Böylelikle, işverenin yerleşim yeri AB dışında olsa bile şube, acente veya buna benzer bir bağlı kuruluşunun AB'de bulunması, uyuşmazlık ile AB arasında yeterli bir bağlantı olarak kabul edilmiş ve işçinin korunması amacıyla bu kuruluşların bulunduğu yerde işçinin işveren aleyhine dava açabilmesine izin verilmiştir. Yerleşim yeri yetki kuralı, işverenin AB ülkelerinin birinde şube, acente veya buna benzer bir kuruluşunun bulunması halinde daha geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur. Bu ihtimalde şube, acente veya buna benzer bir kuruluşun bulunduğu yerde sadece işçi işvereni dava edebilecektir. İşverenin ise şube, acente veya buna benzer bir kuruluşunun bulundu-

⁴ Louise Merrett, "Jurisdiction Over Individual Contracts of Employment", Andrew Dickinson / Eva Lein (der.), Brussels I Recast Regulation, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 247; Carlos Esplugues Mota / Palao Guillermo Moreno, "Jurisdiction Over Individual Contracts of Employment", Ulrich Magnus / Peter Mankowski (der.), Sellier European Law Publishers, Münih, 2016, s. 543; Louise Merrett, Employment Contracts in Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 110.

ğu yerde işçiye karşı bir dava ikame etmesi mümkün olmayacaktır. Tek taraflı olarak işleyecek olan bu yetki kuralı nedeniyle işçinin işverene karşı dava açabileceği yerlerin sayısı, işverenin işçiye dava açabileceği yerlerin sayısına göre artmış olmaktadır⁵. Bu durum, işçinin korunması açısından kayda değer bir özellik olarak kabul edilmelidir.

2. Mutad İşyeri Mahkemesi

İşçinin işverene karşı dava açabileceği bir diğer mahkeme, mutad işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Mutad işyeri kavramı, Tüzük'te tanımlanmamıştır. Bu kavramın içeriği ABAD içtihatları ile ve zaman içerisinde açıklığa kavuşturulmuştur. Brüksel I (Recast) Tüzüğü'nün ve Brüksel I Tüzüğü'nün temeli olarak kabul edilen Brüksel Konvansiyonu⁷'nin ilk metninde, iş sözleşmelerinden doğan davalar için özel yetki kuralları yer almamaktaydı. Bu dönemde, diğer borç sözleşmelerine uygulanan yetki kuralı gereğince akdin ifa yerinde dava açılabilmekteydi (Brüksel Konvansiyonu m.5/1). İş davaları için de bu yetki kuralı uygulanmaktaydı. Bununla birlikte, ifa yerinden kastedilenin uyuşmazlık konusu edimin ifa yeri mi, yoksa karakteristik edim mi olduğu tartışması ABAD içtihatlarında da yerini bulmuştur. İlk olarak Bouyer Davası'nda⁸ burada kastedilenin uyuşmazlık konusu edim olduğuna hükmeden ABAD, daha sonra bu içtihadını Ivenel Davası'nda⁹ iş sözleşmeleri bakımından gözden geçirerek değiştirmiş ve dava konusu edimin ne olduğuna bakılmaksızın iş sözleşmelerindeki karakteristik edime (işçinin edimi) göre ifa yeri mahkemesinin tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

İşçinin işini bir yerde yerine getirdiği takdirde karakteristik edimin de orada ifa edildiğine şüphe yoktur. Bununla birlikte, sınır aşan çalışmalarda yoğun olarak görüldüğü gibi, işçinin birden fazla ülkede işini yerine getirmesi halinde işçinin işini bu yerlerden hangisinde yerine getirdiğinin tespiti gerekir.

ABAD, Mulox Davası'nda¹⁰, işçinin işini birden fazla ülkede yerine getirmesi halinde, işçinin işini yerine getirdiği sabit bir merkeze öncelik vermiştir. Dava konusu olayda, yerleşim yeri Fransa olan Bay Mulox, bir İngiliz şirke-

⁵ Sema Çörtoğlu Koca, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 106.

⁶ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

⁷ 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Official Journal L 299 31/12/1972 P. 0032 - 0042.

⁸ De Bloos v. Bouyer, C: 14/76, 06.10.1976, ECR-1498.

⁹ Roger Ivenel v. Helmut Schwab, C: 133/81, 26.05.1982, ECR-1891.

¹⁰ Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels, C:125/92, 13.07.1993, ECR-I-04075.

tinde ticari mümessil olarak çalışmıştır. Fransa’da geçen son 5 aylık hizmet süresi öncesinde, 14 ay boyunca, Almanya, Hollanda, Belçika ve İskandinav ülkelerinde çalışmıştır. İşverenini de en son çalışmakta olduğu Fransa’da dava etmiştir. İşlerini Fransa’daki bir ofisten yürütmüştür. İş seyahatleri sonrasında da döndüğü yer hep orası olmuştur. ABAD, mutad işyerini tespit ederken, sabit bir ofis olmasını öncelikli olarak göz önünde tutmuş ve buranın mutad işyeri olduğuna hükmetmiştir. İşçinin kullandığı ofise mutad işyerinde önem atfeden bu yaklaşım, Rutten v. Cross Medical Sercives Ltd Davası’nda da temel dayanak noktası olmuştur¹¹.

ABAD içtihatlarına bakıldığında, işçinin işini sabit bir ofisten yerine getirmediği hallerde de mutad işyerinin tespitine yarayan kriterlerin geliştirildiği ve mutad işyerinin tespiti yönünde gayret edildiği göze çarpmaktadır. Nitekim Weber v. Universal Ogden Services Davası’nda gemilerde ve deniz üstüne kurulu araç ve platformlarda gezici olarak çalışan işçinin işini mutaden yerine getirdiği yeri tespit ederken, aynı nitelikteki görevler bakımından hangi ülkede daha uzun kaldığına bakarak karar vermiştir¹². Bu davada dikkat çeken bir diğer husus, davacı işçinin işini ülkelerin kıta sahanlığında yerine getirmiş olmasına rağmen ABAD’ın buralarda yerine getirilen iş sözleşmeleri bakımından Konvansiyon’un uygulanması gerektiğine hükmetmesidir. Bu yönden bakıldığında söz konusu karar, mutad işyerinin kıta sahanlığı gibi yerlerde çalışma halinde de tespitinin mümkün olduğunu ortaya koyması ve bu yetki kuralının kapsamını buralarda çalışanlar bakımından da genişletmesi açısından gayet önemlidir.

ABAD önüne gelen ve ulaştırma sektörünü ilgilendiren davalarda mutad işyerinin tespiti daha büyük güçlük arz etmiştir. Bunun temel sebebi, işçinin bazen aynı gün içerisinde farklı ülkelerde işini yerine getirmesinin söz konusu olabilmesidir. ABAD’ın karayolu havayolu ve denizyolu taşımacılığında mutad işyerinin tespitine dair kararları bu zorluğu açıkça göstermektedir. ABAD, bu sektörleri ilgilendiren kararlarında, önceki içtihatlarında geliştirdiği prensiplere yenilerini ekleyerek mutad işyerinin nasıl tespit edileceğini göstermiştir. Karayolu taşımacılığını ilgilendiren bir davada ABAD, Lüksemburg’da kayıtlı olan kamyonlarla Danimarka’dan aldığı çiçekleri Avrupa ülkelerine dağıtan ve iş bitiminde Almanya’nın Osnabrück şehrine park eden Bay Koezsch’in mutad işyerinin Almanya olduğuna karar vermiştir. Mutad işyerinin Almanya olduğu kanaatine varılmasında, diğer faktörler arasında ve bunlarla beraber, iş araçlarının tutulduğu ve iş bitiminde işçi tarafından bırakıldığı (park edildiği) yerin (Osnabrück-Almanya) öne çıktığını söylemek mümkündür¹³.

¹¹ Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Services Ltd., C:383/95, 09.01.1997, ECR-I-70.

¹² Herbert Weber v. Universal Ogden Services, C: 37/00, 27.02.2002, ECR-I-2013, p. 50, 51 ve 52.

¹³ Heiko Koelzsch v. Luxembourg, C: 29/10, 15.03.2011, ECR-I-01595, p. 49.

ABAD önüne gelen ve denizyoluyla taşıma sektörünü ilgilendiren Voogsgeerd v. Navimer Davası'nda¹⁴, Belçika'da kurulu bir şirket olan Naviglobe şirketinin ofisinde, Lüksemburg'da kurulu bulunan Navimer şirketinin Kuzey Denizi'nde işlettiği gemilerde başmühendis olarak çalışmak üzere işe giren Bay Voogsgeerd'in mutad işyerinin nasıl tespit edileceği tartışılmıştır. Mahkeme, Bay Voogsgeerd'in ağırlıklı olarak Belçika karasularında çalıştığını ve işe ilişkin talimatları Belçika'dan aldığını göz önünde tutarak mutad işyerinin Belçika olduğuna karar vermiştir¹⁵.

ABAD'ın ulaştırma sektöründe mutad işyerinin tespitine dair kararları, havayolu sektörüne dair olan ve yaygın adıyla Ryanair Davası¹⁶ olarak bilinen dava ile devam etmiştir. Ryanair firmasında çalışan işçiler, adı geçen havayolunun merkez üs (*home base*) olarak kullandığı Charleroi (Belçika) havalimanı yakınlarında oturmakta ve buradan sefere çıkmaktadırlar. ABAD, bu işçilerin mutad işyerini tespit ederken, işçilerin işini nerede organize ettiği, nereden talimat aldığı, iş araç gereçlerini nerede bıraktığı ve iş bitiminde nereye döndüğü gibi faktörlere bakılması gerektiğini, bu faktörlerin de desteklemesi halinde merkez üs kavramının mutad işyeri olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir¹⁷.

ABAD'ın mutad işyerinin tespitiyle ilgili kararları arasında standart iş ilişkisinden farklı özellik gösteren durumları konu alanlar da vardır. Bunların birinde, iki işverenin ve iki iş sözleşmesinin bulunduğu durumlarda mutad işyerinin tespitinin nasıl yapılacağı, Pugliese Davası'nda¹⁸ ele alınmıştır. Bayan Pugliese, İtalyan hukukuna göre kurulmuş olan Aerospaziale Italiana SpA (Aeritalia olarak kısaltılmıştır) ile Torino'da (İtalya) çalışmak üzere iş sözleşmesi yapmış, hemen akabinde yüzde 21 hissesini Aeritalia'nın bulundurduğu Eurofighter ile iş sözleşmesi yaparak Münih'te (Almanya) çalışmaya başlamıştır. Daha sonra, Aeritalia şirketi, Finmeccanica tarafından devralınmıştır. Bayan Pugliese, kendisine yapılması gereken bazı ödemeleri alamadığı gerekçesiyle İtalya'daki işvereni (Finmeccanica) Almanya'da dava etmiştir. Davanın yetki yönünden reddedilmesi üzerine ABAD'a Bayan Pugliese'nin mutad işyerinin Almanya olarak kabul edilip edilemeyeceği sorulmuştur. ABAD, ikinci iş sözleşmesinin yapılmasının birinci işverenin izniyle olduğu durumlara vurgu yaparak işçinin edimini ikinci işverene bağlı olarak yerine

¹⁴ Jan Voogsgeerd v. Navimer, C: 384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275.

¹⁵ Jan Voogsgeerd v. Navimer, C: 384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275, p. 39.

¹⁶ Sandra Noueira, Moreno Osacar and others v. Ryanair, C:168/16, 14.09.2017, ECR-I-688.

¹⁷ Sandra Noueira, Moreno Osacar and others v. Ryanair, C:168/16, 14.09.2017, ECR-I-688, p. 65, 66 ve 69.

¹⁸ Giulia Pugliese v. Finmeccanica SpA, C:437/00, 10.04.2003, ECR-I-3573.

getirmesinde ilk işverenin menfaati varsa¹⁹ ikinci iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine getirdiği yerin mutad işyeri sayılabileceğini ve burada ilk işverene dava açılabilceğini belirtmiştir. Böylelikle, ilk işveren açısından mutad işyeri sayılmayan fakat ikinci işveren açısından mutad işyeri olarak kabul edilebilecek olan bir yerde ilk işverenin dava edilebilmesinin yolu açılmış olmaktadır. ABAD'ın bu yaklaşımı, mutad işyeri kavramını eş zamanlı olarak iki iş sözleşmesinin ve iki işverenin bulunduğu durumlara da teşmil ettiğinden mutad işyeri yetki esasının uygulama alanını genişletici niteliktedir.

Mutad işyeri kavramının işçinin edimin ifa etmeye henüz başlamadığı hallerde nasıl tespit edileceğinin de üzerinde durmak gerekir. Mutad işyeri kavramı, işçinin edimini ifa etmesi olgusuna bağlı bir kavramdır. İşçinin bir iş sözleşmesi yapmış ama henüz edimini ifa etmeye başlamamış olduğu hallerde mutad işyerinin nasıl tespit edileceği BU v. Markt24 Davası'nda²⁰ ABAD'a sorulmuştur. Dava konusu olayda Bay BU, Almanya'da kurulu bulunan Markt24 isimli şirketi temsil eden bir işçi ile Münih'te (Almanya) çalışmak üzere bir iş sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşme, Markt24 firmasının Salzburg'da (Avusturya) bulunan ofisinde değil bir kafede imzalanmıştır. Sözleşmede öngörülen işe başlama tarihi geçmiş olmasına rağmen kendisine hiç iş verilmeyen Bay BU, işvereni kendi yerleşim yeri olan Avusturya'da dava etmiştir. Yerel mahkeme, BU isimli işçinin mutad işyerinin nasıl tespit edileceğini, özellikle, çalışmaya hazır olarak beklediği yerin mutad işyeri olarak kabul edilip edilemeyeceğini ABAD'a sormuştur. ABAD, sözleşmenin ifasına başlanmayan durumlarda mutad işyerini tespit için kullanılacak tek unsurun tarafların iradesi olduğunu kabul etmiştir. Tarafların iradesi, iş sözleşmesinin yerine getirileceği yeri kararlaştırırken belirleyici olacağından mutad işyeri de iş sözleşmesinin yerine getirileceği yer olarak kabul edilecektir.

ABAD'ın BU v. Markt24 Davası'nda varmış olduğu sonuç işçinin korunması amacını gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği açısından tartışmaya açıktır. Öncelikle, işçi fiilen çalışmaya başlamamış olduğu halde adeta çalışıyormuş gibi işin görülmesinin kararlaştırıldığı yerde (Almanya) dava açmaya mecbur bırakılması işçinin aleyhine bir sonuçtur. Ayrıca, işin görülmesinin kararlaştırıldığı yerin mutad işyeri kavramı ile eş tutulması, ABAD'ın mutad

¹⁹ ABAD'a göre burada söz konusu olan menfaat, somut olayın şartlarına göre değerlendirilecek olup geniş yorumlanmalıdır. Mesela, birinci işverenle ikinci işveren arasında ekonomik açıdan bir bağlantı olması, söz konusu iki işverenin bu sözleşmelerin birlikte yerine getirileceğine dair anlaşmış olmaları, ilk işverenin işçinin üzerindeki yönetim yetkisinin devam edecek olması ve ilk işverenin, işçinin ikinci işverenin işini göreceği sürenin ne kadar olacağına karar verebilme yetkisinin bulunabilmesi gibi haller buna örnek teşkil edebilir. Giulia Pugliese v. Finmeccanica SpA, C:437/00, 10.04.2003, ECR-I-3573, p. 24.

²⁰ BU v. Markt24 C:804/19, 25.02.2021, ECR-I-134.

işyerini birden çok faktörün bir arada mevcut bulunmasına bağlı tutan önceki içtihatları ile uyumlu olmamıştır. İşçinin, kendisine iş verilmesini beklerken geçen sürelerin işten sayılması gerekir. Kendisine iş verilmesi için işin yapılacağı yer dışında bir yerde fiilen çalışmaya hazır beklemesi de çalışma kapsamında görülüp mutad işyerinin buna göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu tartışmaların yanında, BU v. Mark24 Davası'nda varılan sonuç, ABAD'ın işin ifasına başlanmayan durumlarda dahi bir mutad işyeri bulma ve buna bağlı olarak yetki kuralını uygulama çabası içerisinde olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Yukarıdaki örneklerden anlaşılacağı üzere, ABAD, Tüzük'te tanımı yapılmayan mutad işyeri kavramını geniş yorumlama eğilimindedir. Bu eğilim, öncelikle, mutad işyerini tespiti yarayan faktörlerin çeşitliliğinden anlaşılmaktadır. ABAD, işçinin belirli bir ofisten işlerini yürüttüğü durumlarda, önceliği ofisin bulunduğu yere vererek buranın mutad işyeri sayılması yönünde bir prensip koymuştur. Mahkeme, sınır aşan çalışmaların yoğun olarak görüldüğü ulaştırma sektörüyle ilgili davalarda ise sabit bir ofisin olmayacağı gerçeğinden hareketle, pek çok faktörü değerlendirerek mutad işyerini tespit etmeye yönelmiştir. Bu davalarda, işçinin talimatları nereden aldığı, iş araç ve gereçlerini nerede bıraktığı (park ettiği) gibi faktörleri de kullanarak mutad işyerini tespit edebilmeye öncelik vermiştir. ABAD'ın kullandığı kriterlere bakıldığında, bunlardan hepsinin aynı anda gerçekleşmesi gerekli olmadığından mutad işyerinin tespitinin katı bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı, her olayın kendi özelliğine göre değişiklik arz edebileceği söylenebilecektir. Mahkeme'nin mutad işyerinin tespitine yönelik esnek tutumu birden fazla işveren ve birden fazla iş sözleşmesi mevcut bulunan hallerde de bariz şekilde kendini göstermektedir. ABAD'ın bu bakış açısı, işin yerine getirilmesine başlanmadığı hallerde bile bir mutad işyeri bulunabileceği sonucuna götürecek kadar geniş ve esnektir. Mutad işyerinin tespitinde benimsenen bu kriterler ve esnek bakış açısı, bu yetki kuralının uygulama alanını hiç şüphesiz ki genişletmektedir. Bunun doğal sonucu, ancak mutad işyeri yetki esasının uygulanamaması halinde başvurulabilecek olan işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesi yetki esasına başvurulabilecek hallerde bir daralma meydana gelmesidir.

3. İşçiyi İşe Alan İşletmenin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Tüzük m.21/1(b)(ii) hükmü gereğince, işçinin işini mutaden yerine getirdiği veya getirmiş olduğu bir yer mevcut değilse işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu maddedeki düzenlemeyi²¹, “işçinin

²¹ Tüzük m.21/1(b)(ii) hükmünün İngilizce metnindeki ifade şu şekildedir: “If the employee does not or did not habitually carry out his work in any one country, in the courts for the place where the business which engaged the employee is or was situated.”.

yapmayı taahhüt etmiş olduğu işin yapılacağı birlik üyesi mahkemesi” olarak çeviren bir görüş mevcuttur²². Bir başka görüş aynı ifadeyi “işçinin dâhil olduğu işin yürütüldüğü yer” olarak çevirmiştir²³. Kanaatimizce, Tüzük’ün İngilizce metnindeki “*the place where the business which engage the employee is or was situated*” ifadesinin Türkçe çevirisi bu şekilde olmamalıdır. Bu yetki esası, “iş-çiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer” olarak anlaşılmalıdır²⁴.

İşçiyi işe alan işletme kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunun belirli olmadığı ifade edilmiştir²⁵. Bu belirsizlik, bu kavramın iki bileşen unsuru olan “işe alma” ve “işletme” kavramlarının açıklanmaya muhtaç olmasından kaynaklanmaktadır²⁶. Güçlük arz eden husus, bu kavramların Tüzük’te tanımlanmamış olmasıdır. Dolayısıyla bu kavramların nasıl yorumlanacağı hususu belirsizliğe sebep olmaktadır.

ABAD’a göre işe alma kavramının şekli olarak istihdam etme prosedürünün yerine getirilmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır²⁷. İşe alma prosedürleri yerine getirildikten sonra işçinin işe fiilen başlayıp başlamadığı hususu bu yetki esasına dayanılması bakımından önem taşımayacaktır. Sırf şekli açıdan işe alma prosedürünün yerine getirilmesiyle bir yetki esasına dayanılabilecek olmasının meydana getirebileceği sorunlar düşünülerek buradaki işe almanın işvereni temsilen yapılmış olması gerektiği kabul edilmiştir²⁸.

İşçiyi işe alan işletmenin ne gibi özellikler taşıması gerektiği de madde metninden anlaşılamamaktadır. “İşe alan işletme” terimi lafzi olarak yorumlanacak olursa, işçiyi sadece işe alan ama bizatihi çalıştırması şart olmayan her türlü kurum ve kuruluşun bu kapsama gireceği söylenebilecektir. Nitekim ABAD, Voogsgeerd v. Navimer Davası’nda, işçiyi işe alan işletmenin, aynı zamanda çalıştıran işletme olmasının gerekmediğine hükmetmiştir²⁹. İşçiyi işe

²² Çörtoğlu Koca, s. 113.

²³ Esen, s. 197.

²⁴ Benzeri bir çeviri için bkz. Sibel Özel, ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyumsuzluklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 14, Sayı: 179-180, Yıl: 2011, ss. 1351-1382, s. 1357; Benzer şekilde “işçinin işe alındığı işletmenin bulunduğu yer” şeklinde bir çeviri de mevcuttur. Berk Demirkol, Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 29.

²⁵ Merrett, s. 121.

²⁶ Bu yetki esasıyla ilgili olan Voogsgeerd Davası’nda Hukuk sözcüsü Trstenjak’ın da konuyu bu ayrıma göre ele aldığı ve incelediği görülmektedir. Jan Voogsgeerd, v. Navimer, C:384/10, Hukuk Sözcüsü Trstenjak’ın Rapor Tarihi: 08.09.2011.

²⁷ Jan Voogsgeerd v. Navimer, C:384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275, p. 46.

²⁸ Ugljesa Grusic, European Private International Law of Employment, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 178.

²⁹ Jan Voogsgeerd v. Navimer, C: 384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275, p. 46 ve 52.

alan işletmenin hukuken nasıl bir nitelik taşıması gerektiği, diğer bir deyişle, tüzel kişiliğe sahip olmasının gerekip gerekmediği de önem taşımaktadır. İşçiyi işe alan işletmenin tüzel kişilik taşıması gerektiğinin kabulü halinde bu kural dar yorumlanmış; buna mukabil, tüzel kişiliğe sahip olmasının gerekmediğinin kabulü halinde ise daha geniş yorumlanmış olacaktır. ABAD'ın bu yetki esasının tartışıldığı Voogsgeerd Davası'nda, işçiyi işe alan işletmenin tüzel kişiliğe sahip olmasının şart olmadığına fakat kural olarak işverene ait bir yer olmasının gerekli olduğuna hükmedilmiştir³⁰.

İşçiyi işe alan işletmeyle ilgili olarak ABAD'ın vurguladığı hususlar bir araya getirilirse şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: İşçiyi işe alan işletme, tüzel kişiliğe sahip olması şart olmayan ancak kural olarak işverene ait ve işvereni temsilen işçiyi işe almış bir kurum veya kuruluştur. Buna ilave olarak, ABAD'a göre, işe almanın sadece şekli bir özellik gösterdiği, işçinin fiilen çalışmaya başlamasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır. ABAD'ın işçiyi işe alan işletmeye dair bu yaklaşımı tüzel kişilik şartı aranmaması yönünden geniş, işletmenin işverene ait bir yer olması yönünden dar yorumlanmış olmaktadır. İşçiyi işe alan işletmeyle ilgili olarak tüzel kişiliğe sahip olma şartı aranmayarak söz konusu kuralın geniş yorumlanmış olması işçi lehine olabilecektir. Zira işçi, kendisini işe alan işletmenin tüzel kişiliği olup olmadığını bilemeyebilir. Sırf bu nedenle işçinin kendisini işe alan işletmenin bulunduğu yerde işveren aleyhine dava açamaması adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Bu bakımdan tüzel kişiliğe sahip olma şartının aranmaması yerindedir. Buna mukabil, işçiyi işe alan işletme kavramının dar yorumlanarak sadece işverene ait işletmelerin bu kapsamda görülmesi işçi lehine olmayacaktır. İşçiyi işe alacak olan işletmenin işverene ait olması şartı arandığında bu yerin dolaylı olarak işverene bağlı olarak bir yetki esası oluşturması söz konusu olacaktır. Bunun sonucu olarak işçiyi işe alan işletmenin işverene ait olmasının şart koşulması bu yetki kuralını işveren menfaatinin korunmasına odaklı bir bakış açısını yansıtan bir kural haline getirmektedir.

Doktrinde, işçiyi işe alan işletme kavramının kapsamına istihdam bürolarının (*employment agencies*)³¹ da gireceği ileri sürülmüştür³². Bu görüş, ABAD'ın yukarıda zikrettiğimiz bakış açısına ters düşmektedir. Zira ABAD'ın yaklaşımı, işçiyi işe alan işletmenin işverene ait bir yer olması gerektiğine dayalıdır. İstihdam bürolarının da bu kural kapsamında kabul edilmesi ha-

³⁰ Jan Voogsgeerd v. Navimer, C: 384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275, p. 54 ve 57.

³¹ İstihdam büroları, kar gütmeye amacı olsun veya olmasın, işverenlere istihdam sağlamak amacıyla hizmet veren işletmeler olarak tanımlanmaktadır. İstihdam büroları hakkında geniş bilgi için bkz. Simon Deakin / Gillian Morris, *Labour Law*, Hart Publishing, London, 2009, s. 153 vd.

³² Mota / Moreno, s. 551.

linde ise bu yerlerin işverene ait olması beklenemeyeceğinden bu iki görüş birbirinden farklılaşmaktadır. Doktrinde bir diğer görüş, istihdam bürolarının bu kapsamda sayılamayacağını mütalaa etmektedir. Bu görüşe göre yetki kuralında işçiyi işe alan işletmenin hali hazırda veya önceden bulunduğu yere (*is or was situated*) işaret edilmiştir. Buradan hareketle, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer işe alınma anından sonra değişmiş olabilir. Bu takdirde bu işletmenin dava anında bulunduğu yerin yetki kazanması söz konusu olacaktır. Bu görüşe göre, işletmelerin zaman içerisinde farklı ülkelere taşınabileceği göz önünde bulundurulursa, bu yetki kuralının belirsizliğe ve uyuşmazlık ile bağlantısı zayıf olan yerlerde dava açılmasına sebep olabileceği açıktır³³. Doktrinde bir diğer görüş, özellikle deniz iş hukuku bakımından istihdam bürolarının bu yetki kuralı kapsamında “işçiyi işe alan işletme” olarak kabul edilmesinin, son derece sakıncalı olduğunu ifade etmektedir³⁴. Kanaatimizce, bu yetki kuralının kapsamına istihdam bürolarının girdiği kabul edilmemelidir. Aksi bir durumun kabulü, işçi ve işverenin öngöremeyeceği yerlerde dava açılabilmesine, uyuşmazlık ile dava arasındaki bağlantının zayıflamasına ve aşkın yetkiye (*exorbitant jurisdiction*)³⁵ sebep olabilecektir. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, işçiyi yerleşim yeri Almanya olan işveren adına Belçika’da işe alan işletmenin daha sonra Fransa’ya taşınmış olması halinde, işçinin hem Belçika’da hem Fransa’da dava açabilmesi mümkün olabilecektir. İşçinin bu iki ülkede hiç çalışmamış olması, bu sonucu değiştirmeyecektir. Görüldüğü üzere, özellikle, işçinin istihdam edilmesinden sonra işe alan işletmenin başka bir ülkeye taşınması halinde işçinin uyuşmazlıkla yeterli ve makul bağlantısı olmayan yerlerde dava açabilmesi mümkün olacaktır. Bu sonuç, aşkın yetki kurallarının kullanılmasını önlemeye yönelik sınırlamalar getiren Brüksel rejiminin ulaşmak istediği amaçla uyum halinde olmayacaktır.

II. İŞÇİYİ İŞE ALAN İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER MAHKEMESİ YETKİ KURALININ UYGULANABİLECEĞİ HALLER

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kural Tüzük’te düzenlendiği yer sebebiyle, mutad işyeri mahkemesini yetkilendiren kural ile birlikte ele alınmaktadır. Tüzük m.21/1(b)(ii) hükmünde, bu yetki kuralının, işçinin işini mutaden bir ülkede yerine getirmemiş olduğu durumlarda uygulanacağı belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle, işçiyi işe alan işletmenin

³³ Richard Kidner, ‘Jurisdiction in European Contracts of Employment’, *Industrial Law Journal*, Cilt: 27, Sayı: 2, Yıl: 1997, ss. 103-120, s. 122.

³⁴ Laura Pinheiro, *International Maritime Labour Law*, Springer -Verlag, Hamburg, 2015, s. 112.

³⁵ Merrett, s. 119; Davaya bakan mahkemenin, davanın tarafları veya konusu ile yeterli bağlantısının olmayışı halinde aşkın yetkinin varlığı kabul edilmektedir. Olıvy Struyen, ‘Exorbitant Jurisdiction in the Brussels Convention’, *Jura Falconis Jg*, Cilt: 35, Sayı: 4, Yıl: 1998-1999, ss. 521-548, s. 522.

bulunduğu yer mahkemesinin yetki kazanabilmesi, ancak işin mutaden yerine getirildiği bir yer olmaması halinde söz konusu olabilmektedir³⁶. Özetle, mutad işyerinin olmayışı, işçiyi işe alan işyeri mahkemesinin yetki kazanabilmesinin ön şartı olmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kural, mutad işyeri kuralı ile birlikte ve seçimlik bir hak verecek tarzda uygulanacak bir özellikte değildir. Bu seçimlik hak, işverenin yerleşim yerinde veya mutad işyeri mahkemesinde dava açma hususunda mevcuttur. İşçi bunlardan bir tanesinde dava açmayı tercih edebilir. İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesi ise, işverenin yerleşim yeri mahkemesini yetkilendiren kural ile bir seçimlik hak oluşturabilir. Bu açıklamalarımızın sonucu olarak işçinin dava açabileceği yerler çeşitli ihtimallere göre şu şekilde olmaktadır: İşçi, işverenin yerleşim yerinde veya mutad işyerinin bulunduğu yerde veya işverenin yerleşim yerinde veya (mutad işyerinin bulunmaması halinde) işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilir.

İşin mutaden yerine getirildiği yerin AB üyesi bir devlette olmaması durumunda m.21/1(b)(ii) hükmü gereğince işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin yetki kazanıp kazanmayacağı tartışmalıdır. Tüzük metninde bu konuda herhangi bir sınırlama konulmadığından, işin herhangi bir ülkede mutaden yerine getirilmesi halinde, işçiyi işe alan yer mahkemesinin yetkili olmayacağı, bu yerin AB üyesi olmayan bir devlette olmasının da bu sonucu değiştirmeyeceği ifade edilmiştir³⁷. İşini mutaden AB üyesi olmayan bir devlette yerine getiren bir işçi, mutad işyerinin AB dışında olmasından dolayı mutad işyeri mahkemesinde dava açamayacaktır. Aynı işçi, mutad işyeri bulunduğundan dolayı (bu yer AB dışında olsa bile) bu defa işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açamayacaktır. Bir mutad işyerinin var olması kendisini işe alan işyeri mahkemesine başvurusunu engelleyecektir.

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kuralın, AB dışında çalışan AB işçilerini korumaya yönelik bir amacı olduğu hususu bir mahkeme kararına konu olmuştur. Paul Humbert v. Six Constructions Ltd. Davası'na³⁸ konu olan olayda Bay Humbert Birleşik Arap Emirlikleri, Libya ve Cezayir gibi AB üyesi olmayan ülkelerde işini mutaden yerine getirmiştir. Bay Humbert, Brüksel Konvansiyonu'nun uygulandığı ve işçiyi

³⁶ Merrett, s. 121.

³⁷ Almeida Cruz, Desantes Real ve Paul Jenard, Report by Mr de Almeida Cruz, Mr Desantes Real and Mr Paul Jenard on the Convention on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic to the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (1990) Official Journal C 189/45; Grusic, Employment, s. 120.

³⁸ Paul Humbert v. Six Constructions Ltd. C:32/88, 15.02.1989, ECR-358.

işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesine yetki veren bir hükmün bulunmadığı o dönemde, sadece işverenin yerleşim yeri yetki esasına dayanarak dava açabilmiştir. Esasen, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesi yetki kuralının bu davada ortaya çıkan ihtiyacı gidermeye yönelik olarak Tüzük'e eklendiği savunulmuştur³⁹. Bu dava özelinde, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesine yetki veren kuralın eksikliğinin hissedildiği söylenebilir. Ancak yine de işçinin, işverenin yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilmiş olması, bu yetki kuralının tali nitelikte ve sınırlı uygulama alanına sahip bir kural olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

III. İŞÇİYİ İŞE ALAN İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER MAHKEMESİ KURALININ İŞÇİNİN KORUNMASI AMACI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İkinci bölümde incelediğimiz üzere işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yeri yetkilendiren kuralın uygulanması açısından işletme ve işe alma kavramlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kavramların Tüzük'te tanımlanmamış olması, söz konusu yetki kuralının uygulanması açısından güçlük arz edebilecek niteliktedir. ABAD'ın, işçiyi işe alan işletmeden ne anlaşılması gerektiğine dair tespitleri yol gösterici nitelikte olmakla beraber bu işletmenin işverene ait olması gerektiğini belirtmesi, işveren eksenli bir bakış açısı olarak görülmeye son derece müsaittir. Nitekim bu kurala yöneltilen eleştirilerden bir tanesi de işçinin işe alındığı yerin, işverenin tercihinin bağlı olarak tek taraflı bir şekilde belirlenebilmesi ve çoğu zaman işverenin yerleşim yeriyle aynı olmasıdır⁴⁰. Bu yönden bakıldığında, ele aldığımız yetki kuralı, işçinin korunması amacına ulaşmak açısından elverişli görünmemektedir.

Bu yetki kuralı uygulandığında, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer ile uyumsuzluk arasında sıkı bir bağlantı olmayabilecektir. Bir örnekle ifade etmek gerekirse, İtalya'da çalışmak üzere Lüksemburg'daki bir işletme tarafından işe alınan işçinin Kuzey Avrupa ülkelerinden birinde çalışmış olması halinde, Lüksemburg mahkemelerinin yetkili olmaya devam etmesi bunun bir örneğidir⁴¹. Bu bariz sakınca nedeniyle mutad işyerinin tespitinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Bununla beraber, kuralın konuluş amacının AB ülkelerinde istihdam edilerek çalışmak üzere AB dışına gönderilen işçileri korumak olduğu kabul edilirse, işe alınmanın AB ülkesinde gerçekleşmiş olmasının yeterli bir bağlantı olacağı ifade edilmiştir⁴². Bunun sonucu olarak, işçiyi işe alan

³⁹ Cruz/Real/Jenard Raporu, s. 45; Kidner, s. 112; Mulox IBC v. Hendrick Geels, C: 125/92, Hukuk Sözcüsü AG Jabobs'un Rapor Tarihi: 26.05.1993, p. 12.

⁴⁰ Grusic, Employment, s. 122.

⁴¹ Merrett, Employment Contracts, s. 120; Mulox IBC v. Hendrick Geels, Hukuk Sözcüsü AG Jabobs'un Görüşü, C: 125/92, 26.05.1993, p. 37.

⁴² Merrett, Employment Contracts, s. 121.

işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin aşırı yetkiye sebebiyet vermeyeceği sonucuna ulaşılabacaktır. İşçinin AB’de yerleşim yeri bulunmayan bir işveren tarafından, AB ülkelerinden birinde işe alındıktan sonra AB dışına götürülüp çalıştırılması halinde, işçinin Tüzük hükümleri uyarınca işverene karşı dava açabileceği yegâne yer kendisini (AB’de) işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Esasen bu yetki kuralı, yerleşim yeri AB’de olmayan işverene karşı AB işçisini koruyan bir hüviyete sahip olduğunu bu ihtimalde gösterecektir. Buna mukabil, AB ülkelerinin daha ziyade işçi alan ülkeler olduğu ve bu ülkelerden AB dışına çalışmak için gidenlerin daha az olduğu düşünüldüğünde kuralın sınırlı bir uygulama alanına sahip olacağı tekrar görülecektir.

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesine yetki veren kurala getirilen eleştiriler arasında bu kuralın işverenin müdahalesi veya tercihi-ne göre tek taraflı olarak belirlenebilecek bir yer olması da yer almaktadır⁴³. Özellikle, işçiyi işe alan işletmenin işverene ait bir yer olması gerektiğini kabul eden ABAD içtihadı⁴⁴ karşısında, işverenin güdümünde olan bu yere bağlı olarak yetki tesisinin işçi lehine olmayacağı savunulmuştur. Aynı görüşe göre, işverenin işçileri belirli bir merkezde işe alarak, bu yetki kuralının kendi lehine sonuç doğurmasını sağlayabilmesi de mümkündür⁴⁵.

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kuralın uygulanabilmesi, dava konusu olayda bir mutad işyerinin bulunmamasına bağlıdır. İşçinin işini mutaden yerine getirdiği bir yer olmamalıdır. İşin mutaden AB dışında yerine getiriliyor olması halinde mutad işyerinin AB dışında olmasının da bu kararın uygulanmasını önleyeceği anlaşılmaktadır. Tüzük metninde mutad işyerinin AB dışında olması durumu ayrı tutularak bu yetki kuralına başvurulabileceği belirtilmemiştir. Bu durum, mutad işyeri AB dışında olan AB işçilerinin, kendilerini işe alan işletmenin bulunduğu yerde dava açmalarını engelleyecek niteliktedir. Brüksel Konvansiyonu’nun San Sebastian Konvansiyonu⁴⁶ ile değişikliğe uğramasından önceki dönemde görülen Paul Humbert v. Six Constructions Ltd. Davası’nda, işini mutaden AB ülkeleri dışında yerine getiren

⁴³ Grusic, Employment, s. 123.

⁴⁴ Jan Voogsgeerd v. Navimer, C: 384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275.

⁴⁵ Ugljesa Grusic, ‘Should the Connecting Factor of the Engaging Place of Business be Abolished in European Private International Law?’, International Commercial Law Quarterly, Cilt: 62, Sayı: 1, Yıl: 2013, ss. 173-192, s. 186.

⁴⁶ Convention on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its Interpretation by the Court of Justice with the Adjustments Made to them by the Convention on the Accession of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Adjustments Made to Them by the Convention on the Accession of the Hellenic Republic Official Journal L 285 3.10.1989 p. 1-98.

Bay Humbert, Tüzük kuralları ile AB dışındaki mahkemeler yetkilendirilemeyeceğinden bu yerlerde dava açamamıştır. Bu seçeneğe de sahip olmayan Bay Humbert, işverenin yerleşim yerinde dava açmıştır. Brüksel Konvansiyonu'nun ilk metninde işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren bir kural mevcut değildi. Brüksel Konvansiyonu'nda değişiklik yapan San Sebastian Konvansiyonu'na işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı eklenmiştir. Bu değişikliğin sebebinin o tarihlerde henüz sonuçlanmış olan Humbert Davası'nda⁴⁷ işçi lehine bu tarzda bir kurala ihtiyaç duyulduğunun ortaya çıkması olduğu ifade edilmiştir⁴⁸. Bununla birlikte, Tüzük metninin ifadesi karşısında, mutad işyeri AB dışında olan işçilerin (AB dışında da olsa bir mutad işyerine sahip olmalarından dolayı) bu yetki kuralına dayanarak dava açmaları mümkün olmayacaktır.

Mutad işyeri kavramı, fiili bazı olgulara dayanan bir kavram olup mevcut bulunup bulunmadığı her bir somut olayın kendi şartlarına göre değerlendirilmektedir. Nitekim ABAD, işçinin işini organize ettiği bir ofisin varlığı gibi bazı prensipler koymaya gayret etse de değişik sektörlerde ve çalışma modellerinde farklı prensiplerin varlığını kabul etmek de gerekmiştir. Mesela, ulaştırma sektöründe, sabit bir ofisin varlığı mümkün olmayabileceğinden, işçinin iş araç ve gereçlerini nereden aldığı, nereye bıraktığı ve işin bitiminde nereye döndüğü gibi hususlara dayalı kriterler geliştirilmiştir. Sıra dışı bazı iş sözleşmelerinde her bir somut olayın şartları gözetilerek mutad işyerinin tespitine çalışılmıştır. ABAD'ın bütün bu çabalarının sonucu olarak mutad işyerinin tespitine götürecek çok sayıda kriter ortaya çıkmıştır. Aynı nitelikte işin birden fazla üye devlette yapılıyor olması gibi mutad işyerini belirlemeyi güçleştiren durumların varlığında dahi ABAD, hangi ülkede daha çok zaman geçirilmişse oranın mutad işyeri olacağına hükmederek tercihini mutad işyerini tayin etmekten yana koymuştur. Bunun açık bir örneği de kıta sahanlığında gemilerde veya deniz üstü platformlarda gerçekleştirilen çalışmalarda bile işçinin mutad işyerinin bulunabileceğinin hükme bağlanmış olmasıdır. ABAD, hemen her olayda, işçinin mutad işyeri olabileceği düşüncesinden hareketle bunu bulmaya çalışmakta ve bu yolda esnek davranarak bir mutad işyeri bulunduğu sonucuna ulaşmaktadır. ABAD, mutad işyeri kavramını geniş yorumlayarak mutad işyerinin yokluğu halinde başvurulabilecek olan işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan kuralı son derece sınırlı hallerde uygulanabilecek bir kural haline getirmektedir.

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan kuralın, Tüzük m.7/5'teki düzenleme sebebiyle bağımsız bir uygulama alanının

⁴⁷ Paul Humbert v. Six Constructions Ltd. C:32/88, 15.02.1989, ECR-358.

⁴⁸ Cruz/Real/Jenard Raporu, C: 384/10, 15.12.2011, ECR-I-13275, s. 45.

kalmadığı ileri sürülmüştür⁴⁹. Bu düzenlemeye göre, bir şube, acente veya diğer bir kuruluşun işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, o şube, acente veya kuruluşun bulunduğu üye devlet mahkemesinde işçi işverene karşı dava açabilecektir. Tüzük m.7/5'teki kural, iş sözleşmeleriyle ilgili olan beşinci kısımda, m.20/1'deki düzenlemenin atfıyla uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, Tüzük m.7/5'teki kural, beşinci kısım dışında olmasına rağmen yapılan açık atıf neticesinde iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulacaktır. Tüzük'teki bu düzenlemesinin sonucu olarak şube, acente veya buna benzer diğer bir kuruluşun işlemlerinden dolayı, bunların bulundukları üye devlet mahkemesinde, dava açılabilir. Şube, acente veya buna benzer kuruluşların işlemlerinin geniş yorumlanarak iş sözleşmesi yapmayı ve işe almayı da kapsadığı ifade edilmiştir⁵⁰. Bu yönden bakıldığında, m.7/5'teki düzenlemenin, aslında işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kuralı içine alabileceği söylenebilir.

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin yetki kazanması, yukarıdaki açıklamalarımızda görüldüğü gibi ancak istisnai durumlarda mümkün olabilecektir. Bu istisnai durumlar çeşitli durumlarda ortaya çıkabilecektir. Mesela, Antarktika gibi hiçbir devletin egemenliğinde bulunmayan yerlerde veya açık denizlerdeki petrol platformlarında çalışan işçilerin mutad işyerinin tespit edilmesi mümkün olmayabilir⁵¹. Benzeri şekilde hiçbir devletin egemenliğinde olmayan denizlerde çalışan gemilerdeki işçilerin bu yetki kuralına istinaden dava açabileceği öngörülmektedir⁵². Bu durumlarda herhangi bir ülkede mutad işyeri bulunmadığından hareketle, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin yetki kazanması gündeme gelebilir.

Doktrinde, burada sayılan dezavantajları nedeniyle işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kuralın kaldırılması teklif edilmiştir⁵³. Buna gerekçe olarak, ABAD'ın mutad işyerinin tespitine yönelik içtihatlarından sonra kuralın sınırlı bir uygulama alanının kaldığı ve işçinin korunmasından çok işverenin menfaatine sonuçlar vermeye müsait olduğu gösterilmiştir⁵⁴.

⁴⁹ Grusic, Engaging Place of Business, s. 191.

⁵⁰ Grusic, Engaging Place of Business, s. 189.

⁵¹ Grusic, Employment, s. 122. Bu gibi durumlarda mutad işyerinin bulunmaması, işçinin herhangi bir ülkede merkez üssü olmaması şartına bağlıdır. Herhangi bir ülkede bir merkez üs bulunduğu takdirde, mutad işyerinin burası sayılması ihtimali bulunacaktır.

⁵² Pinheiro, s. 110. Bununla beraber yazara göre, ABAD'ın bilhassa Jan Voogsgeerd v. Navimer Davası'nda geliştirmiş olduğu ve uyuşmazlığı mutlaka bir mutad işyeri ile ilişkilendirme çabasına dayanan yorumu karşısında, bu yetki kuralı bariz bir şekilde ikincil ve istisnai nitelikte kalmıştır.

⁵³ Grusic, Engaging Place of Business, s. 188.

⁵⁴ Grusic, Engaging Place of Business, s. 189.

SONUÇ

Çalışmamızda ele aldığımız üzere, Tüzük m.21/1(b)(ii) gereğince işçi, kendisini işe alan işletmenin bulunduğu yerdeki mahkemede de dava açabilecektir. Bununla birlikte hangi hallerde bu kurala dayanarak dava açılabilirliğinin tespitinin önünde bazı zorluklar vardır. İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yerdeki mahkemeye yetki veren kuralın uygulanabilmesi bakımından öncelikle işe alma ve işletme kavramlarının tespiti gerekmektedir. Bu kavramların maddi hukuka ilişkin olmaları ve Tüzük'te tanımlanmamış olmaları kuralın yeknesak bir şekilde uygulanmasının önünde bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta, ABAD'ın koyduğu prensip ve kriterlere göre ilerlemek gerekmektedir. ABAD içtihatlarında, işe almanın şekli olarak istihdam prosedürlerinin yerine getirilmesi olarak anlaşıldığı görülmektedir. İşe alan işletmenin ise istihdam bürolarını dışarıda bırakacak şekilde işverene ait bir yer olarak yorumlandığı görülmektedir.

İşçiyi işe alan işyeri mahkemesini yetkilendiren kurala göre yetki tesisi için mutad işyerinin mevcut bulunmaması veya tespit edilememiş olması şarttır. AB dışında bile olsa işçinin mutaden çalıştığı bir yerin bulunması, bu yetki kuralının uygulanmasına engeldir. Tüzük'te tanımlanmayan bir diğer kavram olan mutad işyeri, ABAD'ın uzun yıllar içerisinde ve ihtiyaçlara göre geliştirdiği prensiplerle tespit edilmektedir. Bu prensiplere bakıldığında, ABAD'ın mutad işyeri kavramını geniş yorumladığı ve gerekirse bu konuda kendi geliştirdiği prensiplere yenilerini ekleyerek mutlaka bir mutad işyeri bulunduğu sonucuna varmaya çalıştığı görülmektedir. Bu yönüyle, mutad işyerinin bulunmadığı bir iş ilişkisinden bahsetmek zorlaşmış veya teorik düzeyde değer taşıyan bir hale gelmiştir. Özetle, ABAD'ın mutad işyeri kavramına bu yaklaşımı, bu çalışmada ele aldığımız yetki kuralının uygulama alanını önemli ölçüde sınırlamıştır.

İşçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kural, işverenin yerleşim yeri yetki esasıyla birlikte uygulama kabiliyetine sahiptir. İşçi, dilerse bu iki yerden birinde davasını açabilecektir. Bununla beraber, işverenin yerleşim yeri bulunmasa dahi şube, acente veya buna benzer bir kuruluşunun AB'de bulunması halinde bunların bulunduğu yeri yerleşim yeri olarak kabul eden Tüzük m.20/2 hükmü gereğince, AB'de yerleşim yerine sahip olmayan işverene dava açabilmek kolaylaşmıştır. Buna ilaveten şube, acente veya buna benzer kuruluşların işçiyi işe almaları söz konusu olduğunda, bu kuruluşların bulunduğu üye devletler, işçinin işe alındığı işletmenin bulunduğu yerler olarak kabul edilebilecektir. Bunun sonucu olarak şube, acente veya buna benzer kuruluşların bulunduğu üye devlet mahkemesinde işveren aleyhine dava açılabilirliğini belirten Tüzük m.7/5 düzenlemesi, işçiyi işe alan işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisine dair kuralın işlevini yerine getirebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, incelediğimiz yetki kuralının kullanım alanı sınırlıdır. Marjinal bazı durumlar haricinde bu yetki esasının devreye girebileceği örnekleri düşünmek zordur. Bununla beraber, kuralın kaldırılmasının da işçinin doğrudan faydasına olmayacağı açıktır. Sonuç olarak, atıl durumda kalmış ve nadiren başvurulabilecek bir kural olsa da bunun yerine işçiye davasını açabileceği bir başka yetkili mahkeme tanınmadan bu kuralın kaldırılması düşünülmemelidir. İşçinin dava açabileceği yerlerin sayısını azaltmamı esas alan bir anlayış içinde, bu yetki kuralının yerine uygulama alanı daha kolay tespit edilebilen ve böylece işçinin korunması amacına daha fazla hizmet edecek bir başka yetki kuralı getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- CRUZ, Almeida / REAL, Descantes / JENARD, Paul, Report by Mr de Almeida Cruz, Mr Desantes Real and Mr Paul Jenard on the Convention on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic to the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (1990) Official Journal C: 189.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2016.
- DEAKIN, Simon / MORRIS, Gillian, Labour Law, Hart Publishing, London, 2009.
- DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İstanbul, 2020.
- ESEN, Emre, ‘Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi’, Özkan, Işıl / Tütüncübaşı, Uğur / Süral, Ceyda (der), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ankara, 2016.
- GRUSIC, Ugljesa, ‘Should the Connecting Factor of the Engaging Place of Business be Abolished in European Private International Law?’, International Commercial Law Quarterly, Cilt: 62, Sayı: 1, 2013, s. 173-192.
- GRUSIC, Ugljesa, European Private International Law of Employment, Cambridge, 2016.
- KIDNER, Richard, “Jurisdiction in European Contracts of Employment”, Industrial Law Journal, Cilt: 27, Sayı: 2, 1998, s. 103-120.
- MERRETT, Louise, Employment Contracts in Private International Law, Oxford, 2011.
- MERRETT, Louise, ‘Jurisdiction Over Individual Contracts of Employment’, Andrew Dickinson / Eva Lein (der.), Brussels I Recast Regulation, Oxford, 2015.
- MOTA, Carlos Esplugues / MORENO Palamo Guillermo, ‘Jurisdiction Over Individual Contracts of Employment’, Magnus, Ulrich / Mankowski, Peter (der.), Brussels Ibis Regulation-Commentary, Münih, 2016.
- ÖZEL, Sibel, ‘Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 179-180, 2019, s. 1351-1382.
- PINHEIRO, Laura, International Maritime Labour Law, Hamburg, 2015.
- STRUVYEN, Olivia, ‘Exorbitant Jurisdiction in the Brussels Convention’, Jura Falconis Jg, Cilt: 35, Sayı: 4, 1998-1999, s. 521-548.