



**ANAYASA MAHKEMESİ
BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE
İŞ HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ
SEMİNERİ**

www.intes.org.tr



Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
ve Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası
İş Birliği ile Gerçekleştirilen

**ANAYASA MAHKEMESİ
BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE
İŞ HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ
SEMİNERİ**

AĞUSTOS 2023

ISBN: 978-625-99098-1-3

İNTES YAYINLARI

ISBN: 978-625-99098-1-3

YAYIN NO: 35/2023-2

İNTES

Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası

Şehit Mustafa Doğan Caddesi 719. Sokak No: 3

Yıldız-Çankaya/ANKARA

T: 0312 441 43 50 • F: 0312 441 36 43

www.intes.org.tr • intes@intes.org.tr

Tasarım

retaco.

www.reta.co

Baskı

EVOS Basım - Yayın

Sertifika No: 46241

Ağustos 2023 / ANKARA

Yayında yer alan görüş ve değerlendirmeler konuşmacıların kişisel görüşüdür.

İNTES'in görüşü olarak değerlendirilemez.

Tüm yayın hakları Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası - İNTES'e aittir.

İzinsiz çoğaltılamaz, basılamaz.

Kitaptan yapılacak alıntılarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

İNTES basılı yayınlarının tamamı ücretsizdir.

İNTES basılı yayınlarını herhangi bir şekilde ücret karşılığı satan yahut satma girişiminde bulunanlar hakkında hukuki ve cezai işlem yapılacaktır.

Yayınlarımızı talep edecek kişilerin doğrudan Sendikamızla iletişime geçmelerini önemle rica ederiz.

SUNUŞ

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu dzenlenmiştir.

Bireysel başvurunun uygulamaya geçirilmesiyle, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı anayasal yargı denetimi başlatılmıştır. Buna göre; 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bulunan ve Anayasamızda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi; bireysel başvurular kapsamında, iş hukukuna ilişkin aldığı kararlara, çalışma hayatını ve yargılama süreçlerini önemli ölçüde etkilemektedir.

Bu kararlar hakkında uygulayıcıların bilgilendirilmesi, kararların akademik ve yargısal bakış açısı ile değerlendirilebilmesi amacıyla, Ankara Sosyal Bilimler niversitesi ve İNTES iş birliğinde **“Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları erevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi Semineri”** gerçekleştirilmiştir.

Seminerde yapılan sunumları ve soru-cevapları içeren bu kitabı, değerli okuyucularımızla paylaşmaktan mutluluk duyuyor, faydalı olmasını diliyoruz.

Seminerin ve bu kitabın hazırlanması sürecinde katkıda bulunanlara teşekkür ederiz.

Saygılarımızla...

www.intes.org.tr

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Bülent Kent

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektör Yardımcısı ve Hukuk Fakültesi Dekanı 11

Celal Koloğlu - İNTES Yönetim Kurulu Başkanı 13

Prof. Dr. Musa Kazım Arıcan - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörü 15

BİRİNCİ OTURUM

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU ESASLARI VE BAŞVURULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ 18

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez - Anayasa Mahkemesi Üyesi 21

Doç. Dr. Taylan Barın - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 26

Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 32

Prof. Dr. Burak Gemalmaz - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 37

SORU - CEVAP 46

İKİNCİ OTURUM

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ HUKUKUNDA USUL KURALLARININ UYGULANMASI 56

Oturum Başkanı

Dr. Seracetin Göktaş - Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı 59

Doç. Dr. Ersin Erdoğan - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 62

Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 82

SORU - CEVAP 92

ÜÇÜNCÜ OTURUM

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ HUKUKU UYGULAMALARI 106

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu - YÖK Denetleme Kurulu Başkanı 108

Dr. Deniz Ugan Çatalkaya - Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 110

Prof. Dr. Muhittin Astarlı - Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 116

Prof. Dr. Ercüment Özkaraca - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 123

SORU - CEVAP 136







www.intes.org.tr

AÇILIŞ KONUŞMALARI



Prof. Dr. Bülent Kent

Ankara Sosyal Bilimler
Üniversitesi
Rektör Yardımcısı ve
Hukuk Fakültesi Dekanı



Celal Koloğlu

İNTES
Yönetim Kurulu Başkanı



Prof. Dr. M. Kazım Arıcan

Ankara Sosyal Bilimler
Üniversitesi
Rektörü



Sunucu – Sayın başkanlar, sayın Rektör, sayın dekanlar, yüksek yargının ve hukuk camiasının saygıdeğer temsilcileri, kıymetli akademisyenlerimiz, değerli katılımcılar, hanımefendiler, beyefendiler; Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi ve Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası iş birliği ile gerçekleştirdiğimiz “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi Semineri”ne hoş geldiniz, şeref verdiniz.

Saygıdeğer konuklar, Türkiye’nin hak ihlalleri nedeniyle AİHM’de açılan dava sayısını azaltmak amacıyla hayata geçirdiği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 10 yılı aşkın süre önce uygulanmaya başlandı, sizlerin de bildiği üzere. Bu süreç boyunca Anayasa Mahkemesi pek çok alanda ve çok önemli bireysel başvuru kararlarına imza attı. Bugün bu toplantımız vesilesiyle bireysel başvuru kararlarını hem genel anlamda hem de iş hukukunun kendine özgü özellikleri çerçevesinde değerlendireceğiz.

Yüksek mahkemelerimizin değerli başkanları, üyeleri ve kıymetli hocalarımızın katkılarıyla Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru esaslarını başvuru kararları çerçevesinde iş hukukunda usul ve maddi hukuk kurallarını değerlendireceğimiz üç oturum gerçekleştireceğiz.

Saygıdeğer konuklarımız, açılış konuşmalarına geçmeden önce, cumhuriyetimizin 100. yılında düzenlediğimiz ilk toplantıda sizleri cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk başta olmak üzere, aziz şehitlerimiz anısına önce saygı duruşunda bulunmaya, ardından da İstiklal Marşı’mızı söylemeye davet ediyorum.

Sunucu – Sayın başkanlar, saygıdeğer konuklar, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi Semineri”nde açılış konuşmalarının ilkinin yapmak üzere Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektör Yardımcısı ve Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Sayın Bülent Kent’i kürsüye davet ediyorum.

Buyurunuz efendim.



PROF. DR. BÜLENT KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Rektör Yardımcısı ve Hukuk Fakültesi Dekanı

Sayın Rektörüm, yüksek yargının değerli başkanları, değerli hocalarım ve katılımcılar; hepinizi saygıyla, muhabbetle selamlıyorum.

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi ve Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası iş birliğiyle düzenlenen “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi Semineri”ne hepiniz hoş geldiniz.

Anayasa yargısı, tarihsel olarak anayasanın üstünlüğünü ve kanunların Anayasa’ya uygunluğunun yargısal denetimini sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. İkinci Dünya Savaşı Dönemi’nde temel hak ve özgürlükleri koruma anlayışı gelişti, bu da Anayasa Mahkemelerinin daha da yaygınlaşmasını beraberinde getirdi.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kuruldu. Gerek bu dönemde gerekse 1982 Anayasası Dönemi’nde zaman zaman temel hak ve özgürlükler lehine olmayan kararlar vermesi eleştirilere neden olmuştur. Bu durum, ülkemizde belli bir dönem yargısal aktivizm tartışmalarının gündemden düşmemesine ve anayasa yargısının meşruluğunun sorgulanmasına yol açmıştır.

Türkiye’de, 2010 yılında Anayasa değişikliği gerçekleşti. Bu değişiklik ile bireysel başvuru mekanizması kabul edildi. Bireysel başvuru hakkı, ülkemizdeki temel hak ve özgürlükleri koruma standardını yükseltme bakımından önemli bir adımdır. Nitekim anayasa değişikliği gerekçesinde Anayasa koyucu, “bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesine özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu” yüklediğini ifade etmiştir.

Anayasa Komisyonu Raporu’nda ise “bugüne kadar devletçi anlayışla devleti ve sistemi koruyan bir organ olarak algılanan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru hakkının sağlanması ile artık özgürlükçü kararlar veren, özgürlükleri güvenceye alan bir mahkeme” olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.



Bireysel başvuru yolunun açıldığı ve uygulamaya geçildiği 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana, Anayasa Mahkemesinde genel itibarıyla temel hak ve özgürlükler lehine bir yaklaşım benimsediğini söylemek mümkündür. Bu anlamda mahkeme, bireysel başvuru yoluyla ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin korunmasının etkili araçlarından biri hâline gelmiştir. Diğer yandan, temel hak ve özgürlüklere yönelik hak ihlali iddialarının öncelikle ulusal sınırlar içinde ele alınması ve ihlallerin giderilmesi mümkün olmuştur.

Bu süreçte, Anayasa Mahkemesine iş hukukuyla ilgili de epeyce bireysel başvuru yapılmıştır. Mahkeme, on yıllık bireysel başvuru uygulamasında iş hukukunu ilgilendiren çeşitli hak ihlali iddialarını karara bağlamıştır. Mahkeme, “kişisel verilerin korunması haklarının ihlali” iddiasıyla yapılan başvuruları, işverenin belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin sağlanması bakımından yapılan müdahaleler ile çalışanın özel hayatı arasında makul bir denge bulunup bulunmadığını belirleyerek çözüme kavuşturmuştur.

İş yerinde eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda ise Yüksek Mahkeme, ayrımcılık yasağının Anayasa’da güvenceye bağlanan hak ve özgürlüklerden yararlanması bağlamında bir etkiye sahip olduğunu, maddi haklardan bağımsız bir varlığa sahip olmadığını, diğer hakları tamamlayıcı mahiyette olduğunu belirtmiştir. Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen “Ayrımcılık Yasağı”nın sadece kamu otoritelerine hitap eden bir güvence olmayıp özel kişileri de bağlayan temel anayasal bir ilke olduğunu ifade etmiştir.

Psikolojik taciz yani mobbing sebebiyle yapılan başvurularda ise Yüksek Mahkeme, bu fiilin gerçekleşmesini bazı koşullar bağlamında incelemiştir. Buna göre, iş yerindeki yöneticiler veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilen ya da görmezden gelinen müdahale; süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması ve mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar meydana getirmesi ya da ciddi bir zarar tehlikesi içermesi koşuluyla psikolojik taciz olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, bu başvuruları kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından değerlendirmiştir.

Bu konular dışında Anayasa Mahkemesine iş kazaları, işçilik alacakları, sendikal hak ve özgürlükler ve sosyal güvenlik hukuku kaynaklı hak ihlali iddialarıyla ilgili birçok bireysel başvuru yapılmış ve Mahkeme bu başvuruları karara bağlamıştır.

Bugün üç oturum şeklinde gerçekleştireceğimiz programda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ve bireysel başvuru kararlarının iş hukuku usul kuralları ve uygulamaları çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından kapsamlı bir bilgiye sahip olacağız.

Bu duygu ve düşüncelerle sözlerime son verirken programın düzenlenmesinde emeği geçen herkese ve özellikle sunumlarıyla programa katkı sağlayan değerli hocalarımıza ve tüm katılımcılara teşekkür ediyor, programın başarılı ve verimli geçmesini diliyorum.

**CELAL KOLOĞLU**

İNTES Yönetim Kurulu Başkanı

Sayın Rektörüm, yüksek yargının ve hukuk camiasının kıymetli temsilcileri, kıymetli akademisyenler, kıymetli misafirlerimiz; sizleri şahsım ve İNTES Yönetim Kurulu adına saygı ve hürmetlerimle selamlıyorum.

Seminerimize hoş geldiniz.

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi ile düzenlediğimiz seminerde sizlerle birlikte olmaktan büyük memnuniyet duyuyorum.

Seminerin düzenlenmesi sürecinde Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörü Profesör Doktor Sayın Musa Kazım Arıcan, Rektör Yardımcısı Profesör Doktor Sayın Bülent Kent, Anayasa Mahkemesi Üyesi Profesör Doktor Sayın Yusuf Şevki Hakyemez, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doktor Sayın Seracettin Göktaş, YÖK Denetleme Kurulu Başkanı Profesör Doktor Sayın Ali Cengiz Köseoğlu, Bilkent Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Sayın Ece Göztepe Çelebi büyük destek vermişlerdir. Her aşamada yapıcı yaklaşmışlardır. Kendilerine huzurlarınızda teşekkür etmeyi borç biliyorum.

Değerli konuklar, seminerimizin Cumhuriyetimizin 100. yılındaki ilk toplantımız olması bizim için ayrı bir önem taşımaktadır. Anayasamız varlığını yüz yıllık Cumhuriyetimize borçludur. Seminerimizde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarını ve iş hukukuna yansımalarını çok değerli konuşmacılarımız değerlendirecektir.



İş dünyasının temsilcileri olan bizler için yarını planlayabilmek ve yarına güvenebilmek büyük önem taşımaktadır. Bu güvenin temelinde de hukuk vardır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça hukuki güvenlik ilkesi vurgulanmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, temel haklar açısından da ortak bir değer ifade etmektedir. “Hukuk Devleti” kavramı, hukuk güvenliği ve insan hakları temelinde yolumuzu da aydınlatmaktadır.

İNTES olarak yargı kararlarına ve bilimsel görüşlere büyük önem vermekteyiz. Bu alandaki toplantılara ev sahipliği yapmaktan da büyük memnuniyet duymaktayız.

Değerli konuklar; istişare, bizim kadim kültürümüzün temel değerlerinden biridir. Farklı bakış açılarını ve yorumları zenginliğimiz olarak kabul ediyoruz. Seminerimizin taraflar arasındaki iş birliği ve diyalogun gelişmesine katkı sağlayacağına inanmaktayız.

Seminere değerli görüşleriyle katkı yapacak yüksek yargı temsilcilerimize ve akademisyenlerimize ve katılımlarınız için sizlere de özellikle teşekkürlerimi, sevgi ve saygılarımı sunuyorum. Sağlıcakla kalın.



PROF. DR. MUSA KAZIM ARICAN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörü

Çok değerli başkanlarım, Anayasa Mahkememizin çok değerli üyeleri, Yargıtayımızın çok değerli üyeleri, başkanlarım, Yükseköğretim Kurulumuzun çok kıymetli Denetleme Kurulu Başkanı, Sendikamızın çok değerli Başkanı, çok değerli hocalarım, hanımefendiler, beyefendiler; öncelikle hepinizi saygı ve muhabbetle selamlıyorum.

Sizlerin değerli katkıları ve iş birliğiyle düzenlediğimiz "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi" başlıklı çalıştaya hoş geldiniz.

Bugün güzel bir iş birliğinin gerçekleşmesine Yargı, Yükseköğretim ve Sendika üyeleri olarak hep birlikte katkı sağlıyoruz. Çok değerli YÖK Denetleme Kurulu Başkanımız Sayın Prof. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu Hocam, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası ile Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi iş birliğinde böyle bir program teklif ettiğinde biz de buna seve seve katkı verdik. Hukuk Fakültesi Dekanımız, aynı zamanda Rektör Yardımcımız Prof. Dr. Bülent Kent Hocam da bu iş birliğinin gerçekleşmesine katkı sağladı.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. yılına girdiğimiz bugünlerde hak ve özgürlüklerimizin daha fazla güvence altına alınmasıyla ilgili bu tür etkinliklerin saha, akademi ve uygulayıcılarla iş birliği içinde müşterek faaliyetlere dönüşmesi gerçekten çok sevindirici, ümit verici.

Doğanın ve toplumun bir parçası olan insan; özgür iradesi ve aklı ile bilgi, teknoloji ve kültür üreten tek varlıktır. Bu yönüyle insan, medeniyetlerin inşa edilmesinde ve geliştirilmesinde en büyük role sahiptir. İnsan, maddi ve manevi varlığı yoluyla çevre ve toplumla ilişki kurmakta ve bu etkileşimler neticesinde varlığını sürdürmektedir. İnsanın düşünen, üreten ve geliştiren bir varlık olması onu sosyal bir çevre içinde yaşamaya itmektedir. Bir arada yaşama ihtiyacı,



psikolojik olduğu kadar sosyal ve iktisadi bir gerekliliktir. Birlikte yaşama ihtiyacı, ancak bir düzen çerçevesinde anlamlı ve sürdürülebilir olmaktadır. Bunun için de birtakım kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle birlikte yaşamanın getireceği çatışmaların önlenmesi ve barışçıl yollarla çözülebilmesi adına bu kuralların herkes tarafından benimsenmesi ve toplumda kabul görmesi gerekir. Hukuk, işte tam bu noktada ortaya çıkan ihtiyaca cevap vermektedir. Çünkü hukuk, her şeyden önce düzeni ifade etmektedir. Zira hukuk, insanların nasıl davranması gerektiğiyle ilgilenmekte ve toplumsal ilişkileri düzene koyma amacı taşımaktadır.

Meşhur Alman Şair **Ouhland** hukuku,
“Müşterek nimettir, hak ve adalet
Her insanın ruhunda yaşar
Kalpteki kan gibi ruhlarda kaynar.”
şeklinde tanımlıyor bir şiirinde.

Ouhland’ın şiirinde belirttiği üzere hukuk, vicdanımızın özüdür. Hukuk, manevi bir olgu ve ahlakın güvencesidir. Madalyonun iç yüzü ahlakı oluştururken dış yüzü hukuku oluşturmaktadır. Bu anlamda hukuk, insanların bir arada yaşaması için, birlikteliği için kaçınılmazdır ve hepimiz için son sığınaktır, son limandır. Düşünce ve felsefe geleneğinde de insanlığın üç hususa güvenini kaybettiğinde insanlığını kaybedeceği, insanlığın yok olacağı dile getirilmiştir: Birincisi, özgürlüktür, hukuktur; ikincisi, ahlaktır, değerlerdir; üçüncüsü de aşkın olana inancıdır, Tanrı’ya güvenidir. Dolayısıyla insanlığın artık teknik ve teknolojik olarak kuşatıldığı ve gittikçe yapay zekâların, robotik gelişmelerin bizi topyekûn sarmaladığı dönemde özgürlüklerimizin güvence altına alınarak hukuki bir zemine oturtulmasına, hak ve adalet bağlamında vicdana dayanan bir hukuk zeminine her zamankinden daha fazla ihtiyacımız vardır. İnsanların kendi manevi değerlerine, manevi varlığını sürdüreceği, güvence altına alacağı etik değerlere ihtiyacı var.

İnsan, yeryüzünde üretmek ve üretmesinin sonucunda bir kültür ve medeniyet inşa etmek üzere bulunmaktadır. Dolayısıyla insanlık tarihi aynı zamanda bir medeniyet tarihidir. Medeniyetlerin de bir arada barış içerisinde yaşaması gerekmektedir. Barış içinde bir arada yaşamayı, insanlık hukukla başarmaktadır. Hukuk zemininde birlikte yaşamayı sürdürebilmektedir.

Çok genel bir kavram olan hukuk, insanın zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlarına göre de çeşitli dallara ayrılmıştır. Günümüzde birçok alanın kendine özgü hukuku oluşmuş ve oluşmaya devam etmektedir. 18. yüzyılda üretim alanında önemli bir devrim yaşanmış ve tarıma dayalı üretimden sanayi toplumuna geçişin ilk adımları atılmıştır. Başta İngiltere olmak üzere birçok Batı Avrupa ülkesinde sanayileşme hareketleri başlamış, teknik gelişmelere paralel olarak iş bölümüne dayalı seri üretim yapılan iş yerleri açılmıştır. Sanayileşme ile ortaya çıkan işçi sınıfı ve bu sınıfın meydana getirdiği ilişkiler, hukuk için yeni bir düzenleme alanı yaratmıştır. Bilhassa işçi-işveren ilişkisi, ücret ve çalışma koşulları, sağlık ve güvenlik hakları gibi konuların hukuk tarafından düzenlenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Devlet, ortaya çıkan bu ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla çalışma hayatına müdahale etmiş, üretim ilişkisinin tarafları olan işçi-işveren haklarını karşılıklı dengede tutacak kuralları ihdas etmiştir. Böylelikle iş hukukunun temelleri atılmış ve zamanla ihtiyaçlar doğrultusunda iş hukukunun gelişmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

İş hukuku, 18. yüzyıldan itibaren insanlığın hayatında bir kavram olarak var olmuştur. İşçi-işveren ilişkileri ve bunların güvence altına alınması için işçi-işveren haklarının kuralları, devletler tarafından hukuki zemine oturtulmuş ve akademik anlamda da artık bir iş hukuku literatürü gelişmiştir. Belki de hukukun en önemli alanlarından biri, yakın gelecekte iş hukuku olacaktır. İş hukuku kavramı, yeni konular, yeni temalarla daha fazla gündemimize gelecektir.

Türkiye’de son yıllarda iş hukukuyla ilgili dikkate değer gelişmeler yaşanmaktadır. Tabii bu noktada Osmanlı Devleti’nde uygulanan “ahilik” geleneğinin büyük katkısının olduğunu zikretmeden geçemeyiz. Zira bu gelenek uyarınca üretim kapsamında faaliyet gösteren meslek sahiplerinin birtakım kurallara bağlı hareket etmesi zorunlu kılınmıştır. Çalışma hayatına yönelik konulan kurallar zamanla yasal çerçeveye bürünmüş ve iş hukukunun gelişmesine katkı sağlamıştır. Sosyal ve ekonomik hakların anayasalar tarafından güvence altına alınmasıyla çalışma hayatında yönelik temel ilkeler belirlenmiştir. Dolayısıyla gerek Osmanlı Devleti Dönemi’nde gerek Cumhuriyet Dönemi’nde yapılan düzenlemeler müstakil bir iş hukuku mevzuatının oluşturulmasına öncülük etmiştir.

İş hukukunun bugünkü noktaya gelmesini sağlayan paydaşlardan bir tanesi de şüphesiz yargı organıdır. Zira bir konunun kanun koyucu tarafından düzenlenmesi, o konudaki bütün sorunları ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Bu noktada uygulayıcılara da önemli görevler düşmektedir. İş hukukunun gelişmesine katkı sağlamak için güçlü bir yargıya ve yargı kararlarının iş hayatının uygulamalarına rehberlik etmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Yargı; hak ve hukukun korunmasına, adil yönetimin gerçekleştirilmesine, kalkınmanın sürdürülebilir olmasına ve katılımcı demokrasinin hayata geçirilmesine hizmet etmelidir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin insan haklarının özellikle de işçi-işveren haklarının korunmasında üstlendiği görev, önem arz etmektedir. Zira Mahkemenin, bireysel başvuru yoluyla verdiği kararlar, iş hukukunun gelişmesine önemli katkılar sağlamakta ve uygulayıcılara rehber olmaktadır.

Gelinen noktada hem uluslararası huktan kaynaklı iş hukuku düzenlemelerinden hem de geleneğimizde, medeniyetimizde var olan Ahilik örneğinden hareketle bundan sonraki dönemde çok daha güzel ve etkili modeller ortaya koyabiliriz.

Zamanla yeni gelişmelerin iş hayatındaki uygulamalarından doğan sorunların ortaya çıkması da kaçınılmazdır. Bu sorunların müzakere ve istişare edilmesi, işçi-işveren sorunlarının yargısal düzenlemesinin yapılması çok önemli hâle gelmiştir. Bu anlamda sorunların akademik çerçevede ele alınacağı istişari toplantıları gerçekleştirmek ve devam ettirmek çözüm adına önemli adımların atılması anlamına gelecektir. Çalıştayımızın bu açıdan çok önemli olduğunu, daha farklı konularda da benzer istişari toplantıların, seminerlerin düzenlenmesine de örnek teşkil edeceğini düşünüyorum.

Bu duygu ve düşünceler ile hepinizi bir kez daha saygıyla selamlıyor, organizasyonda emeği geçen herkese teşekkür ediyorum. Seminere sunumlarıyla, yorumlarıyla ve katılımlarıyla katkı yapacak akademisyenlere de şükranlarımı sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM

Anayasa Mahkemesine
Bireysel Başvuru Esasları ve
Başvuruların
Değerlendirilmesi

Oturum Başkanı



Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez

Anayasa Mahkemesi
Üyesi



Doç. Dr. Taylan Barın

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi

Bilkent Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Prof. Dr. Burak Gemalmaz

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Sunucu – Sayın Arıcan’a da teşekkürlerimizi sunuyoruz konuşmasından ötürü.

Sayın başkanlar, saygıdeğer konuklar; “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi Semineri”mizde üç panelimiz olacak toplantımızın başlangıcında da ifade ettiğimiz gibi.

Birinci Oturumumuzun başlığı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Esasları ve Başvuruların Değerlendirilmesi.

Oturumun Başkanlığını yapmak üzere Anayasa Mahkemesi Üyesi Profesör Doktor Sayın Yusuf Şevki Hakyemez’i davet ediyorum yerine, buyurunuz efendim.

Ve diğer konuşmacılarımızı da arz ediyorum: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doçent Doktor Sayın Taylan Barın, buyurunuz efendim.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Sayın Burak Gemalmaz, buyurunuz efendim.

Ve Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Sayın Ece Göztepe Çelebi, buyurunuz efendim.

Sözü Sayın Hakyemez’e bırakıyorum.





Oturum Başkanı

PROF. DR. YUSUF ŞEVKİ HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Herkese merhabalar. Günaydın.

Ben de sayın hazirunu saygıyla selamlıyorum. Bugün burada Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu işle ilgili çok güzel bir bilimsel etkinlik düzenleniyor. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörlüğü ile Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikasının iş birliğiyle gerçekleştirilen bir etkinlik. Bu etkinlikte Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardan hareketle bireysel başvuru bağlamında iş hukuku alanına ilişkin bizim de çok fazla istifade edeceğimiz son derece güzel sunumlar ve değerlendirmeler olacağını şimdiden tahmin edebiliyorum.

Öncelikle müsaadenizle Anayasa Mahkemesi ve bireysel başvuruyla ilgili bir mevzu olunca Oturum Başkanı olmama rağmen bir korsan tebliğ olmamak şartıyla bazı açıklamalar yapmakta fayda olduğunu düşünüyorum. En azından bizim gözlemimizden bu konuyla ilgili olarak, bireysel başvuruyla ilgili olarak, bireysel başvurunun günümüzde ulaştığı boyutla ilgili olarak bazı hususları bu oturumun en başında paylaşmaya çalışayım.

Gerçekten on yıllık bir geçmişi olan bireysel başvuru Türkiye’de adından çok fazla bahsettiriyor. Verdiği kararla birlikte Anayasa Mahkemesi çok daha fazla bu tartışma ve değerlendirmelerin merkezine oturuyor. Eskiden de Anayasa Mahkemesi norm denetimiyle ilgili verdiği kararlardan hareketle değerlendiriliyordu ama bireysel başvuru çok daha farklı bir hak arama yolu ve yeni bir alan. Ama öyle bir alan ki normalde anayasa mahkemeleri bireysel başvuru için kurulmuş olan yargı kurumları değildir. Anayasa mahkemeleri, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştirmek için kurulmuş mahkemeler ama 2010 yılında anayasa değişikliğiyle birlikte bireysel başvuru bizim sisteme dâhil edilince, Anayasa Mahkemesinin iş yükünün ve mesaisinin yüzde 80’den fazlasını bireysel başvurunun aldığını görmekteyiz. Gerçekten artık çok yoğun bir iş yüküyle



karşı karşıya Anayasa Mahkemesi. Aslında bu, biraz da bireysel başvurunun ne derece teveccüh gördüğünü de gösteriyor.

10 yıllık süre, 23 Eylül 2022 yılında doldu ve 10 yıllık süredeki istatistiklere baktığımız zaman 23 Eylül 2022 itibarıyla Anayasa Mahkemesine 450 bin civarında başvurunun yapıldığını görüyoruz. Bu 450 bin başvurunun 328 binini Mahkeme sonuçlandırmış. Şu anda derdest olan başvuru sayısı 90 binin üzerinde ve 2022 yılı içinde yapılan bireysel başvuru 110 bin civarında. Anayasa Mahkemesinin 2022 yılında bireysel başvuruyla ilgili vermiş olduğu karar sayısı ise 67 bin civarında. Bu 67 bin sayı olarak gerçekten çok yüksek bir rakam. Önceki yıllarda 40-45 bin arası bireysel başvuru sonuçlandırıyordu, 67 bin olmasının bir sebebi de Mahkemenin makul süreyle ilgili dosyalarda toplu bir şekilde karar vermesi. Artık liste usulüyle ihlal yönünde kararlar verilmesi yoluna da başvuruluyor.

Verilen toplam 328 bin karardan yaklaşık yüzde 9 civarındaki bir kısmında ihlal sonucu karşımıza çıkıyor. Bu yüzde 9, aslında düşük bir oran da değil. Evet, bireysel başvuruda işte yüzde 10 gibi görünüyör ihlal ama bireysel başvurunun bulunduğu diğer ülkelerle mukayese ettiğinizde bu rakamın yüksek olduğunu yine de söylemek gerekir.

Bireysel başvuru öyle bir yol ki, ben bunu şöyle ifade ediyorum: Bunun dönüştürücü etkisi var. Kimi dönüştürüyor? Önce Anayasa Mahkemesini dönüştürüyor bireysel başvuru, sonra hukuku dönüştürmeye başladı Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru aracılığıyla.

Şöyle ifade edeyim: Anayasa Mahkemesi norm denetimiyle ilgili gerçekleştirdiği görevlerde de aslında insan haklarının güvencesi olarak kararlar veriyordu ama Anayasa Mahkemesinin o dönemde verdiği kararlarda insan haklarının güvencesi olma boyutunu çok net göremiyorduk. Bunun değişik sebepleri var; bir sebebi, Anayasa Mahkemesinin o dönemde bana göre -ki bunu pek çok akademisyen de ifade ediyor- çok fazla özgürlükçü yaklaşım içerisinde olmayabiliyordu. Acaba şimdi tamamen hak eksenli mi? Orada da eleştiriler söz konusu ve bu eleştiriler de saygıdeğerdir ve bu eleştirilerin haklılık payı da olabilir ama Anayasa Mahkemesi 2010 yılında Anayasa Mahkemesinin hem oluşumu hem de bireysel başvurunun sisteme monte edilmesinden sonra daha fazla özgürlükçü bir yola doğru evrilmek durumunda kaldı.

Peki niçin evrilmek durumunda kaldı, niye dönüştü? Çünkü bireysel başvuru dediğiniz hak arama yolu hak ihlalleri söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin bu ihlalleri giderecek bir yaklaşımla Anayasa'yı yorumlamasını gerektiriyor; onun için Anayasa Mahkemesini dönüştürdü, hukuku dönüştürdü, mahkemeleri dönüştürdü. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ihlal kararlarının neticesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını göz önünde bulundurduğumuzda artık hukuku ve mahkemeleri dönüştürdüğünü görüyoruz.

Mahkemeye yapılan bireysel başvurular o kadar farklı alanlarda karşımıza çıkıyor ki, geline nokta özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların bile Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğini görüyoruz. Niye? Çünkü artık Anayasa Mahkemesinin o bireysel başvuru bağlamındaki yetkisiyle ilgili olarak düşündüğünüzde, hukuken eşit kişiler arasında olmasına rağmen, ticaret hukuku, borçlar hukuku, önemli ölçüde iş hukuku, medeni hukuk gibi konularda ortaya çıkan yatay ilişkilerde ihtilaf söz konusu olduğunda yargıya başvuruyorsunuz, yargıya

başvurduğunuzda ister istemez bir kamu gücü bu süreci değerlendiriyor, bu kamu gücünün devreye girmesi neticesinde ise artık bir ihlal hâli var olduğunu düşünüyorsanız Anayasa Mahkemesine başvurabilirsiniz.

Temel hakların yatay etkisi dediğimiz husus işte burada karşımıza çıkıyor ve Anayasa Mahkemesi bu konularda karar verdiği için çocuğun velayetinden tutun bugün burada değerlendirilecek iş hukukuyla ilgili pek çok konuda, bir şirket yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan kamulaştırmaz el atmaya, aile konutuyla ilgili meskeniyet iddiasından alacak davasına kadar aklınıza gelebilecek çok farklı konularda bireysel başvurular yapılabilmektedir. Ben şöyle diyorum: Mahalli idare seçimleriyle ilgili konulardaki bireysel başvurulara Anayasa Mahkemesi bakamıyor, ancak kişi hakları ve siyasi haklarla ilişkilendirilebilen neredeyse her konu zaman içinde maalesef Anayasa Mahkemesinin önüne geliyor. Bunu “maalesef” diyorum çünkü Türkiye’de bir kültür oluştu, her sorunu yargıyla çözme gibi bir alışkanlık. Anayasa Mahkemesi bu konularla ilgili karar veriyor ve bu kararlardan hareketle de tartışmaların merkezinde yer alıyor, eleştirilerin odağında oturuyor; o ayrı mesele. Ama burada bu kadar yoğun bir iş yüküyle karşı karşıya olan bir Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda kendisinden beklenenleri tam anlamıyla vermesi kolay kolay mümkün olabilir mi? Bunu sizlerin takdirinize sunuyorum.

Bireysel başvuru, söz gelimi bir temyiz denetimi gibi değildir ama yeni bir alan olduğu için gerçekten başvuru sahiplerinin önemli bir kısmı bizden kanun yolu denetimi, temyiz denetimi bekliyor âdeta. Esasında bu sadece başvuruyu yapan kişilerde değil, zaman zaman akademik camiada da karşımıza çıkıyor. Ben akademisyen kökenli bir Anayasa Mahkemesi üyesi olduğum için daha rahat söyleyebilirim, bu toplantıdaki akademisyen meslektaşlarımız zaten ilgi duydukları için geliyorlar ama gerçekten bazen bakıyoruz bireysel başvuruyu değerlendiren akademisyenlere, bireysel başvuruyla ilgili bilgisi fevkalade yüzeysel kalabiliyor ama otorite gibi konuşuyor titrine bağlı olarak. Bu çok sıkıntılı bir mesele aslına bakarsanız.

Bireysel başvuru çok yeni bir alan ama fevkalade teknik bir alan. Teknik alan olduğu için, sözgelimi, biz oraya bir “kanun yolu” gözlüğüyle bakmıyoruz, anayasal haklar gözlüğüyle bakıyoruz. Anayasal haklar gözlüğüyle baktığımızda da artık orada bir ihlal var mı yok mu hususunu değerlendirmeye çalışıyoruz. Maddi boyutuna baktığınız zaman gerçekten çok ciddi, içler acısı bir hak ihlali durumu söz konusu olabiliyor ama teknik boyutuyla yaklaştığınızda bir yere kadar müdahale edebiliyorsunuz, onun ötesine geçemiyorsunuz. Bunun böyle olması da gerekir, onu da ifade edeyim. Çünkü neticede bu ülkede zaten yıllarca yargısal denetim yapan, temyiz incelemesi gerçekleştirmekte olan yüksek mahkemeler var, istinaflar devreye girdi vesaire. Anayasa Mahkemesinin burada sadece bireysel başvuruyla sınırlı bir inceleme yapması gerekiyor. Derece mahkemelerinin takdir alanına müdahale etmemeye özen göstermesi gerekiyor.

Bireysel başvuruda şöyle bir sorunuz var: Anayasa Mahkemesi çok yoğun bir şekilde çalışıyor, karar veriyor, vermesi de gerekir, yoğunluktan yakınmaması da gerekir denilebilir, çünkü işi bu. Bundan da şikâyetçi olmamak gerekir bu yönüyle birlikte, işimiz bu olduğu için bunu yapmak zorundayız ama bu bağlamdaki temel mesele şu: Bireysel başvurunun bazı ilkeleri var. Birisi, bireysel başvurunun subjektif etkisi, diğeri objektif etkisi. Şimdi, subjektif



etkisinde neredeyse bir sorun yok, yani verilen kararların bağlayıcılığı ve ilgili mahkemenin Anayasa Mahkemesi ihlal kararı doğrultusunda gereğini yerine getirmesi. Tabii bunu söylerken hemen karşımıza iki tane karar çıkıyor; Şahin Alpay, Mehmet Altan kararı veya diğeri Berberoğlu kararı. Bunlar çok istisnaidir, binlerce ihlalin içerisinde çok istisnaidir. Hatta bir yönüyle de şöyle olumlu sonuca sebebiyet vermiştir: Takip edenler bilirler, Anayasa Mahkemesi bu iki kararda ilk derece mahkemeleri direnince yapılan yeni başvurular üzerine verdiği yeni kararlarda daha esaslı bir şekilde bireysel başvurunun ne olduğunu hukuk diliyle ifade etmeye çalıştı ve sonrasında bu iki ihlalin gereği de yerine getirildi. Bireysel başvuruda subjektif etkiyle ilgili çok fazla bir sorun yok ama objektif etki –ki çok güzel gelişmeler olmakla birlikte- daha iyi olabilirdi.

Objektif etki dediğimiz şey şu: Mahkemenin vermiş olduğu kararların benzeri konularda artık ilgili muhatapların, sadece yargı mercileri değil, kamusal yetki kullanan her yerin bunu dikkate alması gerekiyor, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın emsal teşkil etmesi gerekiyor benzer konularda. Çünkü neticede bunlar da Anayasa Mahkemesinin önüne gelebilecek. Sözelimi, kamulaştırmazsınız el atma gibi bir kronik sorunu var Türkiye'nin. Kamulaştırmazsınız el atmayla ilgili Anayasa Mahkemesi bir karar verdiğinde bunun benzeri olan uyuşmazlıkların artık bu emsal karar esas alınarak çözülmesi gerekir. Zira Anayasa Mahkemesi bu konuda kendi üzerine düşeni bireysel başvuruyla ilgili olarak ortaya koydu ve neticede standardı belirledi. Artık diğer mahkemelerin önlerindeki uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesinin bu kararını emsal alması gerekir. Ama bunu yapan gerçekten çok gayretli şekilde çalışan mahkemeler olduğu gibi, bunu dikkate almayıp sanki fevkalade farklı bir konuymuş gibi önündeki davayı Anayasa Mahkemesinin kararının aksine sonuçlandıran mahkemeler de olabilmekte. Peki objektif etki dikkate alınmadığında ne oluyor? O konuyla ilgili Anayasa Mahkemesinin önüne yüzlerce, bazı konularda binlerce bireysel başvuru geliyor.

Oysa Anayasa Mahkemesi, önünde zaten yüz binlerce başvuru yapılmış, önünde on binlerce dosya bekliyor, bunların içerisinde önceden sonuçlandırdığı benzer konulara çok fazla zaman ayırmaması gerekir. Niye ayırmaması gerekir? Çünkü o kadar yeni konularda başvurular var ki, Mahkemenin bu konulara daha fazla zaman ayırması, bu yeni başvurulara kafa yorması, odaklanması daha önemli çünkü.

Bu arada kendi adıma şu hususu vurgulamakta da yarar görüyorum. Bireysel başvuru aynı zamanda fevkalade öğretici bir alan, işin mutfağında yer alan birisi olarak ben hâlen öğreniyorum ve bundan da çok memnunum ve kendimi şanslı görüyorum bu görevde bulunmamdan dolayı. Yani ben üniversitede bu kadar bu imkâna sahip olamamıştım. Niye? Çünkü çok çok farklı alanlar var, çok üst düzey hukuki müzakereler yapılıyor Mahkemede ve raportörlerin yazdıklarında -o arkadaşların birikimi gerçekten takdire şayan- çok güzel şeyler ortaya çıkıyor. Bireysel başvuru bu yönü ile Türkiye'de hukukun gelişimine çok ciddi katkı sağlayabilir. Ama maalesef bu noktada objektif etkiyle ilgili hâlen bazı sorunlarımız mevcut.

En son şunu söyleyerek kapatayım: Bireysel başvuru öyle bir olağanüstü hak arama yolu ki, Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun etkili sonuç vermesi noktasındaki aktörlerden sadece bir tanesidir. Evet, nihai noktada Anayasa Mahkemesinin verdiği karara göre

o başvuruyla ilgili tablo şekilleniyor, hukuk belirleniyor ama burada bireysel başvurunun amacına uygun sonuç verebilmesi için kamusal yetki kullanan bütün aktörlerin taşın altına elini koyması gerekiyor.

Bu aktörler mahkemelerdir, bunlar idaredir, bunlar yeri geldiği zaman yasama organıdır. Niye? Çünkü bazen ihlal öyle sistematik bir sorundan kaynaklanabiliyor ki, mesela “makul süre” diye bir sorunumuz var bizim, makul süreyi aşan yargılamalar konusu. Şu anda Anayasa Mahkemesinin önündeki derdest 90 bin dosyadan epey bir kısmı -epey dediğim yüzde 20’lik bir kısmı şu anda- makul süreyle ilgili ve biz Anayasa Mahkemesi olarak makul süreyle ilgili bir pilot karar verdik. Yıllarca makul süreyle ilgili ihlal kararları verdikten sonra dedik ki “Artık bu Anayasa Mahkemelik bir iş değil ki, bu ülkede bunu kuracağınız idari bir komisyon aracılığıyla pekâlâ hâlledebilirsiniz. Niye Anayasa Mahkemesi mesaisinin önemli bir kısmını, emeğinin önemli bir kısmını makul süre gibi sadece yargılamanın süresine bakarak ihlal olup olmadığına ve başvurunun ne kadar tazminat alacağına bakıp ona göre tazminata hükmetmek için harcasın”. Zaten bu nitelikte binlerce karar verdi Anayasa Mahkemesi. 2022 yılında vermiş olduğumuz 67 bin kararın en az 15-20 bini makul süre kararlarıdır. Ama buna, bana kalırsa artık hiç gerek yok çünkü burada yeni bir şeyi Anayasa Mahkemesi ortaya koymuyor bu konudaki bireysel başvurularla ilgili olarak. O zaman bireysel başvuruda kamusal makamların da mutlaka taşın altına elini koyması lazım.

Şunu olumlu anlamda söyleyebilirim: Gerçekten ilk derece mahkemeleri, istinaflar, yüksek mahkemelerimiz, idare -özellikle cezaevi idareleri- Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla ilgili kararlarından hareketle çok güzel bir yaklaşım içerisindeler. Ama bu noktada kamusal yetki kullanan kurumlar içerisinde yasama organının bana kalırsa daha fazla bu işin içerisine girmesi, bireysel başvuru ile ilgili olarak daha fazla sorumluluk alması ve Anayasa Mahkemesine başka konulardaki dosyalara odaklanmasına imkân verecek şekilde kendisinden talep edilenleri yapması gerekiyor.

Ben bu açıklamaları; bireysel başvuruya ilişkin iş hukuku bağlamındaki kararların ele alınacağı bu sempozyuma başlarken genel olarak ifade etmenin faydalı olacağı düşüncesiyle yaptım.

Şimdi, oturuma geçiyoruz; oturumda tebliğ sunacak arkadaşlara mikrofonu bırakıyorum.

İlk sözü, programda görüldüğü gibi Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doçent Doktor Taylan Barın’a veriyorum.

Burada süre olarak da uygun görürseniz 15’er dakikalık sürelerde konuşmalarımızı bitirelim ki, soru-cevap faslı bence önemli, soru-cevap faslıyla birlikte de bu oturumu daha güzel ve daha faydalı bir moda dönüştürmüş oluruz.

Buyurun Taylan Bey.



DOÇ. DR. TAYLAN BARIN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Kıymetli hazırun, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

I. Türkiye’de Bireysel Başvurunun Kabulü

Bilindiği üzere bireysel başvuru 2010 Anayasa değişikliği ile getirilmiştir¹. Bireysel başvurunun hem anayasadaki düzenleniş şekli hem de gerekçesi açıkça AİHM nezdindeki Türkiye’ye karşı olan ihlallerin azaltılması motivasyonuna odaklanmıştır².

Bireysel başvuru 23/9/2012 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Bireysel başvuru kabul edildiğinden bu yana 10 yıldan uzun bir süre geçmiş, bu süre zarfında hem artan oranda hukuk gündeminde yer almaya başlamış hem de her ne kadar olağan bir kanun yolu olmasa da olağan bir kanun yoluymuş gibi başvuru sayısına ulaşmıştır. Nitekim takip eden başlıkta görüleceği üzere başvuru sayısına bakıldığında olağan kanun yoluymuş gibi bir muamele gördüğünü varsayabiliriz.

II. Bireysel Başvuru İstatistikleri

İstatistiklere odaklanıldığında bugün Anayasa Mahkemesinin nasıl bir iş yüküyle mücadele ettiğini biraz daha yakından görme imkânımız olacaktır. Anayasa Mahkemesi 2020 ve

1 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri 12/9/2010 tarihinde Halkoyuna sunulurak kabul edilmiş, buna ilişkin 22/9/2010 tarihli ve 846 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı 23/9/2010 tarihli ve 27708 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

2 Madde gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: “... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye’ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.”

2021 yıllarında 45 bin dosyayı karara bağlamıştır. Bunların da çok önemli bir kısmını -% 91'ini- kabul edilemezlik kararları oluşturmaktadır.

2023 verileriyle baktığımızda, toplam 470 bin başvuru yapıldığı görülmektedir. Bunların 374 bini sonuçlandırılmış; Derdest dosya şu anda 100 bin civarındadır. Makul sürede yargılamadan kaynaklı adil yargılanma hakkı ihlalleri çıktıktan sonra toplam ihlal kararı oranı şu anda yüzde 3,5-4 civarında kalmaktadır.

Şimdi, Anayasa Mahkemesinin yoğunluğunu görebilmek için şu sorunun yanıtlanmasına dair yüzeysel bir değerlendirme yapılabilir: Anayasa Mahkemesi bir iş gününde kaç karar veriyor? 2020 yılını iş gününe böldüğümüzde bir günde 180 dosyayı sonuçlandırıdığını görüyoruz. 2021'de ise bu sayı 182'ye ulaşıyor. 2022 ortalamasında bu sayı 200'ün üzerinde. Bu yalnızca bireysel başvuru boyutu tabii, bir de Anayasa Mahkemesi norm denetimi, siyasi partilerin mali denetimi, kapatma davası, aynı zamanda hâlihazırda devam eden Yüce Divan yargılamaları, bunları da yapmaya devam ediyor. Ona rağmen bireysel başvurudaki performansı böyle ve bunların önemli bir kısmı da yani 180 sonuçlandırılan dosyanın yaklaşık 165 tanesi de kabul edilemezlik kararı oluyor. Buna biraz yakından bakmak istiyorum.

Avukatların rolünün bireysel başvuru sürecinde yıldan yıla arttığını görüyoruz. Bu, yine istatistiklerde mevcut. Avukatla yapılan başvuru, kurumun ilk kabul edildiği yıllarda yüzde 50'lere yaklaşmazken, bugün yüzde 80'ler civarında. Fakat avukatların yani hukuk profesyonellerinin bu bireysel başvuruda rol alması kabul edilebilirlik anlamında yani o ilk dosyanın Anayasa Mahkemesi üyelerince görülmesi bölümlerde tartışılmasına bir katkı sağlamış mı? Maalesef hayır. Yani hukuk profesyonellerinden yardım aldığınızda, aslında Anayasa Mahkemesindeki başvurunuzun başarı oranında gözle görülür bir artış olmadığını görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dair istatistiklerde de benzer sonuca rastladım maalesef. O da şu şekilde: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan -46 ülkeden- başvurulara bakıldığında, başvuruların yüzde 22'si kabul edilebilirlik kriterlerini geçmediğinden kabul edilemez bulunuyor. Türkiye'den yapılan başvurulardan da yüzde 18'i. Bu, oldukça iyi bir oran. Çünkü AIHM'e başvuru yapılabilecek ülkelerin ortalamasından daha iyi bir ortalamaya sahibiz. Fakat diğer 46 ülkede olmayan bir oran Türkiye'de var maalesef, o da şu: Avukatla başvuru yapılmasındaki başarı oranı, avukatsız başvuru yapılmasındaki başarı oranından daha düşük. Yani şahıs kendisi bir konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşıdığına bunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki o ilk usul aşamasını geçme ihtimali yüzde 60 iken, avukatla başvurduğunda bu ihtimal yüzde 40'a iniyor. Demek ki burada hukuk profesyonellerinin bireysel başvuruda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurusunda da bir şeyleri gözden kaçırdığına dair net bir tablo çıkartıyor.

III. Bireysel Başvuruda Sık Yapılan Hatalar

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru nasıl yapılır? Anayasa Mahkemesinin web sitesinde bir form var. Başvuru, iç tüzüğe göre bu formun doldurulması suretiyle yapılmalı. Posta yoluyla veya internet, telgraf ve UYAP yoluyla başvuru maalesef Anayasa Mahkemesi için henüz açık değil. "Maalesef"i özellikle UYAP için kullanıyorum ama buna dair çalışmaların olduğunu İnsan Hakları Eylem Planında da yer aldığını biliyoruz. Ne zaman hayata geçirilir bilmiyorum ama yurt dışı temsilciliklerinden yapılabilir, bulunduğunuz ildeki, şayet başka bir ildeyseniz mahkemelerden yapılabilir veya da oradan Anayasa Mahkemesine gidip yapabilirsiniz.



Başvuru harca tabii. Adli yardım Anayasa Mahkemesi için de geçerli. Harç miktarı da 2023 için 1.480 TL.

Bağlayıcı olmayan genel işlemler, AYM kararları, anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı, YSK kararları, HSK'nın meslekten çıkarma harici kararları, buna benzer kararlar bireysel başvurunun konusu olamaz. Onun haricinde yasama işlemleri, doğrudan bir kanun için de bireysel başvuru yapılamaz. Herkes başvuru yapamaz Anayasa Mahkemesine. Yabancılar kendileriyle ilgili haklardan dolayı yapabilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapma ehliyeti yoktur.

Kabul edilebilirlik³ kriterlerini temelde ikiye ayırabiliriz: Bunlardan ilki esasa ilişkin olmayanlar yani dosyanın kapağını kaldırmadan, içeriğini detaylı bir şekilde okumadan reddedilenler. İkincisi, esasa ilişkin olanlar. Esasa ilişkin olanlar benim odaklanmaya çalıştığım asıl konu. Esasa ilişkin olmayanlarda da sadece birkaç önemli gördüğüm ve sıkça yapılan hata olarak karşıma çıkan konulardan bahsedip geçeceğim. Buna ilişkin tablo yandaki gibidir.

Öncelikle şekil eksikliği: Bazı dosyalarda şekil eksikliği mevcut olabiliyor. Mesela, başvuruyu 30 günlük sürede yapmadınız fakat bunun için bir mazeret var, mazeretin sunulması gerekiyor Anayasa Mahkemesine. Yine, Anayasa Mahkemesinin iç tüzüğünü okuyup ilgili maddelerini o şekil şartlarını karşılayıp karşılamadığından emin olunmalı. Eksiklik olması hâlinde başvurucuya 15 günlük bir sürede bunu tamamlanmaması tebliğ ediliyor, o süreye riayet ederek tamamlamak mümkündür. Buna rağmen idari ret kararı aldıysa buna karşı da 7 günlük bir itiraz süresi mevcut.

Şimdi, biraz önceki tabloya dönecek olursak; başvuru yollarının tüketilmemesi ve 30 günlük süreye dair birkaç konudan bahsedeceğim.

Başvuru yollarının tüketilmemesinde sık yapılan hataların başında olağan kanun yollarında ve mahkemeler önünde ileri sürülmeyen bir şeyi ilk defa Anayasa Mahkemesine tartışırma çabası geliyor. Önce bu yollar usulüne göre tüketilmeli. İhlale neden olduğu ileri sürülen karar için de bir temyiz veya kanun yolu şikâyeti varsa bunu da usulüne göre yapılmalı.

Süre aşımında 30 günü Anayasa Mahkemesi öğrenmeyle başlatıyor, öğrendiğiniz anda, öğrendiğinizin Anayasa Mahkemesince tespit edildiği anda 30 gün başlıyor. Bu çok önemli. UYAP'a evrak kütüğünden birisi baktıysa 30 günlük süre başlamış demektir⁴.

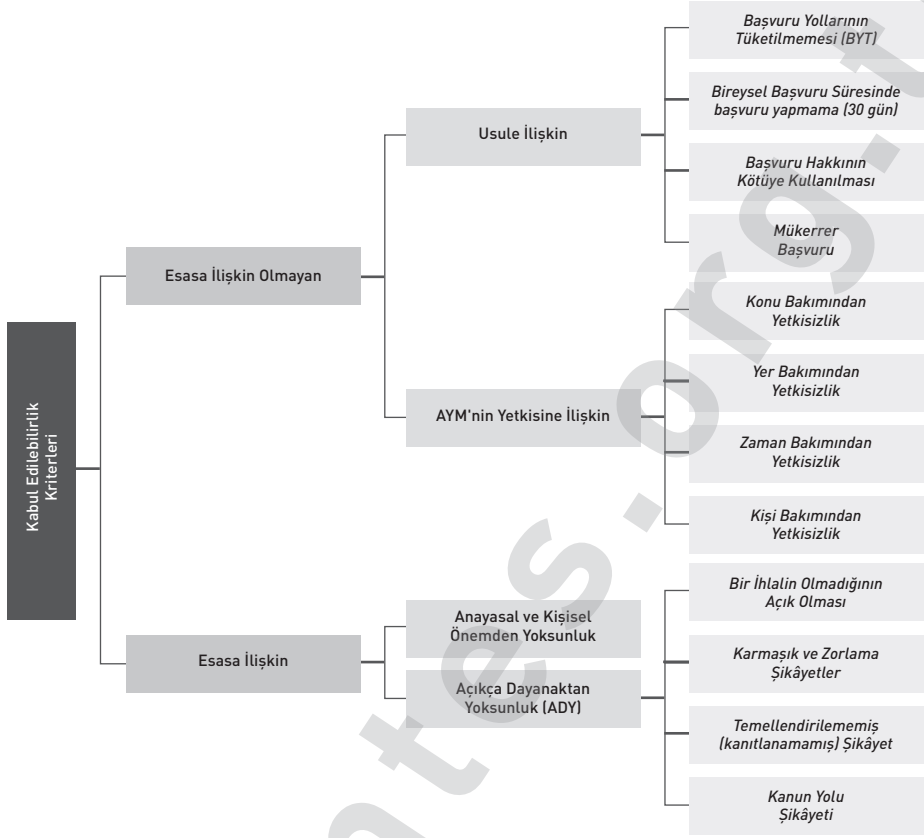
3 İngilizce *admissible* olan kavram Türkçeye "kabul edilebilirlik" olarak çevrilmiştir. Bu çeviri, başvurunun incelenmek üzere kabul edilebilmesi ile başvurudaki iddiaların kabul edilebilmesi arasında bir karmaşaya yol açmaktadır.

Aybay bu durumu şöyle açıklamaktadır: "Kanıma göre "admissible" "sözcüğünün Türkçeye "kabul edilebilir" biçiminde çevrilmesi yanlıştır. Türkçe kullanımda, davanın kabul edilmesi, davacı lehine sonuçlanması anlamına gelir. "Admissible" sözcüğünün eski hukuk uygulamasındaki karşılığı "mesmu" [dinlenebilir] idi. Günümüzde "dinlenebilir" ya da "incelenebilir" demek yerinde olur."

AYBAY, Rona [2010] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 88, s. 245, dipnot 37.

Benzer değerlendirme için bkz. Vural, H. S. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günset Kararı Üzerine Bir İnceleme", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 9, S. 18, 2021, s. 460.

4 Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmem için bkz. Barın, Taylan [2022]. "Bireysel Başvuru Hakkı ve Hakkın Geleceğine Yönelik Endişeler" *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 21, ss. 31-57.



1. Temellendirilmemiş Şikâyet

Kabul edilebilirliğe dair iki önemli konudan birisi temellendirilmemiş şikâyettir. Anayasa Mahkemesinin 2020’de vermiş olduğu Cemal Günsel kararı çok önemli köşe taşıdır. Kabul edilemezliklerin esasına ilişkin önemli tespitleri var Anayasa Mahkemesinin burada. Anayasa Mahkemesi açıkça burada formun nasıl doldurulması gerektiğini tarif ediyor.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru formunda bir olay dolguları var, ardından ihlal iddiaları var. Anayasa Mahkemesi, bunların arasındaki illiyeti başvuruçunun kurması gerektiğini, o olaydan dolayı hangi hakkının ihlal edildiğini başvuruçunun göstermesi gerektiğini, delilleriyle bunu ispatlaması gerektiğini söylüyor. Ardından bunları incelemenin kendisinin görevi olduğunu fakat bunları toptamanın kendisinin görevi olmadığını yineliyor. Elbette başvuruçunun ulaşamadığı bir evrak varsa ve bunu belirtmişse, ulaşabiliyorsa Anayasa Mahkemesi buna ulaşacaktır ama onun haricinde Anayasa Mahkemesi başvuruçunun yerine geçerek bir araştırma yapamaz. Özellikle iş yükünün bu kadar yoğun olduğu bir mahkemeden bunu beklemek mümkün değil.



Bu kararın satır aralarını ben şöyle okuyorum: Anayasa Mahkemesi yalnızca mükemmel başvuruları dikkatle inceler, özenli başvurulara daha fazla vakit ayırır diyor belki de.

2. Kanun Yolu Şikâyeti

Hâlâ eski bir alışkanlıktan da kaynaklanıyor olabilir ama temyiz ve istinaf dilekçesi gibi, kişiler kendilerinin veya hukuk profesyonelleri müvekkillerinin haklı olduğunu Anayasa Mahkemesine kanıtlama çabasındalar. Oysa Anayasa Mahkemesi bir yargılamanın neticesinde o yargılama sonucunu denetleyen bir makam değil, öyle bir görevi de yok. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bunu kesinlikle yapmıyor, yapmadığını da kararlarında sıklıkla vurguluyor. Kararın adil olup olmadığı, onun haricinde yorum ve içtihat farklılıklarının olup olmadığı Anayasa Mahkemesinin gündeminde değil. Anayasa Mahkemesi burada birkaç şeyden bahsediyor.

Anayasa Mahkemesi kural olarak kanunların ve usul kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığıyla ve delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediğiyle ilgilenmiyor.

Bunların istisnaları var yalnızca:

Birincisi, bariz takdir hatası.

İkincisi, silahların eşitliği ve gerekçeli karar hakkı.

Üçüncüsü ise mahkemeye erişim hakkı.

Yani usul kurallarının katı uygulanması mahkemeye erişimde bir engel oluşturduysa Anayasa Mahkemesi elbette bunu da inceliyor.

Peki nedir açıkça keyfilik, bariz takdir hatası? Özet olarak: Kanun hükmünün olağandışı yorumlanması, açık bir kuralın uygulanmaması, içtihat farklılıklarının hukuki güvenliği ihlal etmesi. Eskiden sık olurdu, ben avukatlık stajı yaparken de bahsederlerdi, aynı konuya bakan iki dairenin içtihadı farklı, 5. Daireye düşerse şu yönde karar çıkıyor, 7. Daireye düşerse ise dosyanız tam zıt yönde. İşte Anayasa Mahkemesi burada hukuki birliği sağlamakla görevli. Yüksek yargı organlarının bunun bu şekilde karar vermesinin yani bunu sizin âdeti talihinize bırakmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görüyor.

Maddi olayların ve delillerin değerlendirilmesinde bariz takdir hatası da Anayasa Mahkemesinin bu konuda odaklandığı hususlardan.

Yine Anayasa Mahkemesi kararından alıntı “Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudaki görev kapsamı, sadece mahkemelere yapılan hukuki hatalarla ilgilenmemektir aslında.” Mahkemelerin vermiş olduğu kararlarda bir hukuki hata varsa Anayasa Mahkemesinin vazifesi bunu ayıklemek değildir. Nedir? Mahkemenin yorum ve değerlendirmesinin Anayasa’nın ve AİHS’in ortak alanında –Anayasa’nın 148. maddesine göre- koruma alanı kapsamında olan hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi.

Burada şu kısım vurgulanmalıdır: Bir yargılamanın sonucunun adil olmadığını düşünüyorsanız orada sizin adil yargılanma hakkınızın ihlal edildiği kendiliğinden doğan bir sonuç değildir. Çünkü yargılamada her sonuçta bir tarafın bir memnuniyetsizliği muhakkak ortaya çıkacaktır.

Sonuç Yerine Sık Rastlanılan Birkaç Örnek

Dava sonucunu etkileyen kanun çıkarılması: Maalesef sıklıkla yaşanan durumlardan birisi. Anayasa Mahkemesi hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiğine de gerekçesinde yer vererek davanın esasına ilişkin sonucun belirlenmesi adil yargılanma hakkını ihlal edeceği sonucuna varıyor.

Cevap dilekçesi sunulmadan karar verilmesi: Bu durumda, istinafa başvuruluyor, istinafa başvuruya da cevap gerekçesi için tebligat yapılmıyor ve istinaf bu şekilde davayı neticelendiriyor, Anayasa Mahkemesi burada da silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar veriyor.

Delillerin değerlendirilmesi: Başvurucunun sunduğu delilleri değerlendirmekle Anayasa Mahkemesi hiçbir zaman ilgilenmez ancak o delillerin yargılamanın sonucunu etkileyebilecek ağırlıkta bir delil olmasına rağmen gerekçeli kararda hiçbir şekilde değinilmemesi, görmezden gelinmesi durumunda Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının bir alt güvencesi olan gerekçeli karar hakkının ve aynı zamanda silahların eşitliği -çünkü taraflardan biri o delilini tartıştıramadığı için- ilkesinin yine adil yargılanma hakkının -bir alt ilkesi olan- ihlal edildiğine hükmedebilir.

En nihayetinde Anayasa Mahkemesi için fevkalade önemli bir alt güvence gerekçeli karar hakkıdır: Maddi olayların veya delillerin değerlendirilmesinde bariz takdir hatası yapılması, yine hükmün sonucunu değiştirebilecek ağırlıkta bir delilin göz ardı edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi bunu incelemektedir.

OTURUM BAŞKANI – Doçent Doktor Taylan Barın’a teşekkür ediyoruz.

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Profesör Doktor Ece Göztepe Çelebi Hocama söz veriyorum, buyurun.





PROF. DR. ECE GÖZTEPE ÇELEBİ

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben de bütün dinleyicileri sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Bugün zannediyorum hukukun bileşenlerinin tamamını burada ağırlıyoruz. Konuşmamdaki ağırlık noktalarını belirleyebilmek için kısa bir yoklama yapmak istiyorum. Çok sayıda yüksek yargı ve istinaftan kişiler olduğunu biliyorum ama kaç avukat var aramızda bir görebilir miyim? Neredeyse yargıdan daha çok. Akademisyenler var aramızda, karar verici pozisyonda olan akademisyenler var.

Taylan Hocam ve Burak Hocamla önceden konuştuk, tekrara düşmemek için medeni bir iş bölümü yaptık kendi aramızda. Bireysel başvuru hakkıyla ilgilenen kişiler olarak, çözüm odaklı bir sunuş yapmanın daha faydalı olacağını düşündük. Ben de bu çerçevede temel sorunlar hakkında, biraz önce Yusuf Şevki Hocamın sözünü ettiği, “bu inanılmaz iş yükünü nasıl azaltabiliriz?” ve “nasıl çözüm odaklı, hak odaklı bir kamu düzeni kurabiliriz?” sorularına cevap vermeye çalışacağım.

Bireysel başvuru hakkı, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla kesinleşmiş olan mahkeme kararlarına karşı başladı; 10 yıldır bireysel başvuru kabul eden, 60 yıldır görev yapmakta olan bir Anayasa Mahkememiz var, ama iş yükü inanılmaz. 1 Mart 2022’de Anayasa Mahkemesi ile Bilkent Üniversitesi bu konuda bir sempozyum düzenledi¹. Benden de Almanya ile karşılaştırma yapmam istendi. Çünkü bizim esas aldığımız ya da kararlarını yakından takip ettiğimiz bir ülke Almanya. Ben konuşmaya ve istatistikleri göstermeye başladığımda bütün salon gülmeye başladı, çünkü verdiğim rakamlar çok komikti. Alman Anayasa Mahkemesi 1953 yılında

¹ Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (1 Mart 2022), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

bireysel başvuru almaya başladı, yani bizden bir 60 yıl fazlası var bireysel başvuru konusunda. 70 yıllık sürede aldığı toplam başvuru sayısı 60 bin, 70 yılda 60 bin, komik bir rakam. Burada Türk Anayasa Mahkemesi'nin havlu atıp gideyim diyebileceği bir rakam.

Peki, bu bize ne anlatıyor? Yani biz neden bu noktadayız ve 2022 yılındaki Anayasa Mahkemesi'ne sadece bireysel başvuru sayısı neden 100 bine yaklaşmış durumda ve buna nasıl çözüm bulabiliriz?

Hepimiz kendi mesleğimizde iyiyiz, kendi mesleğimizi en derinlemesine şekilde uyguluyoruz, ama zannedersem bireysel başvurunun bize anlattığı ve öğretmesi gereken şey, kendi mesleki formasyon ve deformasyonumuz içinde uzmanlık alanlarımızdan kafamızı birazcık yatay bir düzeyde kaldırıp yatay düzeyde etkileşime açık hâle gelmek. Çünkü Türkiye'de klasik anayasa hukuku, en teorik, en genel, neredeyse hiç somut kanunlara bakılmadan anlatılan, Aristo'dan başlanıp modern devlete geline bir derstir. Temel hak ve özgürlüklerin ayrı bir ders olarak okutulmadığı bir akademik eğitimden geçirildik yıllarca. Ne yazık ki Türkiye'deki üniversitelere baktığımızda, bu akademik eğitim anlayışının hâlâ sürdürüldüğünü görüyoruz. Anayasa böylesine soyut bir şey, yani en iyi ihtimalle temel hak ve özgürlük diye seçimlik bir ders açılıyor, ama o da çok genel, daha çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları okutuluyor. Ama bireysel başvuru hakkı 10 yıllık uygulanma süresi içinde ne yazık ki hukuk eğitim hayatına henüz nüfuz edemedi.

2012 yılında başladığında, en iyi ihtimalle 2013 yılında bireysel başvuru dersinin açıldığını varsayalım ve bu öğrencilerin mezuniyetleri düşünülürse, en iyi ihtimalle yedi kuşak hukuk fakültesi mezunu bireysel başvuru dersini almış olarak hukuk piyasasına giriyor. Bu yedi yıllık mezunların bireysel başvuru yapacak kadar bir dava deneyimi olamayacağını, makul sürede karar veremeyen bir yargı sistemimiz olmasından dolayı hepiniz tahmin edebilirsiniz. Dolayısıyla buradaki hemen herkes, bireysel başvuru dersi almamış, ilgisinden dolayı bireysel başvuruya ilgilenip kendi kendini eğitmeye çalışan bir hukukçu kitlesinden oluşmakta. Ben kendimi birazcık bunun dışında tutabilirim, çünkü 1996 yılında Almanya'daki bireysel başvuru hakkı (anayasa şikâyeti) üzerine Türkiye'deki ilk yüksek lisans tezini yazmıştım ve jürimdeki Hocam Ergun Özbudun "Bu ne kadar egzotik bir tez konusu, sen bu konuda yazma" demişti başlangıçta. Rahmetli Hocam Tunçer Karamustafaoğlu ise "Bu önemli bir konu, yani anayasa hukukunun bir de haklar boyutu var" diyerek beni desteklemişti. 1996 yılında "Anayasa Şikâyeti" başlığıyla yayınlanmıştı bu tez ve o dönemde gerçekten de herkesin gözünde egzotik bir konuydu. Şu anda bir istatistik yaptığınızda Türkiye'de artık sayıları 200'e yaklaşan hukuk fakültelerinde bireysel başvuru dersinin zorunlu olmasını zaten beklemiyoruz. Bireysel başvuru dersini seçimlik olarak sunan üniversite sayısı bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar az. O yüzden çok ciddi bir yapısal sorunumuz var, bunu bir kenara koyuyorum.

İkincisi, buradaki bütün hocalarım adına konuşabilirim zannedersem, ben bireysel başvuru dersini aldım ve her şeyi biliyorum diyebileceğiniz bir alana ilişkin değil bu konu. Her gün karar okumanız lazım, çünkü Anayasa Mahkemesi de diğer yargı organları gibi içtihat değiştirebiliyor. Ve iki karar okumadığınızda, üç karar kaçırdığınızda o bildiğiniz üç-beş yıllık bilginizin çöp olduğunu görüyorsunuz. O yüzden akan bir nehrin içinde sürüklendiğiniz bir alan bireysel başvuru. Bunu da bir kenara koyuyorum.



Geliyorum yargının diğer bileşenlerine. Burada da kurumsal bir sorun var. Bu konuyu Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılındaki bir sempozyumunda tartışmıştık, kurumsallaşma sorunu etrafında. Bireysel başvuru önümüzdeki dönemde artık Türkiye'nin hukuk hayatından çıkmayacak bir kurum. Yusuf Şevki Hocamın girişte söylediği gibi, Anayasa Mahkemesi bu aktörlüğün birinci kısmını oluşturuyor. Ama asıl mesele sonrasında başlıyor, yani Anayasa Mahkemesi taşılkatan kurum, ama sonrasında bu taşın yuvarlandığı yerlerin kurumsallaşması çok önemli. Resmî Gazetede ya da Kararlar Veri Bankasında bir karar okurken hep "Acaba şu anda bu kararı kaç kişi okuyordur, kaç kişiyle aynı anda şu metni okuyorumdur" diye düşünüyorum. Kararları kurumların yetkili mercilerindeki kişilerin okuması çok önemli, çünkü o kararı ben üniversitede ders veren bir hoca olarak okuyorum ama kararın etki alanının genişlemesine olan katkı çok sınırlı. Asıl soru, bu kararın gereğini yerine getirecek olan asıl muhatapları kimler? Karar derece mahkemesine gönderiliyor, bazen çağrı kararı dediğimiz kararlar da veriyor Anayasa Mahkemesi, diyor ki: "Yapısal sorun var, yasama organı, sen bu konuda bir kanun çıkarmak zorundasın, yoksa ben burada boğulacağım, bunlar hep bana gelecek". Şimdiye kadar benim bildiğim, sadece Uluslararası Koruma ve Yabancılar Kanunu değiştirildi bu doğrultuda. Yani Anayasa Mahkemesi'nin başlangıç noktasını oluşturduğu bu muhatap kurum çağrıya karşılık vermediği sürece biz istediğimiz kadar konuşalım, sorun etkili şekilde çözülüyor.

Sorunun ikinci ayağı ise idare. Burada siyasi anlamda yürütmeden değil, dar anlamda idareden bahsediyorum. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvuruların pek çoğu, idarenin anayasaya aykırı eylem ve işlemlerinden kaynaklanıyor. Eğer idare verilen ihlal kararlarının gereğini yerine getirme isteği ve iradesi göstermezse, Anayasa Mahkemesi istediği kadar ihlal kararı versin, idarenin anayasaya uygun eylem ve işlem tesis etmesi sağlanamayacaktır. Oysa idarenin tam da "Bir işlem ya da uygulamam hakkında ihlal kararı verildi, ben 50 yıldır hep böyle işlem yapıyordum, demek ki bunu değiştirmem gerekiyor" demesi lazım gelir.

Üçüncü ayağı ise yargı. Bildiğim kadarıyla Yargıtay'a yönelik iki ya da üç tane çağrı kararı verildi Anayasa Mahkemesi tarafından. Yargıtay'a doğrudan çağrı yapıldığında güzel, ama birçok karar derece mahkemelerine geri gidiyor. Sonuçta derece mahkemelerinden çıkıp da karar Anayasa Mahkemesi'ne gidene kadar Yargıtay'dan, bazen de istinaftan geçmiş oluyor. Bu durumda ihlal kararının sadece derece mahkemesini ilgilendirdiğini söylemek mümkün değildir. Bütün yargı örgütünün yapısal bir sorunuyla karşı karşıyayız demektir.

Salonda her kademedeki yargı mensubu var. Kanımca her kamu kurumunda -bu ister idare olsun ister yargı organı olsun, üniversiteler olsun (üniversiteler de idarenin bir parçası ama daha spesifik bir alanda olduğu için ayrıca belirtmek istedim)- sadece Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının gereklerinin o kurum açısından ne olduğunu test eden, kararları okuyan ve bunu dikey ve yatay olarak kurum içinde tartışan birimlerin kurulması gereklidir. Yargıtay üyelerine elbette "Lütfen, binlerce dosyanızın arasında bir de her gün bütün bireysel başvuru kararlarını okuyun" diyemem, hiç kimse diyemez bunu. Ama her kurum kendi içinde Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının o kurum için ne anlama geldiğini, içtihatlarını gözden geçirmesi gerekip gerekmediğini, belki başka tür bir karar alma ilkesi geliştirmesi gerekip

gerekmediğini tartışacak, ilgili kurumlara yani bir merkezden bütün damarları açacak kurumsallaşmayı yaratmak zorunda. Bunun için mutlaka bir yasa çıkarılması da gerekmiyor, bu fiilen yapılabilir, ek bir personel kadrosu yaratılabilir vesaire. Ama eğer bunu yapmazsak, gerçekten de havuzdan su alıp tekrar havuza geri boşaltmaya benzer bir durumla karşı karşıya kalacağız.

Bir röportajımda "En iyi Anayasa Mahkemesi işsiz kalmış Anayasa Mahkemesidir" demiştim, öğrencilerimin çok hoşuna gitmiş. "Siz Anayasa Mahkemesine hakaret amaçlı söylemediniz ama değil mi Hocam?" diye sordu bir tanesi, böyle bir tereddütte kalmış. Elbette hayır, aslında bütün yargı organlarının başına gelebilecek en güzel şey işsiz kalmasıdır, çünkü bunun anlamı idarenin, gerçek ve tüzel kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin sorunsuz yürümesidir. Hele konu Anayasa Mahkemesi ise gerçekten de işsiz kalması en büyük isteğimiz. O kadar iyi işleyen bir yüksek yargı olsun ki insanlar bireysel başvuru yoluna gitmek zorunda hissetmesinler kendilerini. Bunun en iyi örneklerinden bir tanesi, demin rakamlarımızı belirttim, Alman Anayasa Mahkemesidir. Almanya, federe ve federal düzeydeki olağan kanun yolları düşünüldüğünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne en az başvuru yapılan devletlerden bir tanesidir. Aynı zamanda aleyhine en az ihlal kararı verilen devletlerden bir tanesi ve Alman Anayasa Mahkemesi kendi denetiminden geçmiş bir başvuru hakkında ihlal kararı verildiği zaman, gerçekten bunalıma giriyor ve AIHM kararını etraflı şekilde uzun bir süre tartışıyor Alman hukuk camiası. Çünkü bireysel başvuru hakkını kendi Anayasası'nın korunduğu en önemli mekanizma olarak görüyor. O yüzden de burada bireysel başvurunun dönüştürücü ve objektif etkisinin çok çok önemli olduğunu düşünüyorum. Zaten ihlal kararı verildikten sonra zorunlu sübjektif etki gerçekleşiyor.

Ancak bizim hâlâ çok ciddi bir "yapısal sorun" meselemiz var. Örneğin, 1990 yılına kadar Federal Almanya'da Adalet Bakanlığı bünyesinde bir "Bireysel Başvuru Birimi" vardı ve o birimin görevi, bütün Anayasa Mahkemesi kararlarını okuyup hangi bakanlığı, hangi idareyi, hangi ilgili kurumu, yargı organını ilgilendiriyorsa küçük bir ön raporla o ilgili birime iletmekti. 1990 yılından sonra Adalet Bakanlığı bünyesindeki bu merkezi kurum dağıtılmış ama yok olmamış, her bakanlık kendi düzeyinde bir anayasa birimi kurmuş. Artık Almanya'daki her bakanlığın bir anayasa birimi var. Bu birim, hem o bakanlığın hazırladığı yasa tasarıları için çalışma yapmak, hem de o bakanlığı ilgilendiren Anayasa Mahkemesi kararının -ister norm denetimi olsun ister bireysel başvuru olsun- o bakanlık açısından olası sonuçlarını değerlendirmek. Yani yönetimden bildiğimiz, kararın etki analizini yapmak. Bunun üzerinde çalışmamız gerektiğini düşünüyorum. Çünkü aksi takdirde, Kararlar Bilgi Bankasındaki karar sayısının yüzbinleri bulması sadece bir zaman meselesi. Amaç, bir devletin hukuk düzeninin bütün aktörleriyle, ister bunlar gerçek ve tüzel kişiler olsun, ister kamu tüzel kişileri, ister yargı, ister yasama organı olsun, anayasaya uygun bir düzenin tesisine çalışmaları olmalı.

Belirsiz alacak davalarında Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi arasında çok ciddi bir görüş ayrılığı olan bireysel başvurularda yeri gelince değineceğim. Burada tam anlamıyla somut bir olaydaki anayasal sorunun kristalleşmenin örneğini görüyoruz. İlk belirsiz alacak davasına



ilişkin karardan altı ay sonra Şevket Coroz kararında² ise Anayasa Mahkemesi ihlal bulmadı yine belirsiz alacak davasıyla ilgili bir başvuruda. Burada hem Anayasa Mahkemesi'ne hem de yargının bütün bileşenlerine bir başka çağrım olacak, o da eşitlik ilkesinin uygulanmasıyla ilgili. İş hukuku alanında zannederseniz eşitlik ilkesiyle ilgili çok şey duyacağız. Eşitlik ilkesiyle ilgili olarak Türkiye'de çok ciddi bir uluslararası hukuku göz ardı eden pratik var. Bu pratik Anayasa Mahkemesi için de geçerli, diğer yargı organları ve akademi için de geçerli. Dolayısıyla Anayasa'nın 10. maddesindeki ayrımcılık yasağı ve eşit hukuki muamelenin Anayasa altı bütün normlara - en başta kanun olmak üzere - ve bu normları uygulayan herkese (gerçek ve tüzel kişi, kamu tüzel kişisi), bir toplumsal cinsiyet bakış açısıyla aktarılması gerekiyor.

İstanbul Sözleşmesi'nden 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanan bir cumhurbaşkanı kararıyla çıkıldı ama hâlen yürürlükte olan 6284 sayılı Kanun var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararların hâlâ iç hukuka etkisi meselesi var. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ndeki (CEDAW) ilkeler var ve tabii ki elimizdeki normların üstüne çıkma yasağı yok. Örneğin, İş Kanunu ne diyor? "100-150 kadın çalışanı olan iş yerlerinde çocuk bakımevleri, oda ve yurt açma yükümlülüğü vardır." Burada Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 16. maddesinin 1. fıkrasındaki, çocuk bakımının kadın ve erkeğin ortak toplumsal sorumluluğu olduğunu ve devletlerin buna uygun önlemler alması yükümlülüğünü getiren hükme açık aykırılık var. Kanun koyucu CEDAW'ı, Anayasa'ya ve Sözleşmeye aykırı bir şekilde, sadece kadının yükümlülüğü olarak düzenlemiş. Tamam, bu yasamaya yönelik bir çağrı olsun; bunu kadın ve erkek çalışan olarak yani "100-150 çalışan olan yerde kreş açma yükümlülüğü olması gerekir" diyorlar. Yasama organı düzeltebilir, bu yasama organının işi. Ama bu standardın üstüne çıkma konusunda bir yasak yok. Burada sözüm, işverenlere. İşverenler burada "100-150 kadın çalışan..." mı diyor, ben "100-150 çalışan olarak bunu anlayarak tedbir alıyorum" demesinin önünde hiçbir engel yok. Bu uygulama, hak ve özgürlükleri genişletici bir toplumsal etkiye sahip olacaktır. Dolayısıyla hepimizin öğreneceği şeyler var. Özellikle de toplumsal cinsiyet eşitliği Türkiye'nin en sorunlu alanlarından birisi ve "gender mainstreaming" dediğimiz kavramı, bunu ticaret hukukundan anayasa hukukuna, borçlar hukukundan iş hukukuna kadar, hukukun her alanında dikkate almamız gerekiyor. Bu da aslında öğrenme süreçlerimizin hiçbir zaman bitmeyeceğinin güzel bir göstergesi.

Çok teşekkür ediyorum. Sorular gelirse tekrar tartışabiliriz.

OTURUM BAŞKANI – Ece Göztepe Çelebi'ye teşekkür ediyorum ben de.

Şimdi üçüncü konuşmacı: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Profesör Doktor Burak Gemalmaz, buyurun.

2 Şevket Coroz ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2019/35906, k.t. 16.6.2022.



PROF. DR. BURAK GEMALMAZ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Çok teşekkürler Sayın Başkan.

Herkesi saygıyla selamlıyorum.

Öncelikle bu oturumdaki diğer konuşmacılarla yaptığımız iş bölümü çerçevesinde özellikle bir-iki usul hukuku hususuna değinmek istiyorum.

İş Uyuşmazlıklarında Bireysel Başvuru Usul Hukukunun Farklılık Arz Eden Boyutları

İş hukuku bakımından bazı uyuşmazlıkların bireysel başvuru usulüyle dava edilmesi sırasında genel insan hakları usul hukuku kurallarından farklı kuralların uygulandığını görüyoruz. Bu bağlamda ilk söylemek istediğim iş hukukunda sıklıkla görülmeye başlayan ve bireysel başvuruya da yansıyan mobbing davaları bakımından kanun yollarının ya da bir başka ifadeyle başvuru yollarının tüketilmesi kuralındaki özel durum. Normalde kanun/başvuru yollarının tüketilmesinin maddi ve şekli iki boyutu var: Hem gerekli mercilere gideceksiniz hem de gittiğiniz zaman yaşadığınız olayın bir temel hak ihlali olduğunu ileri süreceksiniz. Bunları yapmadığınızda kanun/başvuru yollarını tüketmiş sayılmıyorsunuz.

Peki, hangi kanun/başvuru yollarına gitmek gerekir? Kural olarak ilgili uyuşmazlık alanında öngörülmüş olağan yollara gidilmesi gerekir. Fakat birden fazla yol olduğunda bazen tereddüt doğabilmektedir.

Normalde insan hakları hukukunda ve bireysel başvuruda bir uyuşmazlığı çözmeye elverişli birden fazla yol olduğunda mağdur bu yollardan birini tercih etmekte özgürdür ve bu yollardan birini tercih ettiğinde kanun/başvuru yollarını tüketme kuralını tamamlamış olur. Ve bireysel başvuru yaptığında, bu koşul bakımından bir problemle karşılaşmaz. Fakat Anayasa Mahkemesi mobbing konulu uyuşmazlıklar özelinde bu kuraldan ayrılmış ve mobbing davalarında



kural olarak tazminat davası yolunun tüketilmesini zorunlu olarak aramaya başlamıştır.¹ Yani mobbingde karşımıza iki tür dava çıkıyor: Olası davalardan bir tanesi cezai yol, şikâyet üzerine yürüyen süreç. İkincisi ise adli ya da idari yargıda açılan tazminat davası. Anayasa Mahkemesi diyor ki: "Cezai yol mağdurun yani şikâyetçinin kendi elinde olan, kendi inisiyatifiyle yürütebildiği bir yol olmadığı için, ispat standardı yüksek olduğu için gerçek anlamda etkin bir yol sayılmaz. Gidilebilir ama mobbing şikâyetlerindeki asıl yol değildir. Buna karşın tazminat davası, mağdurun kendisinin yürütebildiği, ispat standardının ceza muhakemesine göre düşük olduğu, inisiyatifin kişide olduğu bir muhakeme biçimi olmakla asıl tüketilmesi gereken etkili yoldur." Böylelikle Anayasa Mahkemesi mobbing konulu davalarda kanun/başvuru yollarının tüketilmiş sayılması için tazminat davası yolunun tüketilmesini aramaya başlamıştır.² Bu noktada da ister idari yargı yani kamu görevlisinin mobbingi olsun ister özel sektördeki iş ilişkilerinden kaynaklanan iş hukuku bağlamı mobbing olsun, yani ister adli yargıya gidilsin ister idari yargıya fark etmeksizin tazminat davası yolunun tüketilmiş olması bir gerekliliktir.

Tabii bu noktada şöyle bir problem doğabilir: Yargıtay'ın son kararlarında fail kamu görevlisi de olsa ve mobbinge yol açan ilişki kamusal ilişkiden de kaynaklansa mobbing görevle ilgili olmadığı için (yani amir kişisel kusurlu olduğu için) adli yargı görevli sayıldı.³ Dolayısıyla kamu görevlileri hukuku bakımından mobbing şikâyetlerinde hangi yargı kolunun görevli olacağı hakkında bir tartışmanın doğması olasıdır ve bu tartışma bireysel başvuru açısından hangi yolun tüketilmesi gereken doğru tazminat davası yolu olacağını belirleyecektir. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ayrıma henüz dikkat etmiyor ama olası başvuru yolunun Yargıtay ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarını ve yaklaşımını sıkı şekilde takip etmesinde fayda olduğunu not etmeyi yararlı görüyorum.

Özetle mobbing davalarında tazminat yolunun tüketilmesinin şart olduğunu söylemek mümkündür. Ancak mobbingin nefret söylemine vardığı, insan onurunu doğrudan etkilediği yani kişilik haklarına saldırıdan daha ötesine giden bir ağırlığa ulaştığı hâllerde ceza muhakemesi yolundaki girişimler de kanun/başvuru yollarını tüketme koşulunu karşılamış sayılmaktadır. Çünkü orada devletin artık pozitif yükümlülüğü var ve o mobbing kişilik haklarına, insan onuruna o saldırıyı cezai usullerle caydırmak durumunda, gidermek durumunda.⁴ İşte bu da çok ağır hâllerde, nefret söylemi gibi hâllerde karşımıza çıkan bir mobbing türüdür.⁵ Klasik mobbingde adli veya idari yargıdaki tazminat davası yolunu tüketme yükümlülüğü süregitmektedir.

1 *İşil Yaykır Başvurusu*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014; *Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu*, B. No: 2013/5680, 15/4/2014; *I.Y. Başvurusu*, B. No: 2012/1213, 17/7/2014; *Emel Leloğlu Başvurusu*, B. No: 2013/3512, 17/7/2014; *Gülşin Oral Başvurusu*, B. No: 2013/6129, 16/9/2015, §§ 48-50; *Gülşin Oral Başvurusu* (2), B. No: 2013/6231, 23/3/2016.

2 *Mesut Özbezen Başvurusu*, B. No: 2013/8175, 15/04/2014, paras. 40-43.

3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-110, K.2015/2600, T.11/11/2015.

4 *Mesut Özbezen Başvurusu*, B. No: 2013/8175, 15/04/2014, paras. 30-33, 41.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi-Gemalmaz-Aslan-Yılmaz, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, sf:18-19.

İnsan hakları usul hukuku bakımından önem arz eden bir diğer mesele, Anayasa Mahkemesine başvuru süresinin hesaplanması hakkında. Bildiğiniz üzere AYM'ye bireysel başvuru yapabilmek için 30 günlük bir hak düşürücü süre öngörülmüş olup bu 30 günlük süre oldukça dar. AYM de iş yükü sorunu sebebiyle bu süreyi olabilecek en **şedit** şekilde uyguluyor.⁶ Yani Anayasa Mahkemesi artık PTT'ye giren tebligat kayıtlarını incelemeye başlayarak sürekli PTT'nin sisteminde tebligatın hangi tarihte açıldığını kontrol ederek sürenin başlangıç anını belirliyor.

AYM'nin bu yaklaşımı e-tebligat yöntemi bakımından ciddi sıkıntılar doğuruyor. Şimdi bilindiği üzere 7201 sayılı Kanun md. 7/a hükmündeki kanuni karine uyarınca e-mail kutunuza geldikten sonra 5. günde tebligat okunmuş ya da tebellüğ etmiş sayılmaktasınız. Kanun hükmü açıktır, tebligata bağlanan ya da daha doğru bir ifadeyle tebligatla başlayacak bütün hukuki süreçler de sözü edilen 6. günden itibaren işlemeye başlar. Ancak bireysel başvuru yolunda bu kanuni karine geçerli değildir. Yani Türk hukukunun genel HMK sisteminde Yargıtay'ın "Haklar, borçlar tebligatla başlar" içtihadı bu alanda geçerli değildir. Zira AYM bireysel başvuru sistemi kendine özgü bir hukuk yolu olup sistemi ayrı işlediği, bireysel başvuruda tebligat esas olmadığı öğrenme (ittıla) anı/tarihi esas olduğu ve süreleri ittıla başlattığı için AYM kendisini zikredilen kanunla bağlı saymamaktadır.⁷

Bir not olarak belirtmek isterim ki AYM'nin burada atfını verdiğim kararlarına ve arkasındaki mantığa katılmıyorum. Çünkü Türk hukuku özelinde AYM'nin kendisini kanunlarla bağlı saymamasını hukuken geçerli kılan bir argüman bulunmadığı gibi bireysel başvuru sistemi bakımından bu şekilde bir ayrıma (tebligat-ittıla) gerek de bulunmamaktadır. Bu ayrım aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına dayanmaktadır ama AİHM bakımından geçerli olan gerekçeler AYM bakımından geçerli değildir. Zira AİHM, çoğu farklı tarihsel kökenden beslenen ve farklı hukuk ekolünden ve hatta ekollerinden gelen 46 ayrı devletten kaynaklanan bireysel başvurulara bakmaktadır. AİHM bütün bu devletler bakımından ortak şekilde uygulayacağı kendi standartlarını geliştirmek zorunda olduğundan her bir devlette farklı olabilecek tebligat veya benzeri kurallarla uğraşmak yerine öğrenme/ittıla ölçütünü baz almıştır. Fakat Türk Anayasa Mahkemesi için Türk hukukunda hakların ve yükümlülüklerin nasıl başlayacağını belirleyen bir müessese olarak tebligat müessesesi bulunmaktadır. Bu müessese kanunla öngörüldüğü, ayrıntılandırıldığı gibi Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemelerin içtihadıyla da belirli bir rejime kavuşturulmuştur. Bu rejim içerisinde e-tebligat bakımından kanununun açık hükmüyle getirilen karine de bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bundan ayrılmaması gerekiyordu. Hatta bireysel başvuruya ilişkin hüküm olmayan hâllerde HMK'nın bireysel başvuruya uygun hükümlerinin uygulanacağı hükmü

6 *Özgür Çapkın Başvurusu*, B. No: 2014/2546, 30/12/2014, paras. 22-24; *Aydın Selçuk Başvurusu*, B. No: 2014/3194, 20/11/2014, paras. 23-24; *Nihat Şimşek Başvurusu*, B. No: 2014/10594, 10/03/2015, paras. 24-28; *Aydın İpek Başvurusu*, B. No: 2014/2944, 21/1/2015, paras. 24-27; *Arafat Yılmaz Başvurusu*, B. No: 2014/4232, 20/5/2015, para. 34; *Fatih Başar Başvurusu*, B. No: 2014/15694, 20/5/2015, para. 19; *Hakan Fuat Komili Başvurusu*, B. No: 2013/2470, 17/9/2013, paras. 18-19.

7 *Mehmet Özcan Başvurusu*, B. No: 2019/6266, 15/1/2020; Anayasa Mahkemesi'nin aynı yaklaşımını sürdürdüğü diğer kararlar için bkz. *Malik İnci Başvurusu*, B. No: 2019/18933, 3/11/2020; *Erkan Ergül Başvurusu*, B. No: 2019/18546, 22/2/2022.



amirdir. AYM e-tebligat hakkındaki kanuni karineyi çiğnemekle, HMK'nın bireysel başvuruya uygun hükümlerinin uygulanacağı hükmünü de ihlal etmektedir.

Ancak olgu ile bu olgunun bilimsel eleştirisi ayrı ayrı şeylerdir. Uygulamacıların AYM'nin yaklaşımını iyi bilmeleri ve takip etmeleri, haklarını elde edebilmek için zorunludur.⁸ Dolayısıyla bu durumda AYM bireysel başvuru süresinin başlama anının mesaj kutusuna düşmüş e-tebligatın tıklanmasıyla ya da açılmasıyla başladığını söyleyebiliriz. Çünkü mesajın tıklanmasıyla belki nihai kararın kendisi açılmamaktadır ama asil ya da vekilin nihai kararı öğrenme sorumluluğu başlamaktadır. Buna Anayasa Mahkemesi, "Avukatın veya asilin özen yükümlülüğü" demektedir.⁹ Bu özen yükümlülüğü kapsamında girdiğinizde, gerekli çabayı gösterip aleyhinde bireysel başvuru yapacağınız nihai kararı öğrenmelisiniz. Ki eğer gerekçeli karar tebligatta bulunmaktaysa tıkladığınız anda hemen açılmaktadır ve süre de bu şekilde işlemeye başlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin tek tek o kütüklerden tıklama ve indirmeleri her bir başvuruda istisnasız şekilde incelediğini ve bu yaklaşımını şedit şekilde uygulayarak başvuruların bu sebepten sıkça reddedildiğini söylemeliyiz. Ki, bireysel başvuruda aslında usul kurallarının esnek uygulanması, başvuruların mümkün mertebe ayakta tutulacak şekilde yorumlanması gerekirken iş yükü sebebiyle Anayasa Mahkemesi böyle bir yolu tercih etmektedir.

AYM'nin tıklamayla bireysel başvuru süresinin başladığı yönündeki yaklaşımı sadece e-tebligat bakımından değil UYAP üzerinden yapılan öğrenmelerde de geçerlidir. Feshin geçersizliği iddiası ve işe iade başvurusu talebi derece mahkemelerince reddedilen başvurunun temyiz talebinin süre aşımı sebebiyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından reddedilmesinin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğunun ileri sürüldüğü *Hakan Alsa* kararında da AYM, UYAP evrak işlem kütüğü üzerinde inceleme yaparak başvurunun avukatının anılan Yargıtay ilamını 04/01/2019 günü saat 17:37.50'de açtığını tespit etmiştir. Bu işlemin ekran çıktısının da alınıp dosya arasına konulduğunu saptayan AYM, başvurunun (avukatının) nihai karardan haberdar olduğu sonucuna varmış ve 13/02/2019 tarihinde yapılan bireysel başvuruyu 30 günlük sürenin aşımı nedeniyle kabul edilemez nitelikte görmüştür.¹⁰ Benzer şekilde *Dilan Başkurt vd.* kararında AYM, UYAP evrak işlem kütüğünden yapılan inceleme neticesinde başvurunun Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 18/06/2018 tarihli nihai kararını 10/09/2018 tarihinde saat 18:01'de açıp okuduğunu tespit etmiş ve bu tespitini müteakip bireysel başvuru süresini 11/08/2018 tarihinden itibaren başlatmıştır.¹¹

- 8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi-Gemalmaz-Aslan-Yılmaz, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, sf:22-23.
- 9 *Hüseyin Aşkan Başvurusu*, B. No: 2017/15649, 21/7/2020, paras. 29-30. Aynı yönde olarak bkz.: *Ahmet Parlak Başvurusu*, B. No: 2018/20523, 7/10/2021; *Kent Çarşı Yönetimi Başvurusu*, B. No: 2019/21781, 23/11/2021; *Murat Gökşen ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2018/37960, 21/12/2021, §§ 17-19; *Nursel Bebek Başvurusu*, B. No: 2019/27274, 2/2/2022.
- 10 *Hakan Alsa Başvurusu*, No.2019/2021, 18/05/2021.
- 11 *Dilan Başkurt ve Diğerleri Başvurusu*, No.2018/31718, 22/02/2022, paras.26-28. Ayrıca aynı yönde olarak bkz. *Menduh Temiz ve Diğerleri Başvurusu*, No.2018/33165, 08/06/2021, paras.33-35; *Emin Pala ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2018/26965, 16/11/2021, paras. 35-37; *Yılmaz Adakan ve Diğerleri Başvurusu*, No.2019/1833, 29/12/2021, paras.15-17; *Hayat Akkaş ve Diğerleri Başvurusu*, No.2018/14440, 28/12/2021, paras.38-40

Bu noktada nihai karara e-devlet sistemi üzerinden ulaşıp okunmasının bir farklılık yaratmadığını da belirtelim. Zira AYM'nin ifadesine göre, e-devlet sistemi üzerinden iş uyuşmazlıklarına bakan Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararlarının okunması UYAP işlem kütüğünde görünmektedir.¹²

Bireysel başvuru usul hukukundaki sorunlar bunlardan ibaret değil. Yine Türk hukuk sisteminden bir sapma olarak vekil-asil tebligatı tartışmasını bu noktada zikretmemiz gerekmektedir. Bilindiği üzere, normalde vekille temsil edilen işlerde tebligat vekile yapılır, asile yapılan tebligat geçersizdir.¹³ Ancak Anayasa Mahkemesi vekil bulunmasına rağmen asile yapılan tebligatı geçerli saymakta ve bireysel başvuru süresi gibi hukuki sonuçları bu tebligatla başlatmaktadır. Avukat olarak asile tebliğ edildiğinden haberinizin olmadığı tebligatlardan, ki Türk yargı uygulamasında kimi zaman örnekleri görülebilmektedir, ötürü nihai kararın öğrenildiği sonucu doğmaktadır. Ceza veya tutukevlerinde müddetname uygulamaları da benzer sonucu doğurmaktadır. Böyle hâllerde Anayasa Mahkemesi "Asile tebliğ edilmiş" diyerek bireysel başvuru süresini başlatmaktadır.¹⁴ Ancak Türk hukukuna göre asile yapılan tebligat hukuken geçerli bir tebligat olmadığı için sonuç doğurmaması gerekirdi.

Tebliğat dışında asilin nihai kararı kendi girişimiyle öğrenmesi de uygulamada sık görülmektedir. Asillerin e-Devletteki çeşitli sistemlere erişerek verilen hizmet kapsamında veya UYAP vatandaş portalı üzerinden kendisini ilgilendiren kararlara birkaç tıkla ulaşması mümkündür. Böyle durumlardaki öğrenmeler de Anayasa Mahkemesi'nin gözünde geçerli öğrenme sayılmakta ve süreyi başlatmaktadır. Ancak bu durumlarda bireysel başvuru gibi hukuki girişimleri yürütecek vekilin asilin aleyhinde başvuru yapılacak kararı öğrendiğinden habersiz olması yüksek ihtimaldir. Eğer asil özellikle vekili haberdar etmediyse vekilin asilin bu kararı öğrendiğini öğrenmesi tesadüflere bağlıdır. Zira vekillerin asile sürekli muhatap olmasını gerektiren bir avukatlık hukuku yükümlülükleri bulunmadığı gibi sürekli arayan veya mesaj atan asille mesafeli bir vekalet ilişkisi yürütmeleri beklenir. İdeal bir avukatlık piyasasında bir avukatın tek müvekkili ve/veya tek bir davası/dosyası bulunmamaktadır; bütün zamanını tek bir müvekkile ayırması ve müvekkili asilin internet veya e-devlet faaliyetlerini sürekli takip etmesi beklenemez. Ne yazık ki AYM, asilin herhangi bir şekilde aleyhine bireysel başvuru yapılacak kararı tıklamasını, ıttıla saymakta ve süreyi başlatmaktadır. Ki AYM'nin bu yaklaşımı, Türk usul hukuku kurallarından ciddi bir sapma niteliğindedir.¹⁵ Gelgelelim, hak kaybı yaşanmaması için AYM'nin bu yaklaşımının bilinmesi ve dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır.

İş yargısında sıklıkla görülen kararın tefhimi uygulamalarında bireysel başvuru süresinin ne zaman başlamış sayılacağı tartışmasına da değinmek gerekir. Normalde AYM ilk

¹² *İshak İregür ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2018/26811, 13/01/2022, paras.27-28.

¹³ Hatta usul hukukunda ayrı bir kategori olarak bu tip bir tebligatın yok hükmünde dahi sayılması mümkündür. Ama vekil varken asile yapılan tebligatın geçersiz tebligat mı yoksa yok hükmünde mi bireysel başvuru pratiği açısından önemli bir farklılık yaratmadığından burada üzerinde durmuyoruz.

¹⁴ *Mehmet Ali Kurtuldu Başvurusu*, B. No: 2013/5504, 28/5/2014, paras. 27-28.

¹⁵ *Hatice Nur Uysal Başvurusu*, B. No: 2018/27866, 20/10/2020; *Banu Didem Sezer ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2018/23695, 15/6/2021, paras. 35-36.



derece mahkemesince taraf vekillerinin yüzüne karşı kısa verilmesi ve söz konusu kısa kararda “*gerekçesi ayrıntılı kararda açıklanacağı üzere*” not koyulması karşısında otuz günlük bireysel başvuru süresinin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağına söylemektedir.¹⁶ Ancak bununla birlikte yakın tarihli *Yılmaz Adakan ve Diğerleri* başvurusunda AYM’nin nihai kararının avukata tefhimini bireysel başvuru süresinin işlemeye başlaması bakımından ölçü aldığı gözlemlenmektedir.¹⁷ Belirtmek gerekir ki anılan kararda tefhim müessesesinin ayrıntıları üzerinde durulmamakta olup AYM sanki UYAP’tan öğrenme ile tefhimi aynı potada eritmiş gibi gözükmektedir. Hem esası bakımından hem de yazım tekniği bakımından son derece hatalı ve sakıncalı bir karar olduğunu vurguluyoruz.

Neyse ki bu sorunun iş yargısında 25 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren 7038 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile tefhim müessesesinin kaldırılmasıyla çözüldüğünü belirtelim. Yine de meseleye dikkat etmekte, AYM’nin usul hükmü içeren mevzuatla bireysel başvuru usulü açısından kendisini bağlı saymadığını akılda tutmakta fayda bulunmaktadır. Dolayısıyla olası bir tefhim usulünün uygulanması hâlinde bireysel başvuru aşamasına gelinmişse sürenin tefhimden itibaren başlatılması (hatalı olarak) durumuyla karşılaşılabılır.

Bireysel başvuru süresi, hak düşümü süresi niteliğinde olduğundan durmamaktadır. Ancak haklı mazeret gösterilebilirse, bu mazeret boyunca sürenin durması ve mazeretin kalkmasından itibaren 15 günlük ek süre tanınması mümkündür. Haklı mazeretin ne olduğu ise iç tüzük madde 64 (2)’de “mücbir sebep” veya “ağır hastalık” olarak örneklenmiş ve “gibi” ibaresi kullanarak bunların sınırlı sayıda olmadığı ima edilmiştir. Ancak AYM uygulamasında bu kategoriler çok sınırlı anlaşılmaktadır. Mücbir sebep kategorisi altında sürenin kesildiğinin kabul veya reddedildiği bir örnek bildiğimiz kadarıyla henüz bulunmamaktadır. Hastalık mazeretine ilişkin ise kapsamlı sayılabilecek bir AYM uygulaması göze çarpmaktadır: AYM geçerli mazeret sayılabilecek hastalığın “ağır” olmasını aramakta olup ağırlıktan da yatarak tedavi görülen seviyede bir hastalığın mevcudiyetini aradığını söyleyebiliriz. Doğal olarak, bu hastalığın ve varsa alınan tedavinin geçerli bir raporla belgelenmesi de gerekmektedir.¹⁸ AYM’nin hastalık mazeretine ilişkin bu uygulamasının Türk medeni usul hukukunun yerleşik kurallarından yine farklılık arz ettiğini belirtmemiz gerekmektedir. AYM’nin genel olarak arıyor gibi gözüktüğü “yatarak istirahat” ölçütü eski hâle iade müessesesinin ruhuna uygun değildir.

Son olarak iş hayatından kaynaklanan coğrafi, hukuki veya psikolojik engellerin geçerli mazeret sayılmadığını ekleyerek bu faslı kapatabiliriz.¹⁹

16 *Muhammet Acar Başvurusu*, No. 2013/6254, 17/11/2014, paras.3-6, 20. Hatta AYM önce bu konuda hata yaparak süreyi kısa kararın tebliğinden başlatmış ve önce idari ret kararı vermiş, başvuruçunun itirazı üzerine ise bu kararı düzeltmiştir.

17 *Yılmaz Adakan ve Diğerleri Başvurusu*, No.2019/1833, 29/12/2021, paras.15-17.

18 Ayrıntılar için bkz. Ekmekçi-Gemalmaz-Aslan-Yılmaz, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, sf:30.

19 *Yasin Yaman Başvurusu*, B. No: 2012/1075, 12/2/2013, paras. 22-24; *Yusuf Karabaş Başvurusu*, B. No: 2013/1615, 15/4/2015, paras. 39, 43; *Selahattin Keskin Başvurusu*, B. No: 2013/701, 31/10/2013, para. 15 (Komisyon Kararı-Yayınlanmamıştır).

Medeni usul hukukuyla bireysel başvuru usul hukuku arasında bir diğer farklılık arz eden husus, tatillerde başvuru süresinin durumudur. Resmî tatiller bakımından aslında bir farklılık bulunmamaktadır. Başvuru süresinin son gününün resmî tatile denk gelmesi hâlinde, süre müteakip iş gününe sarkmaktadır. Ancak idari tatillerde süre durmamaktadır; zira idari tatillerde adliyelerde mutlaka bir nöbetçi mahkeme çalışmaktadır ve bu mahkemelere bireysel başvuru dilekçesini vermek mümkündür. Ancak iş adli tatil müessesesine geldiğinde durum değişmektedir. Normalde adli tatilde süreler işlemiyorken bireysel başvuru hukukunda süre işlemektedir. Her nedense Anayasa Mahkemesi, adli tatili süreyi durduran bir sebep olarak kabul etmemektedir.²⁰ Ne yazık ki bu hususun bilinmemesinden veya dikkat edilmemesinden ötürü de çok sayıda başvuru kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmaktadır.

Kısacası, Türk usul hukukunda ve iş yargısında alışkın olduğumuz bazı kurallar, uygulamalar ile bazı eğilimlerimiz bireysel başvuru bakımından geçerli değildir veya geçerli olmayabilir. Bu duruma dikkat etmek veya göz ardı etmek, sürenin kaçırılmasına ve dolayısıyla hak kaybına neden olabilir.

İhlal Kararlarının Sonrası

Bireysel başvuru neticesinde AYM tarafından ihlal kararı verildiğinde ihlalin ve sonuçlarının kaldırılabilmesi için eski hâle iade sağlanmalıdır. Zira ihlal kararı bir tespit kararı niteliğindedir ve kendi başına otomatikman yenilik doğurmaz. Kimi hâllerde AYM kararının giderim kısmında ayrıca maddi ve/veya manevi tazminata veyahut bir başka tarzda eski hâle iadeye karar verebilir. Hatta AYM Kanunu md. 50 uyarınca AYM'nin giderim konusundaki yetkisi oldukça geniş ve esnektir.

Ancak AYM yargı kolları arasında diplomatik hoşnutsuzluk çıkartmak ve hukuki yetki aşımı tartışmalarına sebep olmak istemediği için bu yetkisini kullanmaktan kaçınmaktadır. Yerine, yine aynı maddede öngörülen şartlar mevcutsa, yani ihlal derece mahkemesi kararından kaynaklanıyorsa ve yeniden yargılamada yarar varsa, ihlal kararı sonrası dosyayı ihlale neden olan veya ihlali gideremeyen derece mahkemesine yeniden yargılama yapılması amacıyla geri göndermektedir.²¹

Böylelikle top tekrar derece yargısının sahasına geri gönderilerek bir uyuşmazlığın usul ve esasına ilişkin yargılamayı bunun için özel olarak görevli ve yetkili mahkemeye bırakmış olmaktadır. Zira AYM bir temyiz merci olmayıp yargılama esnasında ve/veya sonucunda bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğiyle sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Bu incelemede uyuşmazlığın esası yani maddi hukuk bakımından bir temel hak ihlali söz konusu olabileceği gibi yargılama usulü bakımından da bir temel hak ihlali söz konusu olabilir. Yargılamanın usulü bakımından AYM tarafından yapılan inceleme ise, ağırlıklı olarak derece mahkemelerinin yeterli inceleme yapıp yapmadığı, gerekçelendirme yapıp yapmadığı (makul, yeterli ve ilgili gerekçe verme yükümlülüğü) gibi hususlara odaklanmaktadır ki aslında AYM bireysel başvuru pratiğinde ihlal kararlarının büyük çoğunluğu bu yükümlülüğe aykırılıktan verilmektedir.

²⁰ *Turgut Tayyar Başvurusu*, B. No: 2013/7168, 15/10/2014, paras. 18-21.

²¹ Ayrıntı için bkz. Ekmekçi-Gemalmaz-Aslan-Yılmaz, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, sf:43-50.



Bu tip bir ihlal kararının özelliği ise, yeniden yargılama esnasında derece yargısına bir sonuç yükümlülüğü yüklememesidir. Dosya geri gönderildiğinde derece mahkemesi, ihlal kararındaki eksiklik giderilerek yapacağı yeniden yargılama sonucunda tekrar bir önceki kararıyla aynı yönde karar verebilir. Gerekçe verme yükümlülüğünden, dinlenilme hakkına aykırılıktan ihlal verildiğinde o eksiklik giderilerek kararda gösterilen aynı sonuca tekrar ulaşılması mümkündür. O eksiklik giderilirken veya giderildikten sonra belki aynı sonuca ulaşmaz, onu mahkeme takdir edecektir. Usuli bir ihlal sebebiyle yeniden yargılama yapıldığında derece mahkemeleri takdir yetkilerini kullanmaya devam ederler ve AYM'den ihlal kararı alan başvurucunun derece yargısındaki yeniden yargılamanın lehine sonuçlanacağı yönünde bir beklentisi bulunmaz.

Ama ihlal esasa müteallikse, bu durumda yapılacak yeniden yargılamada hâkimin takdir yetkisi ya yoktur ya da çok dardır. Örneğin mülkiyet hakkının esastan ihlal edildiği durumlarda, yeniden yargılamada derece mahkemesinin artık yapacağı fazla bir şey yoktur; ihlale neden olan eksikliği maddi açıdan/esas açısından giderecektir.

Pratikte derece mahkemelerinin AYM'nin ihlal kararları sonrası yargılamanın yenilenmesi çerçevesinde bu kararlarla uyumlu hareket ettiğini söylemek mümkündür. Bazı politik davalar hariç, derece mahkemelerinin yargılamanın yenilenmesi kararlarına uymak için gayret gösterdiği görülmektedir. Mesele, ihlal kararı doğrultusunda yeniden yargılamanın nasıl yapılacağının bilinmemesinde düğümlenmektedir.

Şöyle ki, "yeniden yargılama", Türk usul hukukundaki yerleşik müessese olan yargılamanın yenilenmesiyle özdeş olmayıp ayrı bir müessesedir.²² Yargılamanın yenilenmesinde başvurunun yeniden yargılamaya layık olup olmadığını derece mahkemesi kendisi takdir etmekte iken yeniden yargılamada ise böyle bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Yani derece mahkemesi yeniden yargılama kararı vermek ve yeniden yargılama yapmak zorundadır. Yeniden yargılama ilk kararı bütün sonuçlarıyla kaldırır.

Ki bu husus, kesin hükmü bozucu etkisi dolayısıyla usul hukuku bakımından çok sayıda sorun doğurmaktadır. Yeniden yargılama kararının bu ve benzer özellikleri henüz yeteri kadar irdelenmemiştir. Örneğin yeniden yargılama yeni bir dava niteliğindedir. Yeni dava olduğuna göre de her şey yeniden başlar. Tabiidir ki usul ekonomisi sebebiyle önceki davada yargılama sırasında dosya münderecatına giren ihlalle ilgisi olmayan materyal, gelişmeler, kararlar, bilirkişi raporları gibi materyal yeniden yargılamaya da aktarılabilir. Ama eğer davanın konusu gerektiriyorsa, yeniden bilirkişi raporu alınması gerekebilir; çünkü yeni davadır. Benzer şekilde yeniden yargılamada ıslah yapılıp yapılamayacağı veya önce yargılamada yapılmış ıslahın yeni bir dava niteliğinde olan yeniden yargılamayı bağlayıp bağlamayacağı sorunu, henüz ne doktrin ne de AYM'nin bizzat kendisi tarafından çözümlenmiş sorunlar arasındadır.

²² Mehmet Doğan Başvurusu [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, para. 59.



BİRİNCİ OTURUM

**SORU CEVAP
BÖLÜMÜ**

Oturum Başkanı – Hocamıza da teşekkür ediyoruz bu tebliği için.

Şimdi soru-cevap faslında soru sormak isteyen arkadaşımız mikrofonla sorusunu sorarsa iyi olur.

Mümkün olduğunca kısa soru veya kısa katkı olursa daha fazla kişiye bu imkânı vermiş oluruz.

Buyurun...

Av. Dilek CÖMERTOĞLU

Kolin İnşaat A.Ş. Hukuk Müşaviri

Öncelikle verdiğiniz güzel bilgiler için çok teşekkür ediyoruz.

Sayın Taylan Hocama bir sorum olacak. İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların önüne geçmek için, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı getirildi. Hocamız buna ilişkin istatistiklerden bahsetti.

Bizim insanımızda genellikle bir üste, bir üste gitme eğilimi çok fazla. 2012 yılında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru getirildikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru sayısında bir azalma oldu mu, öncelikle onu merak ediyorum.

Diğer sorum da Sayın Yusuf Şevki Hakyemez Hocama: Hocamın söylediği doğrultuda, benim de kafama takılanlardan bir tanesiydi. Tabiri caizse tıklamayla öğrenme hususundaki sizin görüşünüzü merak ediyoruz ve asile yapılan tebligat hakkındaki görüşlerinizi de merak ediyoruz.

Doç. Dr. Taylan BARIN

Bireysel başvurunun gelmesinin 2010 anayasa değişikliğindeki gerekçesine baktığımızda zaten gördüğümüz şey net olarak bu. Peki getiriliş gerekçesine hizmet etti mi? Başta Anayasa Mahkemesi tekrar bir etkili başvuru yolu olarak karşımıza çıktığı için zaten tüketilmesi gereken ve zaman alan bir süreç olduğu için doğrudan zaten istatistikleri aşağı çekti. Sonradan yükseldi, özellikle burada 15 Temmuz sonrası yargılamalarda yükseldiğini görüyoruz ama başvuru sayısının azalıp artması değil, bizim esas odaklandığımız husus Anayasa Mahkemesi kabul edilemez bulduğu hâlde veya ihlal olmadığını tespit ettiği hâlde AİHM'in tespit ihlal kararı verdiği karar çok fazla mı? Onlar çok fazla değil. Onun için, sistem insan haklarının hem Türkiye'de güçlenmesine hizmet etti bence ve hatta o kadar çok hizmet etti ki, getiriliş amacı basit bir AİHM'e başvuru sayısını indirmekten ibaret olmasına rağmen, 10 yıl içerisinde Anayasa Mahkemesi çok iyi bir sınav vererek insan haklarını güçlendirdi ve o pragmatik getiriliş amacından çok daha fazla hizmet etti. İstatistiklere de bu şekilde yansıdı AYM'nin ihlal olmadığı görüşünde olduğu veya kabul edilemez bulduğu hâlde AİHM'in ihlal verdiği başvurular... Fakat bir; 15 Temmuz süreci; iki, ifade hürriyetine ilişkin bazı dosyalar veyahut Anayasa Mahkemesinin bir türlü karar vermediği bazı vicdani ret gibi durumlarda sonuç ne kadar değişir, doğrusu ondan emin değilim.



Oturum Başkanı

Aslında tebligat konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihadı belli ama gündemi daha fazla meşgul eden bu süre ve UYAP'taki tıklama ile birlikte süreyi başlatma meselesi. Önce şunu söyleyelim: 6216 sayılı Kanunu biz uyguluyoruz. 6216 sayılı Kanunda da, evet tebligattan farklı olan bir düzenleme biçimi var. Bunu biz getirmedik. Hatta şunu da ifade edeyim: Hem 30 günlük sürenin kısa olduğunu hem de bu karmaşık sıkıntıların düzeltilmesini amaçlayan talebimizi de bildirdik ancak maalesef henüz bir olumlu sonuç elde edemedik. Ama şimdi, tebligatı esas alırsak bu da hem kanun açısından sıkıntı hem de sizler daha iyi bilirsiniz ki, evet idari yargıda tebligat var, hukuk mahkemesinde tebligat var ama bildiğim kadarıyla ceza yargılamasında yok. Yani burada tebligatı esas alırsak ne yapacağız? Hatta Anayasa Mahkemesi şunu da yaptı: Ceza yargılamalarında kesinleşme şerhinden itibaren 30 gün değil, bunu daha öğrenmesi zaman alabilir diye, ki tamamen Anayasa Mahkemesi bunu içtihatla öngördü. Üç aylık bir süre geçecek, sonrasında bir 30 günlük sürede bireysel başvuru yapılacak şeklinde belirlemede bulunuldu.

"Efendim, bu çok katı uygulanıyor" deniliyor. Evet, bir kabul edilebilirlik kriteri olarak katı uyguluyoruz. Ben bunu da açıkça söylüyorum, başvuru süreye takıldığı zaman üzülüyorum tabii. Çok kişi takılıyor mu? Evet, takılıyor. Ama bu kadar iş yükünün içerisinde emin olun kabul edilebilirlik kriterlerini bir standartla birlikte uygulamanız lazım ve Mahkemenin şu andaki eğilimi -ki ben de o kanaatteyim- bu şekilde uygulama yönünde. Zannederseniz bununla ilgili bir başvuru da AİHM'den sonuçlandı, orada ihlal bulmadı. Ama ben bu sorunların daha kalıcı bir şekilde çözülmesi gerektiği kanaatindeyim.

Av. Mustafa EMİNOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Avukatı

Teşekkür ediyorum konuşmalarınızdan ötürü.

Benim sorum Burak Hocama. Aslında herkes de cevap verebilir, genel bir soru.

Anayasa Mahkemesinin ve diğer derece mahkemelerinin uygulamaları arasındaki farklılıklara değindik, tebligatta, adli sürede, diğer uygulamalarda. Genel olarak anayasal ilkeler çerçevesinde baktığımızda hak arama hürriyetinin de Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunun da ihlal edildiğini söyleyebilir miyiz?

Prof. Dr. Burak GEMALMAZ

AYM'nin bireysel başvuru yoluna erişimi güçleştiren uygulamalarının hak arama özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Ancak her müdahale hak ihlali değildir. Klasik eğitimimizde bir şeye müdahale var ise ihlal etmiştir deriz veya dava kabul edilebilir bulunduyorsa zaten karar lehimize çıkmıştır demektir o. Ama bizim insan hakları hukukunda bu böyle değil, müdahale olması ihlal olduğu anlamına gelmez. O müdahalenin hukuka uygunluk koşulları vardır, her bir hak bakımından ve uyumsuzluk bakımından da değişir bunlar. Bu husus karıştırılmaktadır Türkiye'de. Üstelik AYM'nin bu uygulamalarının AİHM tarafından büyük ölçüde desteklendiğinin de altını çizmek isteriz. AİHM en son kalp hastasının mazeretinin kabul edilmediği vakada ihlal bulmadı.

Yine de her bir somut davada tek tek bakmak gerekir. Şimdi, insan hakları hukukunun bir başka özelliği, daha doğrusu bireysel başvurunun bir özelliği de tekil dava bazlı hareket etmesidir. İnsan hakları hukukunun bireysel başvuru yolunda, bir nevi hakkaniyet temelli yargılama yapılmaktadır. Hakkaniyet temelli yargılama, soyuttan gelmek yerine yani tümden gelmek yerine tümevarımla çalışan bir yaklaşımı ifade eder. Hâl böyle olunca bir davada verilen karar, eğer soyutlamaya ve genelleştirmeye elverişli değilse o dava özelinde sonuç doğurur. Mesela; bir davadaki müdahale hak arama özgürlüğüne aykırı bulunmaz ama bir başka davada aynı müdahalenin hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği kanaati gelişebilir. Uyuşmazlığın hukuki esası aynı ya da çok benzer olmasına rağmen somut olayın koşullarındaki küçük farklılıklar ihlal olup olmadığı bakımından farklı sonuçlara götürür. Dolayısıyla genel bir şey söylemekten ziyade sorunuzdaki unsurları bir müdahale olarak kabul ediyoruz ama otomatik olarak “ihlaldir” diyemiyoruz. Yalnız AYM’nin bu konulardaki yaklaşımının etkililik ilkesiyle bağdaşmadığını da vurgulamak zorundayız.

Başkan

Teşekkür ediyorum.

Mehmet Anıl ARSLANOĞLU

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

Çok değerli hocalarıma teşekkür ediyorum. Kendi adıma çok faydalandığımı belirtmek isterim.

Burak Hocama bir sorum olacak. Kendisi üniversiteden sınıf arkadaşım. Tekrar görüştüğüm için de ayrıca memnun olduğumu belirtmek isterim.

Burak Hocam, iç hukuk kapsamında hangi hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesince incelendiği yönünde bazı tespitlerde bulundu. Özel ve aile hayatına saygı kapsamında, sendikal hak ve özgürlükler kapsamında, adil yargılanma hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında, ifade özgürlüğü kapsamında inceleme yapıldığını belirtti. Özellikle bu özgürlükler arasında mülkiyet hakkıyla alakalı, işçilik alacaklarının Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi konusuyla ilgili özel bir önem atfedilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Burak Hocama sorum şu olacak: Onur Özdamar kararı fazla mesai ücretiyle ilgili karar çerçevesinde ve diğer Anayasa Mahkemesinin önüne gelen veya gelmesi muhtemel olan işçilik alacaklarıyla ilgili mülkiyet hakkı kapsamındaki incelemenin sınırı ne olmalıdır? Yani bu her iki belirttiğim kararda da meşru bir beklenti ilkesinden yola çıkılarak inceleme yapıldığını görüyoruz. Demek istediğim şu aslında: Kısmen ya da reddedilen işçilik alacaklarıyla ilgili sonuç itibarıyla “Mülkiyet hakkı kapsamında ihlal vardır” yönünde bir yola mı girecek Anayasa Mahkemesi yoksa kabul edilebilirlik aşamasında bir eliminasyon yapılacak mı? Yapılacaksa da iş hukukunun kendisine has 30-40 yıllık bir bilgi birikimi, bir doktrin birikimi, pratik birikimi söz konusu. Bu pratik birikimin sadece anayasal çerçeveye değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin doğruluk yönünü sormak istiyorum Burak Hocama.

Onur Özdamar kararını çıkış noktası yapabiliriz değerli hocam.

Teşekkür ediyorum.



Prof. Dr. Burak GEMALMAZ

Çok teşekkür ediyorum kıymetli hâkimim. Ben de sizi tekrar gördüğüme sevindim bu vesileyle.

Aslında son iki oturumda bu konuşulacak diye tahmin ediyorum. Belki metodolojik olarak, ki daha önce de bu konuyu tartışmıştık bir başka toplantıda birkaç ay önce.

Anayasa Mahkemesi, Sayın Başkanımın da konuşmasında belirttiği üzere, temel hakları uygularken derece yargısının yerine geçmiyor, geçmek de istemiyor zaten, geçemez de... Donanımı ona uygun değil, işi de o değil. Fakat bazı yerlerde maddi hakla, hakkın maddi boyutuyla derece yargısında ulaşılan sonuçlara uygulanan kural, hukuk çatışabiliyor. Onur Özdamar olayında derece mahkemeleri zaten iç hukuku da yanlış uygulamıştı. Açık bir aykırılık vardı. Hâl böyle olunca Anayasa Mahkemesinin zaten orada alacak hakkı bakımından ihlal sonucuna ulaşması ayrıntıdaki bazı başka tartışmaların dışında son derece normal.

Meşru beklentiyi ise, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği noktasında gündeme getiriyoruz. Şimdi, bir hak talebinde bulunduğunuzda ya da hakkınızın ihlal edildiğini iddia ettiğinde, önce konu bakımından o hakkın uyuşmazlığa uygulanabilir olması gerekir. Her hakkın da uygulanabilirlik koşulu değişebiliyor maddi hukukta. Mülkiyet hakkının uygulanabilir bulunması için ise mevcut bir mal varlığınıza müdahale olması gerekir kural olarak. Bunun istisnası da meşru beklenti, o mal varlığı değerini elde etmeye ilişkin hukuken temellendirebildiğiniz bir beklentiniz var ise o zaman gene mülkiyet hakkı uygulanabilir.

Burada da o hak kanundan kaynaklandığı için, Anayasa Mahkemesi rahatça meşru beklentinin varlığını tespit ederek mülkiyet hakkını uygulanabilir bulmuştur. AYM'ye göre 4758 sayılı Kanun'un 41. Maddesinde ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabileceği ve fazla çalışmanın kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar olduğu ve her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği hükme bağlandığından meşru beklentinin varlığını kolayca saptamıştır.¹

Başkan – Teşekkür ederim. Daha sonraki oturumda zaten bu konu tartışılacak.

Buyurun Beyefendi.

Av. İbrahim ŞAHİN

Serbest Avukat

Sayın Başkanım, sorumu size soracağım.

Anayasa Mahkemesi bir kısım kanunların denetimini yaparken onların bir kısmını iptal ediyor. Bu kanunlardan, örnek olarak vermek gerekirse, mesela kamulaştırmasız el atma davası. Kanunu birkaç kere iptal etti, aynı Kanunu aynı şekilde tekrar getirdi, siz yine iptal ettiniz. Onu sormak istedim. Teşekkür ediyorum.

¹ Onur Özdamar Başvurusu, B. No: 2019/1450, 22/2/2022, paras.30-31.

Oturum Başkanı – Teşekkür ediyorum.

Aslında objektif etki derken bireysel başvuru bağlamında. Tabii sorunuz güzel de bir örnek oldu. Bireysel başvuruda biz ihlal dediğimizde kamulaştırmasız el atma ile ilgili bir ihlalden, aslında tabiri caizse objektif etki bağlamında yasama organının da mesajı alması lazım. Tabii ki yasama organı dersler çıkarması lazım derken, objektif etki bağlamında bunu demokrasi ve hukuk sınırları içerisinde ve nezaket sınırları içerisinde de ifade ediyoruz kararlarımızda. Ama maalesef Türkiye’de bir olgu var, kamulaştırmasız el atma olgusu ve sanki bu hukuki bir kurummuş gibi kanunlara da giriyor. Bununla ilgili dava açma süresi şu tarihe kadar olursa şöyle olur, böyle olur gibi düzenlemeler aslında bu kurumun kendisi Anayasa’ya aykırı olduğu için Anayasa Mahkemesi o kamulaştırmasız el atma ile ilgili düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bulup iptal ediyor. Aslında dava konusu kanuni düzenlemeler güzel imkânlar sağlayabilecek yollar olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi külliye bunun Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatindedir. Maalesef, bu işte zamanla belki düzelecek olan bir mesele.

Hocam galiba kısa bir açıklama yapacaktı, buyurun.

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ

Ben biraz önce sorulan sorudaki bir ifadeye takıldığım için söz almak istedim.

“Bir kanuna ilişkin olarak yargının yerleşik içtihadına rağmen Anayasa Mahkemesi yorum yapabilir mi?” dediniz. Bireysel başvuru tam da buna ilişkin zaten. Elbette ki kanunların uygulanmasında belli bir pratiğimiz var ama bireysel başvuruyla aslında o kanunların Anayasa’nın somutlaştırılması olduğu bize hatırlatılıyor her seferinde. Mesela, iş hukuku 1980 öncesinde -yaşı tutanlar bilirler- kamu hukuku ana bilim dalı altındaydı, 1980 darbesinden sonra özel hukuk ana bilim dalının altına girdi. Oysa hâlâ en kamusal disiplinlerden bir tanesidir çünkü güç eşitsizliği üzerine dayanan bir hukuk bilimi.

Aile hukuku da hep eşit gerçek kişiler arasındaki bir ilişki olarak ele alınır ve kamu hukuku yönü sıkça göz ardı edilir. Oysa aile hukuku laik Cumhuriyetin somutlaştırılma biçimlerinin en somut alanı, en çok kamu hukukunun olduğu özel hukuk alanıdır. Dolayısıyla kanunlar bizim Anayasa ile çok yakından ilişkili ve okuduğumuz her normun aslında asli amacının tekrar hatırlanmasına hizmet ediyor bireysel başvuru. O bağın hiçbir zaman koparılması gerektiğini düşünüyorum. Mesela, çalışma ücretinin ödenmemesi; ne kadar ara ya da ön onay ya da yıllık onay vesaire var dense de açık bir şekilde mülkiyet hakkının ihlali. Dolayısıyla yargı organlarının buradaki asıl işlevi, mülkiyet hakkının ihlalinin kanunların yardımıyla önüne geçmesi ve bu güç eşitsizliğinden kaynaklanan ihlallerin pratiğe dönüşmesini engellemek olmalı.

Çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI – Ben teşekkür ediyorum.

Arkadaşlar, biliyorum soru sormak isteyenler de var belki ama bu süre konusuna biz de riayet edelim. Aslında belli ölçüde de süreyi aştık. O nedenle burada bu oturumu tamamlayalım.

Tebliğ sunan değerli arkadaşlara ve siz kıymetli katılımcılara teşekkür ediyorum.



Sunucu – Sayın Başkanım, değerli konuşmacılar; çok teşekkür ediyoruz. Yüksek müsaadenizle bir süre daha sizi uğurlamayacağız.

Sayın konuklarımız, toplantımıza katkı sunan değerli konuşmacılarımız adına artık geleneksel hâle getirdiğimiz üzere İNTES Hatıra Ormanında 10’ar adet fidan dikeceğiz.

Öncelikle açılış konuşmalarını yapan Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektör Yardımcısı ve Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Sayın Bülent Kent’i ve Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörü Profesör Doktor Sayın Musa Kazım Arıcan’ı davet ediyorum yeniden, buyurunuz efendim...

Sertifikalarını vermek üzere, Yargıtay Onursal 1. Başkan Vekili Sayın Mehmet Kürtül’ü davet ediyorum, buyurunuz lütfen...

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doktor Sayın Seracettin Göktaş’ı da takdim edelim...

Sayın Hakyemez, Sayın Barın, Sayın Gemalmaz, Sayın Göztepe Çelebi’ye de sertifikalarını Seracettin Bey takdim edecek...

Bülent Hocamızın sertifikasını Sayın Mehmet Kürtül takdim edecek...

Sayın Ece Göztepe Çelebi’ye sertifikasını takdim etmek üzere Sayın Mehmet Kürtül...

Sayın Göktaş takdim edecek Sayın Gemalmaz’ın sertifikasını...

Seracettin Bey Taylan Barın’ın sertifikasını takdim edecek.

Çok teşekkür ediyoruz... Saat 13.30’da yeniden salonumuza bekliyoruz sizleri.









İKİNCİ OTURUM

Anayasa Mahkemesi
Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde
İş Hukukunda
Usul Kurallarının Uygulanması

Oturum Başkanı



Dr. Seracettin Göktaş

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
Başkanı



Doç. Dr. Ersin Erdoğan

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Sunucu – “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunun Değerlendirilmesi Semineri’nde, İkinci Oturumumuzun başlığı “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunda Usul Kurallarının Uygulanması”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doktor Sayın Seracettin Göktaş’ı, Oturumun Başkanlığını yapmak üzere davet ediyorum...

Ve Oturumda sunumlarını yapmak üzere; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doçent Doktor Sayın Ersin Erdoğan’ı davet ediyorum...

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Sayın Mustafa Serdar Özbek de yerini almış bulunuyorlar...

Sözü Sayın Göktaş’a bırakıyorum, kolaylıklar diliyorum efendim.





Oturum Başkanı

DR. SERACETTİN GÖKTAŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

Sayın YÖK Denetleme Kurulu Başkanım, Sayın Rektörüm, Sayın Anayasa Mahkemesi üyesi, Yargıtay'ın çok kıymetli üyeleri, tetkik hâkimleri, değerli hukukçular, kıymetli hocalarım, değerli katılımcılar; bugünün ikinci oturumunu açıyorum. Bu vesileyle hepinizi saygıyla muhabbetle selamlıyorum.

İkinci oturumun konusu "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukukunda Usul Kurallarının Uygulanması"dır. Son zamanlarda iş hukukuna ilişkin oldukça önemli sorunlardan biri yargılamaya ilişkin kuralların uygulanmasıyla ilgilidir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, iş yargılamasında uygulanacak kurallar noktasında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapmıştır. Buna göre iş yargılamasında göz önünde bulundurulacak olan kanun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'dur. Anayasamızın 40. maddesinde mahkemelerin kuruluş, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla belirleneceği düzenlenmiştir. Böylece usul kuralları anayasal güvence altında olup, ancak kanunla belirlenebilir. Söz konusu usuli güvence yargılamanın tarafları için oldukça önemlidir. Deyim yerinde ise oyunun kuralları önceden belli olacak; uyuşmazlığın tarafları hangi kurallar içerisinde yargılanacaklarını bileceklerdir. Kanunla belirlenmiş olan bu kurallar, taraflardan birisinin işçi, tüketici ya da kiracı olduğu düşüncesiyle hâkim ya da hakem tarafından değiştirilemez.

Yargılama hukukunda kural olarak silahların eşitliği söz konusudur. Kuşkusuz bu temel kuralın istisnasını yine kanun koyucu belirleyebilir. Kanun koyucu işçilerin işveren karşısında güçsüz olduğu düşüncesiyle genel kurallardan farklı özel usul kuralları öngörebilir. Kanun koyucu tarafından bir istisna öngörülmediği sürece, hâkimin HMK'da yer alan bir kuralı değiştirmesi ya da hiç uygulamaması mümkün değildir.



İkinci bir husus, işçi lehine yorum ilkesi elbette evrensel bir ilkedir. Esasen iş hukukunun doğuş sebebi de işçiyi korumaktır. Ancak işçi lehine yorum ilkesi bir usul hukuku ilkesi olmayıp, maddi hukuka ilişkin bir kuraldır.

Yargıtay'ın hukuki denetim ve hukukun ülke genelinde eşit şekilde uygulanmasını sağlamak üzere iki temel işlevi söz konusudur. Yargıtay bu işlevini içtihatlarla gerçekleştirmektedir. Ülkemizde daha önce iki aşamadan ibaret olan yargılama sistemi, Temmuz 2016 tarihinden itibaren üç dereceli oldu. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi niteliği, bölge adliye mahkemesi kurulduktan sonra da devam etmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kurulduğu günden beri bireysel ve toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ile sendikalar hukukundan doğan uyuşmazlıklara ilişkin kararların temyiz incelemesini yapmaktadır. Başlangıçta sosyal güvenlik hukukundan doğan uyuşmazlıkları da çözüyordu. Daha sonra ağır iş yükü nedeniyle sosyal güvenlikle doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere 10. Hukuk Dairesi kuruldu. Hâlen 10. Hukuk Dairesi. İş sağlığı ve güvenliği ile sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmaktadır.

Yargıtay'ın iş hukukuna ilişkin oluşturduğu içtihatlar, iş hukuku uyuşmazlıklarında önemli bir kaynaktır. 2012 yılında bireysel başvuru sisteminin hukukumuzda yer almasıyla beraber Anayasa Mahkemesinin iş hukukuna ve bununla ilgili usul hukukuna ilişkin kararlarının da iş hukuku ve yargılaması bakımından oldukça önemli bir kaynak hâline geldiğini söyleyebiliriz.

Önceki oturumda Anayasa Mahkemesinin iş yükünden bahsedildi. Aslında iş yükü denilince önce Yargıtay ve daha sonra herhâlde birinci sırada 9. Hukuk Dairesi akla gelir. Yılda ortalama 50 bin dosyanın geldiği bir iş yükünden bahsediyoruz. Yargıtay'da bir dönem sadece iş davalarına ilişkin dosya sayısı 100 bini geçince beş daire görevlendirildi. Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlamasıyla beraber işler azalmaya başladı ve şu anda sadece 9 ve 10. Hukuk Daireleri iş mahkemelerinin verdiği kararları incelemektedir.

Bölge adliye mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte Yargıtay'ın vakıa denetimi yapması artık mümkün değildir. Ancak vakıa denetimi ile hukuki denetim arasında sınırın çizilmesi oldukça zordur. Yıllarca her iki denetimi de yapan Yargıtay'ın bu noktada zorlanması beklenen bir durumdur. Ancak Yargıtay'ın şimdiye kadar hukuki denetim görevini başarılı şekilde icra ettiğini söylemek mümkündür. Gözlemlerime göre, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında hukuk kurallarının yorumlanması, usul meselelerine ve kanun yolu denetiminde gözetilmesi gereken hususlara girilmemesi noktasında oldukça güçlük çekmektedir. Bireysel başvuru çerçevesinde yapılacak incelemenin sınırlarının aşıldığına yönelik yaygın bir kanaat bulunduğunu söyleyebilirim.

Bireysel başvuru sistemi içtihat çatışmalarını önleme aracı olarak kullanılabilir mi? Bu soruya da olumsuz cevap vermek gerekir. Bireysel başvuru yolu Yargıtay ve Danıştay tarafından oluşturulan içtihat arasındaki çatışmaları önleme aracı olarak kullanılamaz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Necdet Şahin ve Perihan Şahin kararında bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iş yargılaması bağlamında usul hukukuna ilişkin kararları değerlendirilecekse herhâlde en başta belirsiz alacak davası ile ilgili verilen karar akla gelir. Biraz sonra sunulacak tebliğlerin kapsamında bu konunun yer alıp almadığını bilmiyorum. Doğrusunu söylemek gerekirse hocalarımızın bu konuyu ele alacaklarını düşünüyorum. Konu ile ilgili görüşümüz bellidir. Biz Anayasa Mahkemesinin İsmail Avcı kararında belirttiği değerlendirmelere katılmıyoruz. Esasen Anayasa Mahkemesinin usul kurallarının yorumlanmasını gerektiren bu konuya hiç girmemesi gerektiğine inanıyoruz. Kaldı ki, kararda usul kuralları ile ilgili yapılan yorum ve değerlendirmeler HMK'ya ve usulun temel ilkelerine uygun düşmemektedir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında şartları olsun olmasın belirsiz alacak davası açan kişinin hukuki yararının bulunduğunu belirtmiştir. Oysa burada aradığımız hukuki yarar, kişinin belirsiz alacak davası türünde korunmaya ihtiyacının olup olmadığıdır. Bu husus HMK.m.107'nin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuda usul kuralının yorumunu yapmıştır. Az önce ifade edildiği gibi bu husus bireysel başvuru incelemesinin kapsamında değildir. İkinci olarak, açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirten kişinin dava türünü değiştirmesi için HMK.m.119 uyarınca süre verilmesi gerektiği belirtilmektedir. HMK.m.119 hükmü dava dilekçesindeki eksikliklerle ilgilidir. Açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirten kişinin dava türü bakımından dava dilekçesinde bir eksiklikten söz edilemeyeceği gibi, belirsiz alacak davası şartlarının bulunmaması basit bir dava dilekçesi eksikliği değildir. Bu nedenle burada HMK.m.119 hükmü uygulanma alanı bulmaz. Anayasa Mahkemesinin sözü edilen madde ile ilgili yorumu da bir usul yorumu olup, bireysel başvuru kapsamında ele alınamaz. Bunun gibi, Mahkeme'nin TBK.m.158 ile ilgili yorumu da bir usul yorumu olup, konunun bu açıdan değerlendirilmemesi gerekirdi. Kaldı ki, maddedeki "düzeltilebilir yanlışlık" ifadesi yanlış değerlendirilmiştir. Diğer yandan, Dairemizin TBK.m.158 ile ilgili uygulaması bulunduğu hâlde, Dairenin bu maddeyi uygulayıp uygulamayacağı konusunda kuşku bulunduğu belirtilmesi açık bir yanılgıdır.

Konu ile ilgili söyleyeceklerim şimdilik bundan ibarettir. Daha fazla uzatmadan sözü hocalarımıza vereceğim.

Bu oturumda çok değerli iki konuşmacımız var; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Ersin Erdoğan ve Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek.

Önümde bulunan programdaki sıralamaya uygun olarak Doç. Dr. Ersin Erdoğan Erdoğan'a söz vereceğim. Hocam süreniz yarım saattir. Buyurun söz sizindir.



DOÇ. DR. ERSİN ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Ben bütün kıymetli hazirunu saygıyla selamlıyorum.

Esas itibarıyla kıymetli Başkanım ifade etti, benim sunumum açısından böyle bir fragman niteliğindeydi. Belirsiz alacak davasına odaklanarak bu sunumu hazırladım. İş yargılaması özelinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde vermiş olduğu ve sadece belirsiz alacak davasında değil, bütün medeni yargılama hukukuna ilişkin kurum ve kuralları da tekrar sorgulamamıza sebebiyet verecek türden kararları olduğunu biliyoruz. Ama bunu (yeniden sorgulama) olumlu anlamda kullanmıyorum, keşke Anayasa Mahkemesi olumlu anlamda tekrar sorgulamamıza sebebiyet verecek gerekçeleri ile bizleri aydınlatmış olsaydı. Bu kapsamda bir sunum hazırlamaya çalıştım. Daha önce birkaç kere daha ifade ettim, iş yargılamasıyla ilgili meseleler, benim yoğun çalıştığım bir alan, eş durumundan herhâlde böyle şu anda, eşim de iş hukukçusu, ismi de Canan, ben böyle toplantılarda iş yargılaması konuşulduğu zaman mecburen o Fuzuli'nin beyitiyle başlamak istiyorum:

“Derdime vâkıf değildir
cânân beni handan bilir
Hakkı vardır şâd olanlar
herkesi şâdan bilir
Söylesem tesiri yok sussam
gönlüm razı değil
Çektiğim alâmi bir ben
bir de Allah bilir” diye.

Ben bunu sitem olarak hep aslında iş mahkemeleri özelinde iş dairelerine ve Yargıtay'ın İş Dairesine ithafen kullanmaktaydım. Kıymetli Başkanım çok özel şeyler söyledi, iyi ki var, bu bir fırsat. “Ya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu iş yargılaması açısından da vallahi yürürlükte, billahi yürürlükte, krem peynir çarpsın ki yürürlükte” demek için söylüyordum.

Artık çok şükür Anayasa Mahkemesi için de aynı beyiti okuma fırsatına sahibim. Anayasa Mahkemesi, usul hukukuna ilişkin kavram veya kurum veya kurallara tabii olarak uzmanlık alanı olmadığı için bir miktar mesafesi vardır, ancak takip mesafesine uymazsanız yol kazaları olur. Ben bu kararın bu şekilde ve bu içerikte –affınıza sığınarak- sürç-i lisan etmemek maksadıyla bu çerçevede olduğunu düşünüyorum.

Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Vermiş Olduğu Kararların Usûl Hukukuna Etkisi

B.K. Başvurusu, AYM. BB. No.
2014/14189 K.T. 25.10.2017.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinde yer alan sınırlı hükümlerin, katı olarak uygulanması ve duruşmaların ancak genel ahlak ve millî güvenliği ihlal ettiği takdirde kapalı yapılabileceğini belirten hükmün, özel hayatın gizliliğine ilişkin temel haklarla birlikte yorumlanması gerektiği ve özel hayatın gizliliğinin de gerektirdiği hallerde duruşmaların kapalı yapılabileceği/ yapılması gerektiği Yüksek Mahkeme tarafından belirtilmiştir

Bubo Çelik Başvurusu, AYM. BB. No.
2013/3954 K.T. 26.02.2015.

Hukuk yargısı açısından kanuni bir dayanağı olmayan ve Yargıtay içtihatları ile uygulanan, **süre tutum dilekçesi** ismiyle bilinen müessesenin, kanuni dayanağının bulunmadığına, kişinin henüz gerekçeli kararın tebliğ edilmediği bir aşamada kanun yoluna başvuru süresinin başlatmasının hak ihlali olduğu

Bu genel girizgâhı yaptıktan sonra aslında bireysel başvurunun, -sabahki oturumlarda da ifade edildi birkaç tanesi- medeni yargılama hukuku açısından pek çok olumlu sonucu olmuştur. Bugüne kadar, en azından bireysel başvuru devreye girinceye kadar eleştirilen bazı müesseseler vardı. Bunların hukuki bir dayanağı yok, bunlar hak ihlalidir denilen ve bireysel başvuru sonucunda nihayet bu sorunların bir kısmının çözüldüğünü biliyoruz. Biri B.K. başvurusu özelinde verilmiş olan bir bireysel başvuru kararı. Aleniyet ilkesi. Bizim hukuk yargılaması açısından benim şahsi kanaatim, aslında yanlış tanımlanmış bir ilkedir, başka anlamda kullanmak istemiyorum. Ceza yargısı veya kamusal yargılamalar açısından aleniyet çok kıymetlidir kamu adına dava yürütüyorsanız. Ama özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklardan söz ediyorsanız aslında özel hukukun temel ilkesi mahremiyettir, özel hayatın gizliliğinin korunmasıdır. Maalesef bizim hukuk yargımız uzunca bir süre bunu çok softaca ve Anayasa'nın bir hükmüne katı şekilde, sıkı sıkıya sadece bir hükmüne bakarak üstelik bağlı kalarak yorumluyordu ve duruşmaların kapalı yapılmasına, "Ancak millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlığı ilgilendiren hâllerde duruşmalar kapalı yapılabilir" deniyordu. Gel gör ki hukuk yargısının millî güvenliği, kamu düzenini, genel ahlakı, kamu

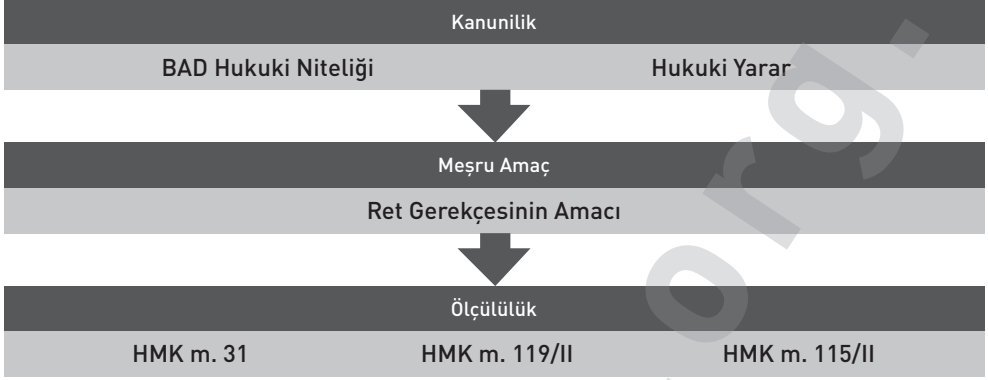


güvenliğini ilgilendiren bir uyuşmazlık hâline gelebilmesi çok olası değildi. “Kapalı yapılamaz” demekle aşağı yukarı eşdeğer bir uygulamaydı ve bu aslında eleştirilen de bir uygulamaydı. Çünkü “Biz özel hukuk ilişkilerinde, özel hayatın gizliliğini koruyoruz, bunu muhafaza ediyoruz ve bu kıymetlidir” deniyordu. Nihayet Anayasa Mahkemesinin bu B.K başvurusuyla birlikte Anayasa’nın bütün hükümlerini birlikte değerlendirilmesi ve özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümlerle birlikte yorum yapılması gerektiği, dolayısıyla özel hayatın gizliliğin gerektirdiği hâllerde de duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilebilmesinin gerektiği ifade edilerek bir ihlal kararı verilmiş. Oldukça isabetli ve bu karardan sonra kanun değişikliği de yapıldı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28. maddesi malumunuz, artık üstün bir yararın olduğu hâllerde de bunun içeriğini artık çok rahat doldurabilirsiniz, özel hayatın gizliliği de buna dâhil. Ama bunlarla sınırlı değil. Duruşmaların kapalı yapılabilmesi imkânı getirildi.

İkincisi, yine iş yargılaması özelinde sorun olan bir meseleydi. Bu da bugün için herhâlde artık sorun olmaktan çıkmış olması icap ederdi ama Anayasa Mahkemesinin kararı sayesinde bu eşik de aşıldı. Bubo Çelik başvurusu.

Süre tutum dilekçesi diye daha 1086 sayılı Kanun’dan önceki dönemden kalan bir müessese uygulama tarafından, Yargıtay tarafından kullanıma geliyordu. Tefhimle kanun yoluna başvuru süresinin başlamasının öngörüldüğü hâllerde önceki dönemde iş mahkemelerinde ve yine şu an hâlâ icra mahkemelerinde benzer bir hüküm varlığını muhafaza ediyor. Ama bu öğretilerde de aslında yıllardır eleştiriliyordu, tefhim eğer Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun anladığı anlamdaki kararın bütün unsurlarıyla birlikte tefhimi ise, evet, süreyi tefhimle başlatabilirsiniz ama yalnızca hüküm fıkrası tefhim edilmişse ve gerekçesini bilmiyorsa, gerekçesini bilmediğim bir karara karşı bana “Kanun yoluna başvuru, hadi süren başladı” diyemiyor olmanız lazımdı. Anayasa Mahkemesi de isabetli bir şekilde “Sen gerekçesini bilmediğin bir kararı karşı kanun yoluna başvuru süresini başlattın ve daha sonra gerekçesini öğrendikten sonra başvuru yapıldığı zaman da süre geçti dersin bu bir hak ihlali olur” dedi ve isabetli bir şekilde –kanaatimce– böyle bir sonuca vardı ve bu sayede şu an hukuk uygulaması en azından bu müesseseden kurtuldu veya kurtulmuş görünüyor. Kanuni bir dayanağı yoktur, aynı zamanda bir temel hak ihlaline sebebiyet veriyordu; mahkeme bir sonuca vardı. Belki ben gerekçesini okuduğum zaman “Evet, haklıymış” diyeceğim ve kanun yoluna gitmeyeceğim veya gerekçesini gördüğüm zaman “Hayır, bu gerekçe isabetsiz, bu gerekçeyle zaten bu sonuca varılamaz” diyeceğim. Dolayısıyla kanun yolu başvuru süresinin ancak bir kararın gerekçesi bilindikten sonra olabildi. Bu da tebliğle olması icap ederdi. Bunlar bu anlamda olumlu şekilde nitelendireceğim iki tane iki hukuk yargısına katmış olduğu bireysel başvuru kararların ürünü. Aslında biz bir kitap çalışması da yaptık Murat Atalı Hocamla ve kürsü arkadaşım Süleyman Burak Gündoğru ile beraber, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu ve usul hukukuna ilişkin bütün kararları derledik geçtiğimiz yıl itibarıyla, 2021’in sonu itibarıyla. Ama benim için en büyük hayal kırıklığı bu İsmail Avcı başvurusuna ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararıydı.

AYM Değerlendirmesi (İsmail Avcı Kararı)



Şimdi, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinden hareket ederek, bu kararı neden isabetli bulamadığımı, bu karara neden katılamadığımı anlatacağım ama yine affınıza sığınarak sonucunda söyleyecektim bu meseleyi ama gerçekten okuduğum zaman şu işte meşhur bir fıkradır, “İsa değil Musa/Sopa değil asa”, yani usul hukukuna ilişkin bütün kurumlar açısından bunu söylemek zorunda kalmış olduğum bir karardır. Anayasa Mahkemesi İsmail Avcı başvurusu neticesinde ihlal kararı verirken temel genel olarak mahkeme erişim hakkı boyutuyla ele almış oldu ve kanunilikten, meşru amaçtan ve ölçülülükten hareket etmiş. Ve nihai tahlilde ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle bir temel hak ihlaline ilişkin bir karar vermiş görünüyor.

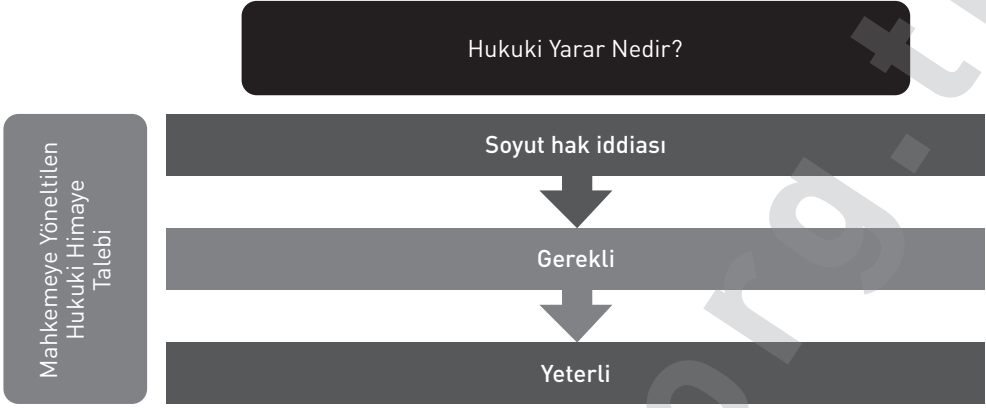
Belirsiz Alacak Davası





Şimdi, kısaca belirsiz alacak davasının hukukî niteliği nedir, hukuk yargısında hangi amaca hizmet ediyor, buna çok kısaca işaret etmek istiyorum. Anayasa Mahkemesinin kararında da var aslında ama eksik. Belirsiz alacak davası elbette ki bir eda davasıdır, bir edimin yerine getirilmesini isteyen, karşı tarafın bir şeyi vermeye mahkûm edilmesini istemiş olduğumuz bir dava türüdür.

Bu dava nereden ortaya çıktı, biz niye 2011 yılından itibaren bu kavram ve kurumu tartışmaya başladık? Aslında çok temel bir ihtiyaçtan kaynaklanıyordu. Dava açmadan önce talep sonucunun açık bir şekilde belirtilmiş olması tarafa bir ödev olarak yüklenmiş. Ama öyle hâller, öyle hayat olayları var ki tarafın talep sonucunu belirleyebilmesi dava açtığı tarihte mümkün değil. [Bu arada bu da böyle olmak zorunda değildi ama hukuk yargısı buna da “Talebini baştan belirleyeceksin, belirleyemiyorsan kısmi dava aç” Pilot dava diye bir dava türü türetmiştik ve “Alacağı miktarı belli olunca ıslahla veya ek davayla tamamlarsın” sıkıntısı... E, ben ek davayla tamamlayıncaya kadar veya ıslah tarihine kadar zaman aşımı süresinin geçme tehlikesi var. E, talebimi yüksek tutarsam ve reddedilirse yargılama giderleri, vekâlet ücretine ilişkin bir sorunum var. Dolayısıyla hem maddi hukuk açısından hem usul hukuku açısından sorunlu, başlı başına hak ihlali olabilecek bir meseleydi.] Burada kimse yoktur diye tahmin ediyorum ama idari yargıyı bu anlamda –benim haddim değil ama takdir ediyorum demiyorum- o kadar pek çok alanda isabetli yönleri olduğunu düşünüyorum. Bunlardan bir tanesi de belirsiz alacak davası meselesidir. 1985 yılında Danıştay’da İdari Dava Daireleri Kurulu bir içtihadı birleştirme kararıyla aslında belirsiz alacak davasını ismini böyle koymamış ama idari yargı da kabul etmiş. Talebin belirlenemeyeceği hâllerde yargılama sırasında talebin belirli hâle getirilebileceğini kabul etmiştir. Çünkü aslında bakınca aklın yolu bir. Dolayısıyla bu dava, dava açtığı tarihte alacak miktarını belirleyemeyecek olan bir kimseye mahkemeye erişim hakkını bihakkın tesis edebilmek maksadıyla tanınmış istisnai bir davadır. Niye istisnai bir davadır? Çünkü bu dava aslında silahların eşitliği ilkesi açısından terazinin bir tarafının diğer tarafına nazaran ağır bastırıyor, davacı tarafın hem maddi hukuk açısından hem usul hukuku açısından işte malumunuz olan birtakım avantajları var. İşte zaman aşımı ve yargılama gideri boyutuna değindim, faiz açısından değinilir, ıslaha gerek kalmamasına değinilebilir. Dolayısıyla bir tarafın daha fazla usuli –artık bir terminoloji olduğu için kullanıyorum- silahı olan bir yargılama sürecinden bahsediyoruz. Dolayısıyla bu davanın maddi hukuk açısından ve usul hukuku açısından avantajları bulunması sebebiyle “Ya, herkes davasını belirsiz alacak davası olarak açsın, kıyamet mi kopar?” cümlesinin hukuki olmaktan öte, yargılamada silahların eşitliği ilkesine de –hakkaniyete uygun yargılama dolayısıyla- ihlal teşkil edeceğini ifade etmek lazım.



Şimdi, Anayasa Mahkemesi kararında hukuki yarardan konuya giriyor. Maalesef bunu da söylemek zorundayım, hukuki yarara ilişkin gerekçeden de bir ihlal kararı vermiyor. Öyle olunca niye değindin ki, hiç girmese daha iyi olur muydu acaba diye yani hukuki yararın ne olduğunu tanımlamaya çalışıyor ve genel eda davası diye Anayasa Mahkemesi kararıyla birlikte ilk defa duyduğumuz bir kavramdan haberdar oluyoruz. Bir genel eda davası var, bu da belirsiz alacak davasında bir özel eda davası ve “Bu davada hukuk yararı niye olmasın” mealinde bir değerlendirme var. Şimdi o hükümlere de yer vereceğim.

Belirsiz Alacak Davasında Hukuki Yarar

Hukuki yarar şartı özellikle tespit davaları yönünden önem taşımaktadır. Tespit davaları kural olarak eda davasının veya inşai davanın öncüsü mahiyetindedir. Dolayısıyla tespit davasıyla elde edilecek sonuç kural olarak eda davası veya inşai davayla da sağlanabilir. Mahkemenin eda hükmü veya inşai hüküm kurabilmesi için öncelikle davacının hakkının, davalının ise yükümlülüğünün varlığını tespit etmesi gerekir. Şu hâlde davacının eda davası açmakla elde edebileceği bir sonucu ayrıca tespit davasına konu etmesinde hukuki yararının bulunmadığı kural olarak kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar ve belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğu hususu gözetildiğinde bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinde hukuki yararın bulunmadığının söylenmesi güçtür. Genel eda davası açılması davacıya belirsiz alacak davasından elde edebileceğinden daha fazla bir yarar sağlamamaktadır ki davacının genel eda davası açmak yerine belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı ifade edilsin.

Ancak belirlenemezlik şartını taşımayan bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilemeyecek olması ile hukuki yarar meselesi farklı şeylerdir. İlk dava dilekçesinin usul hükümlerine uygun olarak düzenlenmesiyle ilgiliyen ikincisi daha çok davanın sonucundan elde edilecek menfaatle ilgilidir.

Sonuç olarak belirsiz alacak kapsamına girmediği değerlendirilen bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinde hukuki yararın bulunmadığı yorumu -belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğu hususu dikkate alındığında- makul olarak öngörülebilecek bir yorum olarak değerlendirilmemiştir.



Hukuki yarar, esas itibarıyla biz hukuk yargısını üç unsurla tanımlıyoruz. Bir, mahkemeye yöneltilmiş olduğunuz bir soyut hak iddiası olacak. İki, başvurmuş olduğunuz bu yol gerekli olacak. Üç, başvurmuş olduğunuz yol yeterli olacak. Anayasa Mahkemesi kararında değerlendirmeyi yaparken aslında belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğunu, eda davası açmakta genel olarak hukuki yararın bulunduğunu, tespit davasından eda davasını bu yönüyle ayrıldığını, tespit davasında hukuki yarara ilişkin eksikliğin aslında buradan kaynaklandığını, belirsiz alacak davası bir eda davası olduğuna göre, bu davalarda hukuki yararın bulunmadığı yorumunun (..... aslında bir miktar çekingen –gerçekten affınıza sığınarak bu ifadeleri kullanıyorum-) makul olarak öngörülebilecek bir yorum olarak değerlendirilmemiştir. Böyle direkt “makul değil” veya “doğru değildir” de değil, makul olarak öngörülebilecek bir yorum olarak değerlendirilmemiştir” ifadesine yer verilmiş.



Birincisi, bireysel başvurunun ne olduğunu en azından akademik olarak çalışıyorum, kavramsal olarak temelden bir miktar ileri düzeyde bildiğimi düşünüyorum. Bir kere bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesinin temel hak boyutuyla burada tartıştığı veya incelediği hiçbir şey yok. Hukuki yarar nedir, bunu tartışıyor. Ne güzel! Usul hukukuna ilişkin bir kavramı bir yüksek mahkeme daha tartışıyor. Ama ikincisi ve asıl temel sorun, eksik tartışıyor. Çünkü sadece tespit davası ile eda davası arasındaki ilişkiden hareket ediyor. “Eda davasının açılabilmesi hâllerde tespit davası açmakta hukuki yarar yoktur” diyoruz çünkü böyle bir durumda tespit davası açılmış olması sizlerin nihai tahlilde ilamlı icranın konusu olabilecek bir hüküm elde etme imkânı vermediği için yeterli bir yol değil. Hukuki yararın bir başka unsurunda eksiklik var. Oysa eda davası ve belirsiz alacak davası söz konusu ama belirsiz alacak davasının şartları olmadığı hâlde açılmış olduğu hâllerde, belirsiz alacak davası açmış olmanız gerekli değil. Çünkü bu dava ancak alacak miktarının tam veya kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı hâllerde dava açılmasına müsaade edilmiş bir özel istisnai hukuki başvuru yolu, bir çare. Dolayısıyla belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar var mı? Benim şahsi kanaatim yok. Ama bundan bağımsız bu bireysel başvuru çerçevesinde o,

biraz önce kıymetli Başkan ifade etti, kanun yolu denetimi diye yapılacak olan incelemenin sınırı ile bireysel başvuru yapılacak incelemenin sınırlarını mutlaka bunlar belli alanlarda çatışacak, örtüşecektir ama bunun çatışması icap eden alanlardan bir tanesi olduğunu düşünmüyorum.

İkincisi, dolayısıyla aslında kanunilik açısından yapılan değerlendirme kısmında usul hukuku resmî bir kavram değerlendiriyoruz ve buradan bir ihlal kararı da verilmiyor, baştan vurguladığım. Yani hukuki yarardan reddedilmiş olması, hukuki yarar aslında vardır, o yüzden bir ihlal kararı verildiğinden söz edilmiyor.

Meşru Amaç: Şartları Olmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasının Reddinde Amaç

**AYM
Kararında**

- Para. 56: «...Dolayısıyla davanın usulden reddedilmesinin amacının mahkemelerin davacıların hukukî yarar elde edemeyeceği davalarla meşgul edilmesinin önlenmesi ve başvurucunun medenî hakkıyla ilgili uyuşmazlığın karara bağlanması hususunda daha elverişli olan dava yoluna başvurmaya zorlanması olduğu anlaşılmaktadır.»

**Esas
Gerekçe**

- Şartları olmadan açılan davanın maddî hukuk ve usul hukukuna ilişkin avantajları nedeniyle «Davacı» ve «Davalı» arasındaki usûlî eşitliği/ silahların eşitliğini temin etmek

İkincisi, benim şahsî kanaatim, işte o İsa değil Musa burası, amaç tanımlamasının hatalı olması. Anayasa Mahkemesi amaç açısından bir ihlal tespit etmiyor, İsmail Avcı başvurusuna ilişkin kararda ve diyor ki: “Burada belirsiz alacak davasının hukukî yarar yokluğu nedeniyle reddedilmiş olması, başvurunun medenî hakkıyla ilgili uyuşmazlığın karara bağlanması hususunda daha elverişli olan dava yoluna başvurmaya zorlanması”. Hayır. Daha elverişli olan bir yola başvurmaya zorlamıyorum. Belirsiz alacak davasının açıldığı hâllerde taraflar arasında bir silahların eşitliği problemi var, ben onu başvurması gereken yol açısından yönlendiriyorum. Dolayısıyla belirsiz alacak davasının hukukî yarar yokluğu sebebiyle reddedildiği durumlarda aslında yapılmış olan şey davacıyı daha iyi bir yola yönlendirmek değil, davalının hakkaniyete uygun yargılama hakkını muhafaza etmektir. Dolayısıyla bir ihlal boyutuyla ilgisi yok ama belirsiz alacak davasında bu davanın hukukî yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesine ilişkin amaç da bu kapsamda maalesef hatalı tanımlanmış görülüyor. Amacı hatalı tanımladığınız andan itibaren zaten takip eden süreçte yapmış olduğunuz değerlendirmeler de mecburen eksik kalıyor diye düşünüyorum. İşte medenî hakla ilgili uyuşmazlığın çözümü için en etkili olan davanın açılmasını temin etme amacından söz ediliyor. Belirsiz alacak davasını istisnai kılan bir taraf açısından oldukça hem maddî hukuk... Dikkat edin, maddî hukuktan bahsediyorken hak boyutuyla bahsediyoruz, hem de usul hukuku açısından ama pek çok avantaj yaratan bir davadan söz ediyoruz. Bu, silahların eşitliği ilkesi açısından davalıyı korumak maksadıyla aradığımız bir şarttır.



Amaca ilişkin hatalı tespitin, kararın müteakip kısımlarında da isabetli olmayan yorumlara sebep olduğu görülmektedir.

Ölçülülük yönünden ik olarak incelenecek husus, müdahale için seçilen aracın amaca ulaşılmasını sağlayıp sağlamadığıdır. Genel eda davası olarak açılması gerekirken belirsiz alacak davası şeklinde açılan davanın usulden reddedilmesinin medeni hakla ilgili uyumsuzluğun çözümü için en etkili olan davanın açılmasını temin etme amacına ulaşılması yönünden elverişli bir araç olduğu değerlendirilmiştir.

Üçüncüsü, ihlal kararı burada ortaya çıkıyor; ölçülülük ilkesi açısından. Burada Anayasa Mahkemesi kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde mahkemeye erişim hakkına elbette müdahale edilebileceğini... Bunun meşru bir amacı var ve yapılmış olan müdahale ölçülü ise, orantılı bir sınırlama ise ihlal de teşkil etmeyeceğini ifade ediyor ve bunun müdahalenin ölçülü olabilmesi için son çare olması gerekir diyor ve bu çerçevede yine bu aşamadan sonra bu son çare midir diye değerlendirirken usul hukukuna ilişkin iki tane kavrama gidiyor. Sopa değil asa kısmı da burası.

Ölçülülük İlkesi - Son Çare?

HMK m. 31

- «Hâkim, uyumsuzluğun aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili görüldüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir»

HMK m. 119/II

- «(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.»

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesine ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesine atıf yapıyor. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi, yansıda da gördüğünüz gibi, yargılama sırasında maddi veya hukuki açıdan belirsizlik veya çelişkinin bulunduğu hâllerde, bu belirsizlik veya çelişkinin giderilmesi açısından tarafa soru sorulması, soru yöneltilmesi ve bunun giderilmesi maksadıyla düzenlenmiş bir müessese. Dolayısıyla talepte vakialarda hukuki nitelendirmede bir belirsizlik yoksa hâkimin artık aydınlatacağı bir şey de yok demektir. Belirsiz alacak davası açılmış ve şartları yoksa, davacı dava açmış, "Ben belirsiz alacak davası açtım" diyor. Mahkeme de "Evet, belirsiz alacak davası açmışsın ama şartları yok" diyorsa, burada artık belirsiz veya çelişkili bir husus yok. Belirsiz alacak davasındaki "Belirsiz" ifadesi hukuki nitelendirmede değil, isimde yalnızca ve bu da talebin

miktarının belirlenememesiyle ilgili. Yoksa dava dilekçesinde mahkemeye yansıtılmış olan vakialarda ve açıklamalarda hiçbir belirsizlik yok. Dolayısıyla 31. maddenin uygulama kabiliyeti yok.

Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin 2. fıkrası da somut olay açısından uygulanabilir değil. 119. madde, dava dilekçesindeki şeklî eksikliklerden bahsediyor. Bunlardan bir tanesi de yine talep sonucu. Talep sonucunun şeklen eksik olması hâli. Dikkat edin, içeriğe ilişkin bir eksiklik, talepteki içeriğe ilişkin bir eksiklik, "Aslında sen şunu da isteyebilirdin" değil. Yani kıdem ihbar istemiş, fazla çalışma istemiş ama hafta tatili istememiş. Aslında bu hafta tatili de isterdi, bunu da isteyebilirdi diye tarafa verilecek bir süreden bahsetmiyor 119. maddede. Tamamen şeklî bir eksiklik. Talep sonucunun belirsizliği de bunu sağlayabilir veya talep sonucunu yazmayı unutmuştur. [190 bin avukat olmuştuz, mutlaka vardır talep sonucu yazmayı unutan. Ben şunu gördüm: Davacı dava dilekçesinin talep sonucu kısmında davanın reddini istiyor. Davalı da davanın reddini istiyor, fark etmemiş. Dosya bilirkişiye gitmiş o da fark etmemiş. Karar aşaması, islah yapacak bir tanıdık, "Ya, ben böyle yapmışım, ben şimdi bunu nasıl düzeltirim? Çünkü talebimi artıracam da ilk talep sonucu şimdi ortaya çıkacak." Bu aşamaya kadar mahkeme, işte hâkim, davacı, davalı, bilirkişi kimse fark etmeksizin yargılamayı yürütmüş. Talep sonucu: Her iki taraf için de davanın reddi. Dolayısıyla ola ki talep sonucunu yazmayı unuttunuz, 119. madde ancak buna hizmet eder. Yoksa "Belirsiz alacak davası açtım, alacağım miktarını belirleyemiyorum. O yüzden belirlediğim asgari 100 TL, 1.000 üzerinden bu davayı açıyorum" diyen bir kişinin dilekçesinin 119'a göre düzeltilebilmesi mümkün değil. Aksi bir yorum, aynı zamanda hâkimin tarafa yol göstermesi de olur.

«Dava Dilekçesindeki Eksiklik»

Belirtilen hükümlerin usulüne aykırı olarak düzenlenen dava dilekçelerinin usulüne uygun hâle getirilmesi için hâkime güçlü yetkiler verdiği görülmüştür.

...Dolayısıyla hatalı olarak belirsiz alacak davası biçiminde açıldığının düşünülmesi hâlinde davanın genel eda davası olduğu kabul edilerek başvurunun talep sonucunu netleştirmesi için başvurucuya süre verilmesinin davanın usulden reddi biçimindeki ağır bir müdahaleden kaçınılmasını sağlayacak bir araç olduğu görülmektedir.

Daire, belirsiz alacak davasında talebin açık olması sebebiyle 6100 sayılı Kanun'un 119. maddesi uyarınca süre verilemeyeceğini kabul etmiş ise de davanın genel eda davası olarak kabulü hâlinde talep sonucunun eksik hâle geleceği açıktır.

Yöntemince düzenlenmediği kabul edilen bir dava dilekçesinin düzeltilmesi ve yöntemine uygun hâle getirilmesi için süre verilmesi başvurunun mahkemeye erişim hakkından yararlanmasını güvence altına alacaktır.

Hukuki yarar
eksikliği

≠

Dava
dilekçesindeki
eksiklik



Örneğin biz şunu yapmıyoruz: Tespit davası açmış ama aslında eda davası açabilecek durumdaki bir kimseye “Bak, hemen reddetmiyorum davayı. (Bu içtihada göre belki bunu da yapmamız gerekecek.) Sen tespit istemişsin hâlbuki bu alacak muaccel olmuş, sen artık edayı isteyebilecek bir durumdasın. Hemen talebini düzelt 119/2’ye göre.” Bunu dersenez siz bir tarafa yol göstermiş olursunuz, açması gereken davanın nasıl olması gerektiğini.. Ben davalı olarak demez miyim: “Yahu, o paşa torunu da ben üvey evlat mıyım, niye bana böyle bir muameleyi reva görüyorsunuz?” Dolayısıyla talep sonucunun içeriğine ilişkin hakka yönelik bir değişiklik yapılmasını yine 119. maddenin içerisinden çıkarabilmeniz mümkün değil. Kanaatimce buradaki hatalı nitelendirmenin sebebi de hukuki yarara ilişkin bu eksikliğin dikkate alınmaması dolayısıyla belirsiz alacak davasına ilişkin bu eksiklik dava dilekçesindeki basit bir hata gibi nitelendirilmiş. İşte yine karardan aldığım paragraflar, usulüne aykırı olarak düzenlenen dava dilekçesinin usulüne uygun hâle getirilmesi. Belirsiz alacak davasının tümü... Talebi değiştiriyorum ama bu dilekçenin sadece usulüne uygun olmamasından kaynaklanıyor. Hayır, bu maddi hukuk açısından talebin değiştirilmesidir ve talep edilen hakkın değiştirilmesidir. Burada otomatikman davanın karşı tarafın hakkına girmiş olursunuz, adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olursunuz. Talebin açık olmamasından söz ediyor, talebin açık olmamasıyla bir ilgisi yok.

Yine benzer, bunu herhâlde çok tekrar etme gereği... Bir hocamız söylemişti, Ece Hocam herhâlde ayrıldı artık, demişti ki “Birinde ne eksikse, o kelimeyi ondan çok sık duyarsın. Bizim Anayasamız da ‘Hukuk Devleti’ diye başlar, herhâlde eksikliğin farkında” diye. Burada da sürekli, “Bak, bu önemli bir eksiklik değildir” vurgusu için birkaç yerde, birden fazla defa “İşte yöntemince düzenlenmediği kabul edilen bir dava dilekçesinin düzeltilmesi”. Hayır, talebin değiştirilmesi ve talebi ancak taraf değiştirebilir. Usul hukukuna ilişkin en temel ilkelerden bir tanesi de tasarruf ilkesidir ve taraflarca getirilme ilkesidir. Tarafın istemediği bir şeyi, istemediği bir sonucu, getirmediği bir vakıyı inceleyemezsiniz. Eşi sadakat hükmünü ihlal etmiştir, zina yapıyordur, boşanma davası açarım ve zinaya hiç değinmem. Bu, mahkemenin işi değildir. “Bu şekilde boşuyorsan boş” derim, benim talebim bu vakıalarla sınırlı. Siz resen vakia araştıramazsınız, resen delil toplayamazsınız. İş hukukunda da işte hizmet tespit davası gibi sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan davalar bir kenara, yine resen vakia araştıramazsınız, resen delil toplayamazsınız, tarafın talebini buna göre düzeltemezsiniz. Her halükârda hukuki yarar eksikliği dava dilekçesindeki basit bir eksiklik zinhar değildir. Bu karara kadar böyle bir yorum ne usul hukukuyla...

Hukuki yararın ne olduğu konusuna ilişkin belki on tane tanım bulabilirsiniz ama hukuki yarar için eksiklik, “Dava dilekçesinde eksiklik” diye bir görüşe ne Türk literatüründe ne Alman literatüründe ne Avusturya literatüründe ne İsviçre literatüründe rastladığımı belirtmem lazım.

TBK m. 158 vs. HMK m. 115

Bu bağlamda başvurunun 6098 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle getirilen ek süre içinde yeni bir dava açmasının mümkün olup olmadığının da belirsiz olduğunu vurgulamak gerekir. Anılan maddede, davanın mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olduğu ve bu arada zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin de olduğu durumlarda alacaklının altmış günlük ek süre içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Buna göre düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması sebebiyle davanın reddedilmiş olması hâlinde -zamanaşımı süresi de dolmuşsa-davacının altmış günlük ek süre içinde yeni bir dava açması mümkündür. Bununla birlikte Dairenin somut olayda başvurunun yaptığı usul hatasını **düzeltililecek bir yanlışlık** olarak kabul etmemiş olması, **6098 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle getirilen imkândan yararlanmasının mümkün görüleceğini kuşkuyla hâlâ getirmektedir.** Bu sebeple başvurunun açacağı yeni bir davanın başarı şansı sunabileceği kanaatine kesin olarak varılamamaktadır. Dolayısıyla 6098 sayılı Kanun'un 158. maddesinin varlığı, eldeki davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmesinin başvurunun medeni hakkını dava konusu etmesini imkânsız hâlâ getirdiği yolunda ulaşılan kanaati değiştirecek yeterlilikte görülmemiştir.

Sonuç olarak başvurunun, şartları oluşmadan açtığı belirsiz alacak davasının dava şartı yokluğundan reddedilmesinin -usul hukukundaki imkânlar gözetildiğinde- başvurulabilecek son çare olmadığı değerlendirilmiştir.

Üçüncü husus, Borçlar Kanun'unun 158. maddesiyle ilgili, Başkanım girizgâhta ifade etti. Burada da yine maddi hukuka ilişkin, aslında temel haklarla ilgili olmayan bir meselenin kanaatimce meseleye olan takip mesafesi dolayısıyla isabetsiz bir yorumu söz konusu. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 158. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesi lafzen -Türkçe anlamında- gündelik dildeki karşılığıyla bakarsanız birbirine benzer ifadeler kullanıyor. Biri dava şartının giderilebilecek bir dava şartı eksikliği olmasından bahsediyor 115. madde. 158. madde de davanın düzeltilebilecek bir usulî eksiklik sebebiyle reddedilmiş olması hâlinde ek bir süre -zaman aşımı açısından- tanıyan hüküm. Bu, lafzen birbirine benzemek dışında bu iki hükmün içeriği açısından bir benzerlik yok. Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinin varlık sebebi, zaten davanın usulden reddi yani dava usulden reddedildikten sonra ancak 158. madde uygulama alanı bulabilir ve düzeltme ancak bu aşamadan sonra olabilir. Orada zaman aşımı açısından, maddi hukuk açısından hak kaybı ortaya çıkmasın diye dava usulden reddedildiği için zaman aşımı süresi geçmiş olacak. Bu arada tarafa 60 günlük bir munzam süre, bir ek süre tanımlayan hüküm. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesi ise dava sırasında, davanın devamı sırasında o dava içerisinde, o usulî ilişki içerisinde düzeltilebilecek bir eksiklik var mı onunla ilgili. Davayı muaccel olmadan açmıştır, ben davayı reddederim veya usule ilişkin bir sebeple... (Bu muacceliyet de belki başka bir konuda Yargıtay'la konuşmamız gereken bir mesele ama "Bir içtihadı birleştirme kararıyla belirlendi ve usul hukukuna ilişkin bir mesele") diye değerlendirildi. Görev yönünden reddetmiştir davayı, dava görev yönünden sonuçlanır, daha sonra siz gider görevli mahkemeye davayı açarsınız, 158. madde bunu düzenliyor. Yani Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra acaba şunu mu söylememiz lazım bilmiyorum: Ya, görevli mahkemeyi vatandaş ne bilsin, bilmez, vallahi bilmiyor. Zaten hatta mahkemeler tartışıyor, işte ticaret mahkemeleri mi görevli, iş mahkemeleri mi? Mesela rekabet yasağına ilişkin ayrırlıklı ilgili meselelerde... "Ya, Yargıtay daireleri birbirine düşmüş. Siz bu işi kendi içinizde çözün, bu davayı da görev yüzünden reddetmeyin bir zahmet. Aksi takdirde dava çok kolay reddediliyor olur" gibi yorum yapmamız gerekecek mi? Bilmiyorum.



TBK m. 158 vs. HMK m. 115



TBK m. 158

Madde 158 - Dava veya def'i; mahkemenin yetkii veya görevli olmaması ya da düzeltililecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.



HMK m. 151/II

[2] Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.

Dolayısıyla aslında, işte Kızılırmak değil Kızıldeniz idi yarılan hikâyesi de bu 158. madde ile 115. madde arasındaki ilişki açısından.

Mehaz uygulama nasıl? Bizim Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası esasen İsviçre Usul Kanunu'nun 85. maddesinin neredeyse güzel ve birebir tercümesi niteliğindeki bir hükümdür. İsviçre'de 2011 yılında bir tarihsel tesadüftür, aynı yıl içerisinde orada bir Federal Usul Kanunu oldu, bizim de yeni bir Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz oldu ve belirsiz alacak davasına ilişkin hüküm de buradan alınarak tercüme edildi. Zaten, işte Almanca bilenleriniz açısından yansıya bakıldığı zaman birkaç kelime dışında birebir alındığını görüyoruz.

İsviçre Hukukunda Durum

Art. 85
SchZPO

¹ Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt.

² Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist. Das angerufene Gericht bleibt zuständig, auch wenn der Streitwert die sachliche Zuständigkeit übersteigt.

HMK m. 107

(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) [Değişik: 22/07/2020 - 7251/7 md.] Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir. Aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara başlanır.

İsviçre nasıl uyguluyor bunu acaba? Aynı hükmü almış, yoksa bizim uygulamamızda -affınıza sığınarak- sorun olduğu çok açık. Ben daha önceki toplantıda ifade ettim yani Anayasa Mahkemesi -şimdi bu karara değineceğim ama- şunu deseydi: Yahu, bir dava türü belirlemişsiniz, 11 yıl geçmiş, 11 yıl sonra hâlâ dava açmak isteyen vatandaş tereddüt ediyor. “Ben bu davayı nasıl açacağım, açarsam reddedilir mi, hukuki yarardan reddedilir mi, şundan çıkarır mı yoksa düzeltme imkânı mı verir, kısmi dava olarak mı görür?” diyor. 11 yıldır Türk öğretisi, Türk uygulaması buna bir cevap bulamamış. Bu bir hukuki güvenlik ve belirlilik sorunudur. Usul hukukuna ilişkin gerçekten Türkiye’de bir hukuki güvenlik ve belirlilik sorunu var, bir ön görmezlik sorunu var ve ben bu hukuki güvenlik ve belirlilik sorunu.... Bir ihlal kararı veriyorum dese -hâlâ öpüp başıma koyuyorum- öpüp başıma koyardım. “Ne kadar güzel. Bak isabetli bir şekilde... Hatta Ejder Hocamız burada yok, bir makale yazdı “Kaldırım bu davayı” diye. Sonuç itibarıyla katılmıyorum çünkü hak arama özgürlüğüne hizmet eden bir dava türü. Ama o belki de bir sitemin göstergesiydi, şunun göstergesi: Türk uygulaması... Baba Türk bunu kötü anladı, yanlış anladı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiği gün, ben tanıyorum, arkadaşları da biliyorum, elindeki bütün davalarını belirsiz alacak davasına çevirmeye çalıştı, hepsini. Bir sürü avantajı var.

Bizim öğreti de böyle, usul hukuku eski bir mevzu olmasına rağmen maddi hukuk açısından da çok fazla yazıldı çizildi. Mahkeme üyeleri de yazdı çizdi, hâkimler de yazdı çizdi sadece kararları değil kitaplarıyla. Öyle bir alan yaratıldı ki herkesin denediği, üzerine birkaç kelim ettiği bir alan hâline getirmiş oldu.

İsviçre Hukukunda Durum

Zürich Obergericht, 20.10.2015

3.1. “Eine Klage- oder andere Rechtsschrift, welche die Voraussetzungen für die unbezifferte Forderungsklage nicht ausreichend darstellt, ist nicht formell mangelhaft im Sinne von Art. 132 ZPO. Die Rüge der Kläger, sie hätten gestützt auf diese Bestimmung zur Verbesserung angehalten werden sollen, ist nicht begründet. Die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO wird in der Praxis gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien sehr zurückhaltend gehandhabt, und die Problematik der Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage ist bekannt, ein Hinweis darauf in der Regel daher grundsätzlich nicht erforderlich. Dass das Bezirksgericht zur Sache durchplädieren liess, eine vorläufige (Kurz-) Expertise einholte und mit den Parteien über einen Vergleich verhandelte, bevor es dann gestützt auf eine prozessuale Überlegung auf die Klage nicht eintrat, ist unschön. Nach dem Prinzip der so genannten Eventualmaxime sind die Parteien allerdings gehalten, zu allen formellen und sachlichen Punkten abschliessend Stellung zu nehmen; die Einschränkung des Verfahrens auf einzelne formelle oder materielle Themata steht im Ermessen des Gerichts [Art. 125 lit. a ZPO] und ist nach der praktischen Erfahrung eine zweischneidige Sache, weil das Verfahren sehr viel komplizierter wird, wenn die Verfahrens-Erledigung aufgrund des eingeschränkten Themas dann doch nicht gelingt. Und wenn eine Prozessvoraussetzung fehlt, kann sie auch unter Berufung auf Art. 29 BV oder Art. 6 EMRK nicht erstellt werden mit dem Hinweis auf eine un-ökonomische Prozessleitung des Gerichts.”

Şimdi İsviçre’deki kararların birkaç tanesine değineceğim. Çok fazla karar bulamadım çünkü çok fazla uygulaması yok. Baba İsviçreli, hükmü bizimki gibi “Ben buradan ne çıkarırım” diye anlamıyor çünkü. Ama baba Türk... Bizim mezyetlerimizden bir tanesidir, Süha Hoca “Akdeniz toplumu olmanın ürünüdür” der. Beyne fazla kan gidiyor, bu da



bir pratiklik yaratıyor; bu bazen olumlu bazen de olumsuz sonuçlar doğurabiliyor. Hüküm birebir aynı. Peki, İsviçre’de bu hükme nasıl bir anlam verilmiş? Zürih Yüksek Mahkemesinin 2015 yılında vermiş olduğu bir karar. Karara Almanca olarak yer verdim ama 2015 yılında Zürih Yüksek Mahkemesi Türk Anayasa Mahkemesinin ne diyeceğini öngörmüş ve cevap vermiş yani “Alın, kararın karşısına koyun”. Diyor ki: “Eğer belirsiz alacak davası olarak açılmış olan bir davada bu şartlar yoksa bunu siz, sadece basit bir şekli eksiklik olarak değerlendiremezsiniz.” İsviçre Usul Kanunu’nun 132. maddesi çerçevesinde. Keza, “Siz böyle bir durumda belirsizlik veya çelişki olmadığı için İsviçre Usul Kanunu’nun 56. maddesi çerçevesinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinden hareketle talebin düzeltilmesini de sağlayamazsınız. ‘Talebini bu şekilde doğru açmamışsın, aslında talebi şöyle yapsaydın doğru olurdu’ demiş olmanızın silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayacağı”ndan söz ediyor.

Üstelik son kısmında da tam olarak (b)’de atıf yaparak, “Dava şartı dolayısıyla bir davanın reddedilmiş olması işte Anayasa’nın 29. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 6. maddesi kapsamında işte ‘usul ekonomisine aykırıdır, adil yargılama hakkının ihlalidir’ de diyemezsiniz.” diyor. Çünkü belirsiz alacak davası sağlamış olduğu usuli avantajlar dolayısıyla ancak şartları varsa açılmasına müsaade edilebilecek bir dava. Şartları yok ve bu yüzden reddedilmişse aslında Borçlar Kanunu’nun 158. maddesi orada. Bu arada zaman aşımı süresi geçmiş ise hâlâ davacı hak sahibinin 60 gün içerisinde bu davayı açabilmesi mümkün.

İsviçre Hukukunda Durum

15 Haziran 2020 - BGer 4A_502/2019

7.1. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi, hiçbir tarafa tek taraflı tercih hakkı vermemeli ve silahların eşitliği ilkesinin ihlâlüne yol açmamalıdır. Her şeyden önce, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, tarafaların usûle ilişkin ihmallerini gidermeye hizmet etmez.

7.2.2.2. Taraflar adına doğru bir tazmin talebi formüle etmek mahkemenin görevi değildir. Bunun dışında, onlardan ihtilaflı bir meblağ çıkarmak için dosyalar üzerinde araştırma yapması beklenemezdi.

25 Temmuz 2022 - BGer 4A_170/2022

4.2.4. Taraflar yerine doğru bir yasal talep oluşturmak mahkemeye bağlı değildir.

Keza, İsviçre Federal Mahkemesinin de iki adet kararını bulabildim. Hâkimi davayı aydınlatma ödeviyle yine belirsiz alacak davasıyla ilgili vermiş olduğu bir karar, diyor ki: “Davayı aydınlatma ödevi –bizim 31. maddenin muadili- tarafların usule ilişkin ihmallerini gidermeye hizmet etmez.” İşin bir boyutu da bu. 60 günlük süreden de istifade etmediyse ve ben bu davayı bir vekil aracılığıyla takip ediyorsam, vekil özensiz davranmıştır, buyurun onun hukuki sorumluluğu yoluna gidelim, onu tartışalım. Belirsiz alacak davası özelinde vekilin hukuki sorumluluğu doğar mı bilmiyorum, 10 çeşit aksi yönde karar koyarsınız da. Ama şu kesin: Hâkimin davayı aydınlatma ödevi tarafın bir usuli ihmalinin düzeltilebileceği bir yol değildir.

Yine çok güzel bir şekilde ifade edilmiş, benim tercümem o kadar iyi olmayabilir: “Taraflar adına doğru bir tazmin talebi formüle etmek mahkemenin görevi değildir. Hukuk yargısında tasarruf ilkesi geçerlidir. Taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Siz mahkeme olarak tarafın talebini ‘Bak, şöyle formüle edersen bu daha güzel olur ve ben de istediğini veririm’ şeklinde bir bakış açısıyla kararı, tarafın talebini düzeltemezsiniz.

Yine bir başka federal mahkeme kararında, “Taraflar yerine doğru bir yasal talep oluşturmak mahkemeye bağlı değildir, mahkemenin görevi değildir” denilmiştir.

Aynı hükmü okuyoruz, benzer şekilde aslında Türk uygulamasının bir kısmının vermiş olduğu anlamın verildiği görülüyor.

İsviçre Hukukunda Durum - Öğreti

Davacı bakımından davanın başında talep sonucunu belirlemenin imkansız ve beklenilemez olmasının yani davacının **belirsiz alacak davası açmada hukuki yararının varlığı mahkemeye ispatlanamadığı takdirde mahkeme davayı usulden reddedecektir**, çünkü belirsiz alacak davaları için talep sonucunun belirlenemiyor olması bu dava türü bakımından **korunmaya değer hukuki yararı** gösterir bu da bir dava şartıdır.

Spühler, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Basi, 2013, Art. 85, Rn. 6; *Courvoisier*, Baker&McKenzie Schweizerische Zivilprozessordnung Handkommentar, 1. Basi, 2010, Art. 85, Rn.3

Kurtoğlu Bahar Tuna, Die unbezifferte Forderungsklage, Analyse, Problemstellungen und Lösungsansätze, bezogen auf das türkische, schweizerische und deutsche Recht, 2019, S. 160, 315, 316;

Yine, İsviçre öğretisinde de bir defa kanunun yürürlüğe girdiği İsviçre’de 2013 yılında yazılan bir kitap var Isaac Meyer’in, o “Hukuki yarar yüzünden dava reddedilmemelidir” demiş. Onun dışında, tespit edebildiğim kadarıyla öğreti de aslında belirsiz alacak davasının şartları olmadığı hâlde açılmış olan bir belirsiz alacak davasının hukuki yarar eksikliği sebebiyle reddedilmesi gerektiğinden bahsediyor. Burada kişinin korunmaya değer güncel bir hukuki yararı bu davayı açmakta. Eda davasının bir başka türlü Veya kısmi açmakta “Elbette ki hukuki yarar var ama bu davayı açmakta hukuki yarar yoktur” ifadesine yer verilmiş.

Anayasa Mahkemesinin bu İsmail Avcı başvurusuna ilişkin kararda kullanmış olduğu pek çok ifade, benim usul hukuku açısından hakların gelişmesi boyutuyla değil, sınırlandırılması boyutuyla dahi tedirgin olarak okuduğum veya hukukçu olarak üzüldüğüm ifadeler olduğunu belirtmiş olmam lazım. İşte davanın dava şartı yokluğuyla usulden reddedilmesi oldukça ağır bir müdahaledir. Dava şartlarının bir amacı, bir gayesi var. Elbette ki zaten Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. maddesi bunun ölçüsünü ve standardını belirlemiş. O 115. madde çerçevesinde dışına çıkılmıyor olması lazım, böyle bir ifadeye ayrıca ihtiyaç yok.



Kararda yer alan bazı ifadeler

Bu yönüyle belirsiz alacak davasının esasın usule feda edilmesini önlemeye yönelik olarak getirilen bir hukuki çare olduğu anlaşılmaktadır.

Daire, alacağın belirlenebilir olduğu hâllerde belirsiz, alacak davasıyla elde edilecek neticenin genel eda davasıyla da temin edilebileceğini, dolayısıyla başvurunun belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığını kabul etmiş ve davanın dava şartı yokluğundan reddi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Başvurucu, sırf dava dilekçesinde davasının belirsiz alacak davası olduğunu belirtmiş olması sebebiyle medeni hakkıyla ilgili bir uyumsuzluğunu mahkemede öne sürme hakkından mahrum kalmıştır.

Somut olayda başvurunun koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açıldığının kabulü, sadece başvurunun zamanaşımı veya davanın genişletilmesi yasağı ile ilgili avantajlardan yararlanamamasıyla sınırlı sonuç doğurmamış; toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağını dava konusu etmesini bütünüyle imkânsız hâle getirmiştir.

Davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmesi oldukça ağır bir müdahaledir.

Ayrıca mevcut davanın devam ettirilmesi yerine kişinin ikinci bir dava açmaya zorlanması bile kendi başına kişiye aşırı külfet yükleyebilir.

Kanun koyucunun davacıların mahkemeye erişim hakkından yararlanmalarının kolaylaştırılması amacıyla getirdiği belirsiz alacak davası açma imkânı somut olayda Dairenin katı yorumu sebebiyle davacı aleyhine sonuçlar doğurmuştur.

Yine, “Başvurucu, sırf dava dilekçesinde davasının belirsiz alacak davası olduğunu belirtmiş olması sebebiyle medeni hakkıyla ilgili bir uyumsuzluğunu mahkemede öne sürme hakkından mahrum kalmıştır” diyor. Bu ifadeye de katılabilmem mümkün değil. Yanlış dava... Görevsiz mahkemeye dava açtıysanız reddediyoruz, gidip görevli mahkemede açabilirsiniz. Şartlar olmadan belirsiz alacak davası açılmışsa reddedilir, gider süresi içerisinde tekrar bu davayı açabilirsiniz. Usule ilişkin bir nihai karardan bahsediyoruz. Bunun hakkın kendisine veya özüne ilişkin bir sonucu yok. Mahkeme kararı haklı ancak nihai ve esasa ilişkin kararla dokunur. Esasa ilişkin kararınız hatalıysa hakka ilişkin de bir sonuç doğurmuş olursunuz. Ama biz onu kesin hüküm vasfıyla, işte “Geleceğe ilişkin mutlak hakikat mahkeme kararıdır” diyerek felsefeciler tartışadursun, biz hakikati buluyoruz” deyip mahkeme kararına o gücü, verip bu sorunu çözüyoruz. Ama usule ilişkin hiçbir karar ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği için hakikat vasfı da taşımaz. Eksiklik vardır, eksikliği giderir doğru şekilde açarsınız ve hakkınıza yine kavuşmuş olursunuz. Bu şekilde nitelendirilebilmesi mümkün değil diye düşünüyorum.

Şevket Coroz ve Diğerleri
Başvurusu

Somut olayda başvuru, işçilik alacağından kaynaklanan tazminat davalarında taleplerini kısmi dava olarak ileri sürdükleri yargılamanın ilerleyen aşamasında ıslah dilekçesi ile davanın belirsiz alacak davası olduğunu ifade etmiş; bilirkişi raporunda belirtilen miktar üzerinden talep sonucunu artırmıştır. Mahkeme ise bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesi ile ıslah edilen miktar ile ilgili talep konusunda değerlendirme yapmadan yargılamayı sona erdirmiştir.

«Usûlî
Müktesep
Hak»

Somut olayda ise başvuru, ıslah yoluna başvurmadan alacak miktarını artırma imkânı sağlayan belirsiz alacak davası sürecine nazaran kısmi davada alacaklarına kavuşma imkânının kendilerine sağlanmaması nedeniyle anayasal haklarının zedelendiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte başvuru, dava dilekçelerinde, alacak kalemlerini kısmen talep etmiş; söz konusu dava dilekçelerinde davaların belirsiz alacak davası şeklinde açıklıklarına dair hiçbir ibareye yer vermemiştir. Bu durumda mahkemelerce bu şekilde açılan bir davanın kısmi dava olarak nitelenerek belirsiz alacak davasına özgü imkânlardan yararlandırılmaması anayasal bakımdan bir sorun teşkil etmemektedir. Diğer taraftan başvuru, fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttukları kısmi dava kapsamında zamanaşımı süresi içinde alacaklarının kalan kısımlarını talep etme imkânlarının olduğu açıktır. Buna göre belirsiz alacak davası açmak yerine kısmi dava açmayı tercih eden başvuru yönünden kısmi dava yolunda da belli usuller çerçevesinde alacakları talep etme imkânının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca ıslahın tahkikatın sonuna kadar yapılabileceği yönündeki kanun hükmü ile Yargıtay içtihadı da bu bağlamda dikkate alınmalıdır.

Yine, Ece Hocam işaret etti, Şevket Çoroz ve Diğerleri Başvurusu: Maalesef bu kararda, birincisi, ben Anayasa Mahkemesinin görüş değiştirdiğini anlamadım veya o şekilde yorumlamadım. Gözden bir şey kaçırmış olabilirim belirsiz alacak davasıyla ilgili. Aynı görüşünü muhafaza ettiği anlaşılıyor çünkü bir paragrafta işaret ediyor. Ama hukuk yargısına ilişkin, benim şahsi kanaatim, çok ciddi bir temel hak sorunu olan bir hükmü düzeltme imkânı vardı, bizi ondan mahrum bırakmış gibi hissettim kararı okuduğum zaman. Şimdi gerekçesini işaret ediyor olacağım. Bizim maalesef bir usuli dogmamız, bir usuli iman esasımız var, "Bozmadan soruna ıslah yapılamaz" diye 1948 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı dayanıyor. Kararın gerekçesi de "Niye yapılamaz?" diye biraz sonra değineceğim.

İkinci bir iman esas da "Çünkü bu bir usuli müktesep hakkın ihlali olur bozmadan sonra ıslah yapılırsa" diyor. Usuli müktesep hak ne? Bilmiyoruz. Çünkü usul hukuku kendisi bir hak yaratan alan değil. Yargılama sırasında birtakım yetkilere sahipsiniz ama açısından kendisi bir hak yaratmayan bir alanın bir de müktesebinden söz ediyoruz. Kendisi yaratmadığı hakkın kazanılmışından söz ediyoruz.

Hiç şüphesiz korumak istediği ve hizmet etmek istediği bir alan var bu kavramda ve bunu karşılayan da başkaca usuli müesseseler vardı. Örneğin, kesin hüküm kavramıyla usuli müktesep hakla varmak istediğiniz bazı sonuçlara varırsınız. Bu öyle bir kavramdı ki -böyle başka sunumlarda da yapıyorum, çok sevdiğim kavramları kalp içinde



veriyorum, bu da onlardan- yani Murat Hocanın benzetmesidir yani bu bir put yarattı... Bu Mekkeli müşrikler döneminde helvadan put yapan acıkınca yermiş diye usuli müktesep hak da bizim Yargıtay'ımızın, yüksek mahkememizin -hukuk yargısının demiş olayım- yaratmış olduğu bir put var, ama lazım olduğu zaman da yiyor. "Şu hâllerde..." diye. Yani usuli müktesep hakla ilgili Baki Hoca'nın bir makalesi vardır, okuyun, "Alfabenin bütün harfleri istisna" diye vardır orada.

Ben "Derdime vâkıf değil Canan" dedim! Yani kendisinin varlık sebebiyle gerekçesinden daha fazla istisnası olan bir müessese. Aslında 2020 yılında da bu bozmadan sonra ıslah yapılabilir mi meselesi yine kötü bir kanuni düzenleme ama kısmen çözüldü kanaatindeyim, 176. madde, 177. maddede bir değişiklik, işte bozmadan sonra da **tahkikat** yeniden başlar ve ıslah yapılabilir. Sadece daha önce yaratılan hukuki durum korunur. Kanun koyucu usuli müktesep hakkı olmadığını biliyor ama o kadar da emin değil, "Hukuki Durum" diye hiç bilmediğimiz başka bir kavramla izah etti. Burada da ufak kanun koyucuya değindim. Ama bu sorunu aslında bir miktar çözdü ve bu konunun önemi veyahut da temel hak boyutuyla sorun şurada: Karara konu olayda Yargıtay kararı aslında haklı. Başkanın müdahale ettiğini söylemiyorum çünkü ıslah dilekçesi verip dava türünü düzeltmeye çalışmış. ıslah dilekçesinde dava türünü düzeltemezsiniz. Ama gerekçe kısmına, yoruma bakıldığı zaman mahkemenin ıslah ile dava türü değiştiremezsin dememiş, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi değerlendirirken, "Bozmadan sonra yapıyorsun sen bu ıslahı, bozmadan sonra ıslah olmaz" demiş. Niye olmaz? Nerede yazıyor? İşte o içtihadı birleştirme kararında. Niye öyle? Çünkü usuli müktesep hak var. Hangi hak kazanıldı? Şöyle bir olay kurgulayın, bunun hak boyutuyla kaybolduğunu ifade etmek için söylüyorum: Ben diyorum ki: Bu mahkeme benim alacağımı eksik hesapladı, bilirkişi eksik gitti, itiraz ettim dikkate almadı ama mahkeme bir karar verdi. Karar verdiği için de ben mevcut rapor üzerinden talebim -işte bir talep vardı, yine mevcut rapora göre oluşmuş bir talepti- ben bu kararı kanun yoluna götürdüm ve kanun yolu bana dedi ki: Evet, bu dosya eksik incelenmiş, rapor alınması lazım, şuraya yazı yazılması lazım, buradan sorulması lazım diye, yazdı, sordu, eksikliği tamamladı. Hakikaten bana dedi ki: Doğru, sen 30 bin değil, 100 bin isteyebilecek durumdaymışsın. Ben de tamam o zaman diyorum, ıslah diye bir müessese var ve ben bunu daha önce kullanmadım, şimdi de tahkikattayız, talebim ıslahla artırmak istiyorum. Bana diyorsunuz ki "Hayır, artıramazsın" Niye? Çünkü bizim helvamız var.

Bunun bir hak boyutuyla ikinci sorunu, ek dava açmam lazım böyle bir durumda, ıslah için de benzer şey geçerli. Bu defa zaman aşımına uğramış olacak. Anayasa Mahkemesi kararında bu da var, bu da çok önemli bir fırsatmış, kararın öncesini bilmiyorum, kararı görünce kaçmış fırsatmış diyorum, bu da kaçmış. Ben kısmi dava açıyorum, alacağım miktarını belirleyemediğim için veya bu şekilde bir talepte bulundum ve yargılama uzun sürdüğü için ben talebimi çok geç bir aşamada belirli hâle getirebildim veya..... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir kararı çıktı Türkiye'ye bu yönde vermiş olduğu ihlal karar. Üç yıl geçti. Bir de zaman aşımı süreleri çok kıymetliymiş gibi olabildiğince kısa tutuyoruz, bu arada zaman aşımı süresi geçti. Bu defa bana diyorsunuz ki: "Kusura bakma, artık zaman aşımı

süresi geçti” Ve bunun telafisi yok. Bakın, belirsiz alacak davasında olduğu gibi değil. Talebi artırmak istediği tarihte zaman aşımı yüzünden davayı reddederse, ki burada öyle olmuş anlaşılıyor, bu davayı artık 158’den yararlanarak da açman mümkün değil. Çünkü zaman aşımı yüzünden davayı reddettiğin zaman esastan reddetmiş oluyorsunuz ve böyle olduğu zaman artık beni gerçekten hakkım olduğunu tespit ettiniz ama siz çok geç tespit ettiniz, ben talebimi artırıncaya kadar bu arada bana zaman aşımı gibi bir savla karşı karşıya kalmak durumunda kaldım. Anayasa Mahkemesi bunu çözebilirmiş gibime geliyordu. Bunu çözmüş olsaydı bireysel hak davasının kötüye kullanılması da -şahsi kanaatim- bir miktar azalacaktı. Bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararından sonra umuyorum Anayasa Mahkemesi içtihat değiştirecektir. Karara vâkıf olunduğunu en azından biliyorum. Ama yargılama uzun sürdüğü için, bilirkişi raporunu üç sene sonra alabildiğiniz için ancak... Ben talebimi ancak üç sene sonra artırıdysam bana burada “Kusura bakma, artık geç kaldın” Belirsiz alacak davasının olduğu sistemde böyle bir yorum tartışılabilir ama diyemiyor olmanız lazımdı. Velhasıl bu kararın da sonuçları itibarıyla, ihlal kararı vermemesi dolayısıyla karara katılamadığımı belirtmek durumundayım.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum. Sürç-i lisan ettiysem affola.

Oturum Başkanı - Kıymetli Hocamıza bu güzel sunumu için çok teşekkür ediyorum.

Şimdi sözü Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Mustafa Serdar Özbek Hocamıza veriyorum.

Hocam buyurun. Sizin süreniz de yarım saat.





PROF. DR. MUSTAFA SERDAR ÖZBEK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Başkanım, çok teşekkür ederim.

Sayın Rektörüm, Sayın YÖK Denetleme Kurulu Başkanım, Sayın Anayasa Mahkemesi, Yargıtay üyelerim, değerli hocalarım, kıymetli avukat meslektaşlarım; hepinize saygılarımı sunuyorum. Böyle güzel bir toplantıda, bu kadar güzel bir konuyla bizleri bir araya getiren İNTES'e de çok teşekkürlerimi sunuyorum.

Şimdi tabii, bu Anayasa Mahkemesi kararlarının iş hukukuna etkisi önemli bir konu, çok da güzel seçilmiş. Ben bunun daha çok düzeltici etkisi üzerinde duracağım çünkü hocam gayet güzel izah etti. Bu Anayasa Mahkemesinin münferit kararlarına yönelik görüşler, eleştiriler var tabii. Ama buradan şu sonucu çıkarmak lazım: Anayasa Mahkemesi bu kadar güzel kararlar veriyor, böyle güzel de bir misyon üstlendi. Peki, bunun sonucu ne olmalı? Biz nasıl dersler çıkarmalıyız ki Anayasa Mahkemesine artık dosya gitmesine gerek kalmasin.

Şimdi, İsmail Avcı kararını usul hukukçuları çok eleştiriyor. Süper temyiz mahkemesi olmadığını söylüyorlar Anayasa Mahkemesinin. Bu konuda bir şüphe yok ama İsmail Avcı kararını bir yönüyle de şöyle okumak lazım: Anayasa Mahkemesi belli ölçütler koydu burada aslında. Birincisi, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmaması. Bu çok önemli, ben bunu çok önemsiyorum, bu çok değerli ve içinin doldurulması gerekir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, eleştirsek de çok başarılı bir şekilde bu kavramın içeriğini doldürmüştür. Ben tebrik ediyorum Anayasa Mahkemesini.

Şimdi bakın, hocam da söyledi, medenî usûl hukuku bakımından elbette eleştirilecek noktalar var ama siz 107. maddeye öyle garip bir madde koymuşsunuz ki, İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun tercümesi de olsa Yargıtay farklı yorumluyor, doktrin farklı yorumluyor. Hangi dava belirsiz alacak davası, hangisi değil, daha yeni yeni oturuyor. İşte Başkanım burada, Dairenin

görüşlerini söyler. Elbette her dava belirsiz alacak davası olamaz, olmamalı, maddenin amacı da o değil. Ama hangisi belirsizdir hangisi değildir. Bu her somut olaya göre belirlendiğinde, hak arayan alacağının belirsiz alacak olarak kabul edilip edilmeyeceğini bilemiyor. İlk derece mahkemesinin, istinaf mahkemesinin ve Yargıtay'ın somut olaya göre görüşü farklı olabiliyor. Bir de bu dava o kadar genişletildi ki.

Şimdi, tabii bilirkişi raporu almayı gerektiren her ihtilaf neredeyse belirsiz alacak davası olarak nitelendirildi. Aslında Anayasa Mahkemesi şunu söylemiyor: Belirsiz alacak davasının kapsamı genişletilsin demiyor, gene dar tutulsun. Ki, 9. Hukuk Dairesi son zamanlarda verdiği kararlarında daralttı aslında, belli kıstaslar da getirdi. Mesela, "Aynı yardımlar işverenin bilgisinde ise, işçi bunu hesaplayamıyorsa belirsiz alacak davası açabilir. Aksi takdirde kıdem ve ihbar tazminatında belirsiz alacak davası açamaz" dedi. Bakın, bunlar güzel kıstaslar. Ama yeni kararlar bunlar. 10 yıldır uygulanıyor, 10 yıldır bir sürü insanın canı yandı bu dava yüzünden. Alacağın belirsiz olduğunu düşünen kişilerin açtıkları dava, alacak belirsiz alacak değildir kanaatine varıldığında, hukukî yarar yokluğu tamamlanmayan dava şartı diyerek dava usûlden reddedildiği takdirde, davacı ilk derece ve istinaf mahkemesi sürecinde hem zaman kaybına uğruyor hem de davacı aleyhine avukatlık ücretine hükmediliyor.

Bir de insanların bu davaya hücum etmesinin sebebi nedir? Neden acaba diğer davalardaki sıkıntıları çözemiyor da insanlar belirsiz alacak davasını tercih ediyor. Tabii hocam onu da söyledi, doğru. Yani bir dava 10 sene sürüyor, Yargıtay'dan bozuluyor geliyor, en son alınan bilirkişi raporlarıyla alacak belirli oluyor. Ondan sonra zaten ıslah da yapsanız bir kıymeti yok, geçmiş olsun. Alacak zamanaşımına uğruyor. Dolayısıyla biz günümüzde İsviçre ile mukayese edilecek durumda değiliz. Bizim adlî yargı ilk derece mahkemelerinde çok ciddi yapısal sorunlarımız var. Anayasa Mahkemesinin bu çok eleştirilen kararı, mevcut sorunlara bir çözüm olmuştur. Bakın, ne güzel tartışmaya açtı konuyu. Yargıtay'ın bile bunu eleştirmesi bir başarıdır, bir noktaya geldiğimizi gösterir. Dolayısıyla ben Anayasa Mahkemesini tebrik ediyorum, çok güzel bir karar verdiği kanaatindeyim.

Burada önemli olan şu: Hukukî belirlilik ilkesine değer vermek lazım. Dava açıyoruz, neyle karşılaşacağımızı bilmiyoruz. Hâkimin ayrı bir yorumu var, istinafta ayrı bir yorum var, Yargıtay'da ayrı bir görüş var. Çünkü herkes kanunu farklı yorumluyor. Hangi alacağın belirsiz alacak olduğuna dair hak arayan kişilerin elinde bir katalog veya liste yok. Davacıların açtığı dava konusu alacağın belirsiz olup olmadığı, somut olayın özelliğine, alacağın niteliğine göre ilk derece mahkemesinin takdiriyle belirleniyor. Bu takdir, istinaf mahkemesi ve Yargıtay'da değişebiliyor ve kanun yolu merci alacağın niteliğinin farklı olduğuna karar verebiliyor. Kuşkusuz her derece ve kademedeki mahkemenin hukukî görüşü farklı olabilir. Ancak hak arayan kişi bundan zarar görmemelidir. Dava konusu alacak; ilk derece veya ikinci derece mahkemesinde yahut Yargıtay kademesinde belirsiz alacak olarak nitelendirilmediğinde, davacının hukukî yararı olmadığı sonradan anlaşıldığından ve hukukî yarar yokluğu da tamamlanmayan dava şartıdır denildiğinde, yılar sonra dava usûlden reddediliyor. Davacı aleyhine avukatlık ücretine ve yargılama masraflarına hükmediliyor. Davacı yıllar sonra bir sürprizle karşılaşiyor. Hukuk Muhakemeleri Kanununun varlık sebebi, hak arayanlara



sürprizlerle dolu bir hukuk yargılama usûlü sistemi sunmak değildir. Yargılama bir bulmaca değildir. Medenî usûl hukukunda hukukî belirlilik olması gerekir. Davacı dava açmadan neyle karşılaşacağını bilmelidir. Her dava konusu alacağın belirsiz olup olmadığını her somut olayda ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi takdir edecekse, davanın tamamlanmayan dava şartı olan hukukî yarar yokluğundan reddi hak arayanların adalete erişimini engeller. Dolayısıyla böyle bir durumda derdest davanın hemen hukukî yarar yokluğundan reddedilmesi yerine, sisteme kazandırılmasının ben daha yararlı olacağı kanaatindeyim. Bu noktada dava hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedilmeden önce davacıya tamamen ıslahla davasını kısmi davaya dönüştürme imkânı neden verilmesin? Esasında ıslah tek seferlik bir imkân olduğundan, davacı bu tercihi yapmaya da zorlanmamalıdır. İlk derece veya kanun yolu mahkemesinin görüşünü öğrendikten sonra davacıya dava türünü değiştirme imkânı tanınmalıdır. Hukukî belirlilik ilkesi, davanın hemen reddi yerine davacıya davasını kısmi dava olarak sürdürme imkânı vermelidir.

Şimdi, belirsiz alacak davasını daha fazla irdelemeyeceğim; çünkü hocam çok güzel anlattı. Gene ben Anayasa Mahkemesinin bu kararlarının düzeltici etkisi üzerinden gitmek istiyorum.

Bir diğer dikkatimi çeken konu, yine mahkemeye erişim ekseninde ilerleyeceğim, benim için çok önemlidir bu kural. Çünkü medenî usûl hukukunun eski doktrinlerindendir, bu konuda yazılmış muazzam bir literatür var mukayeseli hukukta. Biz hâlâ medenî usûl hukukçuları olarak bunu tam çalışmadık.

Belirsiz alacak davası gibi diğer bir konumuz da örneğin bu dava şartı ara buluculuk noktasında kanaatimce tartışılması gereken bir husus var. Bu da şu değerli meslektaşlarım: Biliyorsunuz kanunumuzda, İş Mahkemeleri Kanunu'nda ve Arabuluculuk Kanunu'nda dava şartı ara buluculuk tamamlanamayan dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bunun da isabetli olmadığı kanaatindeyim, bu da değiştirilmelidir. HMK 115 kapsamında dava şartı ara buluculuk tamamlanabilen dava şartıdır. Dolayısıyla bunun dava şartı eksikliği sebebiyle reddedilmesi kişilerin mahkemeye erişim hakkını kısıtlamaktadır. Ara buluculuk ve diğer müesseselerin amacı, insanların hak aramasını zorlaştırmak, mahkemelerin yolunu kapatmak değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin açtığı yolda acil değiştirilmesi gereken bir hukuk garabetidir. Çok açık söyleyeyim. Bu madde bu yönüyle bir hukuk garabetidir. Bunun değiştirilmesi gerekir.

Gene bir diğer dikkat çekmek istediğim konu, ıslah. Buna da konuşmacılar sabahtan beri değindiler, bu da önemli bir konu. Bu da aslında şu an güncel bir sorun. Neden diyeceksiniz. Malum, son kanun değişikliğiyle -HMK'da değişiklik oldu değerli meslektaşlarım- hepimizin bildiği üzere, bozma kararından sonra veya bölge adliye mahkemesinin kaldırımı kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde artık ıslah yapılabilir. Bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durum ortadan kaldırılamaz. Ama unuttuğumuz bir nokta var, HMK 357 hâlâ orada duruyor. Yani istinaf mahkemesinde ıslah yasak. Niye yasak? Bu da tabii tartışmalı. Medenî usûl hukuku doktrininde bu da çok tartışılıyor. Tabii benim kanaatim, yeni yapılan düzenleme ışığında bölge adliye mahkemesinde de ıslaha izin vermek gerekir. Çünkü bölge adliye mahkemesinde de yeni vakia ithal edilebilir, bilirkişi incelemesi yapılabilir.

Dolayısıyla şu an 357 ile 177 çelişki içindedir. Şimdi Yargıtay bozdu dosyayı, ilk dereceye gönderdi, ıslah yapabiliyorsunuz. Peki, bölge adliye gönderirse ıslah yapamıyorsunuz, kanunda açık hüküm var. Ben bu hükmün de aslında... Bilmiyorum, kanun koyucu bunu son pakette acaba atladı mı, yoksa burada zımnen ilga mı edildi? Bu konu çok ciddi tartışılabilir bir konu. Ama bölge adliye mahkemesinde miktar artırılabilmesi de kanımca caiz olmalı. Aynı yönde ıslah da yapılabilmesine izin verilmeli.

Gene bir diğer önemli konu, Anayasa Mahkemesinden ilham aldığımız, benim çok önem verdiğim, makul süre sorunu. Sabah değerli konuşmacılar da buna dikkat çekti. Şimdi, tabii Anayasa Mahkemesi çok haklı olarak şunu söylüyor: “Etkili başvuru hakkı tanınmalı. Makul, erişilebilir, iddiaların incelenebileceği, yeterli giderim sağlamaya elverişli idari, yargısal yollara başvurulabilmesi.”

Nevriye Kuruç başvurusunda Anayasa Mahkemesi çok ilginç tespitlerde bulundu aslında. Devlet davaların makul sürede görülmesi için gereken tedbirleri almalıdır. Ana fikir olarak Anayasa Mahkemesi bunu ortaya koydu ve bazı yapısal sorunlardan bahsetti. “Bu yapısal sorunlar adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaktadır” dedi. Dolayısıyla yargılama sistemi makul süreyi sağlayacak şekilde örgütlenmek zorundadır. İşte bu aslında ana fikir, Anayasa Mahkemesi kararındaki çok önemli bir ana fikir.

Burada Anayasa Mahkemesi devletin yükümlülüklerine dikkat çekti ve sabahki konuşmacılar da söyledi dikkatimi çekti, “Anayasa Mahkemesinin böyle yüzlerce, on binlerce dosyayla uğraşmak gibi bir imkânı yok, olmamalı da. E, bunu önleyecek bir mekanizma devlet tarafından oluşturulmalıdır” dendi. Anayasa Mahkemesi bunu söylüyor. Peki, nasıl söylüyor bunu Anayasa Mahkemesi? Pilot karar usûlüne dayanarak. Şimdi, pilot karar çok ilginç bir yol. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin uygulamalarından ilham alınmış. Ancak enteresan; şimdi benzer nitelikteki başvurular pilot karar usûlüne sokulabilir. Burada idari mercilerce geliştirilen ilkeler çerçevesinde artık benzer dosyalar çözülür. Ama şimdi, 75. maddenin 5. fıkrasında ilginç bir konu var. İlk 4 fıkra da sorun yok, 5. fıkra da diyor ki: “Yapısal soruna ilişkin başvuruların incelenmesi ertelenebilir, ilgili bu konuda bilgilendirilir” Şimdi, ertelemenin tabii genelde 4 ay görüyoruz kararlarda ama iç tüzükte bu yazmıyor.

Tabii bunun örneğini gördük, biliyorsunuz 6384 sayılı Kanunumuzda bir tazmin komisyonu oluşturuldu. Tabii bu süreliydi ama şimdi 7. Yargı Paketine gene konuldu. Anayasa Mahkemesinin ertelemesinden kanun koyucu bir sonuç çıkardı.

Şimdi burada dikkat çekmek istediğim konu şu değerli meslektaşlarım: Pilot karar verme yetkisi 5. fıkraya baktığımızda usûlüne uygun düzenlenmiş değil. Anayasa’da böyle bir yetki yok. Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda da böyle bu yok. Anayasa Mahkemesi kendi yaptığı iç tüzüğe bir madde koymuş, davaları bekletme yetkisini kendisine vermiş. Bu olmaz. Bakın, ilk 4 fıkraya itirazım yok. Yürütmenin durdurulması da öyleydi, eskiden yoktu, sonradan eklendi kanuna, içtihatla çıkmıştı. İchtihatla pilot karar usûlünün getirilmesine itirazım yok ama bekletme konusunda kanunî yetki olması lazım. Dolayısıyla Anayasa’nın 50. maddesi dayanak



gösteriliyor buna Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun. İhlal sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler... Ama bu pilot karar için yeterli dayanak değildir. İç tüzükle bunun düzenlenmesi doğru olmaz. Çünkü erteleme demek hak arayanın hakkının buzdolabına konulması demektir. Burada yapılması gereken, mutlaka kanunda böyle bir düzenlemenin yapılmasıdır.

Şimdi, yapısal sorunun çözümü olarak da gösterilen tazmin komisyonunun bir çözüm olduğu kanaatinde değilim. Bir tablo şeklinde gecikmeleri nazara alarak hükmedilecek tazminatı belirlemekle yapısal sorun çözülmez. Dolayısıyla burada Anayasa Mahkemesinin kararındaki kanunî düzenlemeyle bir başvuru merciinin oluşturulması şüphesiz bir öneridir ama kalıcı çözüm değildir.

Peki, bu noktada ne yapmamız gerekir? Bakın, 2021 yılında adli istatistiklere baktığımızda 680 bin derdest dosya olduğunu görüyoruz. Yargıtay ve Danıştay'daki dosya yükünden de şikâyet ediliyor. Anayasa Mahkemesinde 100 bin derdest dosya olduğu söyleniyor. Bunları çözmenin yolu, aslında buradaki şikâyet edeceğimiz nokta iş yükü değil. Önemli olan insanların Anayasa Mahkemesine gitmesini önleyecek sistemi kurmak. Ondan sonra zaten iş yükü çözülür. İş yükünü bir sorun olarak görmek de mantıklı değil. Dolayısıyla yapısal çözüme mutlaka gitmemiz lazım mahkemeye erişim hakkını himaye etmek ve makul sürede yargılanma hakkını mutlaka yakalayabilmek için. Burada da benim önerim: İş uyuşmazlıklarında tahkim yolunu aktif hâle getirmektir. Çalışma Bakanlığı bünyesinde "iş uyuşmazlıkları hakem kurulları" vakit geçirmeksizin, acilen kurulmalıdır. Buna tüketici hukukundaki, sigorta hukukundaki hakem kurulları örnek verilebilir. Tüketici hukukuna ilişkin çok eleştirilerim var, onu saklı tutmak kaydıyla örnek verilebilir diyorum. Hakem kurullarının vereceği kararlara karşı da iptal davası değil temyiz yolu açık olmalıdır. Doğrudan bu dosyalar Yargıtay denetimine gitmelidir. Aksi takdirde ben makul süre sorununun çözülebileceğine inanmıyorum. Ama bu sorunun bekleyecek yönü de kalmamıştır, kangren hâline gelmiştir.

Bir diğer konu; gene Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda verdiği değerli ilkelerin sonucu. Bu kanun yolu sınırları çok vahim bir durumdadır değerli meslektaşlarım. Bakın, 2023 yılında yüzde 122 artış göstermiştir. Bu hâliyle, benim kanaatim Anayasa'ya aykırıdır.

Şimdi geldiğimiz nokta, iş mahkemelerindeki istinaf sınırı 17 bin TL. Zaten işçilik alacaklarının tutarlarını düşünürsek, artık birçok dosya bölge adliyeye gitmeyecek. Hayırlı olsun, iş yükünü çözdük.

İş mahkemelerinin temyiz sınırına baktığımızda çok daha vahim bir tabloyla karşı karşıyayız, 238 bin lira. Demek ki 238 bin liraya kadar alacağı olan kişilerin Yargıtay'a ulaşmak gibi bir hakkı yok.

Temyizde duruşma sınırı, onu söylemeye bile gerek yok, 358 bin lira. Yargıtay artık zenginlerin mahkemesi olmuş.

Şimdi, tüketici hakem heyeti sınırlarına da baktım, 66 bin lira. İçler acısı bir durum, tam bir anayasal hak ihlali. Onun sebebine girmeyeceğim, vaktim yetmez.

İcra mahkemeleri 41 bin liraya çıkmış. Artık istinafa gidecek dosya kalmaz.

Şimdi, bunlar niye önemli? Bakın, az evvel Başkanım çok önemli bir şeyden bahsetti. Benim gene Anayasa Mahkemesi kararlarından ilham alarak görüşüm mütevazı. Bakın, istinaf mahkemeleri böyle uygulanacaksa derhâl kaldırılın, insanlara yazıktır. İnsanları Yargıtay'dan mahrum kılamayız. Ya, işe iade davalarında Yargıtay'ın içtihadı kapandı ya! Ben Yargıtay'ın bu konuda ne düşündüğünü çok merak ediyorum, işe iade davasında Yargıtay artık içtihat üretmiyor, gitmiyor ki, hepsi istinafta kalıyor.

Şimdi, Yargıtay'ın en önemli işlevlerinden birisi, içtihat birliğini sağlamaktır. Her bölge adliye mahkemesi ayrı karar vermeye başladı. Hani sürpriz karar verilemez, hani hukuki belirlilik? Vatandaş neye göre dava açacak? Vatandaşın davasını reddetmek için sebep o kadar çok ki. Dolayısıyla ben işte onun için Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını önemsiyorum. Bir kapı açtı, vatandaşın davası bu kadar kolay reddedilemez. Yargının varlık sebebi bu değil, tam tersidir. Hak aramayı kolaylaştırmak, hak arayanın talebini incelemektir. Dolayısıyla içtihat üretme işlevi, içtihat birliği çok büyük bir tehlike içindedir. Bu konuya acil müdahale edilmesi gerekir. Bunun örneklerini artırabiliriz bakın. İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na bakın bir ara, 581 bin lira Danıştay sınırı var. Ben Üniversitede Hukuk Müşaviriyim, dosyalarımız Danıştay'a gitmiyor ya, inanılır gibi değil! Bölge idare mahkemesinde bütün dosyalar kalıyor. İYUK 45 ve 46. maddeye lütfen bir ara bakın. Yani bir hukukçunun mantığının, aklının almayacağı maddeler.

Şimdi, bunun sonucu nedir? Bunun sonucu, 10 ve 11. Kalkınma Planında ben raportördüm, orada bunu yazdım, yayınlandı bunlar. Danıştay ve Yargıtay artık kapatılabilir. Türkiye Temyiz Mahkemesine geçilecek, bunun kaçınılmaz sonucu budur. Eğer böyle gidilecekse başka yöntem kalmamıştır. Ve ben bunun daha hayırlı olacağı kanaatindeyim. Ve Yargıtay'ın yeni binası da yakışıyor, Amerika'daki Yüksek Mahkeme gibi çok güzel. Türkiye Temyiz Mahkemesini kuralım. En azından bu kangren olmuş sorunlardan kopalım, Yargıtay'a ulaşma hakkım elimden alınmasın.

Benim gördüğüm uygulamada bir diğer ciddi sorun, adlî yardım. Korkunç bir durumdayız. HMK'ya bakarsanız, bence HMK'da bir sorun yok. Aslında adlî yardım düzenlemesi güzel ama uygulama facia, hepsi ret. Çok hızlı bir şekilde buna benim önerim; bir, bunu rakamsallaştırıp otomatiğe bağlayacağız. Başka türlü bunu ben çözeceğimiz kanaatinde değilim. Asgari ücret endeksli gelir sınırları konulacak, belli para limitleri belirlenecek, bu limitlere göre geliri varsa hâkimin takdirine kalmayacak, otomatik adlî yardım verilecek. Dolayısıyla adlî yardım konusunda da çok büyük anayasal hak ihlalleri olduğu kanaatindeyim.

Son olarak, gene Anayasa Mahkemesinin kararlarından yola çıkarak önerdiğim diğer bir konu da işe iade davalarında bölge adliye mahkemesinin ivedilikle ve kesin karar vereceğine ilişkin 20. maddeyi nazara aldığımızda uygulamada bu davaların çok uzun sürdüğünü görüyoruz. Ben işe iade davalarında hakemlik yaptım. Son derece başarılı, üç ayda çözdük; heyet olarak çözdüğümüz üç aydır. Dolayısıyla dört aylık tazminatlarla muadil tahkim yargılamasında bunu yapabiliyoruz. Ancak devlet mahkemesinde bunun olma şansı yok çünkü



devlet mahkemesinde senede iki duruşma yapılıyor. Yani ön inceleme duruşmasından sonra senede yapabildiğimiz bir duruşma daha var, koca bir yıl içinde iki duruşmanın yapıldığı bir sistemde işe iade davalarının iş güvencesine hizmet etme şansı yoktur.

Burada bence yapılması gereken, işçinin tedbiren işe iadesinin yolu açılmalıdır. Nedense bu konuda hiçbir Yargıtay içtihadı yok. Tabii muhtemelen Yargıtay'ın önüne gitmemiştir, zaten bu saatten sonra gitme imkânı da yok, eskiden gidebilirdi o zaman da gitmedi.

İlk derece mahkemeleri uygulamada bu talepleri reddetmektedir. Niye reddettiğini de bilmiyoruz çünkü gerekçeli bir karar verilmemektedir. Tabii, burada Başkanım az evvel önemli bir konuya değindi, aslında istinaf ile Yargıtay'ın arasındaki değerli bir farkı daha görüyoruz. Şimdi, istinafta ileri sürülen, istinaf sebepleriyle sınırlı inceleme yapılıyor ama temyizde ileri sürülen temyiz sebepleriyle bağlılık yok. Fakat geldiğimiz noktada maalesef şu noktaya geldik bu tartışmaların sonunda ve kanun komisyonunda da biz bunu tartıştık: Artık istinafta ileri sürülmeyen istinaf sebebine dayanılarak Yargıtay'da temyiz sebebi de ileri sürülemeyecek. Yani kötü kötüyü tetikliyor, iyiyi de bozuyor. Kötü sistem iyiyi de bozuyor. Tabii, bunlar benim hukuk mantığımın, vicdanımın asla kabul etmediği şeyler. İnşallah düzelecek diye ümit ediyorum.

Dolayısıyla işe iade davalarında bu uzun süren yargılamamın çözümü, Alman hukukunda da olduğu gibi, hatta Türk idari hukukunda da örneklerini görüyoruz bunun. İdare mahkemesi açılan davalarda iade kararı alıyoruz. Ama adli yargıda bunu alamıyoruz. Tedbiren işe iadenin eda amaçlı bir tedbir olarak hükmedilmesi mümkündür, hatta gereklidir işçinin durumunun sürdürülebilmesi için. 3. Hukuk Dairesinin, malumunuz 2020 yılında verdiği güzel bir karar var. Bu uyarılama davalarında ihtiyati tedbire yönelik bir karar verdi ve uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilemeyeceğine ilişkin kuralın doğru yorumlanması gerektiğini Yargıtay aslında bu kararında da ortaya koydu. Dolayısıyla işe iade davalarındaki tedbiren işe iade de aynı mantıkla düzenlenmiştir, herhangi bir çelişki yoktur. İhtilaflı iş ilişkisi mahkemece HMK'nın 397. maddesine göre rahatlıkla düzenlenebilir.

Burada özellikle yaklaşık ispat ölçüsünde de bir sorun görmemek gerekir çünkü, örneğin İş Kanunu 18 kapsamında işçinin iş güvencesine girdiği veya fesih bildiriminin yazılı olmadığı yahut fesih sebebinin açık belirtilmediği durumlar bariz yaklaşık ispat ölçüsünü yakalamaktadır. Dolayısıyla burada da tedbiren işe iade kararı vermekte bir engel olmayacaktır.

Burada tedbiren işe iade edildiği dönemde işçinin almış olduğu ücret de zaten iş görme borcunun karşılığı olduğu için işverenin de herhangi bir zarara uğrama ihtimali yoktur ve teminatsız tedbir kararı verilmesinin koşulları da oluşmuş demektir.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

Oturum Başkanı – Değerli Hocama bu güzel sunumu için çok teşekkür ediyorum.

Sayın Özbek'i dinlerken pek çok noktada farklı düşündüğümüzü tespit ettim. Belirsiz alacak davası konusunda tamamen farklı düşünüyoruz. Şartları bulunmadığı hâlde açılan davanın usulden reddedilmesi mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Dava yargı yolu, görev, yetki ve benzeri dava şartlarının yokluğunda da usulden reddedilmektedir. Belirsiz alacak davası şartları dışındaki diğer dava şartlarının yokluğunda davanın usulden reddedilmesi hâlinde mahkemeye erişim hakkının ihlalinin söz edilecek midir? Şayet diğer dava şartlarının yokluğunda da davanın usulden reddedilmesi durumunda mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olacağı kabul edilirse HMK'yi düzenleyen kanun koyucunun "abesle iştigal" ettiğini söylemek gerekecektir.

Öğleden önceki oturumda bir süre Anayasa Mahkemesinde raportör olarak da görev yapmış olan sevgili Taylan Hoca tebliğinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda mükemmeliyet aradığını belirtmişti. Anayasa Mahkemesi mükemmel olmayan, özensiz başvuruları reddetmektedir. Anayasa Mahkemesi başvuruda bulunandan hak ihlali iddiasını temel bir hak ile ilişkilendirmeyi istemektedir. Hak ihlali iddiası temel bir hakla ilişkilendirilmemişse başvuru reddedilmektedir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başvurunun mükemmel hâle getirilmesi için süre vermeyi gerekli görmemektedir. Bu sebeple başvurusu reddedilen kişinin aynı konuda tekrar başvuruda bulunması ise mümkün olmamaktadır. Başka bir anlatımla, başvurusu mükemmel olmayan kişinin başvurusu reddedilirse bir daha başvurma imkânı bulunmamaktadır. Yani usulden bir ret söz konusu değildir. Aynı Anayasa Mahkemesi şartları olmadığı hâlde açılan belirsiz alacak davasının usulden reddedilmesini ise mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Hâlbuki usulden reddedilen davanın tekrar açılma imkânı vardır. Yani dava açma imkânı ortadan kaldırılmıyor. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlalinin söz edilemez. Dünyanın her yerinde yanlış açılan dava reddedilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistematığı, kapsamı, dili ve hükümleri ile son dönemlerde çıkarılan en güzel kanunlardan biridir. Usule ilişkin temel ilkeler maddeler hâlinde belirtilmiştir. Kanunun diğer hükümleri bu temel ilkelere uygun şekilde düzenlenmiştir. Adil yargılama hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı özel olarak ele alınmıştır.

Hukuk sistemimiz davası usulden reddedilen kişinin mağdur edilmemesi için önemli bir çareye yer vermiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde davası usulden reddedilip de bu sırada zamanaşımı süresi geçmişse, altmış günlük ek bir süre içinde davanın açılabilmesine imkân vermektedir. Dairemiz, şartları olmadığı hâlde belirsiz alacak davası olarak açılan davanın usulden reddedilmesi hâlinde TBK.m.158 uyarınca altmış günlük süre içinde açılmak kaydıyla dava açılabilmesine yönelik uygulama yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin davacıya dava türünü değiştirmesi için süre vermemesi nedeniyle davanın şartları bulunmadığı hâlde belirsiz alacak davası olarak açılmasını "düzeltilebilir bir yanlışlık" olarak görmediğini, dolayısıyla TBK.m.158'in uygulanmasının kuşkulu hâle geldiğini belirtmiştir. Oysa maddede usulden reddedilen davanın başka bir dava şeklinde usulüne uygun



açılmak suretiyle düzeltilmesinden söz edilmektedir. Yani dava usulüne uygun olarak yeniden açılmakla yanlışlık düzeltilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin TBK.m.158 hükmünü de yanlış yorumladığı açıktır.

Belirsiz alacak davasının şartlarının mevcut olup olmadığını HMK.m.107 hükmünü ve temel hukuk kurallarını dikkate alarak tespit etmek gerekir. Alacağın tam ve kesin olarak belirlenememesi hesaplama esas verilerin bilinmemesine bağlıdır. Kıdem tazminatı veya başka bir tazminat ya da alacağın hesaplanmasını bilmemek burada önemli değildir. Başka bir anlatımla “kanunu bilmemek mazeret değildir” kuralı burada da geçerlidir. Dolayısıyla tazminat veya alacaklarının hesaplanmasına esas alınacak ücret ve hizmet süresinin bilinmemesi hâlinde ancak belirsiz alacak davası açılabilceğini kabul etmek gerekir. İşçinin ücret ve hizmet süresini kural olarak bildiği varsayılır. Ücretin satış rakamlarının belirli bir yüzdesinden oluştuğu hâllerde satış rakamlarının işverenin elinde olması nedeniyle ücretin bilinmediği söylenebilir.

İstatistiklere göre 2021 yılında 2.435.000 civarında hukuk davası açılmış. Bunun yaklaşık 2.000.000’u tazminat veya alacakla ilgili olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesine göre şartları bulunmadığı hâlde belirsiz alacak davası olarak açılan davanın usulden reddedilmemesi gerekir. Bu durumda şartları bulunmasa bile hukuk davalarının belirsiz alacak davası olarak açılması daha avantajlı olmaktadır. Önemli bir nokta da şartları bulunmadığı hâlde söz konusu davanın açılmasına imkân verilmek suretiyle davacının daha az miktarda harç yatırmaya yol açılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin kararı şartları olmadığı hâlde belirsiz alacak davası açılmasını özendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi eda davası açan davacının hukuki yararın yokluğundan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Oysa HMK.m.107 hükmünün aradığı “hukuki yarar”, eda davalarında aranan hukuki yarardan farklıdır. Kuşkusuz belirsiz alacak davası tam eda davası niteliğindedir. HMK.m.107’nin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere burada davacının belirsiz alacak davası türünde korunmaya ihtiyacının bulunup bulunmadığı hukuki yararını belirlemektedir. Başka bir anlatımla, burada özel bir dava şartı söz konusudur. Nitekim, HMK’nın 106. maddesinin gerekçesinde tespit davası için eda ve işe iade davalardan farklı olarak güncel bir hukuki yarar arandığı belirtilmektedir. Şu hâlde kanun her dava türü için özel bir şart aramaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre dava şartı bulunmadığı hâlde açılan davanın usulden reddi gerekir.

Şimdi soru sormak isteyen arkadaşlar varsa kendilerini tanıtırlar.

Buyurun Sayın Hakyemez.



İKİNCİ OTURUM

**SORU CEVAP
BÖLÜMÜ**

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Teşekkür ediyorum.

Aslında bu konuda ben hiçbir şey söylemek istemiyordum ama buradaki haziruna ifade etmem gerekir ki Anayasa Mahkemesinin belirsiz alacak davası ile ilgili İsmail Avcı kararını benim Seracettin Bey’le birlikte konuştuğum üçüncü ve Ersin Bey’le ikinci bilimsel toplantı bu toplantı. Burada ben açıkçası iş hukukuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarından bahsederken, “belirsiz alacak davası”na bu kadar fazla zaman ayrılmasını ve bunun da bu kadar fazla gündemde tutulmasını biraz garipsiyorum.

Şu nedenle garipsiyorum: Pek çok konu var iş hukuku ile ilgili olarak. Belirsiz alacak davası ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararı bu nitelikteki bir toplantıda bu kadar zaman ayrılacak bir konu mudur? Ben açıkçası öyle olmadığı kanaatindeyim.

Yalnız bunu söylerken verdiğimiz belirsiz alacak davası ile ilgili kararın yanlış olduğunu falan düşünmüyorum, şu anda da önümüze gelse yine aynı kararı verirdim. Hatta konuşmalarda bahsedildi ikinci belirsiz alacakla ilgili Anayasa Mahkemesi kararından ve işte bir içtihat değişikliği mi falan diye akla geldi. Gerçekte değil dedi zaten. Kanaatimce hiç bununla alakası yok zaten o ikinci belirsiz alacak davası kararının.

Ama mesele şu: Ben sabahleyin aslında bunu da tahmin ederek bireysel başvuru bağlamında giriş mahiyetinde bazı şeyleri söyledim. Onun için, kusura bakmayın bir söz alan kişi açısından belki biraz uzun açıklama olabilir ama bunu biraz daha uzun söylemem gerekir, o kanaatleyim. Onun için, beni uzattığımda mazur görmenizi istirham ediyorum.

Şimdi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hukuk içerisinde bir hak arama yoludur ve burada ayrı bir gözlükle bakma zorunluluğu vardır. Ama bu ayrı gözlükle baktığınız zaman da yanlış yapabilirsiniz, yapabiliriz. Ben açıkçası, Anayasa Mahkemesi Üyesi olarak verdiğim kararlar AIHM’den döndüğünde eğer ideolojik/siyasi eksenli bir şey değilse gerçekten memnuniyet duyuyorum. Niye? Çünkü bir hak ihlaliyle ilgili olarak benim düşünemediğim boyutu AIHM düşünmüş ve kişiye hakkını teslim etmiş oluyor.

Ben tekraren şunu söylüyorum: Belki de bizim karar, hani böyle bir ölçü var mı bilmiyorum ama, bir adalet çizgisinde objektif değerlendirildiğinde Yargıtay’ın kararından daha az adil de olabilir ama neticede hukuk sistemi içerisinde bir Anayasa Mahkemesi karar veriyor ve Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karardaki yaklaşımı bu şekilde.

Ama dosyanın esası ile ilgili ben şunu iddia ediyorum: Hem Seracettin Bey hem de Ersin Bey Anayasa Mahkemesi üyesi olsalardı, yine sabahleyin söylediğim sebepten dolayı bu karara yüzde yüz katılırlardı, adım gibi eminim bundan. Çünkü Anayasa Mahkemesi öyle bir yerdir ki bunun üyeler üzerinde de dönüştürücü etkisi var, Anayasa Mahkemesinin bir dönüştürücü etkisi var.

Şimdi arkadaşlar, Belirsiz alacak davası ile ilgili dosyaya bakarken o derece geniş bir perspektifte ilk defa duymuştum belirsiz alacak davasını. Ha, diyeceksiniz ki, “Bilmeden karar verdiniz” Öyle değil. Şunu ifade etmem gerekiyor bu bağlamda: Belirsiz alacak davası ile ilgili başvuruyu incelerken raportör önce o başvuru ile ilgili bir taslak hazırlıyor. Bu taslağı hazırlarken o konuda aynı zamanda doktrine ve Yargıtay içtihadına da bakıyor, Raportörün yazdığı taslağı o hak grubunun, adil yargılanma hakkının koordinatör raportörü okuyor ve ona bir karşı görüş yazıyor eğer taslağı yeterli görmüyorsa. Sonrasında Anayasa Mahkemesi



Bireysel Başvuru Başraportörü okuyor, o da notlarını yazabiliyor. Ancak ifade etmeliyim ki hem koordinatör raportör hem de başraportör taslağı uygun gördüler. Sonrasında, heyete bir hafta öncesinden dağıtıldı. Heyete gelmeden önce “Bu yeni bir konu ve Yargıtay uygulamasında sıkıntı doğurabilir mi” diye bu gözlükle de baktık ve karar böyle çıktı. Hatta karar verildikten sonra kararın redaksiyonu aşamasında bizim argümanımızı destekleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu konuya ilişkin kararını da tespit ettik ve bunu “ilgili hukuk” kısmına koyduk.

Görüldüğü üzere aslında belirsiz alacak davası ile ilgili Anayasa Mahkemesinin bu kararda yaptığı değerlendirmelerin benzerini Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yapıyor. Tamam, Daire olarak sizin görüşünüz saygın ama Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görüşü de saygın, Anayasa Mahkemesinin görüşü de böyle. Yani şimdi burada Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımla bir karar veriyor ve diyor ki: “Hukuki yarar yokluğundan davanın reddine” şeklindeki durum başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir müdahale niteliğinde sonuç doğurmuştur.

İşin özü bu arkadaşlar, hiç öyle belirsiz alacak davasındaki detaylara boğulmanın bir anlamı yok. Biz yaptığımız denetimde bu detaylara hiç boğulmadık, boğulmak zorunda da değiliz. Niye değiliz? Çünkü biz belirsiz alacak davasını bazı boyutlarıyla tabii ki biliyoruz, teknik boyutlarıyla birlikte raportör de araştırıyor ama sadece anayasal haklar boyutuyla ilgili olan kısmına bakıyoruz ve öyle karar veriyoruz. Yoksa bizim belirsiz alacak davasının temyiz denetiminde veya uygulamada dikkate alınabilecek olan ancak konunun anayasallığının denetiminde dikkate alınmayacak yönlerini bilmemize gerek de yok.

Önemle vurgulamam gerekir Mahkememizin belirsiz alacak davası ile ilgili İsmail Avcı kararı bir yol kazası değildi, sonrasında da bu kararla çelişen bir Anayasa Mahkemesi kararı verilmiş değildir.

Gerçekten herkesin yaptığı iş çok önemlidir ama bazen bizler yaptığımız işin önemini böyle “fetişist” bir şekilde savunmamalıyız. Bu benim için de geçerli olabiliyor bazen, bunu ifade etmem lazım. Türkiye’deki en temel sıkıntılardan birisi de budur. Ben üniversitede bunu yaşadım, pek çok akademisyen hoca da yaşıyor kendi alanının en önemli alan olduğunu zannediyor. Benzer yaklaşım yargı alanında da mevcut.

Bu bir meslek taassubu mudur, ne dersiniz bilmiyorum ama ben burada da böyle bir moda girildiği kanaatindeyim. Buna gerek var mı? Bence yok. Dediğim gibi, herkesin yaptığı iş önemlidir. İş hukuku tabii ki çok önemlidir, medeni usul hukuku tabii ki çok önemlidir ama Anayasa Mahkemesinin yaptığı iş de önemli bir iştir ve bireysel başvuru incelemesi yaparken Anayasa’yı esas alıyor. Anayasa altı kuralları esas almıyor çünkü normal hiyerarşisindeki mantık gereğince de öyle olması gerekir. Anayasal haklar boyutuyla birlikte bakıyor dosyaya bireysel başvuru incelemesi yaparken.

Dediğimiz gibi arkadaşlar, Anayasa Mahkemesi Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının alt bileşenlerinden birisi olan mahkemeye erişim hakkından hareketle bu kararı verdi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun belirsiz alacak davası ile ilgili bizim yaklaşımımıza benzer kararı da aslında bizim kararı olumlu yönde destekleyen bir argüman olarak görüldü. Biz zaten yorumumuzu, değerlendirmemizi Anayasanın 36. maddesinden hareketle yapmışız, testleri uygulamışız, meşru amaç, ölçülülük vesaire gibi kriterleri hepsini uygulamışız ama burada şimdi değerlendirmeleri yaparken belirsiz alacak davasının detaylarını Hocam anlattığı zaman ben medeni usul hukuku boyutuyla birlikte bakmadım ki

olaya, bakmadığım için bunlar benim için önemli değil. Ama şu kısmında sorun hâlen devam ediyor mu etmiyor mu: “Bu belirsiz alacak davası neticesinde o kişiyle ilgili mahkeme böyle bir karar verdiğinde, dava reddedildiğinde diğer davayı açma imkânı ortadan kalkıyorsa bu mahkemeye erişim boyutuyla birlikte bir sorun doğuruyor mu doğurmuyor mu?” Baktığımız sadece bu. Eğer kararımızda bir tutarsızlık varsa içtihadımızı da tabii ki değiştirmemiz lazım ve böyle bir durumda benim de bu taassupla birlikte hareket etmemem gerekiyor.

Kararı eleştirebilirsiniz arkadaşlar, yalnız eleştirirken bilimsel boyuttan çok fazla öteye, duygusal boyutlara geçmeyelim. Şunu söylemeye çalışıyorum: “Anayasa Mahkemesi karar verirken şöyle ürkek bir ifade kullandı” veya daha farklı bir şekilde de söylemiş olabilirsiniz konuşmanızda. O “ürkeklik” değil arkadaşlar. Bireysel başvuruyu incerseniz, bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesinin farklı bir üslubu vardır ve bu üslupta da Anayasa Mahkemesi mümkün olduğunca derece mahkemelerinin yaptığı gibi esasa girmemeye çalışıyor. Doğrudan delil değerlendirmesine girmemeye çalışıyor. Onun için, edilgen ifadeler sıklıkla kullanılabiliyor karar metinlerinde. Bunu bireysel başvuru kararlarına baktığınız zaman net biçimde görürsünüz. Bu bilinçli bir tercih olarak kararlarda kullanılmaktadır.

Ben aynı zamanda akademisyen kökenli bir üyeyim. Üniversiteden gelen kişi olarak en sevdiğim şeylerden birisi, bu tür bilimsel toplantılarda münazaralar, müzakereler yapmak, yeri geldiği zaman bilimsel tartışmalar yapmak. Ama şimdi Anayasa Mahkemesi kararı “tu kaka!” Oysa oturumda Mustafa Hocam sizin argümanlarınızın tam tersini söyledi. Peki ne yapacağız şimdi burada? Ben hiçbir şey söylemiyorum. Önceki toplantılarda da aynı tablo vardı arkadaşlar. Dolayısıyla bunlara çok fazla kapılıp sadece bazı şeyleri evirip çevirip söyleyerek gereksiz zaman israfında bulunmamamız çok daha doğru olur.

Tabii ki Anayasa Mahkemesinin o kararını pek çok yönüyle eleştirmek yine de mümkün. Ama bu tür değerlendirmeleri bir temyiz denetimi gözlüğü ile değil de bireysel başvuru gözlüğü ya da “anayasal haklar denetimi” gözlüğü ile yapmamız gerekir ki burada toplantının amacına hizmet etmiş olsun.

Söz gelimi, şimdi şöyle bir şey de söyleniyor: Anayasa Mahkemesi öyle bir karar verdiğinde, artık işte belirsiz alacak davası ölür veya ölebilir veya zarar görür. Ya Anayasa Mahkemesinin kararından sonra eğer Anayasa’ya aykırıysa belirsiz alacak davası -ki Anayasa Mahkemesi kararında bunu söylemiyor ve kararından asla böyle bir sonuç da çıkmıyor- bir hukuk devletinde tabii ki ölmesi de gerekebilir.

Mesela, farazi olarak ifade etmek gerekirse, hiç iş hukukuyla da alakası olmayan, beyan usulüne dayalı vergilendirme Mahkemenin önüne geldiğinde, Türkiye’deki vergi hukukunda en temel esaslardan birisi olan beyana dayalı vergilendirmenin Anayasa’da “Hiç kimse kendisini suçlayıcı mahiyette beyanda bulunamaz...” kuralı karşısındaki durumu bu konudaki yaklaşım açısından göz önünde tutulduğunda burada da önemli olanın anayasal ilke ve kuralları olduğunu, bunlarla uyumlu olmayan kanun hükmünün ve hatta kanunla getirilen beyan esasının aslında hiçbir hukuki değeri olamayacağını kabul etmekten başka bir seçeneğimiz olmamalıdır.

Zira Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya uygunluk denetimi yapıyor bireysel başvuruda. Dolayısıyla “Efendim, bu ölürse?” E tabii ki hukuken ıslahı mümkünse ıslah edilecek yoksa hukuken ölecek. Ama şunu diyorsanız arkadaşlar: “Anayasa’nın üstünlüğü bir kenara, belirsiz alacak davası kalacak”. Kalsın o zaman. Ama bir hukukçu bunu söyleyebilir mi? Bunu sizin değerlendirmenize bırakıyorum.



Kaldı ki aklıma gelmişken ifade edeyim ki geçen bilimsel toplantıda da –Süha Hocaydı herhâlde, ilk defa kendisinden orada duymuştum- belirsiz alacak davasıyla ilgili yaptığı değerlendirmede de kendi değerlendirmelerinde aslında belirsiz alacak davasının bizi fevkalade sıkıntılı bir durum olduğunu ifade etmişti.

Ama üçüncü toplantıda bugün aynı şeylerin açıkçası, bu kadar uzun bir şekilde tekrarlanmasına ben üzüldüm. Bunu ifade etmek için söz aldım ama çok uzun konuştuğum için de tekrar özür diliyorum kıymetli hazirundan. Kusura bakmayın.

Oturum Başkanı

Estağfurullah.

Belirsiz alacak davası ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararını önemsememizin sebebi iş davalarının yaklaşık yüzde 99'unu ilgilendirmesidir. Bu denli önemli bir konunun pek çok platformda değerlendirilmesinin yadırganmaması gerektiğini düşünüyorum. Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir taasubiyet içine girmeden meseleyi yeniden değerlendirmesi gerektiğine inanıyorum.

Anayasa Mahkemesi kararında yoğun bir şekilde usul kurallarını yorumlamış. HMK'nın 31 ve 119. maddeleri ile ilgili değerlendirmeleri var. Keza usul hükmü niteliği de bulunan Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesi ile ilgili yorumda bulunmuş. Özetle usul kurallarını yorumlamış ve adeta belirtilen hükümleri burada uygulamanız gerekirdi diyor. Bize göre bireysel başvuru sisteminde usul kurallarını yorumlamak Anayasa Mahkemesinin görevine girmez. Kaldı ki, yapılan yorumlara katılmak da mümkün değildir. Burada HMK'nın 31. ve 119. maddelerinin uygulanmasından söz edilemez. Anayasa Mahkemesi usul kurallarını yorumlamadan sadece davanın usulden reddini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiş olsaydı herhâlde itirazımız olmazdı. Yasal düzenleme açık olduğu için bu durumda muhatap kanun koyucu olurdu.

Evet, başka soru sormak isteyen var mı?

Buyurun hocam.

Çok teşekkür ediyorum değerli hocalarıma ve Başkan olarak size de.

Av. Dr. Fatma BAŞTERZİ

Benim iki tane tespitim var. Avukat olarak bu bunları paylaşmak istiyorum. Mesela, biz avukat olarak hiç belirsiz alacak davası açmıyoruz, alacağımız ne olursa olsun. Çünkü müvekkilimizi güvende hissetmiyoruz öncelikle bunu paylaşmak istedim. Kaldı ki bir akademisyen olarak da ben müvekkilimin hak arama özgürlüğünü bir şekilde ihlal edilebileceği kanaatindeyim, o yüzden de garantiye alıyorum, ki garanti ettiğimiz şey de zaman aşımına uğrama ihtimali olan alacaklar silsilesi dikkate alındığında ne kadar doğru tartışılabilir ama biz müvekkilimizi bilgilendirerek davamızı açıyoruz.

Bu bağlamda şunu sormak istiyorum: Belirsiz alacak davası istisnai bir dava olduğuna göre, acaba sayma suretiyle İş Mahkemeleri Kanunu'nda en azından belirtilebilir mi? Tamam, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belki bu çapta bir istisnanın sınırlarını belirlemek zor olabilir ama acaba İş Mahkemeleri Kanunu'nda bu belirtilebilir mi diye siz anlatırken açıkçası bunu düşündüm. Belki daha önce de bu tartışma gündeme gelmiştir. O zaman ben de rahat rahat mesela diyebilirim ki "Fazla mesai için şu davayı açabilirim, işte belirsizlik davası açabilirim..."

Mesela biz uygulamada neyle karşılaşılıyor? Dava açılıyor, bir bakıyoruz kısmi dava olarak açılıyor, talep sonucu islahat karmakarışık bir hâle geliyor ve o daha sonra hâkimin bazen de inisiyatifine bırakılıyor. Hâkimi yönlendirmek zorunda kalabiliyor vesaire. Sonuç itibarıyla böyle bir şekilde hukuku dolanmak zorunda kalıyoruz.

İkincisi, bu sınırlarla ilgili olarak; evet, artık iş mahkemelerinde kararlar kesinleşecek, bazıları ne BAM'a gidecek, özellikle davaların açıldığı tarihteki ücretlerin çok düşük olduğu dikkate alındığında ne de Yargıtay'a gidebilecek. Mesela, 1996 yılında iş yargısıyla ilgili bir çalışma yaparken Alman sisteminin Türkiye'de uygulanıp uygulanamayacağını hep düşünmüştüm. Resen araştırma ilkesi acaba getirilebilir mi iş mahkemelerine? Bu bir noktaya kadar yapılabilir mi? Şu anda sosyal güvenlik hukukuna bakan mahkemelerde evet ama resen araştırma ilkesi bir ölçüye kadar denenebilir mi?

Üçüncüsü de ben nazıca zorunlu arabuluculuk sistemine karşı bir insanım baştan beri, gerekçelerimle birlikte. Alman sisteminde olduğu gibi, çözümün mahkemenin içinde olması için bir çalışma yapılamaz mı? Bundan neden kaçıyoruz?

Aslında, o tezim aşamasında şunu tespit etmiştim: İş Mahkemeleri Kanunu'nun ilgili maddesini Anayasa Mahkemesi iptal etmişti. Çünkü yargıç dışında iki temsilci vardı iş mahkemesinde, onların tabii ki hâkimlik teminatı olmadığı için doğal olarak o kürsüde yer alamayacakları söyleniyordu. Neden bunu tartışmaya açmıyoruz? Açıkçası mahkeme nezdinde yapılacak şeyin uzlaştırma -ne ad altında olursa olsun- bir şekilde ön inceleme aşamasından önceki aşamada olgunlaştırıp... Biz bunu zorunlu olarak dışarıda arabuluculuk suretiyle yapıyoruz. Ama ben bunun ısrarla mahkeme içinde olmasını ve bunun uyuşmazlıkların çözümü noktasında da daha faydalı olacağı kanaatindeyim. Bilmiyorum, bu konuda hocalarım neler söyler.

Tekrar teşekkür ederim.

Başkan

Teşekkür ederim.

İsterseniz soruları alalım, hepsini ondan sonra hocalarım cevaplandırsınlar.

Av. Mustafa EMİNOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Avukatı

Ersin Hocam tez, Serdar Hocam antitez, Yusuf Şevki Hocam da sentez oldu, o yüzden çok istifade ettiğim bir programdı.

Benim sorum şu şekilde, Ersin Hocama soruyorum: İstinaf mahkemeleri bir nevi Yargıtay'ın iş yükünü korumak için getirildi. Şu an birçok mahkeme dosyanız Yargıtay'a, Danıştay'a gitmeden kesinleşiyor; yerel mahkeme tarafından veya istinaf mahkemesi tarafından. Bu durum Anayasa Mahkemesinde şikâyet edilen iş yükünü artırıyor mu? Çünkü kanun yolu aşaması tükenmiş oluyor artık, 1.500 liralık, 3.000 liralık alacak için dahi olsa. Kişiler kanun yollarını denediği için tamamlanmış oluyor ve Anayasa Mahkemesine başvuruya başlıyorlar. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırdığını söyleyebiliriz?

Teşekkür ederim.



Başkan

Teşekkürler. Buyurun Hanımefendi.

Bir Katılımcı

Hepinize çok basit gelecek bir soru sormak istiyorum, aslında iki tane alt sorusu olan.

Bir: Yargıtay hangi dava türlerini belirsiz alacak davası olarak kabul ediyor?

İki: Bu belirsiz alacak davası olarak kabul edilen davalarda işçilerin hangi yükümleri yerine getirmediği tespit edildikten sonra bu kabul ediliyor. Çünkü, hep Almanya örneği veriliyor. Almanya enformel sektörün çok az olduğu bir ülke. Oysa Türkiye enformel çalışma hayatının neredeyse kural olduğu bir ülke. Formel sektörde dahi hem kamuda hem de özelde işverenlerin bordro verme yükümlülüklerini ancak talep hâlinde yerine getirdiklerini biliyoruz. Bir de bordrolarına baktığımda, aslında ne kadar maaş alıyorum, temel maaşım ne, neyi esas alacağımı ben bile zor anlıyorum. Dolayısıyla hesaplama zorlaşıyor. Seracettin Bey şunu söylediniz: “Hesaplamayı yapamıyor olmak kanunu bilmemek değil” dediniz ama mesela İsmail Avcı kararında üç bilirkişiden bir tanesi 7 bin diyor, bir tanesi 13 bin diyor. Şimdi, dışarıdan birisi açısından bu çok belirsiz bir alacak davası. Yani tek başına bir artı-eksi 3'lük bir hesap hatası gibi gelmedi bana bu bilirkişilerin tespiti. Dolayısıyla kriterlerinizin ne olduğu ve kabul ettiğiniz belirsiz alacak davalarının ölçütlerinin ne olduğunu merak ediyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı

Herhâlde bu soru banaydı değil mi hocam?

Buyurun hocam, sizin cevaplamanızla başlayalım.

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Bu tabii belirsiz alacak davasının durumu. Benim ana fikrim şu, çok net söylüyorum: Belirsiz alacak davasını yanlış açtı diye usulden reddedilmesi mahkemeye erişim hakkını kısıtlar. Başkanım “Ayrı düşünüyorum” dedi ama ben de aynı şeyi söyledim.

Bakin, hocamın söylediği, bunu zaten Yargıtay'ın yapması lazım. HMK 2011'de yürürlüğe girdi, 2023'teyiz; bana sorarsanız HMK da eskidi. Artık çağdaş yargılama sisteminin gerisinde birçok konusu. Bunu en başta Yargıtay oturtsaydı bu sorunlar olmazdı.

Şu an avukatlar bilmiyor, bilirkişiler bilmiyor, hâkimler bilmiyor hangi dava belirsiz olacaktır... Usul profesörlerine soralım, onlar bile farklı şey söylüyor. Ha, biz kalkıp diyoruz ki “Sen yanlış açtın, dava şartı yoksa reddet gitsin” Yazık değil mi vatandaşa, zaman kaybedecek, yargılama harçları ödeyecek, avukatlık ücreti ödeyecek. Mevcut hukukî belirsizlikten dolayı niye vatandaş davalıya avukatlık ücreti ödesin?

Şimdi bakın, bunu taraf ehliyeti, davaya vekâlet ehliyeti gibi dava şartlarıyla bir tutamazsınız; biri armut biri elma, ikisi aynı şey değil. Görev de önemli bir şey değil Başkanım, ben aynı fikirdeyim. Görev sorunu vatandaşın sorunu değildir. Medenî usul hukuku profesörlerini getirelim şuraya oturtalım, belirli durumlarda görevli mahkemede anlaşılamayız. Öyle davalar var ki birçok kişi görevli mahkemeyi bilemez; şu an tüketici davası mı görevli, asliye hukuk mu görevli, asliye ticaret mi görevli... Yargıtay senelerce kendi çözemedi, örneğin Rekabet Yasağı Sözleşmesi'nde, “Ticaret mahkemesi mi bakar iş mahkemesi mi bakar?..” veya vakıf

üniversitesinden ayrılan bir akademisyenin açacağı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ücret talepli davada adli yargı mı idari yargı mı görevli, iş mahkemesi mi görevli idare mahkemesi mi?

Bir Katılımcı

Hocam bu yasa sorunu mu yoksa uygulama sorunu mu?

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Bu ister uygulama sorunu olsun ister yasa sorunu olsun, vatandaşın sorunu değil, ben onu söylüyorum. Bu sorun vatandaş ilgilendirmez. Kanun koyucu kendi çözecek, Yargıtay, hukukçular, jürisprüdans kendi çözecek. Ama siz kalkıp da: “Ey vatandaş, sen nasıl bir adamsın, nasıl bunu bilmezsin, reddettim usulden davayı, öde şurada 9 bin lira avukatlık ücretini, git sonra tekrar dava aç...”

Bir Katılımcı

Hocam, yargı olarak görevsiz mahkemeye açılıyor. Bence usul... “Ben edemem” diyebilir mi? Yapabilir mi?

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Yapabilir, ben o fikirdeyim. Ben On Birinci Kalkınma Planına bunu yazdım.

Bakın, “Uyuşmazlık Mahkemesi” diye bir tuhaflık var. İdari yargıda dava açıyorsunuz... Bak şimdi, Başkanım o kadar rahat söylüyor ki, “Bunu reddet gitsin” En kolay çözüm o zaten. İdari yargıda dava açıyorsunuz, reddediyor, kesinleşiyor, seneler geçiyor, Danıştay’dan da geçiyor.

Adli yargıya dava açıyorsunuz, reddediyor, seneler geçiyor, kesinleşiyor, o da Yargıtay’dan geçiyor. Zaten 10 sene geçti gitti, hayırlı olsun! Ondan sonra uyuşmazlık mahkemesine gidiyoruz. Neyi çözecek uyuşmazlık mahkemesi? Görevli mahkeme hangisi, vatandaşa onu gösteriyor, “Hadî, ben bunu çözdüm, git uyuşmazlık mahkemesi kararına göre görevli mahkemede dava aç” Biz vatandaşa, hak arayana hizmet etmek için burada varız, hâkimi, avukatı, hocası, bütün hukuk fakültesi mezunları. Niye okuduk biz? Hak arayanın hakkını kolaylaştırmak için. Adalet nedir? Hak arayana hakkını teslim etmektir. Usul hukuku bunu zorlaştıramaz, bu doktrinin ömrü bitti! Kızılhaçsız Savaş” diyorlardı eski kitaplarda, “Adversarial principle” dedikleri mücadeleci sistem. Dolayısıyla eninde sonunda buna gideriz de ne zaman gideriz o ayrı bir konu.

Arabuluculukla ilgili de Başkanım gene değişti, hiç sıkıntı yok. Vatandaş bunu bypass etmez Başkanım, niye bypass etsin ki. Hâkim kesin süre verir, “Eğer bu süre içinde noksan olan arabuluculuğa başvurursan davanda esasa gireceğim, başvurmazsan usulden reddedeceğim” Bitti! Ne gerek var davayı usulden reddetmeye, bir sene zaman kaybetmeye? Reddet davayı, davayı gitsin tekrar uğraşsın, tekrar dava açsın. Bu nedir? Kim kazanıyor burada? Devlet mi kazanıyor vatandaş mı kazanıyor? Kendi kendimizi zora sokuyoruz. Bulduğumuz çözümler kendi kendimizi zora sokmak. Devlete mali israf.

Harcı bahsetti Başkanım, Türkiye dünyada tektir harçta tavan olmayan. Ben bunu yazdım, 11. Kalkınma Planında var, dünyada eşi yok. Harçtan şu an vatandaşın çektiği zulmü oturup tartışmamız lazım, o ayrı bir konu. Onun için, her konuyu açtınız mı dert çok.

Teşekkür ederim



Oturum Başkanı

Ben teşekkür ederim hocam.

Buyurun hocam.

Doç. Dr. Ersin Erdoğan

Burada dolaylı olarak şahsıma yapılan bir eleştiriye yanıt vermek istiyorum. Anayasa Mahkemesi'nin İsmail Avcı kararı neden bu kadar uzun tartışılmalı, neden önemli? Ben Anayasa Mahkemesinin bütün kararlarını önemsiyorum. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla vermiş olduğu kararların da Anayasa Mahkemesinin somut denetim yoluyla vermiş olduğu kararlarında, iptal davası üzerine vermiş olduğu kararların da Türk hukukuna yol gösterdiğini ve hukuk camiası açısından, akademik açıdan tartışmaya değer kararlar olduğunu düşünüyorum.

Bütün kararlarını önemsedığım için Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararların benim çalışma alanlarımı etkilediği ölçüde değerlendirmeye değer olduğunu da düşünüyorum. Sunumum içerisinde buna da özen göstermeye çalıştım. Anayasa Mahkemesinin Türk usûl hukukunun gerçekten ciddi, böyle softaca kalma yorumundan kaynaklanan sorunların bir kısmını çözdüğüne de inanıyorum. Ancak belirsiz alacak davasında bu ölçüde bir yer ayırmış olmamın sebebi, belirsiz alacak davasına ilişkin verilmiş olan karar, sadece iş yargılaması açısından da değil, Kıymetli Başkanımın ifade ettiği, hukuk yargısında açılan 2 milyon davayı ilgilendiren ve bu anlamda hukuk yargısına ilişkin olarak davacı ile davalıların arasında yine temel hak boyutuyla, silahların eşitliği ilkesi boyutuyla eşitsizlik yaratan adil yargılanma hakkının bence kararın kendisi boyutuyla ihlali sonucunu doğurtan bir karar olduğunu düşündüğüm için daha önceki toplantıda olduğu gibi, bu toplantıda da sunumumun önemli bir kısmını belirsiz alacak davasına ayırdım.

Belirsiz alacak davasının mevcudiyeti buna ilişkin içtihat farklılıkları, Türkiye açısından bir hukukî güvenlik, hukukî belirlilik, hukukî öngörülebilirlik sorunudur. Bunu da ifade etmeye çalıştım, bunun da altına imza atarım kim söylese.

Usûl hukukuna ilişkin pek çok müessesenin, yargılarının, öğretinin farklı yorumları dolayısıyla artık Türkiye'de bir hukukî güvenlik ve belirlilik problemi olduğuna inanıyorum. Örneğin, dava şartı arabuluculuğa ilişkin de burada çok ciddi sorunlar olduğuna inanıyorum. Hangi alacaklar açısından ne zaman dava şartı arabuluculuk kapsamındadır, işte ticari midir, tüketici midir ve bu davayı açmadan daha en başta "Anlaşınlar" diye bir araya getirmek istediğimiz taraflara bir sürü hukukî güvenlik sorunu yaratıyoruz. Menfi tespit davası, dava şartı kapsamında mıdır konusunu 2019'un ocak ayından beri hiçbir faydası yok, Türk öğretisi ve uygulaması tartışa gelmiştir. Amiyane ifadeyle söylüyorum yine, mala davara faydası yok ama biz üç yıldır tartışıyoruz.

Yine, sunumum içerisinde üçten fazla söylediğimi düşünüyorum ama bir defa daha söylemek istiyorum, sürçülisan ettiysem affola diye. Hem öğlen yemekten sonra hem de benim bir üslubum var, eğer siz yani bu olumsuz anlaşıldıysam özür dilerim ama insanları ayakta tutuyor diye böyle bir miktar kendimce renk katmaya çalışıyorum, esprilerime gülünmüyor olabilir ama espri katarak meseleyi, bir miktar sıkıcı konuları eğlenceli hâle getirmek için o ifadeleri ekliyorum. Bunun dışında saygısızlık gibi bir gayem olamaz, yapmam, haddim değil, hakkım değil. Ama kararın önemine ilişkin olarak hukuk yargısı açısından, bir akademisyen

olarak naçizane görüşümü ifade ediyorum. Bu görüşümün ifade edilmesine fırsat verildiği için de ikinci defa fırsat verildiği için de teşekkür ediyorum. İlkinde çok kısa, 15 dakika gibi konuşabilmişim, bu defa biraz süreyi de aştım, 40 dakika konuştum ama isabetli bulmadığım şeyleri ifade etmenin kıymetli olduğunu düşünüyorum.

Hukuk Fakültesindeki en önemli dersin usûl hukuku dersi olmadığına eminim, her derste söylüyorum. Dolayısıyla bir alan taassubuyla da söylemiyorum.

Ben borçlar hukuku diye düşünüyorum hocam, naçizane. Dolayısıyla doğru bildiğim herhangi bir konuda, doğru olduğuna inanıyorsam... Hiç şüphesiz yanılıyor olabilirim, bunu söylerken de bulunduğum makamın, mevkiimin, konumun, tarafım, bitaraf olmamın akademik olarak hiçbir kıymeti olmadığını bilerek söylüyorum. Dolayısıyla tekrar, bunları söylerken de sürçülisan ettiysem affola.

Fatma Hanım'ın sorularıyla devam ediyorum.

"Belirsiz alacak davası açamıyoruz, güvende hissetmiyoruz" dedi. Açıkçası, Anayasa Mahkemesinin kararından sonra -ben avukatlık da yapıyorum- bütün davaları belirsiz alacak davası olarak açasım var. Nasıl olsa yanlış yaptıysak bir yerde dönecek, düzeltme imkânıyla birlikte dönecek. Ama bir anekdot da eklemiş olayım: Bir hukukî görüş, mütalaa için bir dava dilekçesi getirilmişti, daha önce bunu birkaç yerde konuştum. Bana "Hocam, dilekçeyi okur musunuz, sizce önereceğiniz nedir?" diye getirdiler. Dilekçeyi okuyorum, hiçbir şey anlamadım. "Yani şimdi, ben okudum ama, siz belirsiz alacak davası mı açtınız, kısmi dava mı açtınız, siz ne istiyorsunuz tam olarak?" "Hocam, tamam, bizim istediğimiz buydu" dediler. Meğer gaye şuymuş: Yarın öbür gün yargıya gittiği zaman eğer derlerse ki "Ya, belirsiz alacak davası açmışsın, şartları yok" "Olur mu efendim, biz kısmi dava açtık aslında. Yok kısmi dava derler, zaman aşımı yüzünden reddetmek gibi bir yola giderlerse 'Olur mu efendim, biz belirsiz hak davası açtık işte bu dilekçede bu da var" demek için. Bu bir hukukî güvenlik belirlilik sorunudur. Bunun insan unsurundan kaynaklandığını düşünüyorum. Yani normalde düzenlemeye ilişkin de eleştiriler yapılabilir. Sayma suretiyle yazılabilir mi? Yazılamayacağı kanaatindeyim çünkü ücret diyemezsiniz, işte ücretin çok net sözleşmeyle belirlendiği bir ilişkide ücret alacağı belirsiz hak davasına konu olamaz ama ciro üzerinden ücretin kararlaştırıldığı hâllerde hiç şüphesiz belirsiz alacak davası gündeme gelebilir.

"Resen araştırma ilkesi mahkemelerde denenebilir mi?" Bu, tamamen hukuk politikasının ürünüdür yani bunun temel hak boyutuyla da taraflarca hazırlama ilkesinin uygulanması veya resen araştırma ilkesinin uygulanmasında herhangi birinin tercih edilmesini ben temel haklarla ilgili olduğunu düşünmüyorum. Bu, artık devletin o hukukî ilişkiye bakış açısıyla ilgilidir. Denenmek isteniyorsa pekâlâ denenebilir. Ben şahsen uygun olmadığı kanaatindeyim ama devlet bir politika tercihi olarak "Bu davalarda ben sonuçla ilgileniyorum" diyorsa, pekâlâ böyle bir yola müracaat edebilir.

"Zorunlu arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk..." Bundan sonra kaldırsanız da şu anda duyduğumuz sorunların bir kısmının ortadan kalkacağını düşünmüyorum. Usûl hukukuna ilişkin pek çok sorun var ama kötüye kullanılması bu yönüyle değil. İş uyuşmazlıkları açısından, aslında başlangıçta öyleydi diye biliyorum, keşke sigorta tahkimine benzer bir müessese oluşturulabilseydi, o konunun gerçekten uzmanları tarafından dava şartı arabuluculuktan daha fazla hukuk yargısına fayda sağlardı diye düşünüyorum.



Mustafa Bey'in sorusu "İstinafta kesinleşiyor, bu da Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırmış mıdır?" şeklinde. Yargıtay'da da kesinleşse gidecekti. Eğer siz Anayasa Mahkemesine "Ya bir deneyelim ne olur ne olmaz, bir sorun çıkar" diye umuyorsanız veya vekil bir yol varsa ben bunu kullanırım diyorsa... Sadece zaman yönetimiyle ilgili geri kalanı. Yargıtay'da kesinleşene de gidiyor, o dosyayı Yargıtay'a açsanız ve istediği sonucu alamazsa Yargıtay'da da bir miktar gidecektir. Bunun doğrudan Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırdığı kanaatinde değilim.

Ben içeriğine girmeyeceğim ama çok güzel ifade, Ece Hocamın sorusu, bana değildi ama bu Türkiye'deki çalışma düzeni, enformel, kayıt dışılığın çok fazla olması diye anladım, yanlış anlamış olabilirim. "Bu yüzden belirsiz alacak davası açılmasına müsaade edilmeli mi?" Aslında bununla ilgisi yok. Çünkü kayıt dışılığın söz konusu olduğu hâllerde aslında işçi şunu diyor: "Bana kâğıt üzerinde X'i gösterdi ama gerçekte olan X değil 3X idi" Dolayısıyla bunu zaten işçinin söylüyor olması lazım, resmî belgelerin doğruyu göstermediğini, buna dayanak olmayacağını söylemesi lazım. Dolayısıyla işçinin aslında böyle bir durumda ücretini, alacağını biliyor. Kayıt dışılık bunun gerekçesi olamaz diye düşünüyorum. Bilakis kayıt dışılıkta zaten işçinin o kaydın doğru olmadığını ve kendisinin aslında farklı bir alacağını olduğunu net bir şekilde ifade ediyor olması lazım.

İşte, belirsiz hak davasından sonra bir miktar azaldı ama aslında belirsiz alacak davasından önceki dönemde şöyle şeyler vardı: Dava açmadan önce çekilen ihtarnamede işçi yazardı "86.322 lira alacağımı ödeyin, sözleşmemi bu yüzden feshettim, alacağımı istiyorum, yoksa yasal yollara başvuracağım" Şimdi aynı işçi o hesabı yine yapıyor ama dava açması gerektiği yerde 10 TL, 10 TL, 10 TL, 10 TL toplam 40 TL üzerinden belirsiz alacak davası şeklinde dava açma yoluna gidiyor. Bana kalırsa, -bunu daha önce birkaç yerde yazdım da- "10 TL" diye dava açmak, dava açma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Yani sizin alacağınızın her hâlükârda 10 TL'den fazla olduğunu düşünüyorsanız... Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruda benzer bir şekilde kullanıyor diye biliyorum, hakkın korumaya değer değerinin ölçüsünden hareketle. 10 TL'lik bir dava ile bir hâkim, bir kâtip, iki tane avukat... Böyle iki yıl yargılama yapacaksınız. Sonuçta öyle olmayacak ama alacağı her hâlükârda 10 TL'den fazla ise ve manevi tazminat değilse, sembolik bir değeri yoksa ve böyle bir dava açmanın, dava açma hakkının kötüye kullanılmasıdır diye düşünüyorum.

Tekrar sürçülisan ettiysem affola. Saygılarımı sunuyorum.

Oturum Başkanı

Teşekkür ederiz Hocam.

Bana da soru yöneltildiği için kısa bir açıklama yaptıktan sonra oturumu kapatacağım.

Geldiğimiz aşamada belirsiz alacak davası olarak açılabilir davaları kazuistik olarak belirtmek belki de en uygun olanıdır. Maalesef yorumları temel ilkelere ve kanun hükümlerine göre değil, daha çok duygularımıza göre yapıyoruz. İstisnai bir dava âdeti genel bir dava hâline getirildi. Bir dava türü ancak bu kadar sulandırılabilir. İsviçre ve Alman mahkeme kararlarına bakın belirsiz alacak davası ile ilgili çok az sayıda karar bulursunuz. Oysa Türkiye'de internette belirsiz alacak davasına ilişkin binlerce karara ulaşılabilmektedir. Ülkemizde sanki 2011 yılından önce hak arama özgürlüğü yokmuş, ilk defa 6100 sayılı Kanunla hak arama özgürlüğü getirilmiş gibi bir anlayışla hareket ediliyor. Oysa şu an olduğu gibi, daha önce de kısmi veya

tam eda davası açma imkânı vardı. Tekrar belirtmek gerekirse, belirsiz alacak davası silahların eşitliği ilkesinin bir istisnasıdır. Hukukta istisnaların dar yorumlanması gerekir.

Anayasa'nın 142. maddesinin birinci fıkrasında mahkemelerin yargılama usullerinin kanunla belirleneceği düzenlenmiştir. Usul kuralları bir kanun hükmüne dayanmalıdır. Buna usul kurallarının kanuniliği ilkesi denilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava şartlarının yokluğu durumunda davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğini söylüyor. Buna rağmen "davanın usulden reddine karar vermiyorum" diyebilir miyim? Bu kanuna ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bir uygulama olur. Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygun yorum yapacaksa usul kurallarının kanuniliği ilkesini göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Alacağın zaman aşımına uğraması tehlikesini bertaraf etmenin yolu belirsiz alacak davası koşullarını mahkeme kararı ile ortadan kaldırmak ya da davanın usulden reddedilmesini engellemek olamaz. Daha önce ifade ettiğim gibi, böyle bir yaklaşım kanuna ve Anayasa'ya açıkça aykırı olur. Bu konuda yapılması gereken, belki de kısmi dava ile ilgili düzenlemeyi gözden geçirmektir. "Kısmi dava ile alacağın tamamı için zaman aşımı kesilmiş olur" şeklinde tek bir cümleyle soruna çözüm bulunabilir. Kuşkusuz bu çözüm mahkeme kararı ile değil, kanuni düzenleme ile gerçekleştirilebilir. Yani bu konu tamamen kanun koyucunun tercihiyle bağlıdır.

Hangi alacaklar için belirsiz alacak davası açılabilir? Belirsiz alacak davasına konu olabilecek alacakları tek tek saymak mümkün olmadığı gibi, doğru da değildir. Nitekim bu konuda bir içtihadı birleştirme talebi belirtilen sebeple reddedildi. Gerçekten aynı alacak kalemi şartlarının mevcut olup olmamasına göre belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Örneğin, yemek yardımının aynı olarak sağlanması ya da ücretin satış rakamlarının belirli bir oranı üzerinden ödendiği durumlarda kıdem tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilir. Buna karşılık, yemeğin aynı olarak sağlanmaması ya da ücretin satış rakamlarına bağlı olmadığı durumda kıdem tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilemez.

Tarafların özenli davranmaları gerekir. Dava ve cevap dilekçeleri özenle hazırlanmalıdır. Buna rağmen HMK.119. maddesi dava dilekçesindeki bazı eksikliklerin süre verilerek tamamlanmasına imkân vermektedir. Ancak bir eksikliğin tamamlattırılması ile yanlış olanın doğruya dönüştürülmesi aynı şey değildir. Hâkim yanlış yapıları doğruya çevirtemez. Avukatların dava ve cevap dilekçelerinin hazırlanması noktasında özen göstermeleri gerekir. Anayasa Mahkemesinin özensiz başvuruları reddetmesini ilkesel olarak yanlış bulmuyorum. Usule uygun yazılmayan dilekçelerin de reddedilmesi gerekir. Mevcut durumda maalesef avukatların işlerini hâkimler, hâkimlerin işini de bilirkişiler yapıyor.

Usul kurallarının uygulanmadığı yerde keyfilik başlar. Keyfiliğin olduğu yerde de hiç kimsenin hukuki güvenliği olmaz. Tarafların usul güvencesi anayasal teminat altındadır.

Evet, sözlerime burada son verirken, kıymetli hocalarıma tekrar teşekkür ediyorum. Katkı veren Anayasa Mahkemesi üyesi Sayın Yusuf Şevki Hakyemez'e ve diğer katılımcılara da teşekkür ediyorum. Oturumu kapatıyor, hepinize saygılar sunuyorum.



Sunucu – Yine İNTES Hatıra Ormanımızda konuşmacılarımız adına 10’ar adet fidan dikimi yapılacak ve bu sertifikaları vermek üzere Anayasa Mahkemesi Üyesi Profesör Doktor Sayın Yusuf Şevki Hakyemez’i davet ediyorum, buyurunuz efendim.

İlk olarak, Sayın Seracettin Göktaş’ın sertifikasını takdim edeceğiz... Alkışlarınızla...

Doçent Doktor Sayın Ersin Erdoğan adına da yine 10 adet fidan dikimi gerçekleştirilecek İNTES Hatıra Ormanında...

Profesör Doktor Sayın Mustafa Serdar Özbek, buyurunuz efendim... Çok teşekkür ediyoruz.

Birazdan üçüncü oturumumuza geçeceğiz, 15 dakikalık ara verelim, ardından yine sizleri salonumuza bekliyoruz.





ÜÇÜNCÜ OTURUM

Anayasa Mahkemesi
Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde
İş Hukuku Uygulamaları

Oturum Başkanı



Prof. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu

YÖK

Denetleme Kurulu Başkanı



Dr. Deniz Ugan Çatalkaya

Kadir Has Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Prof. Dr. Muhittin Astarlı

Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Prof. Dr. Ercüment Özkaraca

Marmara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi



Oturum Başkanı

PROF. DR. ALİ CENGİZ KÖSEOĞLU

YÖK

Denetleme Kurulu Başkanı

Öncelikle toplantının hazırlanmasına vesile olan, katkıda bulunan Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörünün şahsında emeği geçenlere, İNTES sendikasının yetkililerine ve bu anlamda katkı sağlayanlara, yüksek yargımızın başkan ve üyelerine ve katılımcılara katılımlarından dolayı teşekkür ediyorum.

Bireysel başvuru yolunun hukukumuzda girmesiyle birlikte bazı hukuk dalları üzerinde önemli etkileri olmuştur. İşte, böyle bir toplantıyı yapma fikri de buradan ortaya çıkmıştır. Gerçekten bireysel başvurunun hukuk âleminde ve akademik hayatta yer edindiğini görmeye başlamaktayız. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku da bireysel başvurunun en çok etkilediği alanların başında gelmektedir. Bireysel başvuru yoluyla verilen kararlar çalışma yaşamına etki ederken, çalışma hak ve özgürlüğünün gelişmesine de katkı sağlamaktadır. Yine bu konuda verilen kararlar İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun gelişiminde de önemli rol oynamaya başlamıştır. Son dönemde bireysel başvuru konusunda önemli akademik çalışmalar yapılmaya başlandı. Diğer bir anlatımla bireysel başvuru kararları çerçevesinde iş hukukuna ilişkin kurumların yeniden değerlendirilmesi yönünde akademik çalışmalar ve toplantıların sayısı arttı. Doğrusu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku burada bir öncü rol oynamaya başladı. Belirtilen anlamıyla bunu da değerli buluyorum.

Usul hukukuna ilişkin oturumun uzaması dolayısıyla seminer programında bir sapma oldu. Belirtilen nedenle zamanı ekonomik kullanmak için elimizden geleni yapacağız. Burada tebliğ sunan hocalarımdan da bu hususta anlayış bekliyorum.

Kıymetli hocalarıma söz vermeden önce belirtmem gerekir ki, her kurumun olaylara ve müesseselere kendine göre bir bakış açısı vardır. Bireysel başvuru meselesine hocalarım maddi hukuk açısından esasa girecekler. Ben de bu konuda biraz hazırlık da yapmıştım. Ancak süre sıkıntısı nedeniyle oraya girmeyeceğim. Sadece belirtmem gerekir ki somut olaylarda da görüyoruz, Anayasa Mahkemesinin konuya bakışı ile derece ve yüksek mahkemelerin bakış açısı arasında biraz farklılık olabilmektedir. Konuyu bir örnekle açıklamaya çalışacak olursak, malumunuz, cerrahlar ameliyat yaparlarken sıkıntılı bölgeyi çıkartmaya çalışırlar. Burada sıkıntılı yeri alırken biraz da derine gerek sağlam bölgeleri de alarak sorunu çözmeye çalışırlar. Anayasa Mahkemesinin bu anlamda kararları incelendiğinde aslında bakış açısı görülmekte ve anlaşılmaktadır. Ancak yine de bazen “aslında burası maddi hukuka da ilişkin, niye buraya girdi?” diyebilmekteyiz. Örneğin anlatmayı düşündüğüm bir tanesinde vardı. HIV virüslü bir hastanın işine işveren sağlık sebepleriyle son vermiş. Olay bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde Yüksek Mahkemenin konuyu değerlendirirken feshin son çare ilkesine uyulup uyulmadığının kontrolünü de istediğini görmekteyiz. Feshin son çare olma ilkesi açısından konunun değerlendirilmesini yapmış. Şimdi bunu niye yapıyor? Çünkü feshin son çare olma ilkesine uyulmamışsa bu anlamda bir hak ihlali söz konusu olacaktır. Bu da maddi manevi varlığını koruma hakkının ve özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına geliyor. Konuya Anayasa Mahkemesi açısından baktığımızda, hak ihlali konusunda karar verebilmesi için burada feshin son çare olma ilkesine işverenin uyup uymadığına bakması gerekir diyebiliriz. Ama maddi hukuk ve usul hukuku açısından baktığınızda, “Anayasa Mahkemesinin işi mi feshin son çare olma ilkesine uyulup uyulmadığı” denebilir. Konunun biraz böyle değerlendirilmesi gerekir kanısındayım.

Oturum başlığımız “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde İş Hukuku Uygulamaları” Burada üç değerli akademisyen meslektaşım sunum yapacaklar. Ben, önümdeki sıraya uygun olarak, öncelikle Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doktor Deniz Ugan Çatalkaya Hocama sözü vermek istiyorum. Genç meslektaşım özellikle Anayasa Mahkemesi bakış açısıyla ölçülülük ilkesini ortaya koyan çok güzel bir eser de ortaya koymuştu. Ben inanıyorum bu konuya da ciddi bir açılım getirecek. Süreniz yirmi dakika. Buyurun.



DR. DENİZ UGAN ÇATALKAYA

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Çok teşekkür ederim Sayın hocam.

Misafirperverlikleri için öncelikle Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesine ve İNTES'e teşekkür ederek ve doktora tezimi ölçülülük ilkesi üzerine yazdığımı hatırlayarak, beni toplantıya davet eden sayın hocalarıma şükranlarımı sunarak ve bütün katılımcıları saygıyla selamlayarak sözlerime başlamak isterim.

Çoğu zaman menfaatleri birbiriyle çatışan, üstelik eşit konumda olmayan sözleşme tarafları işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişki üzerine çalışırken, iş ilişkisinin klasik bir sözleşme ilişkisi olmaması, iş hukukunun kendine özgü yapısı üzerinde durulur.

İş ilişkisi hem sözleşmesel bir ilişkidir hem de bir güç ilişkisidir. Bir yanda Anayasa ile güvenceye kavuşturulmuş girişim özgürlüğüne sahip olan işveren, işletmesinin organizasyonunda söz sahibidir; diğer yanda işverene bağımlı çalışmayı kabul eden, sözleşmenin ekonomik anlamda zayıf olan tarafı işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, insan onurunun korunması gerekliliği söz konusudur. İşçi ve işverenin bu menfaatlerinin, özgürlüklerinin bir arada var olabilmesi, aynı işyeri çatısı altında korunabilmesi için bu özgürlüklerin gerekli düzeyi aşmamak kaydıyla karşılıklı bazı sınırlamalara tabi olması kaçınılmazdır. Diğer bir ifadeyle, işyerinde işçinin özel yaşama saygı hakkı da korunur. İşverenin girişim özgürlüğü de korunur. Ancak ne işçinin özel yaşama saygı hakkı mutlak ve müdahale edilemezdir ne de işverenin girişim özgürlüğü. Çatışan bu menfaatler arasında adil bir denge kurulması gereklidir. İşte bu menfaatlere örnek olarak, bugün bu oturumda iş hukuku uygulamaları açısından ben, işveren tarafından işyerinde bazı meşru gerekçelerle haberleşmenin izlenmesi karşısında işçinin özel yaşama saygı hakkı ve haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması/korunması konusuna değinmeye çalışacağım, bu konudaki bireysel başvuru kararlarından hareket ederek.

Bu kararlara ve kararlarda başvuru yöntemine değinirken de amacım, Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetimde işaret ettiği ölçütlere vurgu yapmak olacak. Çünkü bu ölçütlerden hareket edildiğinde görülecektir ki, işveren işletmesinin organizasyonu kapsamında elbette bir yetkiyle donatılmıştır ama bu yetki sınırsız değildir. Başlangıçta da belirttiğim gibi, bunun sınırını işçinin temel hakları çizmektedir. Peki, bu sınırlar neye göre çizilecektir? Anayasa Mahkemesinin denetim ölçütleri bize işverenin işletmesinin menfaatlerini koruma amacıyla işçilerin temel haklarına ne düzeyde müdahale edebileceğini, hangi koşullara uyulduğunda işverenin müdahalesinin bu sınavdan geçebileceğini gösterir. Dolayısıyla aslında bu ölçütleri bilmek, kavramak, yargısal denetim yapılırken işçinin temel haklarının ihlallerden korunmasını sağlayacağı gibi; işverenin de aranan ölçütlere uyduğunda müdahale niteliğindeki uygulamalarının ihlal sayılmamasını sağlayacaktır. Dahası, kanımca işyerinde haberleşmenin izlenmesiyle ilgili bu kararlardaki ölçütler artık öyle oturmuştur ki bundan böyle belki de bu konuda çok fazla ihlal kararı çıkmaması arzu edilir. Bu kapsamda tebliğimde izlemek istediğim plana göre, öncelikle temel altı ölçütü ve Anayasa Mahkemesinin bu ölçütlere hangi amaçla başvurduğunu hatırlatmayı, ardından beş farklı kararın somut olayları ışığında bu ölçütleri değerlendirmeyi düşünüyorum. Ancak somut olayları süre sınırı nedeniyle çok ayrıntılı açıklamam olanaklı olamayacak.

İşyerinde haberleşmenin izlenmesi konusunda değerlendireceğimiz beş tane karara kronolojik açıdan baktığımızda, Anayasa Mahkemesinin, çalışanların özel hayata saygı ve haberleşme özgürlüğünün korunması konusunda ilk olarak Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusunda önemli bazı ilkelere işaret ettiği ama izleyen kararlarında bu genel ilkelere atıfta bulunarak, kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında bu ilkeleri geliştirdiği dikkat çekmektedir. Gerçekten, başlangıçta, meşru amaç, bilgilendirme ve ölçülülük şeklinde formüle edilebilecek üç aşamalı değerlendirmenin ölçülülük denetimi bölümü, elverişlilik, gereklilik ve oranlilik olarak ayrıntılandırılmış ve menfaatler arasında adil denge ölçütü de eklenmiştir.

Peki, Anayasa Mahkemesi bu ölçütlere hangi amaçla başvuruyor? Aslında sabah da konuşuldu, Anayasa Mahkemesine göre çatışan çıkarların tespiti ve doğru dengenin kurulması, derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanıdır. Anayasa Mahkemesi, kamusal makamların takdir hakları kapsamında aldıkları kararları, özel yaşama saygı ve haberleşme hürriyeti bağlamındaki güvenceler açısından değerlendirir. Uyuşmazlıklar özel hukuk kişileri arasında olduğu için Anayasa Mahkemesi bu başvuruları devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alırken, tıpkı AİHM'in, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ila 11. maddeleri arasında yaptığı başvurular açısından izlediği metot gibi, bu pozitif yükümlülüklerin ulusal makamlarca nasıl yerine getirilmesi gerektiğine işaret etmekte ve bu ölçütleri bu amaçla ortaya koymaktadır.

Bu kapsamda değerlendirmeye çalışacağım bireysel başvuru kararlarında ortak nokta çalışanların kurumsal elektronik posta hesapları veya işverence tahsis edilen elektronik cihazlar üzerinden yaptıkları yazışmalara dayanarak işverence iş sözleşmelerinin feshedilmiş olmasıdır. Somut olayları çok kısaca hatırlatacağım.



Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusunda aynı şirkette çalışan iki işçi arasında duygusal bir ilişki olduğu iddia ediliyor. Başvuruculardan birinin eşi şirketin yönetimine, bu çalışanlar arasında bir ilişki olduğu konusunda ihbarda bulunuyor ve bu çalışanların elektronik posta yazışmalarını şirketin yönetimine sunuyor. Ardından bu yazışmalar incelendiğinde işveren tarafından bu iki kişinin de sözleşmesi madde 25/II uyarınca, yazışmaların müstehcenlik içerdiği, iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan durumların varlığı gerekçesiyle haklı nedenle feshediliyor.

İlk derece mahkemesi işe iade davasında, şirketin işçilere tahsis ettiği elektronik posta adresinden, mesai saatleri içinde özel amaçlı e-mail gönderilmesini doğruluk ve bağlılığa uymayan eylem sayıyor; evli olan davacının ise işyerinde bir kadın işçi ile gönül ilişkisine girmesi üzerine eşinin işyerine gelerek durumu yöneticilere iletmesi ve işyerinde olumsuzluklar yaşanması gerekçesiyle, davanın reddine karar veriyor. Kararlar Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleşiyor. Başvurucular, Anayasa madde 20 ve 22'de tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunduğunda Anayasa Mahkemesi, ihlal olmadığı yönünde karar veriyor.

İkinci karar E.Ü. başvurusu. Bir avukatlık ortaklığı bünyesinde ekip hâlinde çalışan bir grup işçi var. Bu ekibin içinde, ortaya çıkan tartışmalar sonucunda üç kişi bir kişi hakkında şikâyet dilekçesi veriyor, yönetici de olayı aydınlatmak için ekip lideri olan kişinin elektronik postalarını inceliyor ve ekip liderinin, tıpkı diğer işçilerin iddia ettiği gibi, başvuru ile aralarındaki nesnelliği bozacak düzeyde ve içerikte yazışmalar buluyor. Başvurucunun sözleşmesi haklı nedenle 25/II uyarınca feshediliyor. İlk derece mahkemesi işe iade davasını reddediyor, Yargıtay kararı onuyor. Anayasa Mahkemesi bu sefer bir ihlal kararı veriyor, burada kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna varıyor. Özellikle işyerinde elektronik postaların izleneceğine ve dinleneceğine ilişkin açık bir bilgilendirme yapılmamış olması, elektronik postaların içeriğine erişilmesinin gerekli olduğunun ispat edilememesi ve içeriklerin kapsamı belirsiz bir şekilde incelenmesi ihlal kararının temelini oluşturuyor.

Üçüncü karar olan Celal Oraj Altunörgü başvurusunda yine bir kurumsal e-posta hesabı söz konusu. Bu sefer bir banka çalışanı kendi şirket e-postası üzerinden eşi için açtığı şirketle ilgili bazı işlemler yapıyor. Bu konuda yazışmalar yapıyor. Dolayısıyla bir yandan iş sözleşmesi devam ederken hem başka gelir getirici bir iş yapıyor hem de kurumsal elektronik postasını kişisel sebeplerle kullanmış oluyor. Müfettiş incelemesiyle bunun tespiti üzerine sözleşmesi geçerli nedenle feshedilen işçi işe iade davası açıyor. İlk derece mahkemesi feshin geçerli nedene dayandığına karar veriyor, istinaf mahkemesi de itirazları kesin olarak reddediyor. Burada Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine bir ihlal olmadığı sonucuna varıyor.

Dördüncü karar, Samet Ayyıldız başvurusunda, başvuru, Sağlık Bakanlığına bağlı bir hastanede çalışan bir bilgi işlem yetkilisi, kurumsal bilgisayarında WhatsApp uygulamasını açarak özel yazışmalar yapıyor. Bilgisayar ekranını açık bıraktığı sırada işveren vekilinin buradaki mesajları görmesi üzerine bu mesaj içerikleri bu kişinin iş sözleşmesinin feshine dayanak yapıyor ve ilk derece mahkemesi işe iade davasında sadece feshin yazılı yapılmamış olması gerekçesiyle işe iadeye karar verirken; bölge adliye mahkemesi, burada fesih haklı

nedene dayanıyor, dolayısıyla yazılı bir fesih yapılmasına gerek yoktur diyerek, kesin olarak davanın reddine karar veriyor. Bireysel başvuru Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde, hem işverence söz konusu mesajların içeriklerinin denetlenmesi yönünden izlenen meşru amacın ortaya konulamamış olması hem önceden bilgilendirme yapılmamış olması hem de ölçülülük ilkesine aykırılık nedeniyle ihlal kararı veriliyor.

Son olarak Fırat Gerçek başvurusu, daha güncel bir karar. Karara konu olayda Fırat Gerçek'in bir iş arkadaşı Ö.Ç., işten ayrılıyor ve işten ayrıldıktan sonra işveren tarafından kendisine tahsis edilmiş olan kurumsal cep telefonunu işverene iade ediyor. İşveren, iade edilen cep telefonu üzerinde müşteri bilgilerine ilişkin bir inceleme yaparken, Ö.Ç.'nin telefonda kayıtlı kalan yazışmalarını tespit ediyor. Başvurucu ile Ö.Ç arasındaki yazışmalarda şirket çalışanları hakkında rahatsız edici, şirket çalışanlarının görev ve sorumluluklarını yerine getirmekten imtina ettiklerine dair hakaret içeren ifadeler olduğu belirtiliyor. Bunun üzerine başvurunun iş sözleşmesi feshediliyor. İlk derece mahkemesi davayı reddediyor, feshin haklı nedene dayandığını kabul ediyor; istinaf aşamasında feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varılıyor. Anayasa Mahkemesi, somut olayda, işveren tarafından bilgilendirmenin yeterli düzeyde yapılıp yapılmadığı konusunun, bir başkasına ait cep telefonunun denetlenmesi ve mesaj içeriklerinin feshi gerektirip gerektirmediği hususlarının da mahkemece tartışılmamış olduğuna dikkat çekiyor. İşverenin de izlenen amaçla uyumlu ve sınırlı bir inceleme yapmamış olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi ihlal kararı veriyor.

Somut olayları süre darlığı nedeniyle çok hızlı özetledim ama somut olayların birbirine çok benzer olaylar olduğu açık.

Peki, bu kadar benzer somut olaylar olmasına rağmen neden bazılarında Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken bazılarında ihlal olmadığı sonucuna varıyor. Şimdi Anayasa Mahkemesinin yararlandığı kriterlere tek tek bakalım: Bir kere, her şeyden önce "İşverenin işyerinde çalışanın kullanımına sunduğu iletişim araçlarını ve içeriklerini inceleyebilmesi için bunun meşru gerekçelerinin olması gereklidir" diyor Anayasa Mahkemesi. İletişimin akışı değil de içeriği denetleniyorsa bu meşru gerekçenin daha da güçlü olmasını arıyor.

İşverenin böyle bir meşru gerekçesinin bulunması ve bunun tespit edilmesi çok da zor değildir. Anayasa Mahkemesine göre, işlerin etkin şekilde yürütülmesi, bilgi akışı kontrolünü sağlamak, işçinin eylemlerine bağlı bazı cezai ya da hukuki sorumluluklara karşı korunmak, verimliliği ölçmek, güvenlik endişeleri gibi birtakım gerekçeler işverenin bu denetlemeyi yapması için meşru gerekçeler olabilir.

Üzerinde durduğumuz bu kararlarda Samet Ayyıldız başvurusu dışındaki tüm başvurularda Anayasa Mahkemesi aslında işverenin işlerin etkin yürütülmesi biçiminde meşru bir gerekçesinin olduğunu tespit ediyor. "Meşru bir amaç için işveren bu denetimi yapmıştır" diyor.

İkinci kriter ise, işçilere müdahale konusunda önceden açık bilgilendirme yapılması. İşverenin müdahalesinin ihlale dönüşmesi riskini yaratacak olan durumların başında işverenin, çalışanları bu konuda önceden bilgilendirmemesi geliyor. Özellikle bu sebeple ihlal kararları verildiğini görüyoruz. İşyerinde gerek e-postaların gerek internet ve iş amaçlı tahsis edilen cihazların kullanımı, denetlenmesi, denetlemenin kapsamı, amacı, sonuçları, buradan



hangi veriler elde ediliyor, ne kadar süre saklanıyor, ne amaçla saklanıyor gibi hususlarda işveren tarafından ayrıntılı bir politika oluşturularak işveren tarafından işçiyi bilgilendirme yapılması gerekiyor. Bu yapıldığı takdirde zaten kurumsal elektronik postasının, kurumsal bilgisayarının takip altında olduğunu bilen işçinin artık burada yapacağı yazışmalar açısından mahremiyet konusunda, gizliliğin korunması konusunda makul bir beklentisi olamayacağı kabul ediliyor. Ama “Bu bilgilendirme yapılmadığı takdirde işçi, işveren tarafından verilmiş bir cep telefonu da olsa, herhangi bir izleme yapılmadığı düşüncesiyle gizliliğinin korunacağı beklentisi içinde olabilir” diyor Anayasa Mahkemesi ve bunun haklı bir beklenti olduğunu kabul ediyor. Örneğin, Fırat Gerçek Başvurusunda, işverence düzenlenen belgede iletişim araçlarının inceleme ve denetleme yetkisinin, kullanım sınırlarının ve bu sınırların aşılması durumuna bağlı yaptırımın açıkça düzenlenip düzenlenmediği ve anılan belgenin işçilere bildirilip bildirilmediği hususlarının mahkemelerce tartışılmaması, ihlal kararının temelini oluşturuyor. İhlal olduğu sonucuna varılan E.Ü, Samet Ayyıldız ve Fırat Gerçek başvurularının ortak noktası, bilgilendirme olmaması ve bu durumun mahkemelerce tartışılmamış olmasıdır.

Peki, meşru amaca dayanan ve işçilerin önceden açıkça bilgilendirildiği bir uygulama yine de ihlal teşkil edebilir mi? Evet, izlenen amaç meşru olsa da bu meşru amaçla ölçülülük ilişkisi içinde olmayan bir müdahale, ihlal sayılacaktır.

Bu aşamadan sonra Anayasa Mahkemesi ölçülülük denetimine giriyor ve ölçülülük denetiminin ilk aşaması elverişlilik aşaması. İşverenin örneğin veri güvenliğini sağlama ya da işleri etkin biçimde yürütme gibi meşru bir amacı yerine getirmek için başvurabileceği izleme yönteminin bu amaca erişmede elverişli olması aranırken, yöntemin elverişliliği aslında çoğu zaman kararlarda tartışma konusu yapılmıyor.

Ama teknolojinin günümüzde eriştiği düzey, işverene, amacın gereklerini aşan, ölçüsüz nitelendirilebilecek denetimleri yapma olanaklarını sunma sakıncasını da barındırıyor. Bu nedenle işverenin başvurduğu denetim yönteminin amacı gerçekleştirmek için elverişli olması tek başına yeterli olmuyor işverenin aynı zamanda başvurulabilecek en hafif, en az müdahaleci yöntemi kullanması bekleniyor. Dolayısıyla, ölçülülük denetiminin ikinci aşamasında müdahalenin gerekli olup olmadığı değerlendiriliyor. Örneğin, veri güvenliği gerekçesiyle işçilere kurumsal bir elektronik posta verilmişse, bu elektronik postanın içeriğinin, akışının sürekli kontrol edilmesi yerine hacmi belli bir düzeyi aşan elektronik postaların ya da bunların dış bağlantılarının süzgeçten geçirilmesi gibi daha hafif bir denetimin tercih edilmesi yerinde görülüyor.

Örneğin E.Ü. kararındaki gibi, avukatlık ofisindeki ekip üyelerinin arasındaki ilişkilerin anlaşılabilmesi için, tanıklara başvurmak, işyeri kayıtlarından yararlanmak yerine, çalışanın binlerce e-postasının, kapsamı belirsiz biçimde denetim konusu yapılması kuşkusuz gerekli bir yöntem olarak görülemeyecektir. Böyle bir durumda bu uygulamanın haberleşmenin gizliliğine yönelik en hafif müdahale olmadığı açıktır.

Ölçülülüğün son aşamasında ise, mahkeme bu sefer müdahalenin amaçla oranlı olmasını, dar anlamda ölçülü olmasını arıyor. Anayasa Mahkemesine göre, iletişimin denetlenmesi ile işlenecek veya herhangi bir şekilde yararlanılacak veriler, ulaşılmak istenen amaçla sınırlı olmalı, bu amacı aşacak şekilde sınırlama ya da müdahaleye izin verilmemelidir. Örneğin E.Ü. kararında, ekip yöneticisinin, ayırt edilmeksizin ve kapsamı belirsiz biçimde tüm yazışmalarının

incelenmesi, Fırat Gerçek kararında işveren tarafından Ö.Ç'nin cep telefonu müşterilerin iletişim bilgilerine erişilmesi amacıyla incelenirken, Ö.Ç'nin WhatsApp yazışmalarına erişilmesi, amacı aşan, orantısız müdahalelerdir. Dolayısıyla burada meşru amacı aşan bir denetim ve inceleme yapıldığı, müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varılıyor. Buna karşın Celal Oraj Altunörgü kararında banka çalışanının elektronik postasını eşi için kurduğu şirket amacıyla kullanması durumunda, bu işçinin sadece başka bir işte çalıştığı iddiasını destekleyen elektronik postaların incelenmesi ve mahkemeye delil olarak sunulması, burada orantılılık ilkesine uyulduğuna işaret ediyor.

Anayasa Mahkemesi, meşru gerekçe, bilgilendirme, ölçülülük denetimi ardından son kriter olarak, çatışan menfaatler arasında adil denge sağlanmasını arıyor. Derece mahkemelerince yapılan yargılama sonucunda, acaba pozitif yükümlülükler yerine getirilmiş midir, bunu denetliyor. Taraflardan birine şahsi olarak aşırı bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede sonucuna varılabiliyor.

Anayasa Mahkemesinin temel hak odaklı yaptığı denetim kapsamında yararlandığı bu ölçütler ve izlenen yöntemden hareketle iş hukuku açısından, işverenin yapabileceği izleme denetleme uygulamaları açısından kısaca şu çıkarımları yapmak olanaklıdır:

İşveren işyerinde mutlak bir otorite midir? Hayır.

Ancak meşru gerekçeleri durumu haklı kıldığında, işçilerin haberleşmesini, iletişimini izleyebilir mi? Evet.

Peki bu izlemenin bir sınırı var mıdır? Evet. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin değindiğimiz ölçütlerine dikkat edilerek yapılacak, meşru amaçla ölçülü bir uygulama, ihlal olarak sayılmayacaktır.

Bunun bir sınırı olması da son derece doğaldır. Zira demokratik bir toplumda, yetkinin kullanılmasının sadece yetki sahibinin iyi niyetine terk edilmesi olanaklı değildir.

Bireysel başvurunun dönüştürücü etkisinden sabahki oturumda sayın hocalarım söz etti. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi kararlarında gördüğümüz temel hak odaklı bir yaklaşım, iş hukukunda da dönüştürücü bir etki yapacaktır diye düşünüyorum. Dahası, aslında bu etkiyi çoktan görüyoruz, ki haberleşmenin izlenmesi konusunda Yargıtay kararlarında da bu yönde değerlendirmeler olduğunu giderek gözlemliyoruz. Bu kapsamda, işyerinde haberleşmenin izlenmesi ve işçinin temel haklarının korunması açısından Anayasa Mahkemesinin kararlarına katıldığımı ve Yargıtay'ın da bu konudaki kararlarının bu yönde geliştiğini sevinerek takip ettiğimi de söyleyerek sözlerime son vermek isterim.

Sabrınız için teşekkür ederim.

Oturum Başkanı – Ben de iki hususta size teşekkür etmek istiyorum. Bir, süreye uyduğunuz için; ikincisi, bu akıcı ve güzel tebliğiniz için teşekkür ediyorum.

Şimdi sözü, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Profesör Doktor Muhittin Astarlı Hocama veriyorum.

Hocam, sizin süreniz de 20 dakika.



PROF. DR. MUHİTTİN ASTARLI

Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Değerli katılımcılar, hepiniz hoş geldiniz. Bu saate kadar sabırla dinlediniz.

Ben de Anayasa Mahkemesinin özellikle işyerinde iletişimin izlenmesi, işyerinde gönül ilişkisi ve işçilerin ifade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuru kararlarını değerlendirmek istiyorum.

I. İŞYERİNDE İLETİŞİMİN İZLENMESİNE İLİŞKİN KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesinin E.Ü. başvurusu (Başvuru Numarası: 2016/13010) ilgili olarak Deniz Hocamın bıraktığı yerden bir husus açmak isterim. İşyerinde iletişimin izlenmesiyle ilgili olarak işverence yapılacak bilgilendirmenin koşullarını da aslında Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 05.09.2017 tarihli Bărbulescu/Romanya kararına atıfla belirliyor. Bu tespitler de bizim için kıymetli. Özellikle insan kaynakları yöneticilerine ve uygulayıcılara yön gösterilmesi bakımından dikkatle izlenmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesine göre, işyerinde iletişimin izlenmesi ile ilgili olarak yapılacak bilgilendirmenin -somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde- en azından şu hususları içermesi gerekir:

İlk olarak bilgilendirmede iletişimin denetlenmesi ile kişisel verilerin işlenmesinin hukuki dayanağı ve amaçları yer almalıdır. Yani işveren hangi amaçla iletişim trafiğini izleyecek veya iletişimin içeriğini denetleyecek? E-posta trafiğini izlerken veya e-postaların içeriğini incelerken bunu hangi hukuki dayanakla yapacak?

İkinci olarak bilgilendirmede, bu denetlemenin ve veri incelemenin kapsamı belirtilmelidir. Yani işveren hangi kapsamda bir denetleme yapacak? Sadece internet trafiğini mi izleyecek

yoksa veri akışının içeriğini veya e-posta içeriklerini de denetleyecek mi? Bunların da bilgilendirmede yer alması gerekir.

Üçüncü olarak bilgilendirmenin, iletişimin izlenmesi ile elde edilen verilerin nasıl ve hangi sürede saklanacağını da içermesi gerekir. Sonuçta bir trafiği izlediniz. Aslında özel hayatı da içerecek ve ona müdahale edecek şekilde bu trafiği izlerken veya içeriği denetlerken, elde edilen verilerin ne kadar süre ve hangi koşullarda saklayacağını işçinin bilmesi gerekir. Zaten Anayasa Mahkemesi bilgilendirmede veri sahibinin bu verilerin üzerinde ne gibi haklara sahip olduğunun da kendisine bildirilmesini arıyor.

Dördüncü olarak, denetlemenin ve işlemenin sonuçlarının nasıl olacağının da bilgilendirmede yer alması gerekiyor.

Beşinci olarak, iletişimin izlenmesi ile elde edilen verilerin muhtemel yararlandırıncılarının kim olduğunun da bilgilendirmede yer alması gerekir. Yani bu veri trafiği izlenecek, örneğin e-postaların içerikleri denetlenecek, ama bu verilere iş yerinde kimler ulaşabilecek?

II. İŞÇİLER ARASINDAKİ GÖNÜL İLİŞKİSİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİN FESHİNE İLİŞKİN KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşyerinde gönül ilişkisine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin önüne bireysel başvuru suretiyle gelen olaylarla ilgili olarak verdiği önemli kararlar var.

H.Ç. başvurusuna (Başvuru Numarası: 2017/14907) konu olayda başvurusunun çalıştığı özel şirketi telefonla arayan bir kişi, başvurusunun terör örgütü mensubu olduğu, bombalı eylemde bulunacağı ve işyeri sahibine yönelik işyerinde sabotajda bulunacağı şeklinde ihbarda bulunmuştur. Bunun üzerine başvurusunun iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilmiştir. Fesih bildiriminde; başvurusunun V.B. isimli şirket çalışanı ile ilişkisinin olduğunun, bu ilişkiyi öğrenen V.B.'nin eşinin şirket çağrı merkezini arayarak başvurusunun canlı bomba olduğuna dair ihbarda bulunduğu yapılan iç araştırma ve V.B.'nin savunmasından anlaşıldığı, yapılan ihbar nedeniyle İlçe Emniyet Müdürlüğünün şirkette inceleme yaptığı, üretim kaybı, korku gibi huzursuzluk yaratan durumların meydana geldiği ifade edildikten sonra anılan olayın oluşumunda başvurusunun işyerinde başka bir çalışan ile yaşadığı ilişkinin etkili olduğu vurgulanarak 10/6/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi uyarınca iş akdinin feshedildiği belirtilmiştir. Manisa 1. İş Mahkemesinde dinlenen tanıklar beyanlarında; başvurusunun başarılı bir çalışan olması nedeniyle ekip liderliğine getirildiğini, başvuru ile V.B.'nin işyerinde yapılan iş nedeniyle bir araya geldiklerini, ancak aralarında iş ilişkisi boyutunu aşan bir ilişki olduğunu duymadıklarını, uygunsuz hâl ve hareketlerini görmediklerini ifade etmişlerdir. Mahkeme feshin geçersizliği ile başvurusunun işe iadesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; bomba ihbarının yapıldığı tarihte işyerinde üretimin aksadığı, durduğu ve bundan dolayı zarar oluştuğuna dair delil sunulmadığı, başvurusunun diğer çalışan ile çalışma alanında ya da işyerinde iş ilişkisi dışında farklı bir ilişkilerinin olduğuna dair delilin ortaya konulamadığı, başvurusunun savunmasının alınmadığı, başvurucaya atfedilen eylemlerle ilgili hususların şüpheye yer vermeyecek şekilde



ispatlanamadığı, feshin son çare olması ilkesinin ihlal edildiği ve fesih kararının yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi davanın reddine kesin olmak üzere karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (II) numaralı bendine göre yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınmasına gerek olmadığı, başvurucunun V.B. ile çalışma arkadaşlığı ilişkisini aşan bir ilişki yaşadığı, bu ilişkinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığından anlaşıldığı, bu durumun, haklı fesih sebebi ağırlığında olmasa da işin yürütümünü bozucu nitelikte olduğu, işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceği vurgulanarak iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, çalışana tanınan temel hak ve özgürlüklerin -somut olayda özel hayata saygı hakkının- işyeri sınırları dahilinde de korunduğu, kısıtlayıcı ve uyulması zorunlu işyeri kurallarının çalışanların temel haklarının özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği, işçinin aynı işyerinde çalışan başka bir işçiyle ilişki yaşamaya hâlinde işverenin sadece bu nedene dayanarak iş akdini feshedebileceğini kabul etmenin işçinin demokratik bir toplumda temel haklarına ve özgürlüklerine işyerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacağı, bu çerçevede çalışanın diğer bir çalışanla yaşadığı ilişkinin işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediğinin önem taşıdığı, somut olayda ceza soruşturması kapsamında ihbarı yapan kişinin V.B.'nin eşi olmadığı ve ihbarın var olduğu iddia edilen ilişki ile ilgisinin bulunmadığının ortaya çıktığı, ayrıca yargılama sürecinde işverenin anılan ihbar nedeniyle şirkete polisin gelerek inceleme yaptığı, işin durduğu ve bu nedenle zarara uğradığına yönelik iddialarını destekleyen belge sunmadığı, Mahkemenin bu konuda ayrıca bir araştırma yapmadığı ve dinlenen tanıkların işyerinde anılan olumsuzluklara yönelik beyanlarının alınmadığı, öte yandan üretime ara verilmiş ve işveren zarara uğramış olsa bile bu durumun başvurucunun kusurundan kaynaklanmadığının sabit olduğu hususları dikkate alındığında, başvurucunun yaşadığı iddia edilen ilişkinin işyerinde olumsuzluklara neden olduğu hususunun işveren tarafından ortaya konulamadığı, yargılama sürecinde başvurucunun başka bir işçiyle ilişkisinin olduğu, bu ilişkinin başvuru tarafından alenileştirildiği ve ilişkinin işyerine olumsuz etkilerinin olduğu, ayrıca oluşan olumsuzluklar nedeniyle iş akdinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği hususlarının işveren tarafından ortaya konulamadığı gerekçeleri ile Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu çerçevede, işyerindeki bir işçinin diğer bir işçi ile yaşadığı gönül ilişkisinin iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle feshine olanak verip vermediğinin incelenmesinde bu ilişkinin işyerinde işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediğine bakmak gerekir. İş yerinde yaşanan ancak işyerini herhangi bir şekilde olumsuz etkilemeyen bir ilişki bu anlamda bir haklı veya geçerli fesih nedeni yapılamaz. Anayasa Mahkemesi haklı olarak şöyle bir denetim usulü bulmak gerekir diyor. İş yerine ve işin işleyişine olan yansımaları nedir? Böyle bir ilişki var ama bu ilişki iş yerinde bir olumsuzluğa neden oluyor mu? Bu olumsuzluk hangi düzeyde oluyor? Buna bakarken de işyerinin kapasitesini, işyerinin büyüklüğünü, işçinin işyerinde ifa ettiği iş, işçinin sicilini, ilişkinin kim tarafından alenileştirildiğini veya benzeri unsurları göz önünde bulundur diyor. Anayasa Mahkemesi zaten, aslında dava konusu olayla

ilişkili olarak ihbarı yapanın da aslında ilişkisi olduğu iddia edilen kişinin eşinin olmadığını, ihbarı yapan üçüncü bir kişi olduğunu, işyerinde işverenin ortaya çıkan zararıyla ilgili herhangi bir delil sunmadığını oysa işverenin iddiasının işyerinde bombalı saldırı ihbarı nedeniyle üretimin durduğu, üretim kaybı olduğu şeklinde olduğunu ancak işverenin bu üretim kaybını veya işyerinde yaşanan olumsuzluğu da ortaya koymadığını, salt işçinin başka bir işçiyle ilişkisi olmasının haklı fesih sebebi olarak değerlendirilmeyeceğini söylüyor.

Burada özellikle Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusuna konu olayda işyerinde uygulanan bir iç yönetmelik hükmü var, buna da değinmek isterim. Diyor ki bir Personel Yönetmeliği'nde: "Çalışanlar özel yaşamlarını birbirlerine açacak kadar samimi olmaktan kaçınmalı, özel dostluklarını tercihen şirket dışındaki arkadaşlarıyla oluşturmaldır." İşte bu kapsamda işverenin yönetim yetkisi, işverenin yönetim yetkisinin işçinin iş yerindeki davranışları, bu anlamda çalışanların kendi aralarında sosyalleşmesi anlamında kuracakları arkadaşlıkları ve dostluklara müdahaleyi de içerecek bir kapsama sahip midir? Dolayısıyla işverenin yönetim hakkının sınırları nelerdir ve bu anlamda da işverenin bu konudaki emir ve talimatı veya iş yeri uygulamaları ve işçilerin özel hayatına nasıl müdahale eder? Müdahalenin sınırlarını görmeniz için yer verdim.

III. İŞÇİLERİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa, 26. maddesinde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"ni düzenlerken "Herkes" ile cümleye başlıyor. Buna göre, "Herkes düşünce ve kanaatini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir". Anayasa bu hürriyetin sınırlarını da söylüyor. Bunu yaparken kanunun öngördüğü iş sırlarının korunmasını da belirtiyor. Dolayısıyla da işverenin meslek sırlarının, iş sırlarının, üretim sırlarının korunması anlamında işçinin düşünceyi açıklama özgürlüğünü sınırlandırabileceğini kabul ediyoruz. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesi, işçinin işin görüldüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri üçüncü kişilere açıklaması yasak. Hatta bu iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam eden, dürüstlük kuralları gereği devam edebilen bir yükümlülük.

Şimdi, burada Anayasa Mahkemesi temel kuralı ortaya koyuyor, diyor ki: "İş ilişkisi içerisinde olmak ifade özgürlüğünü ortadan kaldırmaz". Anayasa Mahkemesine göre, "herkes"in ifade özgürlüğünden yararlanması esası gözetildiğinde işçilerin, bir birey olarak Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün korumasından yararlanması için herhangi bir engel olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla Anayasa'nın 26. maddesinin getirdiği güvence, yerine getirilen görevle bağlantılı bir şekilde genel olarak özel sektörde çalışanların, işverenleri hakkında yaptıkları beyanları da kapsamaktadır. (İlter Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016, § 26).

Anayasa Mahkemesi temel kuralı belirledikten sonra da bir metodoloji ortaya koyuyor: Biz bunu nasıl denetleyeceğiz? Öncelikle Anayasa Mahkemesinin klasik denetim ölçütlerine bakıyor: İşverenin işçinin ifade özgürlüğünü sınırlamasının veya buna müdahalesinin bir kanuni dayanağı var mı, meşru bir amacı var mı, demokratik toplumda gerekli ve ölçülü mü ve iş ilişkileriyle de ilgili olarak işçinin ifade özgürlüğü ile işverene karşı sadakat yükümlülüğü arasında adil bir denge mevcut mu? Çünkü sadakat borcu iş sözleşmesinin en önemli



borçlarından bir tanesidir. İşçi, işverene sadakatle iş görmek, işverenin hak ve menfaatlerini korumak, hak ve menfaatlerine zarar verecek her türlü davranıştan da kaçınmakla yükümlüdür. Dolayısıyla bu ikisi arasında bir adil denge kurmak gerekiyor. Şimdi, bu adil dengenin ölçütleri ne? Aslında Anayasa Mahkemesi onu da ortaya koyuyor: Dile getirilen düşünce açıklamalarının nerede, kimlerle ve hangi şartlarla paylaşıldığı, başvurucunun amacı, iyi niyetli olup olmadığı, ifade özgürlüğünün sırf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı, yürütülen kamusal tartışmanın önemi, yapılan açıklama ve kullanılan sözlerin bu kamusal tartışmaya yaptığı katının ağırlığı işçinin ifade özgürlüğü ile işverenin şeref ve itibarının korunması hakkı arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak ilkelerdir.

Şimdi Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları ışığında bu ilkeleri açmak istiyorum. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü kötü niyetlerle işverene zarar vermek amacıyla kullanılmamalıdır. Onun için, bizim bakmamız gereken, sırf işverene zarar vermek kastıyla bir açıklama mı yapılmış, yoksa işçinin kendi kişisel durumunu, iş yerinde yaşadığı olumsuzlukları veya işyerinde yaşadığı herhangi bir durumu açıklamak için mi bir beyanda bulunmuş? Örneğin, Volkan Çakır kararında bir iş müfettişi var, bir kamu bankasında çalışıyor. Telefonuna banka genel müdürünün odasının önündeki kolileri gösteren, onun görevden ayrıldığı düşüncesini yaratan bir fotoğraf geliyor. O da bunu, yine müfettişlerden oluşan, hatta ona denetim yapacak Teftiş Kurulu Başkanının da içinde bulunduğu bir grupta paylaşıyor. Anayasa Mahkemesi, “... Başvurucu, işveren bankada müfettiş olarak görev yapmakta olup başvuruya konu fotoğrafı sadece aynı bankada kendisi gibi müfettiş olan belirli sayıda arkadaşının bulunduğu WhatsApp grubunda paylaşmıştır. Üstelik başvurucunun iddiasına göre grup üyelerinden biri de başvuru hakkında soruşturma açmaya yetkili kişilerden olan teftiş kurulu başkan yardımcısıdır. Bu çerçevede söz konusu paylaşımın kişilerin güvendikleri insanlarla kurdukları kapalı bir grupta yapıldığı anlaşılmakta olup başvurucunun söz konusu paylaşımı yapmakta kötü niyetinin bulunduğu veya işverene zarar verme amacının bulunduğu söylemek mümkün görünmemektedir. (Volkan Çakır, B. No: 2017/35488, 7/4/2021, § 30)” şeklinde değerlendirme yapıyor.

Anayasa Mahkemesine göre, şikâyet hakkı ifade özgürlüğü kapsamındadır. Dolayısıyla işçi de işvereni şikâyet hakkına sahiptir. İşçi, iş yerinde yaşadığı hak ihlallerini, hukuka aykırı durumları kamu makamlarına bildirebilir. Nitekim İlter Nur Başvurusunda Mahkeme bu hususu şu şekilde ifade ediyor. “Başvuru konusu olayda, işçi olan başvuru, işverenin faaliyetleri hakkında BİMER’e şikâyet dilekçesi yazarak kendi durumu ile ilgili sıkıntıları ve firmanın davranışlarını ihbar etmiştir. Bu nedenle bir işçinin, çalıştığı iş yerindeki hukuka aykırılıklar veya işverenin yaptığı haksızlıklar nedeniyle kamu otoritelerini uyarması kural olarak ifade özgürlüğünün güvencesi kapsamındadır. Bu durum işyerinde olan olayların farkına varan sadece bir veya bir grup işçiyi ilgilendirebileceği gibi işverene ya da kamuoyuna duyurulması şeklinde de meydana gelebilir (İlter Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016, § 33)”.

Anayasa Mahkemesi, kamusal tartışmaya hizmet eden açıklamalar daha geniş kapsamlı bir anayasal korumadan yararlanmalıdır diyor. Örneğin Gülbiz Alkan başvurusunda da bir

siğınma evinin kapatılmasıyla ilgili bir problem var. Bir belediyenin siğınma evleri kapatılıyor, kapatılan siğınma evlerinde de uzun zamandır görevli bir kadın çalışan, bu siğınma evlerinin kapatılmasının son derece yanlış olduğu, bunun çok önemli bir amaca hizmet ettiğine ilişkin bir kamuoyu oluşturmaya çalışıyor. Bu kapsamda, gazetecilerle görüşüyor. Hatta ünlü bir kadın gazetecinin konuyu haber yapmasını sağlıyor, gazeteci hafta sonu köşesinde bu konuyu ele alıyor, Anayasa Mahkemesi diyor ki: "... başvurucunun söz konusu siğınma evinde yıllarca koordinatör olarak çalışmış olması, yurt içinde ve yurt dışında kurumu temsil etmiş olması göz önüne alındığında böylesi önemli bir konuda fikir beyan etmesi doğal karşılanmalıdır. Bu anlamda başvuru tarafından kullanıldığı kabul edilen sözlerin nispeten basit, kaba ya da alaycı olması kamusal tartışmaya yaptığı katkının ağırlığını gölgelememelidir. (Gülbiz Alkan, B. No: 2018/33476, 7/10/2021, § 45)".

Anayasa Mahkemesi İlter Nur başvurusunda (B. No: 2013/6829, 14/4/2016, § 38) ifade özgürlüğünün kapsamı değerlendirilirken ifadelerin bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, sadece ifadelerin belli bir cümlesini, belli bir kelimesini esas alarak sonuca varmanın hatalı olacağını söylüyor. Çünkü ifadelerin bağlamından kopararak incelenmesi Anayasa'nın 13 ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında hataya sebep olabilir. Dolayısıyla sadece kullandığı bir ibareyi cümle içerisinde çekip, genel tablo içerisinde işçinin yaptığı şikâyeti veya işçinin talebini görmezden gelerek sadece bir kelimeyi veya cümleyi esas alarak işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı sonucuna varılması doğru olmaz.

Anayasa Mahkemesine göre, abartılı veya kışkırtıcı ifadeler de ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde kalabilir. Zira ifade özgürlüğü, sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden, rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Zira Mahkemeye göre, hoşgörü ve açık görüşlülük demokratik bir toplum için son derece kıymetlidir. Bu nedenle de işçilerin şikâyetlerinin yardım çığlığı şekline dönüşmesi sırasında kullandığı kaba, rahatsız edici sözlerin de şikâyet hakkı içerisinde, ifade özgürlüğü içerisinde kalabileceğini kabul ediyor. Örneğin, "... başvuru, kullandığı ifadelerde taşeron işçilere yönelen baskının ancak "yöneticilik ve insanlık vasıfları taşımayan kişiler" tarafından yapılabileceğini iddia etmiş; eleştirilerini abartılı bir şekilde ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında ifade özgürlüğünün bir dereceye kadar abartıya hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir (Kadri Eroğul, B. No: 2019/976, 11/5/2022, § 27)". Ancak hatırlatılmalıdır ki, kararın içerisinde işçinin bu beyanları bir ceza davasına da konuyor. Ceza mahkemesi bu beyanlarla kurum yöneticilerine hakaret edildiği gerekçesiyle ceza kararı veriyor ancak hükmün açıklanmasını geri bırakıyor.

Anayasa Mahkemesine göre, işçinin iş yerindeki pozisyonu ve dışarıdaki sıfatları da dikkate alınmalıdır. Yani işçi bu ifadeleri hangi sıfatla kullandı; işyerinin işçisi olarak mı, yoksa temsil ettiği bir kurumu veya bir topluluğu temsilen mi kullandı? Nitekim Kadri Eroğul KATAŞDER denilen taşeron işçilere yönelik faaliyet gösteren bir derneğin Genel Başkanı ve görevbildiğim kadariyle genel olarak yönetici tabiriyle tüm kamu yöneticilerini de kapsayacak şekilde bir ifadede bulunuyor. Oysa kararda farklı olarak ceza mahkemesi kararında kurum yöneticilerine



hakaret nedeniyle bir ceza veriliyor. Ama burada Anayasa Mahkemesi diyor ki: “Başvurucu, alt işverene bağlı olarak Kurumda çalışmasının yanı sıra kamu kurumunda çalışan taşeron işçilere yönelik faaliyet gösteren KATAŞ-DER’in genel başkanlığı görevini de sürdürmektedir. Bu bağlamda başvurunun taşeron işçilere ilişkin meselelerde bildireceği görüşlerin taşeron işçi kimliğinin ötesinde, yürütmekte olduğu dernek başkanlığı görevinin de bir gereği olarak -temsil ettiği sivil toplum kuruluşunun ilgi alanındaki- toplumsal meseleleri de kapsadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde başvurunun söz konusu ifadeleri hangi sıfatla açıkladığı ve bu ifadelerle kimi hedef aldığının tespit edilmesi hayati önemdedir (Kadri Eroğlu, B. No: 2019/976, 11/5/2022, § 25)”.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında Mahkemenin başvurunun kullandığı ifadelerle onun verdiği anlamın ötesinde bir anlam vermemek gerektiğini vurguladığını görüyoruz. “Başvurucu, eldeki başvuruya konu paylaşımında genel nitelikli “yönetici” kavramını kullanmış ancak sözlerinin belirli bir kimseyi hedef aldığını yönelik herhangi bir ifade kullanmamıştır. Ancak mahkemeler tarafından başvurunun taşeron işçi olması ve ceza davasına katılanların da başvuru ile aynı kurumda yönetici olması gerekçe gösterilerek sözlerin muhataplarından bir kısmının kurum yöneticileri olduğu kabul edilmiştir (Kadri Eroğlu, B. No: 2019/976).

Derece mahkemelerinin başvurunun asıl amacının kurum yöneticilerini küçük düşürmek olduğunu kabul etmesi ancak başvurunun kullandığı kelimelere onun verdiği anlamın ötesinde anlamlar yüklemesi ile mümkün olmuştur. Başvurunun kullandığı ifadelerle onun verdiği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemelidir (Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 69). Derece mahkemelerinin başvurunun dernek başkanlığı kimliğini dikkate almayarak ve doğrudan işaret edilmediği hâlde dolaylı bağlantılarla başvurunun kurum yöneticilerini hedef aldığını kabul ederek yaptıkları aşırı bir yorumun benimsenmesi kamusal konuşmaları imkânsız hâle getirecektir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. Kemal Kılıçdaroğlu (3), B. No: 2015/1220, 18/7/2018, § 64)”.

Eşitlik ilkesi var, toplu iş hukuku konuları vardı, onları da sorarsanız anlatırım. Sendika hakkına ilişkin de Anayasa Mahkemesi kararlarını da değerlendirmek istedim ama bir önceki oturum çok uzayınca bize az zaman kaldı.

O zaman ben daha fazla vaktinizi almayayım, Ercüment Hocanın vaktinden çalmayayım.

Teşekkür ediyorum, iyi akşamlar diliyorum.

Oturum Başkanı – Muhittin Hocama teşekkür ediyorum.

Şimdi de tebliğlerini sunmak üzere Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Profesör Doktor Ercüment Özkara Hocama söz veriyorum.

Hocam, sizin süreniz de 20 dakika.



PROF. DR.ERCÜMENT ÖZKARACA

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

ANAYASA MAHKEMESİNİN İŞ İLİŞKİSİNDE DAR ANLAMDA EŞİT DAVRANMA BORCU VE AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN BAŞVURU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Tebliğimizin konusu Anayasa Mahkemesi'nin Burcu Reis isimli başvurusunun, işverenin bazı işçilere kreş yardımı sağlamasına rağmen kendisine sağlamadığı, bu nedentle ayrımcılığa uğradığı iddiasına ilişkin kararının¹ incelenmesidir. Söz konusu karar, iş hukuku öğretisinde hâlihazırda mevcut bir tartışmayı canlandırmıştır. Tartışma şu noktadadır: 4857 sayılı İş Kanunu m.5 hükmünde düzenlenen ayrımcılık tazminatı, işverenin genel (dar) anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hâllerinde de uygulanabilir mi? Yoksa bu yaptırım maddede örnek olarak sayılan ayrımcılık temellerinin veya benzerlerinin varlığı hâline mi özgüdür? Anayasa Mahkemesinin Burcu Reis kararı, bizim de konuya ilişkin bir Yargıtay kararını bu tartışma kapsamında incelediğimiz bir dönemde yayınlanmıştır. Yargıtay, söz konusu kararında, cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddia kanıtlanamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesinin, eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğunu ve ayrımcılık tazminatının koşullarının bulunduğunu kabul etmiştir². Ancak karara ilişkin olarak bilimsel toplantılarda yapılan tartışmalar sırasında 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Göktaş, Daire içtihadından bir

1 Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28.12.2021, RG, 27.01.2022, 31732.

2 Yarg. 9. HD, 05.10.2020, E. 2017/16279 K. 2020/10415, Karar ve değerlendirilmesi için bkz. **Özkaraca**, **Ercüment/Ünal Adınır**, Canan: Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi), Sicil, S.46, 2021, 128 vd.

değişiklik olmadığını, kararda bazı hususların gözden kaçtığını ifade etmiş³ ve belirtilen görüş daha sonra verilen kararlarda da sürdürülmemiştir⁴.

Aşağıda değinileceği üzere, tebliğimizin konusunu oluşturan Burcu Reis başvurusuna konu olayda, işverenin bazı işçilere kreş yardımı sağlamasına rağmen kendisine sağlamadığını iddia eden işçinin, yaptığı kreş giderlerinin ödenmesi ve ayrımcılık tazminatı talepleri mahkemelerce reddedilmiştir. Bireysel başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi, “Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine” karar vermiştir. Kararda kullanılan bazı ifadeler nedeniyle belirtilen karar uyarınca artık işverenin genel (dar) anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması, başka bir deyişle farklı muamelenin ayrımcılık temeline dayandığının kanıtlanamaması hâlinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin mi gerekeceği hususu ciddi tereddütlere neden olmuştur.

Bilindiği gibi, Anayasamızın 10. maddesinde işverenin eşit davranma borcunun temelini oluşturan eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Hükme göre herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerden ötürü ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Anayasal eşitlik ilkesi hem ayrımcılık yasağını hem de ayrımcılık yasağı dışında kalan diğer farklı muameleleri ifade eden genel (dar) anlamda eşit davranma borcunu kapsayan bir ilkedir⁵. Bu bağlamda işveren işçiye karşı hem ayrımcılık yasağına hem de genel (dar) anlamda eşit davranma borcuna uygun hareket etmekle yükümlüdür.

İş hukukunda eşit davranma borcunun genel anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı şeklinde iki bileşeni olduğu kabul edilmektedir⁶. İş Kanunu m.5 hükmü ile iş ilişkisinde dil,

3 Bkz. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2019-2020, İstanbul 2022, Genel Görüşme, 164; karş. **Güzel**, Ali: İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, ags, 316; **Çil**, ags, 167-168. Çil de, her türlü ücret eşitsizliğinde ayrımcılık tazminatının doğmayacağına açık olduğunu, örneğin Hukuk Genel Kurulunun 2021 yılında verdiği iki kararında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması sebebiyle baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılan ancak asıl işverenin işçilerinden daha az ücret alan işçiler bakımından ücret farklarına hükmedilebileceğini ancak ayrımcılık tazminatına özel yasal koşulların oluşmadığını kabul ettiğini ifade etmiştir. İlgili karar açısından ise, kadın işçinin erkek işçilere nazaran daha düşük ücret aldığı ispat ettiğinde artık 5. maddedeki hafifletilmiş ispat yükü nedeniyle işverenin ayırımı haklı kılan gerekçeyi kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir, (ags, 167-168).

4 Örneğin Yargıtay belirtilen karardan hemen bir gün sonra, 06.10.2020 tarihinde verdiği bir kararında kanaatimizce de isabetli olarak, “...Somut uyuşmazlıkta, ücret alacaklarının muvazaaya dayalı olarak eksik ödenmesinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilemediğinin anlaşılması karşısında şartları oluşmayan ayrımcılık tazminatının reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, şeklinde hüküm kurmuştur (Yarg. 9. HD, 06.10.2020, E. 2016/24252 K. 2020/10625). Bu konuda bkz. **Özkaraca/Ünal Adınır**, 133-135.

5 **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21.Baskı, İstanbul 2021, 469; **Baysal**, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal ISGHD, C.7 S.25, 2010, 61; **Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, 426.

6 **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu Nurşen/Canbolat**, Talat/**Özkaraca** Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35.Bası, İstanbul 2022, 418; **Doğan Yenisey**, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4, 66; **Özkaraca/Ünal Adınır**, 131; **Yıldız**, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 63; **Ünal**, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018, 54; **Ugan Çatalkaya**, Deniz: İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2021/2, 861; **Dulay Yangın**, Dilek/**Özer**, Hatice Duygu: Anayasa Mahkemesi’nin İş ilişkisinde İşverenin Eşit Davranma Borcuna İlişkin Kararı ve Düşündürdükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13 S.2, 2022, 380; **Ertürk/Gürsel**, 431; **Aykaç**, Hande Bahar: Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması, Tankut Centel (ed.), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 2016, 55.

ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılması yasaklanmıştır. Sayılan bu ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda olmayıp, benzer nitelikteki durumlar hâlinde de hükme aykırılık gündeme gelebilmektedir. Yaş, cinsel yönelim, genetik özellikler ve fiziki görünüm temelli ayrımcı davranışlar, benzeri hâllere örnek gösterilebilir⁷. Ayrıca hükmün ikinci ve devamı fıkralarında kısmi süreli çalışan işçiler, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, cinsiyet ve gebelik temelli gerçekleştirilecek farklı işlemler özel olarak düzenlenmiştir. İş ilişkisinde veya devamı süresince hükümde sayılan durumlardan herhangi biri nedeniyle işçinin farklı işleme tabi tutulması hâlinde işçiye, m.5/6 hükmü gereği dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminat ve yoksun kaldığı hakları talep etme imkânı tanınmıştır. Hükümde sayılan hâllerin gerçekleştirilmesinin ispatı ise işçiye yüklenmiş olup, işçinin ihlalin varlığını güçlü şekilde gösteren kanıtlar sunması ile ispat yükü yer değiştirmekte, artık işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlaması gerekmektedir.

İş Kanunu m.5 hükmünün başlığı “*eşit davranma ilkesi*” olsa da özünde bu hüküm ile ayrımcılık yasağı diğer bir deyişle ayrımcılık yapmama borcu düzenlenmiştir. İş Kanunu m.5/2 hükmünde sayılan hâl haricinde düzenlemede ayırım yasakları sayılmış olup, dar anlamda eşit davranma borcu bu hükümde düzenlenmemiştir⁸. İş Kanunu m.5/1 hükmünde ayrımcılık temelleri, “*dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler*” şeklinde sayılmıştır. Bu sebepler sınırlı sayıda düzenlenmemiştir. Ayırım yasağına konu davranışlar kişinin insan olmasından kaynaklı olan ve değiştirilemeyen cinsiyet, renk, ırk, dil gibi hâller veya değiştirilmesi istenemeyen siyasal düşünce, felsefi inanç, din, sendikal tercih gibi durumlardır⁹. Bu hâller ayrımcılık temelleri olarak kabul edilir.

Ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindeki tüm hâller eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eden farklı muameleler olarak kabul edilir, fakat eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eden her farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde değildir¹⁰. Ayrımcılık yasağına konu edilebilen sebepler farklı muamelenin ayrımcılık temelleri ile güçlendirilmiş, nitelikli bir hâlidir. Ayrımcılık yapmama borcunun ihlaline sebep olan durumları diğer hâllerden ayıran unsur, farklı muamelenin ayrımcılık temellerine dayanmasıdır. Bu bakımdan ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcunu birbirinden farklı düşünmeyerek tek bir kavram üzerinden değerlendirmek isabetli olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin Ayla (Şenses) Kara kararı¹¹ incelendiğinde Yüksek Mahkemenin ayrımcılık yasağına aykırılıktan söz edilebilmesi için meşru olmaksızın yapılan farklı muamelenin yeterli olmayacağı, ayrıca ihlalin bir ayrımcılık temeline dayanması gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir. Kararda bu tespit, “*Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için kural olarak kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda,*

7 Süzek, 470.

8 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 418; Süzek, 470; Doğan Yenisey, Kübra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık, Legal ISGHD, S.7, 2005, 976-977; Özkaraca/Ünal Adınır, 131-132; Ünal, 102-104; Ugan Çatalkaya, 864; Aykaç, 116 vd.

9 Süzek, 469; Ugan Çatalkaya, 861; Ünal, 37 vd.; Dulay Yangın/Özer, 380-381, 384; Yıldız, 88.

10 Ugan Çatalkaya, 867; Dulay Yangın/Özer, 381.

11 Ayla (Şenses) Kara, Başvuru No. 2013/7063, 05.11.2015.



hangi temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığının tespiti gerekir. Ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvuru kişinin, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ifade etmesi yeterli olmayıp ayrıca bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. bir ayrımcılık temeline dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir. Somut olayda kadın işçinin cinsiyet temelli işten çıkarıldığı iddiasını kanıtlanamaması nedeniyle ayrımcılık ihlali iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir.

Dar anlamda eşit davranma borcu ise, haklı ve makul bir gerekçe olmaksızın aynı veya benzer nitelikteki kişilerin farklı muamele görmelerini ve birinden farklı olarak diğerine ayrıcalık tanınmasını yasaklayan bir borç olarak tanımlanmıştır¹². Bu borç genel anlamda eşit davranma borcu olarak da adlandırılmaktadır¹³. İşveren dar anlamda eşit davranma borcuna uygun hareket etmek zorundadır. Örneğin yönetim hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmadığı takdirde eşit davranma borcunun ihlali gündeme gelebilecektir. Farklı muamelenin dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleşmiş olması hâlinde dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Dar anlamda eşit davranma borcu dayanağını Anayasa m.10 hükmünden almakta olup¹⁴, bu borcun varlığı MK m.2 ile yani dürüstlük kuralınca da desteklenmektedir¹⁵. Dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağı arasındaki temel fark ayrımcılık yasağı bir ayrımcılık temeline dayanırken dar anlamda eşit davranma borcunun ihlaline sebep olan farklı muamelenin ayrımcılık temeli içermesine gerek yoktur¹⁶. Keyfi bir uygulama ile dar anlamda eşit davranma borcu ihlal edilmiş olabilmektedir.

Dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında farklı muamelenin varlığının tespiti bu ölçütlere uygun şekilde yapılmalıdır. İşveren aynı veya benzeri işçiler açısından dar anlamda eşit davranma borcu ile yükümlü olup, bu borç mutlak nitelikte değildir¹⁷. Dar anlamda eşit davranma borcunun mevcudiyetinin tespiti kıyaslama esasına dayanmaktadır¹⁸. Bu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için en az iki işçinin gerekmesine karşılık ayrımcılık yasağı için böyle bir şart mevcut değildir¹⁹.

Ayrımcılık yasağı-dar anlamda eşit davranma borcu ayırımı, iş hukukunda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eden farklı muamelenin niteliğine göre farklı sonuçların ortaya

12 Tuncay, Aziz Can: Eşit Davranma İlkesi, 1982, 5-6; Süzek, 469; Doğan Yenisey, 66; Ünal, 55; Ugan Çatalkaya, 861; Dulay Yangın/Özer, 380-381.

13 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 418-419; Aykaç, 51.

14 Çelik/Caniklioğlu /Canbolat/Özkaraca, 418; Süzek, Sarper: İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İHD, S.12, 2008, 25; Doğan Yenisey, 66; Ertürk/ Gürsel, 426; Özkaraca/Ünal, 132; Yıldız, 64-65; Ünal, 104; Aykaç, 51-52; Baysal, 61; Ugan Çatalkaya, 864; Dulay Yangın/Özer, 379.

15 Doğan Yenisey, 66; Ugan Çatalkaya, 875; Aykaç, 58.

16 Dulay Yangın/Özer, 384.

17 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 420; Süzek, 473; Doğan Yenisey, Metodoloji, 978-979; Ertürk/ Gürsel, 428-429; Aykaç, 62.

18 Ugan Çatalkaya, 877; Dulay Yangın/Özer, 384.

19 Süzek, 473; Ugan Çatalkaya, 877.

çıkabilmesine neden olmaktadır. Biz iş hukukunda öncelikle eşitliğe aykırı farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal niteliğinde mi yoksa dar (genel) anlamda eşit davranma borcunu ihlal niteliğinde mi olduğunu tespit etmekteyiz ve farklı muameleyi bu ayrımı dikkate alarak yaptırım ve sonuçlara bağlamaktayız.

Ayrımcılık yasağının varlığı hâlinde doğabilecek bazı hukuki sonuçlar dar anlamda eşit davranma borcu açısından gündeme gelmemektedir. İş Kanunu m.5/6 hükmünde düzenlenen ayrımcılık tazminatı, bu maddede sayılan ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindeki farklı muameleler ve benzeri durumların yanında istisna olarak m.5/2 hükmünde belirtilen sözleşme türlerine göre ayrımcılık hâlleri için düzenlenmiştir. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hâlinde ise ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi söz konusu olamaz²⁰. Öğretide, dar anlamda eşit davranma borcu açısından bu konuda kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun hâkim tarafından ayrımcılık tazminatı ile doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür²¹. Aynı yönde başka bir görüşe göre ise adalet ve hakkaniyet gereği bu çözüm yolunu tercih etmek gerekir²². Belirtelim ki, bu görüşler de dar (genel) anlamda eşit davranma borcunun ihlali durumunda da ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiğini savunmakla birlikte, genel anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağının farklı kavramlar olduğunu kabul etmektedirler. Yargıtay dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali hâlinde ayrımcılık tazminatı talep edilemeyeceğini, ayrımcılık tazminatının gündeme gelebilmesi için ayrımcılık temelli bir farklı muamelenin bulunması gerektiğini kabul etmektedir²³. Yoksun kalınan hakların talep edilmesi ise hem ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde hem de dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali hâlinde gündeme gelebilmektedir.

Tebliğimize konu Burcu Reis kararı, bahsettiğimiz konular ile ilgili farklı anlama gelebilecek nitelikte değerlendirmeler içeren bir karardır. Öncelikle belirtelim ki, iş hukukunun temel yapı ve kurumlarına aykırı içtihatların oluşması telafisi güç sorunlara sebep olabilecektir. Burcu Reis kararı, işyerinde çalışan bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken bazılarına sağlanmamasının dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı açısından değerlendirilmesine ilişkin bilgiler içermektedir. Somut olayda başvuru, C. şirketinde çalıştığı dönemde çocuğunu bir süre kreşe gönderdiğini ve bu hizmet için de 4.000 TL ücret ödediğini iddia etmiştir. Başvurucu bu hizmetin ya da ücretinin işverence sağlanması gerektiğini belirterek işverene karşı tazminat davası açmıştır.

Dava dilekçesinde işyerinde çocuklu bazı kadınlara kreş imkânı sağlanmışken davacıya bu imkânın verilmediği iddia edilmiştir. Ayrıca İş Kanunu (mülga) m.88 hükmü uyarınca çıkarılan (mülga) Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılması Şartlarıyla Emzirme Odaları

20 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 429; Süzek, 493; Özkaraca/Ünal Adınır, 133. Ugan Çatalkaya, 888-889; Ünal, 433; Aykaç, 116-117.

21 Yıldız, 329; Baysal, 76.

22 Ertürk/Gürsel, 448-449; Dulay Yangın/Özer, 383.

23 Yarg. 9. HD, 27.06.2022, E. 2022/6628 K. 2022/8345; Yarg. 9. HD, 14.01.2021, E. 2018/7135 K. 2021/920; Yarg. 9. HD, 26.01.2021, E. 2020/4817 K. 2021/2405; Yarg. 9. HD, 17.03.2021, E. 2020/9093 K. 2021/6337; Yarg. 9. HD, 05.02.2020, E. 2017/15337, K. 2020/1522, (Lexpera).



ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik²⁴ m.15 hükmü kapsamında sağlanması gereken kreş imkânının sağlanmadığı ve bu yükümlülüğün ihlal edildiği belirtilmiştir. İlgili hükümde işverene, belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan işyerlerinde 100-150 kadın işçinin çalıştığı durumlarda sayılan şartlara uygun olarak emzirme odası kurulması, 150'den fazla kadın işçinin çalışması hâlinde ise yurt kurulması zorunluluğu yüklenmiştir. Davacı kreş imkânı sunma yükümlülüğünün ihlalden kaynaklı olarak 4.000 TL'lik masrafının yasal faiziyle birlikte ödenmesi yanında eşit işlem borcuna aykırılıktan kaynaklı olarak ayrımcılık tazminatı talebinde bulunmuştur.

İşveren bu iddialara karşılık, kreş açma yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımının idari para cezası olduğunu, işçinin ödediği kreş ücretini talep edemeyeceğini savunmuştur. Ayrıca işveren imkânları ölçüsünde bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini, işçinin işe başladığı işyerinde kreş mevcut iken nakledildiği işyerinde kreş bulunmaması hâlinde bile kreş yardımı sağlandığını, başladığı mağazada kreş mevcut değilken nakledildiği mağazada kreş mevcut ise yine bu haktan yararlandırıldığını belirtmiştir. Olayda, bir işletme söz konusu olsa da işyeri esaslı kreş uygulaması söz konusudur.

İlk derece mahkemesi işçinin ayrımcılık tazminatı talebinin kabulüne, buna karşılık yoksun kaldığı haklar ile kreşe ödenen bedelin tazmini isteminin ise reddine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, işverenin kreş imkânı sağlama açısından işçileri farklı muameleye tabi tuttuğu tanık beyanlarıyla ispat edilmiş olup, işveren aksini gösterecek bir delil sunmamıştır. İlk derece mahkemesince ayrıca başvurunun ancak ayrımcılık tazminatı ile yoksun kaldığı hakları isteyebileceği, çocuğunun kreşi için yaptığı masrafları talep edemeyeceği, bu sebeple kreşe ödediği tutara ilişkin talebinin kanuni dayanağının bulunmadığı açıklanmıştır.

İlk derece mahkemesi kanaatimizce isabetsiz olarak, eşit davranma borcu bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın, işyerinde çalışan aynı durumdaki işçiler arasında yapılan farklı muamelenin ayrımcılık tazminatına hak kazandırdığını kabul etmiştir.

Tarafların temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için farklı muamelenin ayrımcılık temeli sayılan hâllerin varlığı ile gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmiştir. Kararda, davacı, Anayasa m.10 ve İşK. m.5 hükmünde sayılan ayrımcılık temellerinin somut olayda mevcut olduğunu ispat edemediğinden yerel mahkemece ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Başvurucu aleyhine bozma kararını müteakip, ilk derece mahkemesi yoksun kalınan haklar ve kreş imkânı açısından daha önceki gerekçelerle, ayrımcılık tazminatı açısından ise bozma kararında belirtilen gerekçelerle davacının taleplerini reddetmiştir. Bunun üzerine davacı tarafından bireysel başvuru yoluna gidilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, aile hayatına saygı hakkı ve kişinin sahip olduğu menfaatlere müdahale olup olmaması üzerinden ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eden bir davranışın mevcudiyetini incelemiştir. Bu kapsamda mülga Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılması Şartlarıyla

²⁴ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, RG, 14.07.2004, 25522.

Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik m.15 hükmü kapsamında işverenin kreş kurma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmiştir. Kanun koyucu kadın işçinin kreş imkânına sahip olmasını kanuni bir hak olarak düzenlemiştir. Kararda, bu hakkın bir sonucu olarak kişinin bir menfaatinin mevcut olduğu ve ayrımcılık yasağı açısından bu hakka müdahale edilip edilmediğinin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Mahkemeye göre, Anayasa m.10 hükmü kapsamında bir inceleme yapılabilmesi için aynı veya benzer durumdaki kişilerin farklı muameleye tabi tutulmuş olması gerekir. Farklı muamelenin varlığı doğrudan ayrımcılık yasağının mevcut olduğu anlamına gelmemekte, Anayasa m.10 hükmünde sayılan veya bu hâllere benzer nitelikteki ayrımcılık temellerine dayalı farklı muamelede bulunulması gerekmektedir. Ayrımcılık temelleri açısından sınırlı yaklaşım benimsenmemiştir. Anayasa m.10 hükmü ile nesnel ve haklı bir gerekçe olmaksızın aynı ya da benzer nitelikteki kişilere farklı muamelede bulunulması yasaklanmış olup, aksi durumun ise ayrımcı karakterli olduğu kabul edilmiştir. Ayrımcılık iddiası incelenirken Anayasa m.10 hükmü kapsamında farklı muamelenin var olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu bakımdan öncelikle aynı işyerinde çalışan ve kreş çağında çocuğu olan kadın işçilerin benzer durumda olup olmadığı ve benzerlik mevcut ise farklı muamele yapılıp yapılmadığının tespiti için kıyaslama yapılmalıdır.

Mahkemeye göre, işverenin bazı kadın işçilere kreş imkânı sağladığı sabit olmakla birlikte hangi kriterlere göre bu imkânın sağlandığı anlaşılmadığından farklı muamelenin dayandığı ayrımcılık temeli tespit edilememiştir. Ayrıca farklı muamelenin nesnel ve haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı da incelenmelidir. Anayasa m.10 hükmünde düzenlendiği kabul edilen ayrımcılık yasağının amacı, benzer kişiler arasında yapılan farklı muamelelerin haklı ve makul gerekçelere dayanıp dayanmadığını tespit etmektir. Hükümde sayılan sebepler ayrımcılık yasağı açısından objektif ve makul olmayan gerekçelere örnek teşkil etmektedir. Kararda haklı ve makul gerekçeye dayanmayan tüm farklı muamelelerin doğrudan ayrımcılık yasağını ihlal edeceği kabul edilmiştir. Bu durum ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu ayrımı gözetilmeksizin bir inceleme yapıldığı izlenimi yaratmaktadır.

Karara göre, farklı muameleyi başvuruçunun ispatı etmesi gerekir. Buna karşılık farklı muamelenin varlığı ilk bakışta anlaşılabiliriyorsa başvurunun ispat etmek için bir çaba göstermesi gerekmez. Mevzuattan kaynaklanan veya uygulamadan kaynaklansa da farklı muameleyi gerçekleştiren kişinin niyetinden bağımsız ortaya çıkan durumların varlığı hâlinde başvuruçuyu ispat yükü altında değildir. İlk bakışta anlaşılan farklı muamelelerde, kişinin farklı muamelenin sebebini ispat etmesi beklenemez. Çünkü farklı muameleyi gerçekleştiren kişinin iç dünyasında var olan, örneğin keyfi olarak farklı muamele yapması, bir sebebin ispatının farklı muameleye maruz kalan tarafa yüklenmesi makul bir yöntem olarak kabul edilemez. Aksi kabulün hukukun denetiminden kaçırılmış bir alan oluşmasına sebep olacağı belirtilmiştir. Kişinin ayrımcılık yasağının ihlaline sebep olan farklı muamelenin varlığını ispat etmesi yeterli olacaktır.

Kararda ilk bakışta anlaşılan farklı muameleler açısından işveren farklı muameleye temel teşkil eden düşüncüyü açıklamamış olsa bile, farklı muamelenin ortaya çıkmasının bir gerekçesinin her hâlükârda mevcut olduğu, gerekçesi olmayan bir farklı muamelenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Sebebi açıklanmamış farklı muameleler (örneğin keyfi bir temelde gerçekleştirilen farklı muameleler), sebebi açıklanmış farklı muamelelerden daha az önemli görülemez. Sebep bilinmiyor olsa bile yapılan davranışlar Anayasa m.10 hükmünün kapsamına giren farklı muamelelerdir. Bu bilgiler ışığında, işverenin diğer işçilere kreşten yararlanma imkânı verirken başvurucuya kreş imkânı sağlamamasının ilk bakışta anlaşılabilir bir farklı muamele olduğu kabul edilmiştir. İşçinin farklı muameleyi ispat etmesi yeterli görülmüş, farklı muamelenin sebebini ispat etmesi beklenmemiştir. Farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığı ise işverence ispat edilmelidir.

Farklı muamelenin ispatına ilişkin tespitlere katılmaktayız²⁵. İş Kanunu m.5/son hükmüne bakıldığında farklı muamelenin ispatı için işçinin eşit davranma borcunun ihlalini güçlü şekilde gösteren deliller sunması durumunda ispat yükünün yer değiştirdiği ve işverene geçtiği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı bu düzenleme ile uyumaktadır. Gerçekten ilk bakışta anlaşılan bir farklı muamele söz konusu ise artık işçinin farklı muameleye maruz kaldığının ispat etmesi beklenmemelidir. Karara konu olayda farklı muamele mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülüğten ortaya çıkmıştır. Başka bazı işçilerden farklı olarak başvuru işçiye kreş imkânı verilmediğinden farklı muamele yapıldığı açıktır.

Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin işverenin kreş açma yükümlülüğü yerine getirmemesini dikkate almadan karar vermelerinden ötürü ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ve ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir. Farklı muamele nesnel ve makul bir sebebe dayandırılmadığından ayrıca orantılılık açısından değerlendirme yapılmamıştır. Ayrıca kreş ücretinin ispatının başvuru işçisiye yüklenmiş olmasını ve başvuru işçisinin yoksun kalınan haklara ilişkin talebin reddedilmesini Anayasa m.10 hükmü kapsamında devlete yüklenen pozitif yükümlülükler uygun bir yaklaşım olarak görmemiştir. Buna göre bu durum hem başvuru işçisiye aşırı külfet yüklenmesine sebep olmakta hem de işverenin kendi kusurundan kaynaklı lehe haklar elde etmesine sebebiyet vererek ayrımcı muamelenin telafi edilmesini engellemektedir.

Bizce bireysel başvuruya konu olayda açık şekilde dar anlamda eşit davranma borcunun ihlal edildiği görülmektedir. Başvuru işçisiye farklı muamele yapıldığı tartışma dışıdır. Ama sorulması gereken soru bu farklı muamelenin ayrımcılık tazminatına hak kazandırıp kazandırmadığıdır. Kararda kullanılan terminoloji, bu terminolojinin yarattığı karmaşıklık ve yine bu karmaşıklıktan kaynaklı olarak ayrımcılık tazminatının durumu değerlendirmeye

25 Benzer yönde, Dulay Yangın ve Özer'e göre Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmeler İK m.5/son hükmünü karşılamaktadır. Burada ispatın hafifletilmesi ile ihlalin daha kolay tespit edilmesi sağlanmıştır. Somut olayda başvuru işçisi aynı veya benzer nitelikte işçilere göre kendisine karşı kreş imkânı bakımından farklı muamele yapıldığını genel hatlarıyla ispatlamış ve farklı muamele ilk bakışta anlaşılabilir bir şekilde, artık ispat yükü işverene geçmiştir. İşveren haklı ve makul bir gerekçe ile farklı muamele gerçekleştirdiğini ispatlamalıdır. Yazarlara göre İş Kanunu m.5/son hükmünde düzenlenen ispat kolaylığı dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali durumlarını da kapsamaktadır. Sonuç olarak mahkemenin değerlendirmesi yerindedir, (Dulay Yangın/Özer, 387-388).

muhtaçtır. Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu kavramlarının sınırlarının çizilmesi, Anayasa Hukuku ve AİHM içtihatlarının irdelenmesi ve bu bilgiler ışığında Anayasa Mahkemesi kararlarında yapılan değerlendirmelerin İş Hukuku ile uyumlu hâle getirilmesi önem arz etmektedir.

Karardaki cümleler ve terminoloji incelendiğinde, sanki işverenin gerçekleştirdiği her türlü farklı muamelenin, bu muamelenin makul nedeni ispatlanmadığı sürece, İş Kanunu m.5 hükmünde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal edeceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Kararda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramlarının birbirine karıştığı, yine bazı yerlerde dar anlamda eşit davranma borcu için yapılması gereken tespitlerin, ayrımcılık yasağı kavramı ifade edilerek yapıldığı görülmektedir. Eşitlik ilkesi yerine ayrımcılık yasağından bahsedilmiş olması yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararı değerlendirdiği metoda baktığımızda ise ayrımcılık yasağını değil de sanki dar anlamda eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmediğini incelediği düşünülmektedir²⁶. Bu bakımdan önce işçilerin aynı veya benzer durumda olup olmadıklarını tespit edilmiş, ardından farklı muamelenin haklı ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığını incelenmiştir. Bu değerlendirmeler yapılırken aynı veya benzer işçiler arasında kıyaslama yapılmıştır. Buna karşılık bazı yerlerde ise ayrımcılık temeli konusunda açıklamalarda bulunulmuş ve ayrımcılık yasağının mevcudiyeti araştırılmıştır.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararlarında bir terim birliği bulunmamakta, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları en azından bizlerin iş hukuku alanında kullandığımız şekliyle birbirine karıştırılarak birbiri yerine kullanılmaktadır. Anayasa hukukunda bu kavram karmaşasının mevcut olduğunu öğretide *KARAN* da isabetle belirtmektedir. Bu hususta özellikle Anayasa hukuku öğretisinden örnek vermek istiyoruz. *Karan* Anayasa Mahkemesi kararlarındaki terminoloji sorununu, “*Anayasa Mahkemesi ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddiaları kimi zaman eşitlik ilkesi, kimi zaman ayrımcılık yasağı başlığı altında incelemiş olup bu durum mahkeme tarafından eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbiriyle örtüşen veya örtüşmeyen ve başvurunun konusuna göre biri diğerine öncelikle gündeme gelecek şekilde uygulanacağına dair kafa karışıklığına yol açabilecek niteliktedir.*”²⁷ şeklinde ifade etmiştir. Bu satırların inceleme konumuz açısından da çok kıymetli olduğu kanısındayız.

Burada AİHS m.14 hükmünde belirtilen ayrımcılık kavramı ile ne anlatılmak istendiğinin belirlenmesi tartışmamız açısından aydınlatıcı olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi AİHS m.14 hükmünü nasıl yorumlamakta, biz İş Kanunu m.5 hükmünü nasıl yorumlamaktayız? Bu durumun tespiti önemlidir. Çünkü terminolojik farklılıklar bilim dalları arasında yanlış anlaşılmalara sebep olabilmektedir. AİHS m.14 hükmüne göre, bu sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanmanın herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerekir.

²⁶ **Dulay Yangın/Özer**, 384.

²⁷ **Karan**, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 2017, 78.



TAA başvurusunda²⁸ belirtildiği üzere AİHM içtihatlarında ayrımcılık kavramı, “...nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamelelerde bulunulması...” şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, AİHS açısından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin her farklı muamele ayrımcılık teşkil etmektedir. Ama unutulmamalıdır ki, burada bahsedilen ayrımcılık durumu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklı bir hakkın ihlal edilmesine, sağlanıp sağlanmamasına ilişkindir. Bu nedenle ayrımcılık kavramı hem ayrımcılık yasağını hem de dar anlamda eşit davranma borcunu kapsayan bir terminoloji ile kullanılmış, temel hak ve hürriyetlerin daha iyi korunması amaçlanmıştır. AİHS hükümlerinden herkesin yararlanması esas olduğu için daha kapsayıcı bir ayrımcılık kavramı belirlenmiştir.

İş hukukunda ise m.5 hükmü ile bazı farklı muamele tipleri ayrı bir tazminat yaptırımına bağlanmışken, bazı (ayrımcılık temeline dayanmayan) farklı muamele tipleri hükmün kapsamına alınmamıştır. İş hukukunda ayrımcılık yasağının gündeme gelmesi için farklı muamelenin hükümde sayılan veya benzerleri nitelikte bir ayrımcılık temeli barındırması gerekmekte olup, bu ihtimalde işçinin hak kazanabileceği bir tazminat düzenlenmiştir. İşverenin ayrımcılık temeli barındıran farklı muameleleri diğer farklı muamelelerden farklı ayrı bir yaptırıma bağlanmıştır. Ayrımcılık temeli barındırmayan farklı muamelelerin varlığında da işçi yine yoksun kalınan haklarını talep edebilecek ancak ayrımcılık tazminatı talep edemeyecektir. Anayasa hukukunda ayrımcılık kavramından bahsedilirken bazı hâllerde iş hukukunda kullandığımız ayrımcılık kavramından değil tüm farklı muameleleri kapsayan eşitlik ilkesinden bahsedildiği görülmektedir.

İnceleme konusu kararda nesnel ve makul olmayan her farklı muamelenin ayrımcılık yasağının ihlaline sebep olduğu ifade edilmiştir. Bu ifade ayrımcılık tazminatının eşit davranma borcunu ihlal eden tüm farklı muameleler için uygulanması gerektiği gibi yanlış anlamalara sebebiyet vermektedir. Mahkeme, bu ifadelerle kreş imkânından yararlandırılmamış işçinin yalnızca hakkının temin edilmesini, yani mahrum kaldığı hakların tazmin edilmesini amaçlamakta ise, bu değerlendirmenin açıklığa kavuşturulması iş hukuku uygulaması için önem arz etmektedir. Aksi durumda nesnel ve makul olmayan her farklı muamele nedeniyle ayrımcılık tazminatı gündeme gelecektir ki bu sonuç isabet taşımayacaktır.

İş hukukunda eşit davranma borcunun işletme esaslı mı yoksa işyeri esaslı mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda da tartışma mevcuttur²⁹. Olayımızda bir işletme söz konusudur.

Önemle belirtelim ki, karara konu olayda işverenin işçi özelinde kasıtlı olarak “şu işçiye kreş imkânı vereyim şu işçiye bu imkânı sağlamayım” gibi bir düşüncesi mevcut değildir. Bu yönde bir iddianın dahi ileri sürülmediği görülmektedir. İşverence her işyeri için bu imkân sağlanamadığından farklı muamele ortaya çıkmıştır. Ayrıca işverenin işçiye tanıdığı bir hakkı

28 TAA Başvurusu, Başvuru No.2014/19081, 01.02.2017.

29 Bu konuda bkz. **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7.Baskı, 2022, 731; **Süzek**, 472; **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9.Baskı, 2018, 146; **Doğan Yenisey**, İşyeri, 105-106; **Yıldız**, 180-181; **Ertürk/Gürsel**, 432; **Baysal**, 70; **Ugan Çatalkaya**, 880; **Aykaç**, 64-65.

onu başka bir yere göndermesi nedeniyle kaldırması ancak işçinin yazılı rızasının alınması ile mümkündür. İşverenin kreş imkânı sağladığı işçilerin çalıştığı işyeri değişmiş bile olsa kreş imkânı sağlamaya devam etmesi iş hukuku düzenlemelerinin bir gereğidir.

Karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin iş hukukunda kabul ettiğimiz ayrımcılık yasağı genel (dar) anlamda eşit davranma borcu ayırımını gözetmeksizin bir incelemede bulunduğu görülmektedir³⁰. Kanaatimizce karardaki terminolojik durumdan bağımsız olarak dar anlamda eşit davranma borcuna ilişkin değerlendirmeler yapıldığını kabul etmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin verdiği karar üzerine yerel mahkemenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık perspektifinden sonuca gitmesi yerinde olacaktır. Aksi durum iş hukuku uygulamasında önemli sorunlara sebep olabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerini ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu ayırımını gözetmeksizin yaptığı ihtimalinde eşit davranma borcunun iş hukuku uygulamasında belirsizlikler ortaya çıkacaktır. Muvazaalı alt işveren asıl işveren ilişkisinin varlığı bu duruma örnektir. İş Kanunu m.2/7 hükmüne göre alt işveren asıl işveren ilişkisinin muvazaalı olması hâlinde alt işveren işçileri baştan itibaren asıl işveren işçileri kabul edilerek işlem görmektedir. Örneğin alt işveren işçileri ile asıl işveren işçileri arasında farklı ücret uygulamaları mevcut olabilir. İlişkinin kanuna aykırı olması ile alt işveren işçisi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayıldığından o ana kadar gerçekleşen ücret farkları eşit davranma borcu gereği alt işveren işçilerine de sağlanacaktır. Buna karşılık siz burada, işveren farklı muamelenin nedenini açıklamadığı için (İş K. m.5 anlamında) ayrımcılık yasağı da ihlal edildi dersiniz, tüm işçilere ayrımcılık tazminatı da ödenmesi gerekecektir. Olayların büyük çoğunluğunda asıl işveren-alt işveren ilişkisi tarafları bu ilişkinin kanuna aykırı olduğunun farkında dahi olmayabilmektedir. Burada makul nedeni açıklanamayan her farklı muamele ayrımcı sayılmamalıdır. Örneğimizdeki alt işveren-asıl işveren ilişkisinin hukuka uygun olup olmadığını tespiti şu an bile hukukumuzda önemli bir sorun olup, somut olaya göre değerlendirmeler yapılmakta, farklı görüşler ileri sürülmektedir. Muvazaanın tespitinin her durumda kolay olmadığı dikkate alındığında, aksi görüşün kabulü hâlinde, asıl işveren kanuna aykırılıktan haberi bile olmadan işçilere ayrımcılık tazminatı ödemekle karşı karşıya kalabilecektir. İlişkinin kanuna aykırı olduğu tespiti yapılması hâlinde, şimdi burada işveren, alt işveren işçilerinin kim olduklarından haberi bile olmadan ayrımcılık yapmış mı olacaktır? İşçiler asıl işverenden ayrımcılık tazminatı talep edebilecek midir?

Yine iş sözleşmelerinin feshinde, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde ayrımcılık yasağı -dar anlamda- eşit davranma borcu ayırımı gözetilmezse hatalı sonuçlara sebebiyet verilmesi kuvvetle muhtemeldir. Türk iş hukukunda Alman hukukundaki sosyal seçim ilkesinden farklı olarak işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklı fesihlerde işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçiminde kural olarak serbest olduğu kabul edilmektedir³¹. Bu konuda işverenin yönetim hakkının sınırını ise fesih hakkının kötüye kullanılması veya açık keyfi uygulamalarda bulunulması durumları oluşturmaktadır. İşveren fesih hakkını ayrımcılık yasaklarına ve

30 - Dulay Yangın/Özer, 379.

31 - Aykaç, 111.



dürüstlük kurallarına uygun kullanmak zorundadır³². Örneğin işveren, çalıştırdığı 100 işçiden 5'ini istihdam fazlası olduklarından işten çıkarmak istemektedir. Biz iş hukuku uygulamasında işverenin dilediği 5 işçinin iş sözleşmesini feshedileceğini kabul ediyoruz. Bu durum, doğrudan eşit davranma borcunun ihlaline sebebiyet verebilecek keyfiyete dayalı bir farklı muamele olarak kabul edilemez. İstisnamız ise işverenin ayrımcılık temelli bir farklı muamelede bulunarak iş sözleşmesini feshetmesi veya fesih hakkının kötüye kullanılması ya da açık keyfi uygulamalarla çıkartılacak işçileri seçmesidir. Şimdi biz burada eşit davranma borcunun iki bileşenden oluştuğunu görmezden geldiğimizde, işverenin dar anlamda eşit davranma borcu açısından katı değerlendirmeler yapmamız gerekecektir. Bu durumda dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle ayrımcılık tazminatına hükmedilecek ve ihlali gerçekleştiren taraf açısından hakkaniyete uygun olmayan ağır sonuçlar doğacaktır. Bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir, bazı durumlarda seçimin makul gerekçesini mahkeme önünde objektif olarak ispatlanabilir şekilde ortaya koymak mümkün olamamaktadır. Böyle bir durumu, bir işçinin ırkı, cinsiyeti, dini, mezhebi, siyasal düşüncesi vb. nedeniyle farklı davranmakla bir tutmak mümkün müdür?

Anayasa Mahkemesi Burcu Reis kararında, neden Ayla (Şenses) Kara başvurusundaki ifade biçimini tercih etmemiştir? Yüksek Mahkeme bu farklı ifade biçiminin makul nedenini ortaya koymuş mudur? Aynı şekilde Sayın Mahkeme, TAA başvurusunun hüküm kısmında "Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan **eşitlik ilkesinin**" ihlal edildiğine karar vermişken, inceleme konusu Burcu Reis kararında neden "Anayasa'nın 10. maddesinde güvence alınan **ayrımcılık yasağının** ihlal edildiğine" karar vermiştir? Soru tersinden de sorulabilir. Bu kararda da "eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir" denilseydi bugün bu kararı incelemez, tartışma konusu diğer kararları da değerlendirecek vakit bulabilirdik. Yüksek Mahkeme'nin Anayasa hukuku öğretisinde ifade edildiği biçimiyle "*kafa karışıklığı*"na yol açan ifade biçimini terk etmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Son olarak tebliğimizin sunumu aşamasında dile getiremediğimiz bir hususa değinmek istiyorum. Yüksek Mahkeme Üyesi Sayın Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez'in tebliğimizin tartışmalar kısmında son söz olarak, kendi adına, Burcu Reis kararı verilirken İş K. m.5 hükmünde yer alan ayrımcılık tazminatını düşünmediğini ifade etmiş olması büyük öneme sahiptir.

32 Aykaç, 112.



ÜÇÜNCÜ OTURUM

**SORU CEVAP
BÖLÜMÜ**

Oturum Başkanı

Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Bu bireysel başvuru kararları çerçevesinde iş hukuku meselesi gerçekten önemli ve bundan sonra da sık sık tartışacağımız bir konu.

Şimdi, süremizi aştık malumunuz yine de soru-cevap kısmı yapmadan, katılımcılara soru sorma imkânı vermeden de kapatmak istemiyorum. Soru sormak isteyen var mı?

Buyurunuz Hocam.

Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi

Çok teşekkür ediyorum.

Ben bir sonraki toplantı konusu olarak iş hukukunda ve anayasa yargısında eşitlik ilkesini tartışmayı istiyorum.

Bu arada Mahkemeyi temsilen Yusuf Şevki Hocam bugün çok şey söyledi, ama Anayasa Mahkemesinin de 60 yıllık sicili eşitlik konusunda pek iyi değil. İffetli-iffetsiz kadın kararından başlayın, evli kadınların soyadı ya da evlenen kadınların bir yıl içinde iş akdini kendi iradesiyle feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanmasıyla bitirin. Bir dolu olumsuz karar mevcut.

Burcu Reis bireysel başvuru kararı, ki Anayasa Mahkemesinin aslında şimdiye kadar iyi bir sınav veremediği yerdir, beni çok rahatlattı. Çünkü Anayasa Mahkemesinin şablon bir formülü vardır: Eşit hukuki statüdekiler eşit, farklı hukuki statüdekiler farklı muamele görürler; Anayasa fiili eşitliği değil, hukuki eşitliği güvence altına alır. Bu da görüldüğü üzere son derece totolojik bir tanım. Çünkü asıl mesele hukuki statünün temelini oluşturan ölçütler, hukuki statülerin ne olduğunu tespit etmemiz.

Burcu Reis kararında derece mahkemelerinin yanlış yorumladığı ve uyguladığı şey, iş yeri ve işletme ayrımı yapılmış olması. Kanun “iş yeri” diyor ama bu iş yerini, işverenin etki alanındaki her yer olarak anlamak zorundayız. Kaldı ki Burcu Reis olayında haklı ve meşru bir şekilde farklı muamele şöyle yok: Eğer “iş yeri”ni esas alıyorsanız o iş yerinden başka bir iş yerine sevk edilen kişinin artık kreş yardımı almıyor olması gerekir. Çünkü kreş yardımınız iş yeri özelinde ise bu hakkı başka bir yere taşıyamıyor olmanız gerekir. Oysa iş yeri değiştirdiği hâlde hâlâ kreş yardımı ödüyorsanız, o zaman demek ki o iş yerine değil, birden çok iş yerine sahip işletme esaslı bir uygulama yapıyorsunuz demektir. Bu da iş yeri bazlı eşit muamele yapmıyorsunuz demektir. O yüzden de kreş olmayan bir yere giden birisine eskiden almakta olduğu kreş yardımını sürdürmek kendisiyle zaten bir çelişki oluşturuyor. Çünkü eşit hukuki statünün kriteri o ticari işletmenin çalışanı olmak; belli bir iş yerinde çalışıyor olmak değil. Dolayısıyla burada bir ayrımcılık var.

Biz eşitlik ve ayrımcılığı madalyonun iki yüzü olarak niteliyoruz. Bu biri diğərinin karşısına konulacak şeyler değil. Ayrıca, Ayla Şenses kararında da ispat yükünün elbette ki kadında olmaması lazım. Elimizdeki ulusal ve uluslararası bilgilere göre, Türkiye gibi başka birçok gelişmiş ya da az gelişmiş ülkede de kadınların ortalama olarak erkeklerden yüzde 33 oranında



daha az maaş aldığını biliyoruz. Bu sayı elbette kadroya bağlı maaşların ödendiği kamu sektörünü kapsamıyor. Özel sektörde maaşın söylenmemesi, gizlilik esası olduğu zaman ispat yükünü nasıl yapacaksınız? Özel sektörde çalışan ve başlangıç maaşının düşük olduğunu bilen bir kadın çalışan gizlilik esası gereğince yönetimden belge isteyemiyor, o zaman ispat nasıl sağlanabilecek? Kamu sektöründe işimiz elbette daha kolay.

Yani olguların hukuki normların yorumlanması sırasındaki etkisine açık olmamız lazım. Zaten toplumda cinsiyet eşitliğini hukuk normlarına etki eder bir şekilde uygulayabilmemiz için “eşit hukuki statü”nün ne olduğu konusunda bir karara varmamız zorunlu. İkincisi, olguların ispat yükünün de dikkate alınması lazım. Bu anlamda ne yazık ki sadece iki kişinin olduğu ve birinin kadın diğerinin erkek olduğu bir evlilik ilişkisindeki eşit hukuki statünün ne olduğuna karar veremeyen bir Anayasa Mahkememiz var. Umarım norm denetimi yoluyla evli kadınların soyadı meselesi tekrar önüne geldiğinde Mahkeme eşit hukuki statü sorununu modern bir anlayışla yorumlayıp kararını verir. O yüzden burada eşitliği eşitlik-ayrımcılık ikiliği içinde değil, eşitlik ve/veya ayrımcılık olarak düşünmemiz lazım ve kesinlikle yaşamsal olguların normların yorumunda dikkate alınması gerekiyor.

Oturum Başkanı

Teşekkür ederiz Hocam.

Buyurun Muhittin Hocam.

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Şimdi, Burcu Reis kararıyla ilgili problem, söz konusu olayda ayrımcılık tazminatı söz konusu olacak mı olmayacak mı; bu problem aslında bir terminolojik farklılıktan kaynaklanıyor. Şöyle ki, hemen onu izah edeyim, aslında sunumda vardı, Ercüment Hoca da değindi.

Şimdi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi ayrımcılık yasağını düzenlediği için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ayrımcılığı şu şekilde tanımlıyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHM, Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina, Başvuru No: 27996/06, 34836/06, 22.12.2009 kararına göre, “Ayrımcılık, herhangi bir objektif ve makul haklılığa dayanan bir sebep olmadan aynı durumdaki kişilere farklı davranılmasıdır. Buradaki objektif ve makul haklılığa dayanan sebepten kasıt ise, meşru bir amacın takip edilmemesi veya kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılığın olmasıdır”. Aslında Anayasa Mahkemesinin yaptığı tanım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaptığı tanımla aynı. Hatta Anayasa Mahkemesi diyor ki: “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır” Hangi kararında: Tuğba Aslan başvurusunda. Bedrettin Morina başvurusunda diyor ki: “Eşitlik ilkesi somut bir ölçünün norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir” Aslında Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını aynı anlamda kullandığı için ve herhangi bir hukuki temele dayanmaksızın yapılan her türlü ayrımı da ayrımcılık olarak değerlendirildiği için aslında kararın hiçbir yerinde “Ayrımcılık tazminatı ödenir” demiyor, “Bu yapılan işlem ayrımcılıktır” diyor. Bizdeki ayrım tazminatı dediğimiz tazminat, ayrımcılığın karşılığı olarak düşüldüğü ve iş hukukunda eşitlik ilkesi mutlak ayrım yasakları ve dar anlamda eşit davranma borcu diye ayrıldığı için, sanki Anayasa Mahkemesinin ayrımcılık dediği her durum aynı zamanda eşitlik ilkesini de ihlal eder

gibi anlıyoruz. Oysa bu tamamen, dediğim gibi, terminolojik farklılıktan kaynaklanıyor. Aslında Anayasa Mahkemesi de genel anlamda eşit davranma borcunu anlatıyorlar. Onun içerisinde hem mutlak ayırım var hem eşit davranma borcu var. Ama İş Kanunu'nun 5. maddesi, ayrımcılık tazminatını düzenlerken lafzi olarak sadece mutlak ayırım yasaklarını, kanunun ilgili yukarıdaki fıkralarına bağlı ayrımcılıkları tazminat yaptırımına bağlamış görünüyor.

Biz kendi kitabımızda da söylüyoruz. Aslında hukuk bakımından son derece kıymetliyse eşitlik ilkesi, aynı tazminatın diğer eşit davranma borcuna aykırı hâllerde de olması gerekir. Sadece mutlak ayırım yasakları ile sınırlı olmaması gerekir. Zira işverenin kafasında geçen iradeyi ortaya koymak son derece zordur. Hangi temele dayalı olarak ayrımcılık yaptınız? Eğer ayrımcılık bizim için bu kadar kıymetliyse, eşit davranma Anayasa'nın eşitlik ilkesi 10. maddesi bizim için kıymetliyse ve bu bir yaptırıma bağlanacaksa hani bu da düşünülebilirdi. Ama lafzi olarak kanun koyucu maalesef sadece mutlak ayırım yasakları için ayırım tazminatı öngörmüş. Dolayısıyla kreş yardımından yararlandırmama bizim kanunumuz bakımından her ne kadar ayrımcılık oluştuysa da ayırım tazminatını gerektirmiyor. Bence bütün bu problem, bu terminolojik farklılıktan kaynaklanıyor, onu ortaya koyayım dedim.

Bir de hocam, kadın erkek ücretleri konusunda çok haklısınız, yüzde 30-33'lük bir fark var. Almanlar birkaç sene önce Ücretin Saydamlığı Yasası çıkardılar. Bizde hâlâ tabu olarak ücretlerin birbirlerine söylenmesi sanki bir meslek sırrı gibi anlaşıyor. Maalesef Yargıtay'ın da kararları var, ücretin başkasına açıklanması iş sırrının ifşası olarak değerlendiriliyor. Bence son derece yanlış. Çünkü kadın-erkek eşitliği bakımından ücretin farklı olduğunu, kadın işçi olarak emsalim erkek işçinin ücretini bilmeden başka türlü ispatlayamam zaten. Başkasının ücretini de bileceğim ki ben, acaba bana ayırım yapılıyor mu, yapılmıyor mu bilebileyim? İşte Almanya'da Ücretin Saydamlığı Yasası'nda dediler ki: Eğer işçi talep ediyorsa işveren bunu açıklamak zorunda. Başka işçilerin emsali olarak gösterdiği işçinin ne kadar ücret aldığını. Aslında problemi çözmek son derece basit hocam.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı

Teşekkür ederim. Ercüment Hocam, buyurun.

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA

Öncelikle Muhittin Hocaya teşekkür ederim, 14. madde aslında bu sözleşmeden kaynaklanan haklardan yararlanmada kimse arasında ayırım yapamazsınız diyor. Yani orada genel eşit davranma borcuna zaten olayı taşımak zorundayız. Terminolojik farklılık konusunda da Muhittin Hocaya katılıyorum.

Ece Hocam, sizin dediklerinize de katılıyorum, ben sizin dediğinizin dışında bir şey söylemedim. Yani bence de zaten genel hayat tecrübelerinden de istifade etmek lazım. Orada, yalnız tabii ki iş hukukçusu olmadığınız için birtakım özellikler var. Siz birine kreş yardımı verip de onu başka yere gönderdim diye kaldıramazsınız. Öyle yazılı rızasını almadan sağladığım bir imkânı ondan alamam. Yani bizim düzenlememiz buna imkân vermez. Dediğiniz her şeye katılıyorum, onların aksine bir sözümüz yok. Sadece Muhittin Hocanın dediği gibi, ayrımcılık



temeline dayalı olarak yaptığımız farklı muameleye bizim ayrıca getirdiğimiz bir tazminat var. İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını öyle okumak lazım. Yani onlar 14. maddeyi hangi anlamda yorumluyor, biz burada 5. madde anlamında nasıl bir yorum yapıyoruz? Temel farklılık o aslında, o sözleşmeden yararlanmada... Herkes yararlanacak. Yani sadece birini A ırkından, B mezhebinden diye haklardan yararlandırmama diye bir şey yok, herkesi yarandıracaksınız. Onlar temel insan hakları. Ama buradaki durum o değil. Ayrı bir yaptırım var.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı

Teşekkür ederim.

Başka sorusu olan var mı?

Buyurun Başkanım.

Dr. Seracettin GÖKTAŞ

Teşekkür ederim hocam.

Kıymetli hocalarıma güzel sunumları için çok teşekkür ediyorum. Gerçekten çok istifade ettim.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 5.maddesinin başlığı ile içeriği farklı olmuş. Maddenin başlığı "Eşit Davranma İlkesi" olmakla birlikte, içeriğinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiş. Maddenin son fıkrasında ispata ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Ancak ispata ilişkin bu hüküm maddede düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkindir. Çünkü söz konusu fıkra "yukarıdaki fıkraya aykırı davranıldığında" diye başlıyor. Dolayısıyla fıkra yaklaşık ispata ilişkin yer alan düzenleme sadece ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkindir. Genel anlamda eşitlik ilkesine aykırı davranıldığına yönelik ispat konusunda mahkemeye karşı işyeri kayıtlarının gizliliğinden söz edilemez. İşçi bu delillere dayanmışsa, delilleri dosyaya sunma yükü kural olarak işverene ait olur.

Öğreti gibi, Yargıtay da ayrımcılık yasağının ihlali ile genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık kavramlarını farklı anlamda kullanmaktadır. İki ihlal arasında ağırlık derecesi bakımından farklılık bulunduğu göre yaptırımlarının da farklı olması beklenir. Bu nedenle Yargıtay, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi hâlinde işçinin hem İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminatı hem de yoksun kaldığı haklarını talep edebileceğine karar verirken, genel anlamda eşit davranma borcunun ihlali hâlinde işçinin sadece yoksun bırakıldığı haklarını isteyebileceğine yönelik uygulama yapmaktadır. Böyle bir ayırım eylemin ağırlığına göre ölçülü ve daha adil bir yaklaşımdır. Anayasa Mahkemesinin kararı ise genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılığı ayrımcılık yasağının ihlali ile bir tutmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında az önce belirttiğim kavramlar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Çünkü genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hâlinde de tazminat ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durum uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesinin bir işçinin sosyal medyada işverenleri hakkında söylediği sözleri fikir hürriyeti kapsamında değerlendirdiği kararı da sorunludur. Bir taşeron işçisi, sosyal medyada

“Ey insan müsveddeleri, yönetici bozuntuları” şeklinde bir ifade kullanmış. Yöneticilerin kendileri hakkında bu sözleri söyleyen bir işçi ile hiçbir şey olmamış gibi çalışmaları herhâlde beklenemez. Anayasa Mahkemesi “iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ölçülülük ilkesine uygun olmamıştır” deseydi bu davranışı geçerli neden kapsamında değerlendirmek mümkün olabilecekti. Ancak davranışın bir bütün olarak fikir hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi böyle bir yorum yapılmasına imkân vermemektedir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin, davacının bu sözleri “kime karşı söylediği belli değildir” şeklindeki değerlendirmesi de dosya içeriği ile uyumlu olmamıştır. Çünkü bir ceza davası var ve ceza davasında şikayetçiler var. Davacının bu sözleri yöneticilerine söylediği sübuta ermiş ve hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilmiş. Her ne kadar hükmün açıklanmasının ertelenmesi mahkûmiyet olarak nitelendirilmemekte ise de davacının bu sözleri kime karşı söylediği ceza dosyası içeriğinden bellidir. Anayasa Mahkemesinin ceza dosyasındaki bu tespiti hiç dikkate almadığı görülüyor.

Oturum Başkanı

Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Yusuf Şevki Hakyemez Hocam siz de söz almak ister misiniz?

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Şöyle: İşverene karşı söylemiş olduğu sözle ilgili olanı, o kararı en azından kullanılan ifadenin bağlamı ile birlikte okuyup hatırlamam gerekir ki sağlıklı biçimde değerlendirme yapabilmem mümkün olsun.

Bir de bu somut olaydaki durum nedir, iş yeri nasıl bir iş yeridir, ona da bakmak gerekiyor.

Bu eşitlik-ayrımcılık meselesine gelince, burada sadece bireysel başvuruyla ilgili boyutuna değinildi ki ben bunların konuşulmasının içtihadı katkı sağlayabileceğini ifade etmek istiyorum. Eşitlik-ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak sadece bireysel başvuru kararlarından hareketle bir şeyler söylendi ama Anayasa Mahkemesinde konunun aynı zamanda norm denetimi boyutuyla da önemli olduğunu ve bu boyutu ile de inceleme yapıldığını ifade etmeliyim. Ama elbette ki Anayasa Mahkemesinin bu konudaki incelemesinde yaklaşımını uygulamacılar ve doktrin açısından daha anlaşılır olacak açıklıkta yapmasında yarar olduğunu düşünüyorum. O nedenle burada arkadaşların yaptığı açıklamaları da değerli buluyorum.

Teşekkürler.

Oturum Başkanı

Teşekkür ederim Sayın Üyem.

Oturumu kapatmak istiyorum.

Ben tekrar bu anlamlı toplantının yapılmasına vesile olan Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörüne ve emeği geçenlere, İNTES Sendikası Başkanı ve emeği geçenlere teşekkür ediyorum.

Tabii ki sabırla bekleyen, dinleyen sizlere de ayrıca teşekkür ediyorum.

Bir sonraki bilimsel toplantıda buluşmak üzere saygılar sunuyorum.



Sunucu

Biz de Sayın Oturum Başkanımıza ve değerli konuşmacılarımıza çok teşekkür ediyoruz ve yine sertifikalarını takdim etmek istiyoruz.

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Rektörü Profesör Doktor Sayın Musa Kazım Arıcan'ı davet ediyorum sertifikalarını takdim etmek üzere, buyurunuz efendim.

Profesör Doktor Sayın Ali Cengiz Köseoğlu'nun sertifikasını takdim ediyor Sayın Arıcan...

Doktor Sayın Deniz Ugan Çatalkaya, buyurunuz efendim...

Profesör Doktor Sayın Muhittin Astarlı, buyurunuz hocam...

Ve Profesör Doktor Sayın Ercüment Özkaraca, buyurunuz efendim...

Değerli misafirlerimiz, böylelikle seminerimizin sonuna gelmiş bulunuyoruz. Tüm konuşmacılarımıza aydınlatıcı ve ufuk açıcı sunumları dolayısıyla kıymetli yüksek yargı temsilcilerimize ve akademisyenlerimize katılım ve katkılarınızdan dolayı da sizlere çok teşekkür ediyoruz, iyi akşamlar diliyoruz efendim.



















www.intes.org.tr



www.intes.org.tr

www.intes.org.tr

www.intes.org.tr

ISBN: 978-625-99098-1-3



9 786259 909813