



TRABZON  
ÜNİVERSİTESİ

# Hukuk Fakültesi Dergisi

(TRÜHFD)



Cilt: 3 • Sayı: 1 • Yıl: 2025

e-ISSN:3023-4700





**TRABZON ÜNİVERSİTESİ**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
(TRÜHFD)

**TRABZON UNIVERSITY**  
**Faculty of Law Review**  
(TRUFLR)

**Cilt: 3 | Sayı: 1**  
**ŞUBAT 2025**

**Volume: 3 | Issue: 1**  
**FEBRUARY 2025**

**e-ISSN: 3023-4700**



**Sahibi | Owner**

Prof. Dr. Saim OCAK

**Yayın Kurulu | Editorial Board**

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi

Prof. Dr. Recep NARTER, İzmir Bakırçay Üniversitesi

Doç. Dr. Ercan SARICAOĞLU, Trabzon Üniversitesi

Doç. Dr. Hüseyin Melih ÇAKIR, Marmara Üniversitesi

Doç. Dr. Mustafa ALIOĞLU, Trabzon Üniversitesi

Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU, İzmir Bakırçay Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Sevda KESKİN, Piri Reis Üniversitesi

**Baş Editör | Editor in Chief**

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR

**Editörler | Editors**

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ARIKAN

**Dil Editörleri | Language Editors**

Doç. Dr. Soner DEMİRTAŞ

Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA

Dr. Öğr. Üyesi Hilal YENER KULBAY

**Editör Yardımcıları | Associate Editors**

Arş. Gör. Halil KÖKCÜ

Arş. Gör. Miraç Şamil PEKŞEN

Arş. Gör. Talha GENÇ

Arş. Gör. Aslıhan Asena KOÇ

Arş. Gör. Servet KANTARCIOĞLU

## İletişim | Contact

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kanuni Kampüsü

61080, Ortahisar / TRABZON

Tel: 0 462 455 2016

E-posta | E-mail: [truhfd@trabzon.edu.tr](mailto:truhfd@trabzon.edu.tr)

İnternet Adresleri | Web Addresses:

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/truhfd>

<https://truhfd.trabzon.edu.tr>

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TRÜHFD), Şubat ve Eylül ayları olmak üzere yılda iki sayı şeklinde elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

Dergide yer alan eserlerin bir kısmı ya da tamamı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın, ticari amaçlarla elektronik veya mekanik bir kayıt sistemi kullanılarak kopyalanamaz, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.

Trabzon University Faculty of Law Review (TRUFLR) is a peer-reviewed review published electronically twice a year, in February and September.

The publication rights for all works published in the review belong to Trabzon University Faculty of Law. The authors agree that all publication and financial rights are vested in Trabzon University Faculty of Law.

Any responsibility arising from the opinions presented in the works published in the review rests with the authors. The opinions and evaluations expressed in the works published in the review do not bind Trabzon University Faculty of Law or the editorial boards.

None of the works in the review, in whole or in part, may be copied, reproduced, or published using any electronic or mechanical recording system for commercial purposes without the written permission of the Trabzon University Faculty of Law Dean's Office, in accordance with Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works.

## TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### ETİK İLKELER ve YAYIN POLİTİKASI

#### I. Genel Bilgiler

- Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **ULUSAL HAKEMLİ** bir dergidir.
- Dergi, Şubat ve Eylül aylarında olmak üzere yılda **iki sayı** olarak **e-dergi formatında** yayımlanmaktadır.

#### II. Etik İlkeler

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayın politikasında akademik ilke ve etik değerlere bağlıdır. Etik ilke ve değerlere ilişkin ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak hareket etmektedir. Bu kapsamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; “Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi”nde belirlenen esasları ve COPE (Committee on Publication Ethics) tarafından belirlenen Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate almaktadır. Ayrıca, bilimsel çalışma değerlendirme sürecinde kabul edilen araştırmada yayın etiği standartlarına aykırılık tespit edilmesi durumunda eserlerin yayın talebi reddedilir. Eserin yayımlanmasından sonra söz konusu aykırılığın tespit edilmesi halinde eser yayından kaldırılır. Bu bağlamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Yayın Etiği”, “Araştırma Etiği” ve “Yasal/Özel İzin Belgesi Alınması” ile ilgili yukarıda anılan ulusal ve uluslararası kurallara uymakta olduğunu taahhüt eder.

#### A. Yazarların Sorumlulukları

1. Çalışmaların bilimsel ve etik kurallara uygun şekilde hazırlanması yazarın sorumluluğundadır. Birden fazla yazar tarafından yapılan çalışmalarda tüm yazarların, gönderilen ve yayımlanan çalışma üzerinde eşit sorumluluğu bulunmaktadır.

2. Dergiye gönderilen çalışmaların daha önce yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir dergiye gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar yayına kabul edilen çalışmalarını daha sonra başka bir yerde yayımlatmamayı da taahhüt ederler.

3. Dergiye gönderilen çalışmaların aşağıda belirtilen kurallara uygunluğu yazar/yazarların sorumluluğundadır:

- Çalışmada yararlanılan tüm kaynaklar için doğru ve uygun bir şekilde kaynak göstermek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunmayan kişileri yazar olarak belirtmemek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunan kişileri yazar olarak belirtmek,
- Çalışmaya ilişkin çıkar çatışmalarını belirtmek,
- Çalışmanın yüksek lisans/doktora tezinden ya da bir projeden üretildiğini belirtmek,
- Çalışmanın niteliğinin gerektirdiği hallerde etik kurullardan ya da komisyonlardan izin almak,
- Çalışmalarda kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uymak,
- Çeviriler için ilgili eserin hak sahibinden/sahiplerinden izin almak.

4. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

5. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini editörler kuruluna iletmek zorundadır.

6. Çalışmalar, **iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın** ya da **hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın** yayımlanmaz.



7. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu hâliyle basılabileceği kabul olunur.

### **B. Hakemlerin Sorumlulukları**

1. Çalışmayı, bilimsel içerik açısından değerlendirmek,
2. Yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız bir değerlendirme yapmak,
3. Çalışmanın bilimsel alanı ile uyumsuzluğunun, intihal ya da telif hakkı ihlali içerdiğinin ya da yayımlanmasına engel bir hâl bulunduğunun tespiti hâlinde Editör Kurulu'na bilgilendirerek söz konusu çalışmaya ilişkin hakemliği reddetmek,
4. Değerlendirme süreci ve sonrasında gizlilik ilkesine uygun hareket etmek, çalışma ile ilgili bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmamak,
5. Değerlendirme yaparken nesnel ve yapıcı bir üslup kullanmak (küçük düşürücü ya da düşmanca bir dil kullanımından kaçınmak),
6. Yazar ile olan çıkar çatışmasını gecikmeksizin Editör Kurulu'na bildirmek.
7. Hakemlerin makaleleri objektif şekilde ve akademik etik ilkeleri gözeterek değerlendirmeleri esastır. Hakemlerce çalışmalar değerlendirilirken,
  - Makalenin konu itibarıyla literatüre katkı sağlama niteliği,
  - Konu itibarıyla bir dergide yayımlanmaya uygunluk derecesi,
  - Dergi yazım kurallarına uygunluk, anlatım ve dili kullanım düzeyi,
  - Konuyu ele alıştaki bütünlük ve sistematik anlatım düzeyi,
  - Konuya ilişkin literatürün tüketilmiş olma özelliği,
  - Makalenin özgünlük derecesi,
  - Makalenin bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususlarının dikkate alınması beklenir.

### **C. Editörlerin Sorumlulukları**

1. Derginin yayın politikasına uygun olan özgün çalışmaları kabul etmek,
2. Çalışmaların kabulü veya reddine ilişkin değerlendirmede yazarların cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız şekilde karar vermek,
3. Gizlilik ilkesine uygun hareket etmek,
4. Gönderilen çalışmaların en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakemlik sistemine göre değerlendirilmesini sağlamak.

## **III. Yayın Politikası**

### **A. Ön Değerlendirme Aşaması**

1. Yayımlanması talep edilen çalışmalar dergiye yalnızca DergiPark sistemi üzerinden gönderilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülmektedir.
2. Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergiye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş çalışmalar orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi, dergi kapsamıyla uyumluluk ve yazım kurallarına uyum açısından incelenir.

4. Yazarlar ayrıca “Etik Beyan Formu”nu, “Telif Hakkı Devir Sözleşmesi”ni ve “Etik Kurul İznine Gerek Yoktur Beyan Formu”nu imzalayarak DergiPark sistemi üzerinden dergiye göndermelidir. Ayrıca, çeviri yazılarda eserin yazarından/yazarlarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yayın izni alındığını gösteren yazılı bir izin belgesinin de sisteme yüklenmesi gerekmektedir.

5. Yazarlar, çalışmalarının dergimize gönderdikleri hâliyle yazım bakımından yayına hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Yazarlar, eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermekle derginin etik ilkelerini, yayın politikasını ve yazım kurallarını kabul etmiş sayılır.

6. Ön değerlendirme aşamasında çalışmalar intihal incelemesinden geçirilir. Yayın Kurulu tarafından belirlenen azami %20 benzerlik oranını (kaynakça, alıntılar ve beş kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç) aşan çalışmalar yazar tarafından gerekçelendirmek kaydıyla editörler tarafından kabul edilebilir.

7. Ön değerlendirmede; etik ilkelere veya dergi yayın ilkelerine uyulmayan yahut olağanın üzerinde yazım yanlışları tespit edilen çalışmalar editörler tarafından geri çevrilir.

8. Ön değerlendirmede; OSCOLA 4. Edisyon atif sistemine veya yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen çalışmalar ise hakeme gönderilmeden önce, düzeltilmesi için yazara iade edilir. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editörler tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editörler eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

9. Ön değerlendirme süreci en fazla 1 ay içerisinde tamamlanır.

### **B. Değerlendirme Aşaması**

1. Ön değerlendirme aşaması tamamlanan çalışmalar, çift taraflı kör hakem usulü gereğince yazarların bilgileri çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere değerlendirme için 1 ay süre verilir. Gerekli görülmesi hâlinde süre 1 ay daha uzatılabilir.

2. Hakemler, çalışmanın yayına uygun olup olmadığına, değişiklik yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin görüşlerini, “Kabul”, “Ret”, “Majör Revizyon” ve “Minör Revizyon” şıklarından birini seçerek belirtebilirler. Hakem raporunun “Minör Revizyon” yönünde görüş içermesi halinde - değerlendirme formunda aksi yönde bir beyan olmadıkça- çalışma incelenmesi için hakeme tekrar gönderilir. “Majör Revizyon” seçeneğinde ise çalışma yazarın öngörülen değişiklikleri yapmasının ardından tekrar hakeme gönderilir.

3. Hakemlerin raporlarında düzeltme vermesi hâlinde çalışma yazara düzeltmeleri yapması için iade edilir. Yazar yalnızca hakemlerin belirttiği değişiklikleri yapabilir. Hakemlerden birinin olumlu, birinin olumsuz görüş bildirmesi hâlinde çalışma üçüncü bir hakeme gönderilir.

4. İki hakemin ret yönünde görüş bildirdiği makale yayımlanmaz. Bir makale için atanan hakemlerden biri ret yönünde görüş bildirdiğinde üçüncü hakemin atanması ve iki hakemce majör revizyon yönünde rapor verildiğinde makalenin yayımlanması konusunda takdir yetkisi Editörler Kuruluna aittir.

5. Hakem değerlendirmesine göre yayımlanmayan çalışmalar yazara geri gönderilmez. Yazar, kendisine olumsuz hakem raporları iletilerek durum hakkında bilgilendirilir.

6. Değerlendirme raporunda verilen düzeltmelerin yapılması için yazara 15 gün süre verilir. Düzeltmelerin süresinde tamamlanmaması hâlinde editörler yazar ile iletişime geçmeksizin çalışmayı reddetme hakkına sahiptir.

### **C. Yayına Hazırlama Aşaması**

1. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olur. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

2. Editör Kurulu yoğunluk durumuna göre eserin ilk sayıda veya bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.

3. Dizgi sırası editörce eserin yayımlanmak üzere kabul edildiği tarihinin göre belirlenir.

## TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## YAZIM KURALLARI

## I. Eser Gönderim Şekli

1. Bilimsel çalışmalar DergiPark üzerinden gönderilmelidir:

(<https://dergipark.org.tr/tr/pub/truhfd>).

2. Gönderide yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.

## II. Gönderilecek Eserde Bulunması Gereken Hususlar

1. Derginin yazı dili Türkçe, Almanca ve İngilizcedir.

2. Dergiye gönderilen bilimsel çalışmalar, hukuk ve hukuk ile ilişki kuran bilim alanlarına dâhil olmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş bulunmalıdır.

3. Çalışmanın başlığı sayfa ortalanarak **Her Kelime Büyük Harfle** başlayacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır. Almanca veya İngilizce başlık 10 punto ve italik olmalıdır.

4. Dergiye gönderilecek çalışmalarda ayrıca **Sadece İlk Harfi Büyük** olacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak "Öz" (en az 150, en çok 300 kelime) ile "Anahtar Kelimeler" (beş adet) yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine **Sadece İlk Harfleri Büyük** olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.

5. Metinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, **tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.**

6. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında **yazarın ad ve soyadına yer verilmeli**, soyadın yanında ( \* ) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla **yazarın unvanı, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına** yer verilmelidir.

7. Dergiye gönderilecek yazılar, ".doc" veya ".docx" dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni **Times New Roman** yazı tipinde **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**; dipnotlar sayfanın altında sıralı numaralar halinde gösterilecek biçimde, **Times New Roman** yazı tipinde **tek satır aralığında** ve **10 punto** olacak şekilde **iki yana yaslı** biçimde kaleme alınmalıdır. **Tüm kenar boşlukları 2,5 cm** olmalıdır.

8. Dergiye yayımlanması talebi ile gönderilen araştırma makalesinin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en az 4.000 en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Belirtilen sınırlar dışında kalan çalışmaların yayımı hususu editörlerin takdirindedir. Araştırma makaleleri dışındaki çalışmalar belirtilen kelime sınırlarına tabi değildir.

9. Yazılarda dil bilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır:

## I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

## A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (A, B)

## 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (1, 2)

## a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (a, b)

## aa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aa, bb)

## aaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaa, bbb)

## aaaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaaa, bbbb)



11. “**GİRİŞ**” ve “**SONUÇ**” başlıkları numaralandırılmamalıdır.

12. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Soyadları aynı olan farklı yazarlara ait kaynakların sıralanması ilk adların baş harflerine göre alfabetik olarak yapılır. Aynı yazarın farklı eserleri ise eski tarihten başlayarak sıralanır.

13. “**KAYNAKÇA**” başlığı metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.

14. Metin içerisinde içindikiler bölümü yer almamalıdır.

15. Metin içerisinde yapılacak kısaltmalar için kısaltmalar cetveli kullanılmamalı; kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan yazılarak, yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

### **III. Atıf, Dipnot ve Kaynakça Yazımında İzlenmesi Gereken Kurallar**

1. Atıf ve dipnotlar, **OSCOLA 4. Edisyon** atıf sistemine uygun şekilde yapılmalıdır. OSCOLA 4. Edisyon atıf sistemi için ayrıca bkz.

<https://truhfd.trabzon.edu.tr>

[https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)

2. Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

3. Dipnot ve kaynakçalarda yapılacak kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.

4. Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.

## İÇİNDEKİLER | CONTENTS

### *Araştırma Makaleleri | Research Articles*

#### **Mahkemeye Erişim Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Ekseninde İncelenmesi**

*The Examination Of The Right To Access The Court On The Axis Of The Constitutional Court's Decisions*

Aleyna KIRAN.....1

#### **İdareye Takdir Yetkisi Veren Kanun Hükmünün Yorumu Ekseninde Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi**

*Judicial Review of Discretionary Authority in the Context of the Interpretation of the Legal Provision Granting Discretionary Authority to the Administration*

Mehmet Fatih METİN.....45

#### **Bireysel Başvuru Mekanizmalarında Özel Yaşama Saygı Hakkı-Çalışma Hakkı İlişkisi**

*The Relationship between the Right to Respect for Private Life and the Right to Work in the Individual Application Mechanisms*

Enes KETHÜDA.....104

#### **İdare Hukuku Perspektifinden Üniversitelerdeki Özel Güvenlik Uygulaması**

*Private Security Practice at the Universities From the Perspective of Administrative Law*

Miraç ÇELİK.....143

#### **Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde İşletme ve İşyeri Ayırımının Hukuki Esasları**

*The Legal Principles of Distinguishing Between Enterprises and Workplaces in Determining Competence for Collective Labor Agreements*

Sema Deniz ÖZKAN KOÇ.....178

# Mahkemeye Erişim Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Ekseninde İncelenmesi

*The Examination Of The Right To Access The Court On The Axis Of The Constitutional Court's Decisions*

Aleyna KIRAN\*

## Öz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Anayasa'nın 36. maddesi gereğince herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Yargılamanın adilliğinden söz edebilmek için öncelikle mahkemeye erişimin mümkün olması gerekmektedir. Bu itibarla mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının bir unsurudur.

Mahkemeye erişim hakkı genel itibarıyla, bir uyuşmazlığı yargı önüne götürebilme ve uyuşmazlığın etkili şekilde sonuçlandırılmasını talep edebilme hakkı olarak ifade edilmektedir. Öte yandan bu hakkın kapsamı oldukça geniştir. Nitekim bu hak yalnızca dava açma hakkı ile ilgili değil aynı zamanda karar hakkı, kararın icrası hakkı gibi haklarla da ilgilidir. Yargılama giderleri, adli yardım talepleri mahkemeye erişim hakkı bakımından önem arz eden diğer konulardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruları incelerken mahkemeye erişim hakkı ile ilgili pek çok karar vermektedir. Bu kararlar doğrultusunda mahkemeye erişim hakkı ile ilgili prensipleri belirleyen önemli içtihatlar oluşmaktadır. Çalışmamızda öncelikle adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı ele alınacak olup ardından Anayasa Mahkemesinin mahkemeye erişim hakkına ilişkin içtihatları konularına göre tasnif edilerek incelenecektir.

## Anahtar Kelimeler

Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Mahkemeye Erişim Hakkı

## Abstract

In accordance with Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 36 of the The Constitutional Court of the Republic of Türkiye, everyone has the right to a fair trial. In order to talk about the

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 14.05.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 07.10.2024.

**Atıf:** Aleyna Kiran 'Mahkemeye Erişim Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Ekseninde İncelenmesi' (2025) 3(1) TRÜHFD 1-44.

\* Hâkim, Yüksek Lisans Öğrencisi, Trabzon Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, aleyna.kiran@hotmail.com, ORCID: 0009-0001-7539-3967.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde çalışmayı okuyarak tecrübelerini paylaşan, yardımlarını esirgemeyen değerli meslek büyüğüm Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi üyesi Hâkim Yasin KÖSE'ye teşekkürlerimi sunarım.



fairness of the trial, it must first be possible to access the court. In this respect, the right to access the court is a component of the right to a fair trial.

The right to access the court is generally expressed as the right to bring a dispute to court and to request an effective conclusion of the dispute. On the other hand the scope of this right is quite broad. In fact, the right to access the court is not only in relation to the right to sue but also to rights such as the right to a decision and the right to enforcement of a judgement. Litigation expenses and requests for legal aid are other issues that are important in terms of the right to access the court.

The European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Republic of Türkiye make many decisions regarding the right to access the court when reviewing individual applications. By way of these decisions important jurisprudence has emerged that determines the principles regarding the right to access the court. In this study first the right to a fair trial and the right to access the court will be discussed and then the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye regarding the right to access the court will be classified and examined according to their subject.

### Keywords

The Right to a Fair Trial, Constitutional Court of the Republic of Türkiye, The European Court of Human Rights, The European Convention of Human Rights, The Right to Access the Court

## GİRİŞ

18 Mayıs 1954 tarihinden itibaren tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme), 6. maddesinin 1. fıkrasıyla adil yargılanma hakkını teminat altına almaktadır. Yargılamalar bakımından hayati önem taşıyan birçok hakkı ihtiva eden adil yargılanma hakkının, hukukumuzda anayasal güvenceye kavuşması ise 2001 yılında 4709 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile yapılan değişiklik neticesinde olmuştur. Söz konusu değişiklik ile Anayasa m.36/1'e "*adil yargılanma*" ibaresi eklenmiştir.

Bir uyuşmazlığı yargı önüne götürebilme ve uyuşmazlığın etkili bir biçimde sonuçlandırılmasını talep edebilme hakkı olarak ifade edilen<sup>2</sup> mahkemeye erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadıyla adil yargılanma hakkı kapsamında görülmüştür. Nitekim AİHM'in 1975 tarihli Golder/Birleşik Krallık<sup>3</sup> kararında mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmiş ve sonraki kararlarda bu içtihada sık sık atıf yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi (AYM) de AİHM'in içtihatları doğrultusunda, mahkemeye

<sup>1</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4709, Kabul Tarihi: 03.10.2001, RG 17.10.2001/ 24556 (Mükerrer).

<sup>2</sup> Özkan Şen Başvurusu B.No: 2012/791, 07.11.2013 § 52.

<sup>3</sup> Golder/Birleşik Krallık B.No: 4451/70, 21.02.1975.

erişim hakkını, adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirmiş ve bu bağlamda pek çok karar vermiştir.

AYM'nin önüne gelen bireysel başvurularla ilgili istatistiklere bakıldığında, adil yargılanma hakkının en fazla ihlal kararı verilen hak olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim 30.09.2023 tarihine kadarki verilerde<sup>4</sup> adil yargılanma hakkı, en fazla ihlal kararı verilen ikinci hak olarak görünmekte ise de bu sıralamada birinci sırada yer alan makul sürede yargılanma hakkının da adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Zira 2021 yılı sonuna kadarki ihlal kararlarının haklar bakımından dağılımında, makul sürede yargılanma hakkının ayrı bir başlıkta incelenmediği ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik kararların %76,8 ile ilk sırada yer aldığı görülmektedir.<sup>5</sup>

Öte yandan adil bir yargılanmadan söz edebilmek için her şeyden önce mahkemeye erişimin mümkün olması gerekmektedir. Nitekim mevcut olmayan bir yargılamanın adil olup olmadığı da tartışılmayacaktır. Bu nedenle çalışmamızın konusu, öncelikli olarak korunması gereken bir hak olan mahkemeye erişim hakkı olacaktır.

Çalışmada ilk olarak adil yargılanma hakkı ele alınacaktır. Daha sonra mahkemeye erişim hakkının anlamı, hukuki niteliği ve kapsamı ortaya konulacak, cezai alanda şüpheli/sanık haricindeki kişilerin hakkın kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin eleştirimize yer verilecektir. Ardından mahkemeye erişim hakkının Türk hukukundaki yeri ile etkili başvuru hakkıyla ilişkisi ifade edilecek, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılma koşullarından bahsedilecektir. Çalışmada son olarak ise AYM kararları konularına göre tasnif edilerek yargılamanın farklı aşamalarında mahkemeye erişim hakkı bakımından ne gibi ihlaller doğabileceği incelenecektir. Bu inceleme yapılırken ilgili kısımlarda AİHM içtihatlarına atıf yapılacak ve mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalelerin ihlal teşkil etmemesi için belirlenmiş olan ölçütlerden söz edilecektir. Bu sayede mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açılmaması için mahkemelerce sergilenmesi gereken tutum ile bu hakkın koruduğu değer açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

<sup>4</sup> Bkz. Bireysel Başvuru İstatistikleri 2023 Tablo 10 <[https://www.anayasa.gov.tr/media/8917/bb\\_2023\\_3\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/8917/bb_2023_3_tr.pdf)> Erişim Tarihi 23.10.2023.

<sup>5</sup> Bkz. Bireysel Başvuru İstatistikleri 2021 Tablo 8 <[https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb\\_2021\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb_2021_tr.pdf)> Erişim Tarihi 23.10.2023.

## I. ADİL YARGILANMA HAKKI

### A. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkını pek çok farklı şekilde tanımlamak mümkün ise de AİHS m. 6/1'den yola çıkılarak söz konusu hakkı, kişilerin davasını makul bir süre içerisinde bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde kamuya açık şekilde görülmesini talep etme hakkı gibi alt hakları muhteviyatında barındıran bir hak olarak tanımlamak mümkündür.<sup>6</sup>

Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmekte iken Anayasa'da ise "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddenin 1.fıkrasında yer almaktadır.<sup>7</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının hukukumuzda girişi ile adil yargılanma hakkı bakımından pek çok bireysel başvuru yapılmıştır. Yapılan başvurular sonucu her iki mahkeme tarafından adil yargılanma hakkıyla ilgili çeşitli değerlendirmeler yapılmış ve önemli içtihatlar ortaya çıkmıştır.

AİHM ve AYM tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde bireysel başvuruların birçoğunun ihlal kararı ile neticelendiği görülmektedir. Bireysel başvurularla ilgili istatistikler<sup>8</sup> incelendiğinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik kararların oldukça önemli bir yer tuttuğu görülmekte, söz konusu ihlallerin önüne geçmek için ise adil yargılanma hakkının etkin şekilde sağlanması gerekmektedir.

<sup>6</sup> Doktrindeki tanımlar için bkz. Enver Bozkurt ve Selim Kanat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı*, (1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım 2004) 18-19; Sedat Erdem Aydın, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, (On İki Levha Yayıncılık 2022), 5-11; Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri)*, (TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları 2001) 165-168; Feyyaz Gölcüklü, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil yargılama' (1994) 49 (1) 199 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,200-203; Ömer Keskinsoy, Hande Seher Demir ve Semih Batur Kaya, *Türk Anayasa Yargısında Adil Yargılanma Hakkı*, (Adalet Yayınevi 2022) 19-22; Cem Alper Akdoğan, *(Temel Bir İnsan Hakkı Olarak) Adil Yargılanma Hakkı*, (Adale t Yayınevi 2022) 45-53; Esra Bahar, 'Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Bağlamında Adil Yargılanma Hakkının Niteliği' (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2023) 190-197; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (2.Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 27-40; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt (1.Baskı, Şen Matbaa- Avrupa Konseyi 2012) 609-619; Sibel İnceoğlu, 'Adil Yargılanma Hakkı' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Şen Matbaa-Avrupa Konseyi 2013) 209-214.

<sup>7</sup> Anayasa m.36/1: " Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. "

<sup>8</sup> Bkz. <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/>> Erişim Tarihi 23.10.2023

## B. Tarihsel Süreçte Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının temelleri, 1215 tarihli Magna Carta'da<sup>9</sup> yer almaktadır.<sup>10</sup> Nitekim bu belgenin 38. maddesinde *“kimsenin ilgili olayda doğru ve güvenilir deliller ortaya koyulmadan dava edilemeyeceği”*nin, 39. maddesinde ise *“ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça hiçbir özgür kişinin tutuklanamayacağı, hapse atılamayacağı, mal ve mülkünün elinden alınamayacağı, sürgüne yollanamayacağı”*nin belirtilmesiyle adil yargılanma hakkının sinyallerinin verildiği görülmektedir.<sup>11</sup>

Kronolojik olarak Magna Carta'dan sonraki birtakım belgelerde<sup>12</sup> adil yargılanma hakkının yansımalarını görmek mümkün olmuş ise de söz konusu hakkın, uluslararası bir metinde yer alması 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>13</sup> (İHEB) ile olmuştur.<sup>14</sup>

İHEB'in Türkçe çevirisine bakıldığında 10. maddenin *“Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.”* şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu madde incelendiğinde adil yargılanma hakkının İHEB' de açıkça yer aldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.<sup>15</sup>

Adil yargılanma hakkı bakımından en önemli gelişmelerden biri, kuşkusuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesidir.<sup>16</sup> 1950 tarihli Sözleşme'nin Türkçeye tercümesinde 6. madde *“adil yargılanma hakkı”* başlığını taşımakta olup maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesi *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul*

<sup>9</sup> Belge'nin Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Magna2017-2.pdf>> Erişim Tarihi 14.10.2023.

<sup>10</sup> Taner (n 6) 27.

<sup>11</sup> Muhammed Kürşad Ergun, 'Türk Anayasa Hukukunda Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 5.

<sup>12</sup> 1525 tarihinde Alman köylülerinin kaleme aldığı “Köylülerin Mektupları”, 1628 yılında İngiltere'de yayımlanan “Haklar Dilekçesi”, 1679 yılında İngiltere'de yürürlüğe giren “Habeas Corpus Act”, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi, 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi söz konusu belgelerden birkaç tanesidir. Konu hakkında daha detaylı bilgi için ise bkz. Akdoğan (n 6) 19-29.

<sup>13</sup> Bildirge'nin Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 08.01.2024.

<sup>14</sup> Taner (n 6) 27.

<sup>15</sup> Akdoğan (n 6) 24.

<sup>16</sup> Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. <[https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf)> Erişim Tarihi 08.01.2024.

*bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*” şeklindedir. Söz konusu 1. fıkranın devamında aleniyet ilkesinin ve istisnalarının ifade edildiği, maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise suç isnadı altındaki kişilere yönelik güvenceler düzenlendiği görülmektedir.

1975 tarihine gelindiğinde ise mahkemeye erişim hakkı bakımından adeta yeni bir dönem başlatan AİHM’in Golder/Birleşik Krallık kararı karşımıza çıkmaktadır. Nitekim söz konusu kararda mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının zımni bir ögesi olarak ifade edilmiş<sup>17</sup> ve adil yargılanma hakkı kapsamına dâhil edilmiştir. Daha sonra ise gerek AİHM, gerekse de AYM tarafından pek çok kez Golder kararına atıf yapılarak bu karar doğrultusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

### C. Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı

Türkiye 1954 yılında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni uygun bulma kanunu ile onaylamış<sup>18</sup> ve anılan Sözleşme, 18.05.1954’te yürürlüğe girerek iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Bu vesileyle, Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı da hukukumuzda önemli bir konum edinmiştir.

Adil yargılanma hakkı kavramının Anayasamıza girişi ise 03.10.2001 tarihli, 4709 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle yapılan değişiklikle olmuştur. Anılan değişiklik ile Anayasamızın 36. maddesinin 1.fıkrasına “savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” ibaresi eklenmiştir. 2004 yılında Anayasa m.90/5’e eklenen cümle ile<sup>19</sup> temel hak ve özgürlükler bakımından AİHS’in hukukumuzdaki yeri daha da güçlenmiştir.<sup>20</sup>

Türk hukukunda adil yargılanma hakkının birtakım yansımalarının da mevcut olduğu görülmektedir. Nitekim Anayasamızın yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelere ait olduğunu düzenleyen 9. maddesi, koruma altına aldığı haklar bakımından 19. maddesi, kimsenin yasalara göre tabi olduğu mahkemeden farklı bir merci önüne çıkarılamayacağını düzenleyen 37. maddesi, suç ve cezalara dair oldukça önemli esasları düzenleyen 38. maddesi,

<sup>17</sup> Golder/Birleşik Krallık § 28-36.

<sup>18</sup> İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6366 Kabul tarihi: 10.03.1954, RG 19.03.1954/ 8662.

<sup>19</sup> 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 7. maddesiyle metne şu cümle eklenmiştir: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” Kanun’un Kabul Tarihi: 07.05.2004 RG 22.05.2004/ 25469.

<sup>20</sup> Akdoğan (n 6) 44.

mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin 138. maddesi, duruşmaların açık ve gerekçeli olmasına vurgu yapan 141. maddesi adil yargılanma hakkının yansımalarına örnektir.<sup>21</sup>

Anayasa'daki düzenlemelerin yanı sıra Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda (CMK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) da adil yargılanma hakkının yansımaları olan düzenlemeler mevcuttur.<sup>22</sup> Nitekim 5271 sayılı CMK'nın 147. maddesinde şüpheli veya sanığın ifade veya sorgusunda uyulması gereken kurallar düzenlenmiş, 160. maddesinin 2. fıkrasında ise “*adil bir yargılamanın yapılabilmesi*” ibaresi kullanılmıştır. 6100 sayılı HMK'nın hukuki dinlenilme hakkına ilişkin 27. maddesi ve aleniyet ilkesini düzenleyen 28. maddesi adil yargılanma hakkının yansımalarının diğer örnekleridir. Mevzuatımızda adil yargılanma hakkının başkaca yansımaları da mevcut olmakla birlikte çalışmanın kapsamı bakımından bunlara ayrıca değinmeye gerek görülmemiştir.

#### **D. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Olan Haklar**

Adil yargılanma hakkı içerisinde birçok hakkı barındırmaktadır.<sup>23</sup> Bu husus AİHS m.6/1'in lafzi olarak incelenmesiyle de anlaşılmaktadır. Söz konusu alt haklar; kanunla kurulmuş bir mahkemede önünde yargılanma hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma<sup>24</sup> haklarıdır.<sup>25</sup> AİHS m.6/2'de suç ile itham edilen kişilere ilişkin olarak masumiyet karinesi<sup>26</sup> koruma altınmış, maddenin 3. fıkrasında ise suç ile itham edilen kişilerin asgari hakları<sup>27</sup> sıralanmıştır.

<sup>21</sup> Akdoğan (n 6) 35-37.

<sup>22</sup> Akdoğan (n 6) 37.

<sup>23</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Servet Alyanak, *Avrupa Birliği Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Yargısal Denetim*, (Seçkin Yayıncılık 2023), 57-64.

<sup>24</sup> 109-213 Gölçüklü “hakkaniyete uygun olarak” ibaresinin maddenin özünü oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gölçüklü (n 6) 218.

İngilizce metinde AİHS m.6'da yer alan “fair trial” ibaresinin Türkçeye adil yargılanma hakkı olarak mı hakkaniyete uygun yargılanma hakkı olarak mı çevrilmesi gerektiği konusunda ise bkz. Taner (n 6) 29-34.

<sup>25</sup> Bahsedilen hakların tanımları ve haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4)*, (MRK Baskı- Avrupa Konseyi 2018) 67-107, 109-213, 239-262, 263-292.

<sup>26</sup> Bkz. İnceoğlu (n 25) 293-309.

<sup>27</sup> Bkz. İnceoğlu (n 25) 313 vd.



Öte yandan AİHM, dinamik/çağdaş/evrimci yorum metodu<sup>28</sup> olarak adlandırılan yöntem ile “adil yargılanma hakkı”nın kapsamını daha da genişletmektedir.<sup>29</sup> Bu yöntem ile AİHM, AİHS m.6/1’de tam olarak ifade edilmemiş olan birtakım hakları da yorum yoluyla adil yargılanma hakkı kapsamına dâhil etmektedir. Mahkemeye erişim hakkı<sup>30</sup>, silahların eşitliği ilkesi<sup>31</sup>, çelişmeli yargılama ilkesi<sup>32</sup>, gerekçeli karar hakkı<sup>33</sup>, delillere ilişkin ilkeler<sup>34</sup>, hukuki kesinlik ilkesi<sup>35</sup>, susma ve kendini suçlamama hakkı<sup>36</sup>, duruşmada hazır bulunma ve etkili katılım hakları<sup>37</sup> AİHM tarafından adil yargılanma hakkının örtülü unsurları olarak görülmüştür.<sup>38</sup> AYM de AİHM içtihatlarından yola çıkarak anılan hak ve ilkeleri adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve bu doğrultuda pek çok karar vermiştir.<sup>39</sup>

AYM, adil yargılanma hakkının kapsamının Anayasa’da yer almaması sebebiyle, hakkın kapsam ve içeriğinin AİHS m.6 doğrultusunda tayin edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>40</sup> Dolayısıyla AİHS m.6 ve maddenin kapsamı hakkındaki içtihatlar, hukukumuz bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

## II. MAHMEYE ERİŞİM HAKKI

### A. Anlam ve Hukuki Nitelik

Bilindiği üzere yargı yetkisi, devletin egemenlik alanında olup mahkemeler aracılığıyla yerine getirilmektedir. Mahkemelerin işleyişinin hakkaniyete uygun olması, keyfi uygulamaların yaşanmaması, kişilere haklarının teslim edilmesi ve yargıya güvenin oluşması

<sup>28</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2010), 225-260; Ufuk Ramazan Çakmak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021), 36-38; Ömer Gedik, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Filiz Kitabevi 2022), 112-122; Yakup Yıldırım, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Dinamik Yorum Yöntemi’ (2019/04) İnsan Hakları Dergisi 42, 42-45; Mehmet Ciğer, ‘Antlaşmaların Yorumuna Farklı Bir Yaklaşım: AİHM’nin Dinamik Yorumu ve Takdir Payı Doktrini’ (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2022) 83-104.

<sup>29</sup> Ciğer (n 28) 94.

<sup>30</sup> Bkz. Golder/Birleşik Krallık § 28-36.

<sup>31</sup> Bkz. Foucher/Fransa, B.No: 22209/93, 18.03.1997, §33-36.

<sup>32</sup> Bkz. Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, B. No: 28901/95, 16/2/2000, § 60.

<sup>33</sup> Bkz. Ruiz Torija/İspanya, B.No: 18390/91, 09.12.1994, § 29–30.

<sup>34</sup> Bkz. Ayetullah Ay/ Türkiye B.No: 29084/07 ve 1191/08, 27.10.2020 §123-127.

<sup>35</sup> Bkz. Amirkhanyan/ Ermenistan B.No: 22343/08, 03.12.2015 §39.

<sup>36</sup> Bkz. Funke/ Fransa B.No: 10828/84, 25.02.1993 § 44.

<sup>37</sup> Bkz. Colozza/Italy, B.No: 9024/80, 12.02.1985 § 27,116.

<sup>38</sup> İnceoğlu (n 25) 3.

<sup>39</sup> Bkz. Özkan Şen Başvurusu § 51; Abdullah Topçu Başvurusu B. No: 2014/8868, 19.04.2017 § 75; Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri Başvurusu B. No: 2014/253, 09.01.2015 § 63; Murat Ergan Başvurusu B.No: 2020/2395, 01.02.2023 § 15.

<sup>40</sup> Bkz. Onurhan Solmaz Başvurusu B.No: 2012/1049, 26.03.2013 § 22.

için yargılamanın adil olması zorunludur. Nitekim bu zorunluluk, temel bir insan hakkı olarak ulusal ve uluslararası metinlerde de yer edinmiştir. Ancak yargılamanın adil bir şekilde yapılması, hatta yargılamanın başlayabilmesi için her şeyden önce hak arayan kişinin yargılama makamına, yani mahkemeye başvurabilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle adil yargılama hakkından bahsedilebilmesi için öncelikle mahkemeye erişimin mümkün olması gerekir. Dolayısıyla mahkemeye erişim imkânı, adil yargılanma haklarının oluşturduğu zincirin ilk halkası olarak karşımıza çıkmakta ve bu imkânın bir hak olarak tanınması gerekmektedir.

Hukuk devleti olmanın bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı<sup>41</sup> AYM'nin tanımıyla, bir uyuşmazlığı yargı önüne götürebilme ve uyuşmazlığın etkili bir biçimde sonuçlandırılmasını talep edebilme hakkıdır.<sup>42</sup> Başka bir tanımla bu hak, en genel ifadeyle mahkemeden karar elde edebilmeyi teminat altına alan bir haktır.<sup>43</sup>

Mahkemeye erişim hakkı, AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkı kapsamına dâhil edilen haklardan biri olup AİHM, Golder kararında<sup>44</sup> mahkemeye erişim hakkının AİHS'in 6. maddesi kapsamında olduğunu ilk defa ifade etmiştir. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı korumanın, sadece başlamış bir davayla sınırlı olmadığını, ortada bir dava bulunmazken yargılamanın adilliğinin manasız kalacağını vurgulayarak Sözleşme'nin başlangıcındaki "hukukun üstünlüğü" ilkesinden hareketle mahkemeye erişim hakkını 6. madde kapsamında kabul etmiştir.<sup>45</sup>

Mahkemeye erişim hakkının hukuki niteliğini saptamak için ise adil yargılanma hakkının hukuki niteliğine bakmamız gerekecektir. Bu itibarla öncelikle, AİHS'te teminat altına alınan hakların medeni haklar ve siyasi haklar<sup>46</sup> olduğunu, sosyal haklara<sup>47</sup> ise Sözleşme'de doğrudan

<sup>41</sup> Doktrindeki tanımlar için bkz. Akdoğan (n 6) 68-71; Alyanak (n 23), 65-79; Aydın (n 6) 60-63; Bahar (n 6) 247-248; Ergun (n 11) 3-7; Doğru ve Nalbant (n 6) 620-631; İnceoğlu (n 6) 215-223.

<sup>42</sup> Özkan Şen Başvurusu §52.

<sup>43</sup> Kutic/Hırvatistan B.No: 48778/99 01.03.2002.

<sup>44</sup> Golder/Birleşik Krallık B.No: 4451/70, 21.02.1975.

<sup>45</sup> Golder/Birleşik Krallık § 35,36.

<sup>46</sup> Hakların sınıflandırılması konusunda detaylı bilgi için bkz. Adil Şahin, *İnsan, Özgürlük ve Devlet*, (Celepler Matbaacılık ve Dağıtım, Trabzon 2013) 247- 250; İbrahim Ö Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (16. Baskı, Legal Yayıncılık 2021) 264-266,269-283; Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, (3. Baskı Yetkin Yayıncılık 2019) 275-295; Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (5. Baskı Yetkin Yayıncılık 2022) 47-55.

<sup>47</sup> Detaylı bilgi için bkz. Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022).

yer verilmediğini belirtmek gerekir.<sup>48</sup> Medeni ve siyasi haklar, ortaya çıkış zamanına göre yapılan sınıflandırmada birinci kuşak haklar<sup>49</sup> sınıfına dâhildirler. Dolayısıyla Sözleşme’de yer alan adil yargılanma hakkının da birinci kuşak haklardan biri olduğu düşünülebilirse de bu konu doktrinde tartışmalıdır. Nitekim doktrinde, adil yargılanma hakkının ikinci kuşak haklarla<sup>50</sup> da bağlantılı olduğu ifade edilmekte ve söz konusu hakkın niteliğinin net olmadığı vurgulanmaktadır.<sup>51</sup>

Öte yandan AIHS’te yer alan haklar, doktrinde; mutlak, sınırlı ve nitelikli olmak üzere üç sınıfa ayrılarak incelenmektedir. Adil yargılanma hakkının ise bu sınıflardan hiçbirisiyle tam anlamıyla örtüşmediği, bu hakkın kendine özgü şekilde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim Sözleşme sisteminin temeli olarak görülen bu hak, kendi içinde mutlaklık arz etse de hakkın içerdiği alt haklara birtakım sınırlamalar getirilebileceği ifade edilmiştir. Mahkemeye erişim hakkı da sınırlama getirilebilecek alt haklardan biridir.<sup>52</sup>

Anayasa’ya bakıldığında ise mahkemeye erişim hakkının 36. maddede düzenlendiği, dolayısıyla Anayasa’nın “*Temel Hak ve Ödevler*”e ilişkin ikinci kısmının, “*Kişinin Hak ve Ödevleri*”nin düzenlendiği ikinci bölümünde yer aldığı görülmektedir. Hakkın niteliğinin doktrinde tartışmalı olduğunu yinelemekle, Anayasa’daki yeri itibarıyla bu hakkın negatif statü hakkı,<sup>53</sup> başka bir ifadeyle bir koruyucu hak<sup>54</sup> sıfatı taşıdığını ifade edebiliriz. Nitekim bu hak, bir adil yargılanma hakkı olarak bireyin davasını mahkeme önüne taşıyıp mahkemeden karar temin edebilmesini güvence altına almasıyla bireyi korumayı hedeflemektedir.

<sup>48</sup> Ersin Bayra, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler’ (2023) 8 (1) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 66.

<sup>49</sup> Detaylı bilgi için bkz.; Bülent Algan, *İnsan Hakları (Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve)*, (1.Baskı, Adalet Yayınevi 2023), 88-90; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2.Cilt (Ekin Yayınevi 2011) 511-515; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 534, 569-574; Kaboğlu (n 46) 256; Şahin (n 46) 247-248.

<sup>50</sup> Detaylı bilgi için bkz. Algan (n 49) 90-94; Kaboğlu (n 46) 256; Gözler (n 49) 512; Uygun (n 49) 535, 574-587; Şahin (n 46) 249-250.

<sup>51</sup> Akdoğan (n 6) 51-53 Doktrindeki bir kısım görüşler için bkz. Hakan Karakehya, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma’ (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2007) 21; Esra Atalay, ‘Yargısal Temel Haklar’, *Prof. Şükrü Postacıoğluna Armağan*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1997) 437, 443-444. <[https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/esra\\_atalay.pdf](https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/esra_atalay.pdf)> Erişim Tarihi 08.01.2024

<sup>52</sup> Hüseyin Turan, ‘Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi’ (2009) (84) TBB Dergisi 213, 227-230.

<sup>53</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı*, (3.Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 50-52; Algan (n 49) 71-75; Kaboğlu (n 46) 255; Gözler (n 49) 508.

<sup>54</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku (Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)*, (Turhan Kitabevi 2000) 167-168.

## B. Mahkemeye Erişim Hakkının Kapsamı

AİHM, AİHS m.6/1'in; herkese medeni hak ve yükümlülüklerine<sup>55</sup> dair her çeşit uyuşmazlığı bir mahkeme önüne taşıma hakkını tanıdığını ve hukuk davası açabilmenin bir ögesi olan “mahkeme hakkını” güvence altına aldığını ifade etmiştir.<sup>56</sup>

AİHM, otonom/özerk yorum metodu<sup>57</sup> ile AİHS m.6'daki kavramları oldukça geniş yorumlamış, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle öne sürülen iddiaları<sup>58</sup> da maddenin kapsamına dâhil etmiştir. Öte yandan vergi ile ilgili uyuşmazlıklar, yabancıların sınır dışı edilmeleri, siyasi sığınmalar, vatandaşlık gibi konular ise AİHM tarafından maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır.<sup>59</sup>

Mahkemeye erişim hakkı, suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.<sup>60</sup> Buna karşın, “suç isnadı”nın kendilerine yöneltilmemiş olması sebebiyle şüpheli/sanık haricindeki kişiler AİHM tarafından, Sözleşme'nin 6. maddesinin güvence sahası dışında bırakılmaktadır. Bu durum, ceza davasında medeni hak talebine olanak sağlayan bir sistemin benimsenmiş olması ya da ceza davası neticesinde verilen kararın hukuk davası yönünden etkili veya bağlayıcı olması hâlleri istisna olmak üzere geçerlilik arz etmektedir.<sup>61</sup> AYM'nin de AİHM'in bu içtihadını benimsediği görülmektedir.<sup>62</sup> Kanaatimizce şüpheli/sanık haricindeki kişilerin, mahkemeye erişim hakkından yararlanamayacağı yönündeki içtihat, AYM tarafından yeniden gözden geçirilmelidir. Nitekim Anayasa m.36'ya bakıldığında bu hakkın “herkes” için öngörüldüğü açıktır.

Her ne kadar AİHS m.6, ceza davaları bakımından “kendisine yöneltilen suçlamalar”dan bahsederek haktan yararlanacak kişileri kısıtlayabilmekte ise de AİHS m. 53,<sup>63</sup> Sözleşme'deki düzenlemelerin taraf devletlerin yasalarında kabul edilen hak ve hürriyetleri sınırlamayacağını

<sup>55</sup> Bkz. M. Serhat Kaşıkara, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı’ (2011) 2 (4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 233, 233-290 <<https://search.trdizin.gov.tr/yayin/detay/123204/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinin-6-maddesi-cercevesinde-medeni-hak-ve-yukumluluk-kavrami>> Erişim Tarihi 02.01.2024.

<sup>56</sup> Eşim/Türkiye kararı B.No: 59601/09, 17.09.2013 §18.

<sup>57</sup> Bkz. Ciğer (n 28) 82,83; Çakmak (n 28) 33-35.

<sup>58</sup> İnceoğlu (n 25) 24.

<sup>59</sup> Gözler (n 49) 618.

<sup>60</sup> Hasan İştin Başvurusu B.No: 2015/1950, 22.02.2018 §36.

<sup>61</sup> Perez/Fransa, B.No: 47287/99, 12.02.2004 §70.

<sup>62</sup> Bkz. Onurhan Solmaz Başvurusu §24; Taylan Kamış Başvurusu B.No: 2013/5709, 17.03.2016 §30.

<sup>63</sup> AİHS m.53: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”

ifade eder. Bu durumda, iç hukuk bakımından mahkemeye erişim hakkının “herkes” için geçerli olduğu hususunda bir kuşku kalmamakta, esas sorun bireysel başvurularda ortaya çıkmaktadır.<sup>64</sup>

Anayasa m.148/3’ün ilk cümlesi<sup>65</sup> gereğince, bireysel başvurularda ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ve hürriyetin hem Anayasa’da hem de AİHS’ te teminat altına alınmış olması gerekmekte, dolayısıyla bir kapsam ortaklığı aranmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, ceza davaları bakımından şüpheli/sanık haricindeki kişilerin, AİHS m.6/1’in kapsamı dışında tutulması sebebiyle AYM’nin bireysel başvurularda ortak koruma sahası hususunu değerlendirerek<sup>66</sup> kendisini konu bakımından yetkisiz görmesi sorunsuz gibi görünmektedir. Ancak konuya bir de uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerini<sup>67</sup> tespit ederek yaklaşmak yerinde olacaktır.

Öncelikle, uluslararası antlaşmaların “iç geçerliliği”nin, bu antlaşmaların “dış geçerliliği”nden farklı bir konu olduğunu ifade etmek gerekir. Doktrinde, “dış geçerlilik” açısından, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki normlardan daha üstün olduğu vurgulanmıştır.<sup>68</sup> Ancak, AYM’nin bireysel başvurulara olan yaklaşımı yönünden asıl önem arz eden “iç geçerlilik”tir.

Gözler, konuyu çeşitli açılardan değerlendirmiş ve uluslararası antlaşmalara kanun üstü değer atfedilmesini eleştirmiştir. Gözler, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki normlardan kendiliğinden üstün olmayacağını, bunun için devletin bir düzenleme yapması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>69</sup>

Anayasa m.90/5<sup>70</sup> uyarınca temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalara, kanunlara göre üstünlük atfedilmiş<sup>71</sup> olsa da, maddede bu antlaşmaların Anayasa hükümleriyle

<sup>64</sup> Ergun (n 11) 43.

<sup>65</sup> “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

<sup>66</sup> Bkz. Onurhan Solmaz Başvurusu § 18-27.

<sup>67</sup> AİHS’in iç hukuktaki yeri konusundaki görüşler için bkz. Ünal (n 6) 71-74; Gözler (n 49) 669-674; Gözübüyük (n 54) 290-291.

<sup>68</sup> Bkz. Gözler (n 49) 172-187,668.

<sup>69</sup> Gözler (n 49) 668-693.

<sup>70</sup> Anayasa m. 90/5: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

<sup>71</sup> Gözler (n 49) 686.

değil, kanunlarla kıyaslandığı görülmektedir. Dolayısıyla iç hukukumuzda, uluslararası antlaşma hükümlerinin iç geçerlilik yönünden Anayasa'dan üstün olduğuna dair bir düzenleme yoktur.

Yukarıda bahsedilen hususlardan hareketle, Anayasa m.36/1'in "herkes" için geçerlilik arz ettiği iç hukukumuzda, insan hakları lehine bir yorumla, şüpheli/sanık haricindeki kişilerin de cezai konularda adil yargılanma hakkından ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkından yararlanabilmesi, bu konudaki bireysel başvurularda konu bakımından yetkisizlik sonucuna varılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkemeye erişim hakkının koruma alanının yalnızca ilk derece yargılamalarıyla sınırlı olmadığı, eğer iç hukukta o uyumsuzluk bakımından kanun yolu mevcut ise bu hakkın üst mahkemelere başvurma hakkını da kapsadığı ifade edilmektedir.<sup>72</sup> Gerek AİHM'in gerekse de AYM'nin bu hususa vurgu yaptığı görülmektedir.

Öte yandan AYM, AİHM içtihatlarına atıfta bulunarak mahkemeye başvurma hakkının başvuru sonucunda temin edilen nihai kararın icrası konusundaki beklentiyi de güvence altına aldığını dile getirmektedir.<sup>73</sup>

Ceza davaları açısından şüpheli/sanık haricindeki üçüncü kişiler yönünden eleştirimizi yinelemekle birlikte mahkemeye erişim hakkının, pek çok hakkı ihtiva eden oldukça geniş kapsamlı bir hak olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

### **C. Mahkemeye Erişim Hakkının Hukukumuzdaki Yeri ve Etkili Başvuru Hakkı İle Arasındaki İlişki**

AİHM, Golder kararında mahkemeye erişim hakkının hukukun temel prensibi olduğunu, mahkemeye erişim hakkı olmadan hakkaniyete uygun bir yargılamadan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>74</sup> AYM de AİHM içtihadıyla benzer doğrultuda mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkının ön şartı olduğunu ifade etmiş<sup>75</sup> ve mahkemeye erişim hakkının önemini pek çok kararında vurgulamıştır.

<sup>72</sup> Bkz. Bayar ve Gürbüz/Türkiye B.No: 37569/06, 27.11.2012 § 42; Ali Atlı Başvurusu B.No: 2013/500, 20.03.2014 § 49.

<sup>73</sup> Bkz. Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu B.No: 2013/711, 03/04/2014 § 45.

<sup>74</sup> Golder/Birleşik Krallık § 35.

<sup>75</sup> Tahir Gökatalay Başvurusu B.No: 2013/1780, 20.03.2014 §37.



Mahkemeye erişim hakkı Anayasa m.36/1’de yer almakta olup Anayasamız, AİHS’ten farklı olarak mahkemeye erişim hakkını açıkça düzenlemektedir.<sup>76</sup>

Anayasamızın 125. ve 138. maddeleri de mahkemeye erişim hakkı açısından önem taşıyan düzenlemelerdir. Nitekim Anayasa m.125/1’de idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmekte, Anayasa m.125/4’te ise yürütmeyi durdurma yetkisi düzenlenmektedir. Maddedeki bu düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına ek güvence sağlamaktadır. Anayasa m.138/4 ise yasama, yürütme organları ile idarenin, yargı kararlarına uymak mecburiyetinde olduğunu, mahkeme kararlarını yerine getirmeyi geciktiremeyeceklerini düzenlemekte, kararın icrası hakkını ifade etmektedir.<sup>77</sup>

AYM, mahkemeye erişim hakkı bakımından Anayasanın 138. maddesine özel bir önem atfetmiştir. Kararın icrası hakkının, mahkeme hakkının bir unsurunu oluşturduğunu, karar uygulanmazsa yargılamanın da manasız kalacağını, bu nedenle yargı kararlarının uygulanmasının mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirileceğini ifade etmiştir.<sup>78</sup>

AYM’nin tanımıyla etkili başvuru hakkı, “*anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanması*”dır.<sup>79</sup> Anlaşılacağı üzere etkili başvuru hakkı, kişilerin haklarının ihlal edilmesi durumunda ihlalin iç hukukta incelenmesi maksadıyla yapılacak etkili bir başvuruyu teminat altına almakta ve bu yönüyle mahkemeye erişim hakkıyla benzerlik taşımaktadır.<sup>80</sup>

Öte yandan bu iki hakkın farklılık arz eden yönleri de mevcuttur.<sup>81</sup> Mahkemeye erişim hakkı AİHS m.6 kapsamında olan bir hak iken, etkili başvuru hakkı AİHS’in 13. maddesinde<sup>82</sup> düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde etkili başvuru hakkının AİHS’te tanınan haklar bakımından güvence altına alındığı görülmekteyken mahkemeye erişim hakkının

<sup>76</sup> İnceoğlu (n 25) 40.

<sup>77</sup> ibid 41-42.

<sup>78</sup> Feyzullah Caner Başvurusu B.No: 2017/31906, 18.11.2020 §18.

<sup>79</sup> İ.D. ve Diğerleri Başvurusu B.No: 2016/14513, 28.12.2022 §63.

<sup>80</sup> Funda Görgülü Ergenç, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi 2021) 49.

<sup>81</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ömer Emrullah Egeliği, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2021), 277-312.

<sup>82</sup> “AİHS m.13 :*“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”*

ise, medeni hak ve yükümlülüklerle ait uyuşmazlıklarla suç isnadına yönelik hâlleri kapsadığı anlaşılmaktadır.<sup>83</sup>

Anayasamız bakımından mahkemeye erişim hakkı Anayasa m.36/1’de düzenlenmekteyken etkili başvuru hakkı ise Anayasa m.40/1’de<sup>84</sup> güvence altına alınmaktadır. Anayasamızda, mahkemeye erişim hakkı “herkes”e tanınmışken etkili başvuru hakkı Anayasa’da teminat altına alınmış bir temel hak ya da hürriyeti ihlal edilmiş kişilere tanınmıştır.

Etkili başvuru hakkının, bağımsız nitelikte koruma işlevinden yoksun bir hak olarak görüldüğünü ifade etmek gerekir. Nitekim AİHM, AİHS’in 13. maddesinin Sözleşme’nin ve Protokollerinin normatif diğer şartlarını tamamladığını, bu anlamda bağımsız bir varlığa sahip olmadığını belirtmektedir.<sup>85</sup> AYM de benzer şekilde etkili başvuru hakkının bağımsız nitelikte koruma fonksiyonu bulunmadığını, bu hakkın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını teminat altına alan tamamlayıcı türdeki haklardan olduğunu belirtmekte ve bu doğrultuda kabul edilmezlik kararları vermektedir.<sup>86</sup> Öte yandan etkili başvuru hakkının, ortak koruma alanında olan başka haklarla ilişkili olarak ihlal edildiğine yönelik iddialarda diğer şartların da bulunması hâlinde kabul edilebilirlik kararı verilerek esas bakımından incelemeye geçilmektedir.<sup>87</sup> Mahkemeye erişim hakkı ise bir adil yargılanma hakkı olması sebebiyle başka haklardan bağımsız şekilde bireysel başvuruya konu yapılabilmektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki mahkemeye erişim hakkında başvurulacak makamın bir yargı yeri olması gerektiği hâlde etkili başvuru hakkında yetkili bir merciden söz edilmesi sebebiyle başvurulacak makamın bir mahkeme olmasına gerek yoktur.<sup>88</sup>

#### **D. Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması**

Mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir. AİHM, mahkemeye erişim hakkının birtakım zımni sınırlamalara tabi olduğunu, hakkın niteliği gereği sınırlama yetkisinin devlete ait

<sup>83</sup> Gökhan Çayan, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı’ (2016/28) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 235, 239.

<sup>84</sup> Anayasa m.40/1: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.”

<sup>85</sup> Zavoloka/Letonya B.No:58447/00 07.10.2009, § 35.

<sup>86</sup> Bkz. Onurhan Solmaz Başvurusu § 34.

<sup>87</sup> Bkz. İ.D. ve Diğerleri Başvurusu § 62, Yine Bkz. Abdulkerim Hammud Başvurusu B.No:2019/24388, 02.05.2023 § 65.

<sup>88</sup> Çayan (n 83) 240.

olduğunu, devletin bu sınırlamaları düzenleme konusunda belli bir “takdir aralığı”na sahip olduğunu ifade etmektedir.<sup>89</sup>

Anayasa Mahkemesi de AİHM ile benzer bir yorum yaparak Anayasa m.36’da hak arama özgürlüğüne yönelik herhangi bir sınırlama sebebi düzenlenmemişse de<sup>90</sup> özel sınırlama sebebi düzenlenmemiş hakların da doğası gereği birtakım sınırlarının bulunduğunu ifade etmiştir.<sup>91</sup>

AİHM, mahkemeye erişim hakkına getirilecek sınırlamanın hakkın özünü etkileyecek ya da etkilenmesi sonucu doğuracak biçimde uygulanmaması gerektiğini belirtmiş ve söz konusu sınırlamaların, meşru bir amaç taşınması ve bu amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantı olması hâlinde AİHS m.6/1’le bağdaşacağını ifade etmiştir.<sup>92</sup> AYM kararlarında da Anayasa m.13’te belirtilen kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük kriterleri doğrultusunda değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.<sup>93</sup> Nitekim AYM; hakka getirilecek sınırlandırmaların hakkın özünü zedelememesi, meşru bir amaç taşınması, açık, ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük teşkil etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>94</sup>

Öte yandan AİHM, mahkemeye erişmeyi aşırı ölçüde güçleştiren ya da olanaksız kılan uygulamaların;<sup>95</sup> AYM ise kişinin mahkemeye başvurmasını manasız duruma getiren, mahkeme kararını önemli derecede etkisizleştiren sınırlandırmaların mahkemeye erişim hakkını ihlali sonucu doğurabileceğini ifade etmiştir.<sup>96</sup>

Görüldüğü üzere AYM, mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamaların ihlal oluşturup oluşturmayacağı konusunda AİHM ile benzer bir çerçevede değerlendirme yapmaktadır.

### III. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Mahkemeye erişim hakkının, yalnızca varlığı yeterli olmayıp bu hakkı fiilen ve etkili şekilde kullanma imkânı da mevcut olmalıdır.<sup>97</sup> AYM, AİHM kararlarına atıf yaparak

<sup>89</sup> Eşim/Türkiye § 19.

<sup>90</sup> Nitekim bkz. Anayasa m.13: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

<sup>91</sup> Özkan Şen Başvurusu § 58.

<sup>92</sup> Eşim /Türkiye § 19.

<sup>93</sup> Hüseyin Volkan Kurt Başvurusu B.No: 2019/42687, 08.03.2023.

<sup>94</sup> Şener Berçin Başvurusu B. No: 2013/5516, 22.01.2015 § 54.

<sup>95</sup> Osu/İtalya B.No: 36534/97, 11.07.2002, § 36-40.

<sup>96</sup> Özkan Şen Başvurusu § 52.

<sup>97</sup> Geouffre de la Pradelle/France B.No:12964/87, 16.12.1992.

mahkemeye erişim hakkının kanuni birtakım şartlara tabi kılınmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. AYM, öte yandan söz konusu şartlara dair kurallar tatbik edilirken bir taraftan adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek derecede aşırı şekilcilikten kaçınılması, öbür taraftan ise usul kurallarının yok sayılması sonucunu doğurabilecek ölçüde gevşeklikten uzak durulması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>98</sup> Dolayısıyla mahkemelerin usul kurallarına ilişkin uygulamaları, kişilerin mahkemeye erişim hakkını etkin şekilde kullanabilmeleri için oldukça önem taşımaktadır.

AİHM ve AYM, mahkemeye erişim hakkı ile ilgili önlerine gelen bireysel başvurular hakkında birtakım değerlendirmeler yapmakta, önemli içtihatlar oluşturmaktadır. Bu mahkemeler somut olaya göre yaptıkları değerlendirmeler sonucunda, mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalelerin bir kısmının ihlal teşkil ettiğine, bir kısmının ise ihlal teşkil etmediğine hükmetmektedir. Aşağıda, mahkemeye erişim hakkına ilişkin olarak AYM'nin bireysel başvurular sonucunda vermiş olduğu kararlar konularına göre bir ayırım yapılarak sunulacaktır.

#### **A. Dava Şartlarına İlişkin**

AYM, dava açma hakkının kapsamına ve kullanım şartlarına dair birtakım düzenlemelerin hak arama hürriyetinin tabiatından kaynaklanan sınırları belirlediğini ancak bu sınırlamaların Anayasa m. 13'te yer alan teminatlara aykırı olamayacağını belirtmiştir.<sup>99</sup>

Şenol Özdemir başvurusuna konu olayda, yer altı işçisi olarak çalışmaktayken iş kazası geçiren başvurucunun kazaya bağlı maluliyet oranı Yüksek Sağlık Kurulu tarafından %0 olarak tespit edilmiş, başvurucu maluliyet oranına itiraz etmiştir. Ayrıca başvurucu, geçirdiği kaza sebebiyle işveren aleyhine haklarını saklı tutarak 100 TL maddi ve 900 TL manevi tazminat talepli dava açmıştır. İlgili mahkeme, aldığı bilirkişi raporları ile belirlenen oran doğrultusunda kazanın oluşumunda başvurucunun %50 kusurlu olması nedeniyle tazminat talebinin kısmen kabulüyle 80,92 TL maddi, 900 TL manevi tazminatın başvurucuya verilmesine kesin olarak karar vermiştir. Öte yandan Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu, maluliyet oranına başvurucu tarafından yapılan itirazı kabul ederek oranın %0 olarak tespit edildiği raporun iptaline ve başvurucunun maluliyet oranını düzeltme kaydı ile %24 olarak belirlenmesine karar vermiştir. Başvurucu, yeni oranın belirlenmesi üzerine haklarını saklı tutarak 100 TL maddi, 21.000 TL manevi tazminat talepli ikinci bir dava açmış, bilirkişi raporunun alınmasının ardından talebini

<sup>98</sup> Şener Berçin Başvurusu § 57.

<sup>99</sup> AYM 2014/112 E, 2014/203 K, 25.12.2014.

artırmıştır. Davaya bakan mahkeme, 65.279,93 TL maddi ve 18.000 TL manevi tazminatın ödenmesine karar vermişse de davalının temyiz yoluna başvurması üzerine Yargıtay ilgili Hukuk Dairesi başvuruçunun daha önce aynı iş kazasından dolayı aynı davalıya karşı açtığı davada maluliyet oranının kesinleştiğini, bu nedenle %24 maluliyet sebebiyle açılan bu davanın kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi gerektiğini ifade ederek mahkeme kararını bozmuştur. Mahkemece bozma kararına uyulmuş, başvuruçucu temyiz talebinde yeni davanın konusunun %24 oranındaki yeni maluliyet oranına ilişkin olduğunu vurgulamışsa da Yargıtay Dairesince temyiz talebi reddedilmiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında, kesin hükmün korunmasının önemli bir güvence olmasına rağmen mutlak olmadığını, müdahaleyi gerekli kılan önemli ve zorlayıcı koşulların varlığı hâlinde<sup>100</sup> öngörülebilir olmak kaydıyla kesinleşmiş bir mahkeme kararına istisnai olarak müdahale edilebilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Somut olayda AYM; maluliyet oranına itiraz süreci ile tazminat davası süreçlerinin ayrı ayrı yürütüldüğüne, maluliyet oranının belirlenmesi sürecinin idari bir kurum olan Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından sürdürüldüğüne, başvuruçunun açtığı tazminat davasının ise maluliyet oranına ilişkin itiraz süreci beklenmeden dolayısıyla oran kesinleşmeden sonuçlandırıldığına dikkat çekmiştir. AYM, maluliyet oranındaki değişikliğin uyuşmazlığın sonucuyla doğrudan ilgili olduğunu, bu süreçte yaşanan gecikmenin başvuruçudan kaynaklanmadığı hâlde usul kurallarının bu derece katı yorumlanması suretiyle davanın esasının incelenmemesinin başvuruçuya aşırı bir külfet yüklediğini de ifade etmiştir. Başvuruçunun gerçek ve nihai bir maluliyet oranı üzerinden tazminat elde edebilme imkânından yoksun bırakıldığını ifade eden AYM, netice olarak davanın kesin hüküm sebebiyle dava şartı yokluğundan reddedilmesinin başvuruçunun mahkemeye erişim hakkına orantısız müdahale teşkil ettiğine ve hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>101</sup>

Bir kesin hükmün bulunması durumu, Şenol Özdemir başvurusunda dava açma hakkı yönünden irdelenmiş ise de kesinleşmiş mahkeme kararının ortadan kaldırılması, kararlarının icrası hakkı yönüyle de mahkemeye erişim hakkıyla ilintilidir. Bu sebeple yargı mercilerince eldeki dava hakkında bir kesin hüküm bulunması durumunda son derece dikkatli davranılması

<sup>100</sup> Bu konuda AYM'nin değindiği yalnızca önemli ve zorlayıcı şartlara AİHM içtihatlarında da vurgu yapıldığını ifade etmek gerekir. (Bkz. Driza/Arnavutluk, B. No: 33771/02, 13/11/2007, § 64) Önemli ve zorlayıcı şartlar olarak değerlendirilmeyen durumlarda ise gerek AİHM'in gerekse de AYM'nin hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak kesin hükmü müdahale edilemeyeceği yönünde içtihatları mevcuttur. Bkz. Tığrak/Türkiye B. No: 70306/10, 06.07.2021 § 63; Ryabykh/Rusya, B. No: 52854/99, 24.07.2003, § 53-58; Mustafa Altın Başvurusu B. No: 2018/10018, 27.10.2021, § 63.

<sup>101</sup> Şenol Özdemir Başvurusu B.No: 2018/14133, 11.05.2023.

ve oldukça istisnai olan zorlayıcı haller dışında kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığının sağladığı teminatın korunması gerekmektedir.

Faysal Çifçi ve diğerleri başvurusuna konu olayda ise belediyede çalışan başvurucular, iş akitlerinin feshedilmesi üzerine işçilik alacaklarına ilişkin olarak belirsiz alacak davası açmıştır. İlgili mahkeme, bilirkişi incelemeleri yaptırarak yargılamalar sonucunda davaların kabulüyle başvurucular lehine iş ilişkisinden kaynaklanan tazminatlara hükmetmiştir. Temyiz talebi üzerine Yargıtayın ilgili Dairesince, davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi için alacağın miktarının davacı tarafça tam ve kesin olarak bilinmemesi gerektiği, başvuruya konu davalarda ise başvurucuların çalışma süresi ve ücretini bilmeleri sebebiyle dava konusu kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ve asgari geçim indirimi alacaklarının miktarını belirleyebilmelerin mümkün olduğu belirtilmiştir. Yargıtay Dairesi, somut olayda söz konusu alacak kalemleri açısından belirsiz alacak davası açılmasında hukuki menfaat bulunmadığını ifade ederek belirtilen talepler açısından davanın usulden reddi gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. İlgili mahkeme de bozma kararı doğrultusunda hukuki menfaat yokluğundan davanın usulden reddine karar vermiş, başvurucular temyiz talebinde bulunmuşlarsa da temyiz talepleri reddedilmiştir. Başvurucuların bireysel başvuruda bulunmaları üzerine AYM, bu konuda HMK'nın, davacıların maddi haklarının bazı şekil noksanlıkları nedeniyle gözden çıkarılmasını engelleme amacıyla usule aykırı dava dilekçelerinin usulüne uygun duruma getirilmesi için hâkime güçlü yetkiler verdiğini ifade etmiştir. Ayrıca davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılmasının bir yanılığın sonucu olduğunun düşünülmesi durumunda ise davanın genel eda davası olarak kabul edilip talep sonucunu açıklığa kavuşturmaları için başvuruculara süre verilmesinin davanın usulden reddi biçimindeki ağır bir müdahaleyi önleyeceğini belirtmiştir. Somut olayda başvurucuların koşulları oluşmadan açtıkları belirsiz alacak davalarının dava şartı yokluğundan reddedilmesinin başvurulabilecek son çare olmadığını<sup>102</sup> ifade eden AYM, netice olarak davanın açılmasını sağlama maksadına erişmek için daha hafif müdahale aracı mevcutken başvurucuların mahkemeye erişimini olanaksız hâle getiren ağır bir aracın seçilmesinin gereklilik koşuluna uygun olmadığı değerlendirmesiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>103</sup> Bu kararın mahkemeye erişim hakkının amacının anlaşılması bakımından önem arz ettiği kanaatindeyiz.

<sup>102</sup> Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. İsmail Avcı Başvurusu B.No: 2019/12190, 22.02.2022 §72-74.

<sup>103</sup> Faysal Çifçi ve Diğerleri Başvurusu B.No: 2019/17969, 08.06.2023.

## B. Dava Açma Sürelerine İlişkin

AYM, Geffre/Fransa kararına<sup>104</sup> atıf yaparak mahkemeye erişim hakkının AİHM tarafından “hukukun üstünlüğü” ilkesinin ana prensiplerinden biri olarak benimsendiğini, bu hakkın etkin şekilde temin edilebilmesi için mahkemeye başvuru konusunda istikrarlı bir sistemin gerektiğini ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye erişimde açık, pratik ve etkili olanaklara sahip olması gerektiğini belirtmiştir. AYM, öte yandan hukuki belirlilik ilkesi uyarınca dava açma ya da yasa yollarına başvurma için birtakım sürelerin belirlenebileceğini, ancak bu sürelerin dava açmayı olanaksız hâle getirecek şekilde kısa olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca öngörülen süre şartlarının hukuka açıkça aykırı şekilde uygulanması ya da hatalı hesaplanması hâlinde kişiler dava açma veya yasa yollarına başvurma haklarından yararlanamamışlarsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olacağını vurgulamıştır.<sup>105</sup>

AİHM, dava açmaya ilişkin usul şartları farklı yorumlara yol açabilecek türde ise söz konusu şartlar yorumlanırken ya da uygulanırken kişilerin dava açma haklarını engelleyecek nitelikte katı sonuçlara yol açılmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>106</sup>

Şener Berçin başvurusuna konu olayda başvurusunun sahibi olduğu otomobile, geçici olarak yurda getirilmesine rağmen vaktinde yurt dışına çıkarılmaması sebebiyle kaçak durumuna düştüğü ve sahte belgelere dayanılarak trafiğe kaydedildiği gerekçesi ile 29.05.2007 tarihinde el konulmuştur. 27.10.2009 tarihinde ise ilgili Asliye Ceza Mahkemesi tarafından otomobil hakkında müsadere kararı verilmiştir. Başvurucu aracının müsadere edilmesi sebebiyle zarar gördüğünü öne sürerek 26.03.2010 tarihinde idareye başvurmuş ve zararının giderilmesini istemiştir. Bu isteminin reddedilmesi sonrası 27.05.2010 tarihinde tam yargı davası açmıştır. Tam yargı davasında ilgili mahkeme tarafından, 2577 sayılı Kanun’un 12. maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiş ve el koyma tarihinden itibaren altmış günlük dava açma süresinin geçtiği gerekçesiyle davanın süre aşımı sebebiyle reddine hükmedilmiş, yasa yolu incelemeleri sonucu bu karar kesinleşmiştir. Başvuru sonucunda AYM, dava açma süresinin el koyma işlemi ile başlayacağına yönelik mahkeme kararının 2577 sayılı Kanun’un 12. maddesinin oldukça katı bir biçimde yorumlanması sonucunda ortaya çıktığını vurgulamış ve dava açma süresinin zararın tam ve kesin olarak meydana gelmesinden önceki bir tarihin göz

<sup>104</sup> Geffre/Fransa, B. No: 51307/99, 23.01.2003.

<sup>105</sup> Şener Berçin Başvurusu § 52,55.

<sup>106</sup> Beles/Çek Cumhuriyeti B. No: 47273/99, 12/11/2002, § 51.

önüne alınmasıyla belirlenmesinin başvuru hukukuna erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.<sup>107</sup>

Remzi Durmaz Başvurusuna konu olayda başvuru, hakkındaki idari para cezasına karşı itirazlarını içerir dilekçesini Sulh Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere başka bir ildeki Cumhuriyet Başsavcılığı Muhabere Bürosuna vermiştir. İlgili Başsavcılıkta görevli savcı tarafından dilekçenin kabul edildiği tarih olarak başvuru hukukunun dilekçeyi ibraz ettiği tarih olan 17.10.2012 yazılmasına karşın Sulh Ceza Mahkemesi, başvuru hukukunun reddi kararının gerekçesinde başvuru dilekçesinin fiilen mahkemeye ulaştığı 07.11.2012 tarihini esas almıştır. AYM; söz konusu başvuruya ilişkin olarak, mevzuat hükümleri dikkate alındığında başvuru hukukunun başka il Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla başvuruda bulunmasının usul koşullarına aykırı olmadığına, başvuru hukukunun bu konuda itinasız davrandığının söylenemeyeceğine, başvuru hukukunun başvurusunu yönelteceği mercii hususunda yanlıya düşmesi durumunda dahi CMK m.264/1 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla başvuru hukukunun bir hak kaybıyla karşılaşmasının önlenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Ayrıca AYM, Sulh Ceza Mahkemesinin söz konusu kararında gerekçe kısmının aksine başlık kısmında başvuru tarihinin 17.10.2012 olarak ifade edildiğine, bu çelişki nedeniyle mahkemenin hataya düştüğünün alenen anlaşıldığına da değinmiş ve netice olarak mahkemenin başvuru tarihi konusundaki hatasının başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkını ihlaline sebep olduğuna karar vermiştir.<sup>108</sup>

Yukarıda bahsettiğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere dava açma sürelerinin mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açacak şekilde katı yorumlanmaması gerekmektedir. Aksi halde kişilerin dava süreci henüz en başında son bulacak ve adil yargılanma hakkının sağladığı diğer teminatlar da işlevsiz kalacaktır.

### **C. Yargılama Giderlerine İlişkin**

AYM'ye göre yargı harçlarının amacı gereksiz başvuruların önüne geçilmesi, abartılı veya zorlama taleplerin ise denetim altına alınmasıdır. Kişilerin avans yatırımlarıyla hedeflenenin, yapılması mecburi olan giderlerin finanse edilmesi olduğunu belirten AYM, bu giderlerin yargı hizmeti almak isteyenler tarafından karşılanmasının ise işin tabiatı gereği olduğunu belirtmiştir.<sup>109</sup> Öte yandan AYM; yargı hizmetleri verilmesi karşılığında harç alınması konusundaki düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkına engel teşkil etmemesi için

<sup>107</sup> Şener Berçin Başvurusu B. No: 2013/5516, 22.01.2015.

<sup>108</sup> Remzi Durmaz Başvurusu B.No: 2013/1718, 02.10.2013.

<sup>109</sup> Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim Başvurusu B.No: 2017/21882, 10.02.2021.



“harç miktarının makul olması”, “harcın alınmasında haklı bir amacın olması”, “amaç ile harç miktarı arasında orantı olması” ve “ödeme gücü olmayanlar için etkili adli yardım sisteminin olması” gerekliliklerine dikkat çekmiştir.<sup>110</sup>

Murat Daş başvurusuna konu olayda uzman çavuş olarak görev yapmakta olan başvuru, meydana gelen bir terör saldırısında yaralanmış ve başvurucuya bir miktar tazminat ödenmiştir. Yapılan sağlık kontrolleri sonucunda Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamayacağına karar verilen başvuru, vazife malulü olarak emekliye sevk edilmiştir. Başvuru 20.04.2012 tarihinde ek nakdi tazminat talebiyle idareye başvurmuş, başvurunun bu talebine altmış gün içinde bir yanıt verilmediği gibi bu süre zarfında başvurucuya ek tazminat da ödenmemiştir. Başvuru ek nakdi tazminat ödenmemesine dair zımnî ret işleminin iptali talebiyle 22.06.2012 tarihinde dava açmıştır. Öte yandan Jandarma Genel Komutanlığı Nakdi Tazminat Komisyonu 04.06.2012 tarihinde başvurucuya ek nakdi tazminat ödenmesine dair karar almıştır. Ancak bu karar başvurucuya tebliğ edilmemiş, 29.06.2012 tarihinde ödeme emri tanzim edilmiş ve davanın açılmasından sonra tazminat ödemesi yapılmıştır. Mahkeme, konusuz kaldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vererek başvuru aleyhine posta gideri, yargı harçları ve vekâlet ücretine hükmetmiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında, 1602 sayılı Kanun’un<sup>111</sup> 35. ve 70. maddelerini göz önünde bulundurarak başvurunun mevzuatta öngörülen altmış günlük süreyi beklediğini, zımnî ret üzerine dava açma süresi içinde dava açtığını belirtmiştir. AYM, başvuru tarafından “öngörülebilir” hususların, talebinin zımnî reddedildiği ve bu ret işlemine karşı süresinde açtığı davanın esası hakkında verileceği olduğunu ifade etmiştir. Talebin kabulü hakkındaki kararın idare tarafından başvurucuya süresinde bildirilmemesi sebebiyle başvurunun dava açma mecburiyetinde kalması üzerine başvuru hilafına yargılama giderlerine ve vekâlet ücretine hükmedilmesinin ise “öngörülemez” olduğu değerlendirmesini yapan AYM, mahkeme kararının sonucu itibarıyla başvurunun mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.<sup>112</sup> Bu başvuru sonucunda AYM tarafından aksi yönde bir karar verilmesi, somut olaydaki başvuru ile benzer hukuki durumda olan kişiler yönünden mahkemeye başvurmada caydırıcılık teşkil edebilecek niteliktedir. Dolayısıyla AYM’nin söz konusu kararının kişileri mahkemeye başvurma haklarını kullanmaya teşvik eder nitelikte olduğunu ifade etmek gerekir.

<sup>110</sup> AYM 2011/54 E, 2011/142 K, 20.10.2011, RG 29.12.2011/ 28157.

<sup>111</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Kanun Numarası:1602, Kabul Tarihi: 04.07.1972, RG 20.07.1972/ 14251.

<sup>112</sup> Murat Daş Başvurusu B.No: 2013/3063, 26.06.2014.

Nkt Teknoloji Dağıtım Ticaret Ltd. Şti. başvurusuna ilişkin olayda ise başvuru hakkında borçlusu olduğu banka tarafından icra takibi başlatılmış, başvuru adına kayıtlı gayrimenkuller üzerine alacaklının talebiyle haciz konulmuş ve satış için kıymet takdir raporu tanzim edilmiştir. Başvurucu, kıymet takdirinde gayrimenkulün değerinin düşük tespit edildiği gerekçesiyle İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde kıymet takdirine itiraz etmiştir. Mahkemece; davanın açıldığı sırada 195 TL gider avansının yatırıldığı, bu avansın tebligat ve yazışmalar için olduğu, bilirkişi ve keşif incelemesi için ise yatırılmış masraf bulunmadığı belirtilerek dava açılırken veya açıldıktan sonra yedi gün içinde gerekli masraf ve ücretlerin yatırılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında 6100 sayılı Kanun'un 120. maddesine de değinerek Yargıtay uygulamasının, eksik masraf miktarının ilgiliye gösterilmesi ve söz konusu miktarın yatırılması için kesin süre verilerek eksikliğin tamamlanması yönünde olduğunu ifade etmiştir. AYM, somut olayda daha hafif bir müdahale aracı mevcutken mahkemenin bu aracı kullanmama nedenini de açıklamadığına dikkat çekmiştir. İlgili mahkeme tarafından katı bir yorum yapılarak davanın esası incelenmeksizin ret kararı verilmesinin başvuru sahibinin mahkemeye erişimini olanaksız hâle getirdiğini belirten AYM, sonuç olarak müdahalenin gereklilik ilkesine uygun olmadığına, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine vermiştir.<sup>113</sup>

AYM yargılama giderlerinden biri olan vekâlet ücretinin, kimin lehine veya aleyhine olacağı başta bilinmeyen bir ücret yükümlülüğü olduğunu, bu yükümlülüğün bir usul şartı olduğunu belirtmiş ve vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkıyla alakalı olduğunu ifade etmiştir. AYM; vekâlet ücreti gibi giderlerin kural olarak mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmasına rağmen gereksiz başvuruların engellenmesi, mahkemelerin lüzumsuz yere meşgul edilmemesi, uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlandırılması maksadıyla birtakım yükümlülüklerin öngörülebileceğini de vurgulamıştır. AYM, ayrıca söz konusu yükümlülükleri düzenleme yetkisinin kamu otoritesinin takdirinde olduğunu, fakat bu yükümlülüklerin dava açmayı olanaksız kılmaması veya aşırı ölçüde zorlaştırmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>114</sup>

Özkan Şen başvurusuna konu olayda başvuru, askerlik görevi esnasında vuku bulan mayın patlaması sonucu yaralanması sebebiyle idare aleyhine tam yargı davası açmıştır. Başvurucu, maddi gücünün yeterli olmaması sebebiyle yargılama esnasında adli yardım isteminde bulunmuş ve bu isteminin kabulüne karar verilmiştir. Başvurucu, ıslah imkânı bulunmaması sebebiyle hak kaybı yaşamamak için tazminat talebi miktarını fazla tuttuğunu,

<sup>113</sup> Nkt Teknoloji Dağıtım Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu B.No:2018/26844, 24.02.2021.

<sup>114</sup> Serkan Acar Başvurusu B.No: 2013/1613, 02.10.2013 §38.

ancak dava açıldığı vakitte yürürlükte bulunmayan bir düzenleme esas alınarak, reddedilen miktar üzerinden nispi şekilde hesaplanan vekâlet ücretini ödemekle yükümlü kılındığını, dolayısıyla lehine hükmedilen tazminatın hemen hemen hepsini vekâlet ücreti olarak idareye geri vermek zorunda kaldığını belirtmiştir. Başvurucu, ilgili düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğunu söyleyerek tazminatın yeniden değerlendirilmesini talep etmiştir. AYM bu başvuruya ilişkin olarak, tazminatın bilirkişi incelemesi gibi birtakım incelemeler sonrası mahkeme tarafından saptanacağını, dolayısıyla miktarın dava açılmadan evvel tam olarak bilinmesinin olanaklı olmadığını belirtmiştir. Somut olayda ise bu belirsizliğin ıslah yoluyla sonradan aşılmasının ilgili kanun gereği 02.11.2011 tarihi öncesinde olanaklı olmadığını, bu sebeple davacının tazminat talep miktarını fazla tutmak dışında alternatifi bulunmadığını vurgulamıştır. Ayrıca, bilirkişi raporlarının tamamlanmasından sonra başvurunun fazlaya ilişkin taleplerinden feragat ettiğine dair beyanda bulunmasına karşın mahkemece bunun kabul edilmediğini ifade eden AYM sonuç olarak, başvurunun hak kazandığı tazminatın yaklaşık dörtte üçünün vekâlet ücreti olarak davalı idareye geri vermek mecburiyetinde bırakıldığını ve tazminat davasının başvuru yönünden manasız hâle geldiğini belirterek mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir.<sup>115</sup>

AYM'nin yukarıda sunulan içtihatlarının mahkemeye erişim hakkı lehine oldukça önemli değerlendirmeler içerdiği görülmektedir. Bu içtihatlardan anlaşılacağı üzere yargılama giderlerine ilişkin hususlar ile mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde kullanılması arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Nitekim yargılama giderlerinin orantısız olması ya da başvuru yapılmasını aşırı ölçüde zorlaştırması gibi durumlar mahkemeye erişim hakkına, dolayısıyla da adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

#### **D. Adli Yardıma İlişkin**

AYM, adli yardım sisteminin, yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayan kişilerin mahkemeye erişim haklarını kullanmalarını mümkün kılmak üzere oluşturulduğunu, 6100 sayılı HMK gereğince kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde güçleştirmeksizin giderleri ödeme olanağı bulunmayan kişilerin, talepleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı takdirde, adli yardımdan yararlanabileceklerini ifade etmiştir.<sup>116</sup>

<sup>115</sup> Özkan Şen Başvurusu B.No: 2012/791, 07.11.2013.

<sup>116</sup> Tacettin Ceylan Başvurusu B.No: 2017/39062, 10.11.2021 §30.

AİHM'in Nalbant ve diğeri/ Türkiye<sup>117</sup> kararına konu olayda, iç hukukta itirazın iptali davası sonucu verilen kararın temyizi için 11 milyon TL'nin üzerinde bir tutarda nispi harç gerekmektedir. Başvurucular; ihtiyati haciz kararları nedeniyle malvarlıklarına erişemediklerini, gerçek kişi başvuranlar buna ek olarak malvarlıkları üzerinde tedbir bulunduğunu ve emeklilik maaşlarından başka bir gelirleri olmadığını Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) belgelerini de sunarak belirtmiş ve Yargıtaydan adli yardım talep etmişlerdir. Yargıtay ise gerçek kişiler açısından ibraz edilen belgelerin ikna edici olmadığı, tüzel kişiler açısından ise HMK m.334 kapsamında sermaye şirketleri lehine adli yardım kararı verilemeyeceği gerekçeleriyle adli yardım taleplerinin reddine karar vermiş; başvurucular itiraz etmişler ise de itirazları reddedilmiştir. Başvurucular, temyiz için gerekli harcı ödeyememişlerdir. Başvuruya ilişkin olarak AYM; bu konudaki düzenlemelerin açık ve erişilebilir olduğunu, sermaye şirketleri açısından ise adli yardım konusunda iç hukukta bir düzenleme bulunmadığı gibi Avrupa Konseyine üye devletler arasında da bu hususta bir uygulama birliğinin bulunmadığını öne sürerek mahkemeye erişim haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Konunun önüne gelmesi üzerine AİHM, harçların nispi olarak hesaplanmasına yönelik sistemin Sözleşme'nin 6. maddesine uygun olabilmesi için ödeme konusunda muafiyetler ya da tutarın ödenebilir bir miktara çekilmesi gibi birtakım esnekliklerin bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda ise nispi harçların bir üst sınırının mevcut olmadığına, iç hukuktaki ilgili mahkemelerin adli yardım talebine ilişkin kararda yeterli gerekçe göstermemiş olduğuna vurgu yapmıştır. Ayrıca gerçek kişi başvuranların mal varlıkları üzerinde tedbir bulunduğu ve mahkeme harcını ödeme güçleri bulunmadığı yönündeki beyanlarına neden itibar edilmediğinin açıklanmadığına dikkat çeken AİHM, ihlal kararı vermiştir.<sup>118</sup> Söz konusu olaya ilişkin olarak AİHM'in yaklaşımının daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Nitekim AYM'nin olayda değinmiş olduğu "düzenlemelerin açık ve erişilebilir olması" hususu, hakkın korunması bakımından her durumda yeterli olmayacaktır. Zira kişilerin mahkemeye erişimlerini aşırı ölçüde güçleştirecek ya da imkânsız kılacak durumlarda AİHM'in belirttiği birtakım "esneklikler" in bulunması, mahkemeye erişim imkânı bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu esnekliklerin bulunmaması hâli, kişilerin mahkemeye erişmelerine engel olmakta ve mahkemeye erişim hakkının somut olaydaki gibi ihlal edilmesine yol açmaktadır.

<sup>117</sup> Nalbant ve Diğeri/Türkiye B. No. 59914/16, 03.05.2022.

<sup>118</sup> Yıldız Balcı, 'Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım: Nalbant Ve Diğeri/Türkiye Kararı', (2022/10) İnsan Hakları Dergisi 26, 26-31.

Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim başvurusuna ilişkin kararda AYM, başvuruçuların avukatla temsil edilmelerinin adli yardım talebinin reddi için salt yeterli bir sebep olamayacağını vurgulamıştır. Ayrıca bu şekilde kategorik bir yaklaşımın ilgililerin hakiki ekonomik durumlarının göz önünde bulundurulmasını önleyeceğini ifade etmiştir. Avukata ücret ödediklerine dair bir belirleme yapılmaksızın kişilerin avukat tutmalarından hareketle ekonomik durumlarının yargılama giderlerini karşılayacak seviyede olduğu sonucunun çıkarılmayacağını belirten AYM, somut olayda mahkemenin yaklaşımının başvuruçuları yasayla tanınan geçici muafiyetten faydalanma olanağından yoksun bıraktığını ifade etmiştir. AYM, netice olarak mahkemenin bu müdahalesini, gereklilik ilkesine uygun olmaması sebebiyle ölçüsüz bulmuş; mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>119</sup>

AYM, Atalay Yıldız başvurusuna konu olayda da Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim başvurusuna ilişkin değerlendirmeleriyle benzer şekilde yorum yapmıştır. Nitekim Atalay Yıldız başvurusuna konu olayda başvuruç, iş kazası sebebiyle tazminat talep ettiği davada muhtarlıkça tanzim edilen yoksulluk belgesini ibraz ederek adli yardım talebinde bulunmuştur. Sunduğu dilekçede çalışmadığını belirten başvuruç, bir vakıftan yardım aldığını ifade ederek vakıftan yardım aldığına ilişkin belgeyi ve taşınmaza ilişkin bina beyannamesini dilekçe ekinde sunmuştur. Başvuruçunun adli yardım talebi, sosyal ekonomik durum araştırması ve TAKBİS kaydı incelemesi sonucu, adına kayıtlı taşınmaz bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuruç adli yardım talebinin reddi kararına itiraz ederek adli yardımdan yararlanmak için gereken şartları taşıdığını, ortalamanın altında bir geçim düzeyine sahip olduğunu ve sadece 1/2 hisseli bir taşınmazının bulunduğunu belirtmişse de itiraz merci adli yardım talebinin reddi kararını yerinde bularak itirazın reddine karar vermiştir. AYM, somut olaydaki aşamalarda başvuruç tarafından; adli yardım isteminin reddine sebep olan evin aile konutu olarak kullanıldığı, bir gelirinin olmadığı, yardımlarla geçinebildiği, pandemi sebebiyle çalışmadığı, beş çocuğu olduğu hususlarının beyan edildiğine dikkat çekmiştir. AYM, buna karşın yargılama makamlarınca başvuruçunun adli yardımdan faydalanmaması hâlinde kendisinin ve ailesinin geçiminin önemli ölçüde güçleşeceği iddiasına ilişkin belgelere itibar edilmediğini ifade etmiştir. Başvuruçunun üzerine kayıtlı taşınmazın varlığından mahkemeyi haberdar ettiğini de ekleyen AYM, başvuruç adına kayıtlı bir taşınmazın mevcut olmasının adli yardımdan faydalandırmamada nasıl bir gerekçe oluşturduğunun mahkemece belirtilmediğini vurgulamıştır. Sırf taşınmaz sahibi olmanın adli yardımdan yararlanmada engel oluşturacağı yönündeki katı ve kategorik yaklaşımın, adli yardım taleplerinin değerlendirilmesinde kişilerin

<sup>119</sup> Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim Başvurusu. B.No: 2017/21882, 10.02.2021.

hakikatteki mali durumlarının esas alınmasını önlediğini ifade etmiştir. AYM, sonuç olarak mahkemeye erişim hakkına yapılan bu müdahalenin; gerekli ve orantılı olduğunun söylenemeyeceğini, başvuru üzerinde aşırı bir yük oluşturduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.<sup>120</sup>

AYM'nin Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim başvurusuna ilişkin kararı ile Atalay Yıldız başvurusuna ilişkin kararı oldukça yerindedir. Nitekim kanaatimizce de bir avukatla temsil ediliyor olmak ya da taşınmaz sahibi olmak adli yardım talebinin başlı başına reddedilme nedeni yapılmamalıdır. Adli yardım talebinin değerlendirilmesinde somut olayın özellikleri bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda söz konusu iki karar da mahkemeye erişim hakkı lehine önemli değerlendirmeler içermektedir.

### **E. Islaha İlişkin**

Tazminat talepli davalarda oldukça önem arz eden ıslah müessesinin de AYM tarafından mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmelere konu edildiği görülmektedir. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ıslaha ilişkin yönünü incelemek adına aşağıda örnek içtihatlarla yer verilmiştir.

İlhan Yürükaslan başvurusuna konu olayda mahkeme, davasını ıslah etmesi ve harç makbuzunu sunması için başvurucuya bir sonraki celseye kadar süre vermiş; başvurucu da belirtilen süre içerisinde ıslah dilekçesini vermiş, gerekli harcı ödemiştir. Mahkeme, ıslah talebinin süresinde olduğunu ifade ederek ıslah edilen miktar üzerinden tazminata hükmetmiştir. Temyiz incelemesinde ise Yargıtay Dairesi ıslah talebinin bir haftalık kanuni süresinde gerçekleştirilmediğini hâlbuki kanunda belirtilen sürelerin kesin olduğunu vurgulamış ve süresinde yapılmayan ıslahın dikkate alınamayacağından bahisle bozma kararı vermiştir. Mahkeme, bozma doğrultusunda her ne kadar başvurucuya davayı ıslah etmesi için bir sonraki celseye kadar süre verilmişse de ıslah işlemleri HMK m.181'de belirtilen bir haftalık süre içinde gerçekleştirilmediğinden davanın ıslah edilmemiş gibi değerlendirildiğini ifade etmiştir. AYM söz konusu başvuruya ilişkin kararında; başvurucunun mahkemenin verdiği süreye güvenerek hareket ettiğini ve bu sürede ilgili işlemleri yaptığını, mahkemelerin yapılacak usul işlemlerine ilişkin tarafları yanıltmama yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmiştir. AYM, ıslaha ilişkin sürenin mahkeme tarafından hatalı gösterilmesine rağmen bunun neticelerine başvurucunun katlanmak durumunda bırakıldığını, ıslah süresi bakımından

<sup>120</sup> Atalay Yıldız Başvurusu B.No: 2021/14356, 07.06.2023

kısıtlayıcı yorum yapılmasının başvuru üzerinde ağır bir yüke neden olduğunu belirtmiştir. AYM, sonuç olarak başvuru katlanmak mecburiyetinde bırakıldığı külfetin orantısız olması sebebiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına, hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>121</sup> AYM'nin bu başvuruya ilişkin değerlendirmelerine katılmaktayız. Zira her ne kadar kanunun belirlediği süreler kesin<sup>122</sup> olsa da mahkemelerin tarafları yanıltmaması gerekir. Bu gereklilik AYM'nin farklı kararında<sup>123</sup> değinilen bir husus olduğu gibi içtihadı birleştirme kararına<sup>124</sup> da konu olmuştur. Öte yandan mahkeme tarafından kendisine bir süre verilen tarafın bu süreye güvenmesi son derece doğal olup söz konusu tarafın bu haklı güven sonucu hak kaybına uğraması mahkemeye olan güvenin zedelenmesine sebep olacaktır.

Ziyet Benli başvurusuna konu olayda, maddi ve manevi tazminat talepli<sup>125</sup> davanın görüldüğü ilk derece mahkemesince maddi destek zararının yaklaşık 128.000,00 TL olarak belirlenmesi ve kurumdan bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin ise toplamda 130.000,00 TL'den fazla olması sebebiyle maddi zararın giderildiği belirtilerek maddi tazminat isteminin reddine hükmedilmiştir. Bu karar temyiz incelemesi sonucu bozulmuş olup konunun işçi sağlığı, iş güvenliği konularında uzman bilirkişi kuruluna tekrar inceletilmesi ve kusur raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bozma kararı üzerine mahkemece yeniden bilirkişi raporları aldırılmış ve raporlar doğrultusunda başvuru maddi destek zararı yaklaşık 373.000,00 TL olarak hesaplanmıştır. Bunun üzerine başvuru ıslah dilekçesi sunarak maddi tazminat talebini arttırmış, mahkeme de rapordaki miktarın maddi tazminat olarak başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Temyiz edilen karar, bu defa da bozma ilamından sonra ıslah talebinde bulunulduğu oysaki bozma sonrası ıslahın mümkün olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur. Daha sonra ise mahkeme bozma doğrultusunda hareket edip maddi tazminat olarak dava dilekçesindeki talep miktarıyla bağlı kalarak 100.000 TL'nin başvurucuya ödenmesine karar vermiş, karar temyiz incelemesi sonucu onanmıştır. AYM bu başvuruya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, 1086 sayılı mülga Kanun ile 6100 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde bozmadan sonra ıslaha olanak bulunmadığına dair bir düzenleme yer almadığını, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı yönündeki kuralın mahkeme kararlarıyla

<sup>121</sup> İlhan Yürükaşlan Başvurusu B.No: 2019/13123, 10.05.2023.

<sup>122</sup> HMK m. 94/1 : “Kanunun belirlediği süreler kesindir.”

<sup>123</sup> Bkz. Şerah Petrol Ürünleri İnşaat Turizm Otomotiv Mobilya Sanayi Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, B. No: 2019/18931, 24.11.2021 § 37-41, S.K Başvurusu, B.No: 2015/2438, 19.04.2018 §44.

<sup>124</sup> Bkz. YİBGK 2021/5 E, 2023/2 K, 28.04.2023 RG14.09.2023/ 32309.

<sup>125</sup> Manevi tazminat talebi konumuz bakımından önem arz etmediğinden ayrıntılarına değinilmemiştir.

ortaya çıktığını ifade etmiştir. Ayrıca AYM, somut olayda bozma kararına gerekçe yapılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun (YİBGK) 04.02.1948 tarihli ve 1944/10 E, 1948/3 K, sayılı ilamında bozma kararından sonra tahkikata yönelik işlemlerin niteliği hakkında bir değerlendirme yapılmadığını belirtmiştir. YİBGK kararı gibi içtihatların bozma kararına uymakla meydana gelen hukuki durumların korunması gibi bir amaca hizmet etmesine rağmen bozma kararı sonrası tahkikatın sürdürüldüğü durumlarda ıslah yapılamamasının ise kanunilik kriteri açısından öngörülemez olduğunu vurgulamıştır. AYM, mahkemeye erişim hakkı bakımından aşırı bir zorluğa yol açmamak için kategorik bir yaklaşım yerine ıslah müessesesinin amaçlarına uygun olarak her somut olayın kendine özgü şartlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Başvuruya konu olayda bozma kararı sonrası tahkikata dair işlemler yapıldığına dikkat çeken AYM, sonuç olarak sırf bozmadan sonra ıslahın mümkün olmaması sebebiyle başvurucunun ıslah talebinin reddedilmesinin yasal bir dayanağı bulunmadığını belirterek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>126</sup> Bu karar, mahkemeye erişim hakkını koruyan kararlar arasında önemli bir yer tutmaktadır. Nitekim başvurucunun yerel mahkemede yargılamasının yapıldığı tarih de AYM'ye başvuru tarihi de bozmadan sonra ıslaha cevaz veren 7251 sayılı Kanun değişikliği öncesidir.<sup>127</sup> Buna rağmen AYM oldukça yerinde değerlendirmeler yaparak başvurucunun mahkemeye erişim hakkını temin eden bir karara imza atmıştır.

Gülhan Dursun başvurusuna konu olayda ise eşi iş kazasında hayatını kaybeden başvurucu, 2004 yılının Mart ayında fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 400 TL destekten yoksun kalma tazminatı talepli dava açmış,<sup>128</sup> bu davanın görüldüğü hukuk mahkemesinde iş kazasına ilişkin ceza davası bekletici mesele yapılmıştır. 2012 yılına kadar ceza davasının kesinleşerek hukuk dava dosyasına eklenmesi beklenmiş, dosyanın eklenmesiyle hukuk mahkemesi destekten yoksun kalma tazminatı için dosyanın bilirkişiye gönderilmesine karar vermiştir. Birtakım eksikliklerin süreci uzatmasıyla başvurucunun talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminat miktarının yaklaşık 68.000,00 TL olarak hesaplandığı bilirkişi raporu, 2014 yılının Ekim ayında mahkemeye sunulmuş; başvurucu da bu rapor üzerine ıslah dilekçesi

<sup>126</sup> Ziyet Benli Başvurusu B.No: 2019/23977, 15.02.2023.

<sup>127</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.07.2020, RG 28.07.2020/ 31199. (Söz konusu Kanun'un 18. maddesiyle 6100 sayılı HMK'nın 177. maddesinde eklenen (2.) fıkraya şu şekildedir: "Yargıtayın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.")

<sup>128</sup> Başvuruya konu davada manevi tazminat talebi de mevcuttur, ancak konumuz bakımından önem arz etmediğinden bu talebe değinilmemiştir.



sunmuştur. Davalı tarafın, ıslah ile artırılan kısım açısından zamanaşımının dolduğunu öne sürmesi üzerine mahkeme de ıslah dilekçesinin sunulduğu tarihte, olay tarihinden itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle 400 TL maddi tazminat tazminatın kanuni faiziyle başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Temyiz incelemesi sonucu karar kesinleşmiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında, tazminat miktarı net olarak bilinmese de somut olay bakımından başvurucunun zarar miktarını takribi olarak hesaplayarak zamanaşımı dolmadan ıslah etmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun bu şekilde belirleyeceği tutarın mahkemece hükmedilecek tazminat tutarından fazla olması hâlinde harç ve vekâlet ücreti yükünün artması ihtimalinin, salt bu sebeple borçlunun zamanaşımının dolmasından kaynaklanan menfaatlerini yok saymayı haklı kılmayacağını ifade etmiştir. AYM, mahkemece bilirkişi raporu vaktinde alınamamışsa da başvurucunun zararını takribi olarak hesaplayıp zamanaşımı dolmadan ıslah etme olanağından kendi hatasıyla yararlanmadığını, zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle söz konusu tutara ilişkin talebinin reddedilmesinin aşırı bir külfete sebep olmadığını ifade ederek mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varmıştır.<sup>129</sup> Kanaatimizce burada borçlunun zamanaşımının dolmasından kaynaklanan menfaatinin, hukuk mahkemesinde dava açarak yıllarca davasının sonuçlanmasını bekleyen başvurucunun menfaatinden daha üstün tutulması doğru olmamıştır. Ayrıca yaklaşık 68.000,00 TL maddi tazminata kavuşma imkânından yoksun kalan başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Bu nedenle AYM'nin bu başvuruya ilişkin kararına katılmamaktayız.

#### **F. Para Cezalarına İlişkin**

AYM, AİHM'e atıf yaparak mahkemeye erişim hakkını önleyebilecek türdeki düzenlemelerin adil yargılanma hakkına tek başına aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Nitekim söz konusu düzenlemelerin gayesi mahkeme önüne abartılı taleplerle gelebilecek muhtemel davacıları vazgeçirmektir. Öte yandan bu amacı taşıyan düzenlemeler nedeniyle hesaplanacak olan masraf miktarının davanın koşulları gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu husus hakkın ihlali konusunda belirleme yapmada önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> Gülhan Dursun Başvurusu B.No: 2016/9312, 27.11.2019.

<sup>130</sup> Ayşe Başçı ve Diğerleri B.No: 2013/5367, 25.02.2015 § 38.

Kadir Sönmez başvurusuna konu olan olayda, başvuru tarafından açılan ihalenin feshi davasında başvuru aleyhine ihale bedeli üzerinden %20 para cezasına hükmedilmiş ve temyiz incelemesi sonucu karar kesinleşmiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında, ilgili kanunda söz konusu para cezası için azami sınır öngörülmediğini,<sup>131</sup> ihalenin feshi talebinin esastan reddedilmesi durumunda cezanın tatbikinde hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınmaması sebebiyle de cezaya hükmedilmesinin kanuni bir zorunluluk arz ettiğini ifade etmiştir. Öte yandan AYM benzer yöndeki başvurulara konu olaylarda mahkemelerin, ihalenin feshi talebinin esastan reddi hâlinde kanunda öngörülen ihale bedelinin % 10'u oranında para cezalarına hükmettiğine değinmiştir. Ayrıca ülke şartları göz önüne alındığında hükmedilen para cezası miktarının az görülemeyecek türde olduğunu belirten AYM, hükmolunan yüksek miktarda para cezalarının başvurularda ağır bir yüke sebep olduğunu ve başvuru sahiplerinin uğradığı zorluğun meşru amaçla orantısız olması sebebiyle müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu itibarla hükmedilen % 20 para cezası yönünden de daha önceden verdiği kararlardan ayrılmayı gerektirir bir husus bulunmadığını değerlendiren AYM, dosya kapsamından % 20 para cezasına hükmedilmesinin sebebinin de anlaşılamadığını ekleyerek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>132</sup>

Faik Gümüş başvurusuna konu olayda, başvuru sahipleri karar düzeltme talebinde bulunmuşlar, Yargıtay ilgili Dairesi yaptığı inceleme sonucu başvuru sahiplerinin karar düzeltme taleplerinin reddine ve başvuru sahiplerinin toplam 203,00 TL para cezası ile yükümlendirilmelerine karar vermiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında, iş yükünü hafifletme maksadıyla getirilen ve hakkın kötüye kullanılmasını engelleme amacı taşıyan cezai nitelikteki düzenlemelerin, mahkemeye erişimi önleyecek derecede yüksek olmadığı ve bariz bir takdir yanlılığı veya keyfilik arz etmediği sürece mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Somut olayda başvuru sahibinin savunma ve iddialarının karar düzeltme aşamasından önce incelenmiş olduğuna da değinen AYM, ilk derece mahkemesi kararının onanması sonrası karar düzeltme talebi reddedilen başvuru sahipleri aleyhine para cezasına hükmedilmesinin bariz bir ihlal teşkil etmediğini belirtmiştir. AYM, sonuç olarak başvuru sahiplerinin ihlal yönündeki iddialarını açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul

<sup>131</sup> Bu konudaki son değişiklik öncesinde, söz konusu para cezası ihale bedelinin yüzde onu oranındayken, 7343 sayılı Kanun değişikliğiyle para cezası oranı “yüzde onuna kadar” şeklinde belirtilerek bir üst sınır öngörülmüştür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Yasin Köse, ‘7343 Sayılı Kanun İle İhalenin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’, (2023/53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 313, 333-335.

<sup>132</sup> Kadir Sönmez Başvurusu B.No: 2019/12459, 21.12.2022.

edilemez bulmuştur.<sup>133</sup> AYM'nin Ayşe Başçı ve diğerleri başvurusuna ilişkin kararında da benzer şekilde değerlendirme yaptığı görülmektedir.<sup>134</sup>

İdari para cezalarının iptal edilmesi amacıyla mahkemeye başvurma hâllerinde de mahkemeye erişim hakkına yönelik değerlendirme yapılması mümkündür. Nitekim AYM Remzi Durmaz başvurusuna ilişkin kararda, kabahat eylemleri sebebiyle uygulanan idari yaptırımlara dair uyuşmazlıkların da AİHS'in 6. maddesinin güvence alanına dâhil olduğunu ifade etmiş<sup>135</sup> ve hakkındaki idari para cezasının iptali için Sulh Ceza Mahkemesinden talepte bulunulan bu başvuruda netice olarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Edirne İş Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta ise davacı, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilen idarî para cezasını peşin ödeyerek bu cezaya karşı açtığı davanın reddine karar verilmesi sonrası para cezasını peşin ödediği için alınmamış dörtte birlik kısım için tanzim edilen ödeme emrinin iptali talepli dava açmıştır. Bu dava üzerine Edirne İş Mahkemesi, kurum lehine karar verilmesi durumunda evvelce alınmamış dörtte bir oranındaki ceza tutarının gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanarak tahsilini öngören 5510 sayılı Kanun'un<sup>136</sup> 102. maddesinin 5. fıkrasının 3.cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürerek AYM'ye başvurmuştur. AYM, peşin ödeme akabinde idarî para cezasına karşı idareye ya da yargı mercilerine yapılan başvurunun reddi hâlinde, evvelce alınmasından vazgeçilmiş olan dörtte birlik kısmın tahsilinin öngörülmesinin bu cezalara karşı hak arama özgürlüğünü kullanan kişilere adeta bir müeyyide uygulanması sonucu doğurduğunu ve bunun dava yoluna başvurma konusunda caydırıcı etki taşıdığını ifade etmiştir. AYM sonuç olarak ilgili düzenlemenin, hak arama hürriyetinin ihlaline sebep olan bir müdahale teşkil ettiğini ifade ederek Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir.<sup>137</sup>

### G. Kanun Yoluna İlişkin

AİHM, Bayar ve Gürbüz/ Türkiye kararında<sup>138</sup> AİHS'in 6. maddesinin taraf devletleri istinaf ya da temyiz mahkemeleri kurmaya mecbur bırakmadığını, ancak bu mahkemelerin

<sup>133</sup> Faik Gümüş Başvurusu B.No: 2012/603, 20.02.2014.

<sup>134</sup> Bkz. Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu. B.No: 2013/5367, 25.02.2015 § 41.

<sup>135</sup> Remzi Durmaz Başvurusu B.No: 2013/1718, 02.10.2013 § 26.

<sup>136</sup> Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/ 26200.

<sup>137</sup> AYM 2013/40 E, 2013/139 K, 28.11.2013.

<sup>138</sup> Kararda, somut olayda hükmedilen para cezasının miktarı itibariyle başvuranların temyize başvurma hakkı olmadığı hâlde Cumhuriyet savcısının ilk derecede saptanan olay ve olguların nitelendirilmesine yönelik olarak

mevcut olması hâlinde ise Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı teminatlara riayet edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu anlamda özellikle üzerlerine atılı isnadın esası hakkında verilen kararlar bakımından davacıların mahkemeye erişim haklarının etkin şekilde güvence altına alınması gerektiğini ifade etmiştir.

AYM, yargısal başvuruların bazı usul şartlarına bağlı olmasının kendi başına mahkemeye erişim hakkını zedelemeyeceğini belirtirken başvuru süresine ilişkin olan usul şartlarını uygulama noktasında ise kişilerin mahkemeye erişimlerine engel olacak veya erişimlerini aşırı ölçüde güçleştirecek seviyede fazla şekilcilikten kaçınmak gerektiğine vurgu yapmaktadır.<sup>139</sup>

AYM, istinafa başvurma süresinin gerekçeli kararın tebliğinden başlayacağı belirtildiği hâlde tefhimden itibaren hesaplanarak istinaf talebinin reddedilmesi sebebiyle mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği iddiasını içeren Adile Kart ve diğerleri başvurusuna ilişkin olarak mahkemelerin ilgili yasa yolunu ve süresini taraflara doğru olarak belirtmekle mükellef olduğunu ifade etmiştir.<sup>140</sup> AYM, söz konusu başvuruda ilk derece mahkemesi kararında gerekçeli kararın tebliğinden başlayacağı belirtilen sürenin tefhimden itibaren hesaplanmasının öngörülemez olduğunu, bu durumun aşırı bir külfete neden olduğunu değerlendirerek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>141</sup>

Hüseyin Volkan Kurt başvurusunda, başvuru müdafii istinaf kararının tefhimi sonrası, süresi içinde temyiz talebinde bulunmuş ancak temyiz sebeplerini gösterir dilekçeyi ise gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden on gün sonra sunmuştur. Yargıtay ilgili Dairesi ise CMK m. 295'te düzenlenen yedi günlük süre dolduktan sonra sunulduğu gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar vermiştir. AYM, CMK'nın ilgili hükümlerini, Yargıtay kararlarını, AİHS m. 6'yı ve AİHM içtihatlarını göz önüne alarak değerlendirmeler yapmış ve temyiz isteminin reddi kararının mahkemeye erişim hakkına bir müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir. AYM, söz konusu müdahalenin ihlal sonucu doğurup doğurmadığı konusunu ise kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük kriterleri bakımından değerlendirmiştir. Müdahalenin kanuni

---

itiraz etmesi durumunda, bunun sanığın aleyhine yapılan temyiz başvurusu olarak yorumlandığı göz önüne alınarak, başvuranların haklarına getirilen sınırlamanın silahların eşitliği ilkesine uygun düşmediği belirtilmiştir. Nihai olarak ise davanın özel durumu ile yargılamanın bütünü göz önünde bulundurulduğunda başvuranların mahkemeye erişim haklarına yönelik sınırlamanın orantısız olması sebebiyle hak ihlal edildiğine karar verilmiştir. (Bayar ve Gürbüz/Türkiye B.No: 37569/06, 27.11.2012)

<sup>139</sup> Hüseyin Volkan Kurt Başvurusu § 49.

<sup>140</sup> Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, hükümde yasa yolu süresinin hatalı gösterilmesi hâlinde hatalı gösterilen süre içerisinde yapılan başvurularının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. YİBGK 2021/5 E, 2023/2 K, 28.04.2023, RG 14.09.2023/ 32309.

<sup>141</sup> Adile Kart ve Diğerleri Başvurusu B.No: 2022/2818, 11.05.2023.

dayanağının CMK m. 298’de yer aldığını, temyiz mahkemelerinin içtihat mahkemeleri olması sebebiyle süresinde yapılmayan temyiz başvurularının reddedilmesinin gereksiz meşguliyetleri önleme amacı taşıdığını belirten AYM, müdahalenin kanunilik ve meşru amaç kriterlerine uygun olduğunu saptamıştır. AYM öte yandan, somut olay bakımından temyiz kanun yoluna ilişkin ilgili düzenlemeler konusunda Yargıtay daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararları arasında uygulama birliği olmadığı, bu durumun ilgililer yönünden öngörülebilirliği zedelediği, başvuruya konu olayda temyiz süresi olan on beş günlük süre bakımından ilgiliye ihtar yapılmasına rağmen temyiz sebeplerini bildirir dilekçe verilmesi için CMK 295’te düzenlenen yedi günlük sürenin ihtar edilmemesi sebebiyle başvuruçunun eksik bilgilendirildiğini ifade etmiştir. Başvuruya konu olayda Yargıtay Dairesinin bazı dengeleyici imkân ya da tedbirleri devreye sokmaksızın temyiz isteminin reddine karar verdiğini belirten AYM, mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olması sebebiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>142</sup> AYM bu başvuruya ilişkin kararda önemli noktalara değinmiş ve kanaatimizce oldukça yerinde tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye erişim hakkının kanun yolu açısından sağladığı korumanın daha iyi anlaşılabilmesi adına kararın tamamının okunması faydalı olacaktır.

Son dönemde sıkça tartışılan bir konu olan ve AYM kararıyla iptaline karar verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması<sup>143</sup> kurumunun uygulanması bakımından da bireysel başvuruların mevcut olduğu görülmektedir. Bu başvurulardan biri olan Ufuk Bekdemir başvurusunda uygulanmasını kabul etmediği hâlde başvuruçunun hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir. AYM ise hakkındaki mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf yoluna başvurma imkânından yoksun bırakılan<sup>144</sup> başvuruçunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. AYM söz konusu kararında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için ilgili kanuni düzenleme gereğince sanığın kabulünün gerektiğini<sup>145</sup>, somut olayda ise kabul beyanı olmadan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin Anayasanın 13. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> Hüseyin Volkan Kurt Başvurusu B.No: 2019/42687, 08.03.2023.

<sup>143</sup> Konunun daha iyi anlaşılması için bkz. AYM 2021/121 E, 2022/88 K, 20.07.2022; AYM 2022/120 E, 2023/107 K, 01.06.2023; Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu B.No: 2016/1635, 05.07.2022.

<sup>144</sup> Nitekim 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce hükmün açıklanması geri bırakılması kararlarına karşı öngörülen kanun yolu itiraz kanun yolu idi. Değişiklik için bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7499, Kabul Tarihi: 02.03.2024, RG 12.03.2024/ 32487.

<sup>145</sup> Bkz. CMK m.231/6.

<sup>146</sup> Ufuk Bekdemir Başvurusu B.No: 2016/14113, 31.03.2022.

Hasbi Demirci başvurusuna ilişkin kararda da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını önce kabul edip daha sonra kabul beyanını geri alan başvurucunun başvurusu değerlendirilmiş, sonuç olarak ise Ufuk Bekdemir kararından ayrılmayı gerektiren bir husus olmadığı ifade edilerek yine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.<sup>147</sup>

### **H. Uyuşmazlığın Karara Bağlanmasına İlişkin**

Mahkemeye erişim hakkı, uyuşmazlığın bir yargı yeri tarafından etkili bir karara bağlanmasını talep etme hakkını da içermektedir.<sup>148</sup>

Turgay Erdemir başvurusuna konu olayda, polis memuru olarak görev yapan başvurucu hakkında, disiplin soruşturması sonucu tek işlem ile altmış sekiz defa, ayrı ayrı bir günlük aylıktan kesme cezası verilmiştir. Başvurucu, işlemin iptali istemiyle İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkemece, başvurucu hakkında disiplin cezası verilmesinin sebebinin görevli olduğu ilin sınırlarından altmış sekiz defa amirinden izin almadan çıkması olduğuna ve her bir olayın müstakil olduğuna değinilmiştir. Mahkeme, netice olarak talepler arasında herhangi bir bağıllık ya da neden-sonuç ilişkisi bulunmadığı değerlendirilerek İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 5. maddesi gereğince dilekçenin reddine karar vermiştir. Başvurucu, dava konusu cezaların tek bir işlemle yapılması nedeniyle aralarında maddi ve hukuki açıdan bağıllık ve neden-sonuç ilişkisi bulunduğunu, aynı nedene dayanan tek bir işlem için altmış sekiz ayrı dava açmanın usul ekonomisiyle bağdaşmayacağını belirterek yine tek bir dilekçeyle işlemlerin iptalini istemiştir. Mahkeme ise başvurucu tarafından dilekçe ret kararı sonrası düzenlenen yeni dava dilekçesinde aynı hatanın tekrar yapıldığını, altmış sekiz ayrı disiplin cezasına karşı başvurucunun yine tek bir dilekçe ile dava açtığını belirterek İYUK'un 15. maddesinin son fıkrası uyarınca davanın reddine karar vermiş; başvurucu istinaf talebinde bulunmuşsa da talebinin reddine karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. AYM başvuruya ilişkin kararında, başvurucunun ekonomik durumu nedeniyle altmış sekiz ayrı dava açmasının mümkün olmadığını ve mahkemenin daha önce benzer konularda tek bir işlem ile kurulan birden çok disiplin cezası ihtiva eden uyuşmazlıkları esastan incelediğini beyan etmesine rağmen mahkemenin, başvurucunun mahkemeye erişebilmesi noktasındaki mühim itirazlarını karşılamadığına dikkat çekmiştir. AYM, somut olayda mahkemenin yenilenen davada eksikliklerin giderilmediği sonucuna ulaşmasının başvurucunun mahkemeye erişim hakkını

<sup>147</sup> Hasbi Demirci Başvurusu B.No: 2019/15651, 02.05.2023.

<sup>148</sup> Bahar Teber Başvurusu B.No: 2013/5552, 25.03.2015 §36.

ciddi biçimde etkilediğini ifade etmiştir. AYM, ayrıca başvurusunun tek işlemle kurulan birden çok disiplin cezası için ayrı ayrı altmış sekiz dava açması gerektiği şeklindeki yorumun başvuru üzerinde mahkemeye erişim olanağını ortadan kaldıran ağır bir külfete sebep olduğunu belirtmiştir. Anayasa m.141/4'e göre davaların mümkün olduğunca az giderle neticelendirilmesinin yargının görevi olduğunu ifade eden AYM, başvurusunun katlanmaya mecbur bırakıldığı külfetin meşru amaçla orantısız olduğu değerlendirmesiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına, hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>149</sup>

Turgay Erdemir başvurusuna ilişkin kararda, davanın esastan görülmesini engelleyen bir uygulamanın AYM tarafından davanın karara bağlanması hakkı ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Nitekim kararda, mahkemeye erişim hakkının uyuşmazlığın etkili bir biçimde karara bağlanmasını isteyebilme anlamına geldiğine de değinmiştir.<sup>150</sup> AYM'nin söz konusu başvuru hakkında ihlal kararı verirken sunduğu gerekçelere katılmaktayız. Kaldı ki aksi yönde bir yaklaşım AYM'nin kararda değindiği üzere Anayasa'nın 141/4. maddesine<sup>151</sup> uygun düşmeyecektir. Nitekim uyuşmazlığın altmış sekiz ayrı davayla çözülmesi ile tek bir davayla çözülmesi arasında gerek yargılama giderleri gerekse de usul ekonomisi yönünden oldukça büyük bir fark vardır. Kanaatimizce somut olayda, hakka yönelik müdahalenin ölçülü olmadığı değerlendirilmesi yerindedir.

Velid Çiftçi başvurusuna konu olayda ise kamu görevinden çıkarıldıktan sonra göreve iade edilen başvuru ilk önce görevde olmadığı döneme ait haklarının kanuni faiziyle kendisine ödenmesi istemiyle, daha sonra görevinden çıkarılmasının evini ve aracını düşük fiyata satmasına yol açması sebebiyle tazminat talep etmiştir. Yani olayda başvuru iki farklı başvuruda bulunmuş ve bu taleplerinin reddedilmesi üzerine her iki talep yönünden ayrı ayrı dava açmıştır. İlgili İdare Mahkemesi başvurusunun mali haklarının kanuni faiziyle tarafına ödenmesi isteminin reddine yönelik işlemin iptaline karar vermiştir. Başvurusunun, evini ve aracını düşük fiyata satmak zorunda kalması sebebiyle tazminat isteminin reddine dair işlemin iptali için açtığı davaya bakan diğer İdare Mahkemesi ise başvurusunun aynı işlemin iptali talebiyle zaten bir dava açtığını belirtmiştir. Bu mahkeme, zikrettiği dava ile eldeki davanın taraflarının, konusunun ve nedeninin aynı olmasının derdestliğe neden olduğunu ifade ederek eldeki davanın esasının incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar

<sup>149</sup> Turgay Erdemir Başvurusu B.No: 2019/38387, 15.03.2023.

<sup>150</sup> Turgay Erdemir Başvurusu § 28-40.

<sup>151</sup> Anayasa m.141/4 : “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

vermiştir. AYM başvuru sonucunda, somut olaydaki iki davada, davaya konu işlem ve taraflar aynı olsa da davaların konusunun farklı olduğunu, bu sebeple derdestliğin mevcut olmadığını ifade etmiştir. AYM, mahkemenin derdestlik nedeniyle davayı incelemeksizin reddetmesinin yasal dayanağı bulunmadığı neticesine ulaşarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>152</sup>

Bahar Teber başvurusuna konu olayda başvuru hakkında, haber vermeden işletmesini devrettiği gerekçesiyle 2634 sayılı Kanun'un<sup>153</sup> 33. maddesinin "e" bendi uyarınca idari para cezası kararı verilmiştir. Daha sonra ise başvuru hakkında tesisteki noksanlıklar ve ilgili belgelerin ibraz edilemediği gerekçeleriyle aynı kanun maddesinin "a" bendi uyarınca bir para cezası daha verilmiştir. Başvuru iki cezanın da iptali için Sulh Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuş olmasına rağmen mahkeme, sadece devir işlemi sebebiyle verilen para cezasının hukuka uygunluğunu tartışmış ve yalnızca bu konuda karar vermiştir. Mahkeme, 2634 sayılı Kanun'un 33. maddesinin "a" bendi uyarınca uygulanan idari para cezası ile ilgili ise davaya konu edilmiş olmasına rağmen herhangi bir karar vermemiştir. Başvuru karara itiraz etmişse de ilgili Asliye Ceza Mahkemesi itirazın reddine karar vermiştir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında, mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı yargı önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir biçimde neticeye kavuşturulmasını talep edebilmek anlamına geldiğine değinerek somut olayda davaya konu edilmesine rağmen 2634 sayılı Kanun'un 33. maddesinin "a" bendi gereğince verilen para cezasına dair bir hüküm kurulmadığı gibi itiraz sonucu yapılan incelemede de bu hususun değerlendirilmediğini belirtmiştir. AYM netice olarak, yargılama süreci bütün olarak göz önüne alındığında başvuru mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>154</sup>

## İ. Mahkeme Kararlarının İcrasına İlişkin

Hayatın olağan akışı içerisinde kişileri dava açmaya yöneltten asıl sebep talep sonucuna erişmektir. Dava türlerinin birçoğunda ise kişilerin talep sonucuna erişmeleri için elde ettikleri kararların icrası gerekmektedir.

Mahkeme kararlarını uygulanamaz kılan düzenlemelerin mevcut olması veya mahkeme kararlarının tatbikinin herhangi bir suretle engellenmesi hâllerinde, mahkemeye erişim

<sup>152</sup> Velid Çiftçi Başvurusu B.No: 2020/18132, 29.03.2023.

<sup>153</sup> Turizmi Teşvik Kanunu, Kanun Numarası: 2634, Kabul Tarihi: 12.03.1982, RG 16.03.1982/ 17635.

<sup>154</sup> Bahar Teber Başvurusu B.No: 2013/5552, 25.03.2015.



hakkının da anlamının kalmayacağı değerlendirilmesiyle mahkeme kararlarının uygulanması, mahkemeye erişim hakkı kapsamında görülmektedir.<sup>155</sup>

Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım başvurusunda başvurucular; tapuya tescilli olan gayrimenkullerine Belediye tarafından kamulaştırmasız el atıldığını, Belediye hilafına açtıkları davalar sonucunda gayrimenkul bedelinin Belediyeden tahsiline hükmedildiğini, hükmün icra edilmesi için yapılan ilamlı icra takibine karşın bedellerin ödenmediğini belirterek mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında AİHM kararlarına atıf yaparak mahkemeye erişim hakkının mahkeme tarafından verilen kararların tatbikini isteme haklarını da kapsadığını, yargı kararının infaz edilmesinin davanın tamamlayıcı unsuru olduğunu, idarenin yargı kararını uygulamaması ya da geciktirmesi hâlinde AİHS'in 6. maddesinde öngörülen teminatların mevcudiyet sebebini kaybedeceğini vurgulamıştır. AYM sonuç olarak, Belediye aleyhindeki kesinleşmiş ve infazı mümkün olan mahkeme kararlarının infazı için gerekli önlemlerin alınmamasıyla Anayasa m.36'nın etkili neticeleri açısından konusuz bırakıldığına, dolayısıyla da başvurucuların mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>156</sup>

Ayhan Orhanlı başvurusuna ilişkin olayda ise 675 sayılı KHK'nın<sup>157</sup> 6. maddesinin "a" bendinde yer alan kural kapsamında başvurucunun Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) ile ilişkisi kesilmiştir. Başvurucu da nasbedilmemesine ilişkin işlemin iptali istemli dava açmıştır. Davanın görüldüğü İdare Mahkemesince 675 sayılı KHK gereğince ayrı bir işlem gerekmeksizin başvurucunun nasbının yapılmadığı, bu hususta idarenin yorum yapma ya da farklı doğrultuda işlem tesis etme olanağı bulunmadığı ifade edilmiş ve idari davaya konu yapılabilecek bir işlem söz konusu olmadığından davanın esası incelenmeksizin reddine karar verilmiştir. Karar kanun yolu incelemeleri neticesinde kesinleşmiştir. AYM söz konusu başvuruya ilişkin kararında mahkemeye erişim hakkının Anayasa m.15/2'de yer alan dokunulması yasaklanan çekirdek haklardan olmadığını, bu sebeple olağanüstü hâl (OHAL) dönemlerinde Anayasa'daki teminatlara aykırı önlemler alınmanın mahkemeye erişim hakkı bakımından mümkün olduğunu belirtmiştir. AYM, temel hak ve hürriyetlere müdahale sonucu doğuran önlemler bakımından ise OHAL dönemlerinde de kişilerin ölçüsüz veya keyfi müdahalelere karşı usule ilişkin teminatlardan faydalandırılması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>155</sup> Ahmet Yıldırım Başvurusu B.No: 2012/144, 02.10.2013 §28.

<sup>156</sup> Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu B.No: 2013/711, 03/04/2014.

<sup>157</sup> Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG 29.10.2016/ 29872.

AYM ayrıca, mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlarken Anayasa hükümleri ışığında hareket etmeleri gerektiğini, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi gereğince Anayasa'ya aykırı olan yorumun benimsemekten kaçınılması gerekliliğine de vurgu yapmıştır. Somut olayda mahkemece, davanın konusunun OHAL Komisyonunun yetkisine girip girmediğine dair bir incelemenin yapılmadığını ifade eden AYM, başvurunun mahkemeye erişim hakkına müdahalede bulunulduğunu vurgulamıştır. Netice olarak AYM, somut olayda davanın OHAL Komisyonuna gönderilmesi gerektiği hâlde incelenmeksizin reddedilmesinin Anayasa m.15'te belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olma kriterini sağlamadığı kanaatine vararak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>158</sup>

## SONUÇ

Hukuk devleti olmanın kuşkusuz en mühim gerekliliklerinden biri olan adil yargılanma hakkı, ilk bakışta tek bir hak gibi görünse de esasen pek çok hakkı muhteviyatında barındırmaktadır. Nitekim bu husus, AİHS m. 6'nın incelenmesiyle açıkça görülmekle birlikte AİHM, yorum yoluyla adil yargılanma hakkının kapsamını AİHS m. 6'nın lafzının da ötesine taşımıştır. Zira AİHM, dinamik yorum metodunu kullanarak adil yargılanma hakkı kapsamına birtakım hakları daha eklemiştir. Mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmesi AİHM'in 1975 tarihli Golder/Birleşik Krallık kararıyla olmuş; bu kararda AİHM, mahkemeye erişim hakkı olmadan adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmanın olanaksız olacağına vurgu yapmıştır. Golder kararı, mahkemeye erişim hakkı bakımından oldukça önem arz etmekte olup AİHM'in ve AYM'nin içtihatlarında bu karara sıkça atıf yapıldığı, mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

Mahkemeye erişim hakkı; medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır. AİHM içtihatları incelendiğinde mahkemeye erişim hakkının cezai alanda yalnızca şüpheli/sanık açısından geçerli kabul edildiği görülmektedir. AYM'nin de aynı doğrultuda olan içtihadı kanaatimizce yeniden değerlendirilmeye muhtaçtır. Değerlendirme yapılırken AİHS m. 53, Anayasa m. 36'daki "herkes" ibaresi ve doktrinsel görüşler göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca Anayasa m.90/5'te uluslararası antlaşmaların Anayasa ile değil, kanunlar ile kıyaslanmış olduğu, iç hukukumuzda uluslararası antlaşmaların Anayasa'dan üstün olduğuna dair bir düzenlemenin

<sup>158</sup> Ayhan Orhanlı Başvurusu B.No: 2019/7991, 23.02.2023.

yer almadığı hususu unutulmamalıdır. Kaldı ki insan haklarına ilişkin olarak uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya göre daha sınırlı bir koruma öngörmesi durumunda, sorunun insan hakları lehine yorum yapılarak aşılması gerekmektedir. Bu nedenle şüpheli/sanık haricindeki kişilerin mahkemeye erişim hakkı kapsamına dâhil edilmesi ve bu kişilerin hakkın korumasından yararlandırılması gerekmektedir.

Mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olmadığından bu hakkın bazı sınırlamalara tabi tutulması mümkündür. AİHM içtihatlarında da belirtildiği üzere devlet, bu hakkı sınırlama noktasında belirli bir takdir aralığına haizdir. Öte yandan bu sınırlamaların hakkın özünü etkileyecek şekilde uygulanmaması, söz konusu sınırlamaların meşru bir amaç taşıması ve erişilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantı olması gerekmektedir. AİHM ve AYM içtihatları incelendiğinde mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda benzer kriterleri esas alarak değerlendirme yaptıkları görülmektedir.

Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kanun yolları mevcut ise üst mahkemelere başvurma konusunda da geçerli görülen mahkemeye erişim hakkı, yargı yerinden alınan nihai kararların icrası bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Anlaşıldığı üzere mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı bağlamında pek çok güvence sağlamaktadır.

Bireysel başvuruların AYM tarafından incelenmesiyle mahkemeye erişim hakkı bakımından önemli kararlar verilmekte, yargılama süreciyle ilgili göz önünde bulundurulması gereken içtihatlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin AYM, dava açma veya yasa yollarına başvurma için öngörülmüş olan süre şartlarının açıkça hukuka aykırı uygulanması ya da sürelerin yanlış hesaplanması hâllerinde kişiler bu haklarını kullanamamışlarsa mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucu doğacağını belirtmiştir. AYM bir başka konu olarak, kişilerin avukatla temsil edilmelerinin ya da taşınmaz sahibi olmalarının tek başına adli yardım talebinin reddi sonucu doğurmaması gerektiğini ifade etmiştir.

AYM, mahkemelerin hukuk kurallarını Anayasa hükümleri ışığında yorumlamaları gerektiğini, bir mevzuat hükmünün çeşitli biçimlerde yorumlanmasının mümkün olduğu durumlarda ise Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa'ya aykırı olan yorumu benimsemekten kaçınılması gerektiğini belirtmektedir.

Çalışmamızda AYM içtihatları vasıtasıyla mahkemeye erişim hakkı çeşitli açılardan incelenmiştir. Eleştirilebilecek türde kararlara rastlamak mümkün olsa da AYM içtihatları, kişilerin mahkemeye erişim haklarının ihlal edilmesini önleme konusunda uygulayıcılara ışık tutar niteliktedir. Bu nedenle söz konusu içtihatlar, hukuk kurallarını yorumlama ve uygulama

noktasında yargı mercilerince göz önüne alınmalıdır. Böylelikle kişilerin mahkemeye erişim hakkını etkin şekilde kullanabilmelerine olanak sağlanacak ve muhtemel hak ihlallerinin önüne geçilecektir.

### KAYNAKÇA

Akdoğan CA, (*Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı*, (Adalet Yayınevi 2022).

Akıllıoğlu T, *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, (3. Baskı Yetkin 2019).

Algan B, *İnsan Hakları (Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve)*, (1.Baskı, Adalet Yayınevi 2023).

Alyanak S, *Avrupa Birliği Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Yargısal Denetim*, (Seçkin Yayıncılık 2023).

Atalay A, 'Yargısal Temel Haklar', *Prof. Şükrü Postacıoğluna Armağan*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1997) 437-454.

Aydın SE, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Bahar E, 'Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Bağlamında Adil Yargılanma Hakkının Niteliği' (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2023).

Balcı Y, 'Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım: Nalbant Ve Diğerleri/Türkiye Kararı' (2022/10) *İnsan Hakları Dergisi* 26-31.

Bayra E, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler' (2023) 8 (1) *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63-113.

Bozkurt E ve Kanat S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı*, (1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım 2004) .

Çiğir M, 'Antlaşmaların Yorumuna Farklı Bir Yaklaşım: AIHM'nin Dinamik Yorumu ve Takdir Payı Doktrini' (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2022).

Çakmak UR, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).

Çayan G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2016/28) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 235-271.

Demir HS, Kaya SB ve Keskinsoy Ö, *Türk Anayasa Yargısında Adil Yargılanma Hakkı*, (Adalet Yayınevi 2022).

Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1.Cilt (1. Baskı, Şen Matbaa- Avrupa Konseyi 2012).

Egeliği ÖE, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Ergun MK, 'Türk Anayasa Hukukunda Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).

Gedik Ö, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Filiz Kitabevi 2022).

Gölcüklü F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil yargılama' (1994) 49 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 199-234.

Gören Z, *Temel Hak Genel Teorisi*, (5. Baskı Yetkin Yayıncılık 2022).

Görgülü Ergenç F, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi 2021).

Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2.Cilt (Ekin Yayınevi 2011).

Gözübüyük ŞA, *Anayasa Hukuku (Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)*, (Turhan Kitabevi 2000).

Güngören Bulgan B, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, (3.Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022).

İnceoğlu S, 'Adil Yargılanma Hakkı', *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Şen Matbaa- Avrupa Konseyi 2013).

İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4)*, (MRK Baskı- Avrupa Konseyi 2018).

Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (16. Baskı, Legal Yayıncılık 2021).

Karakehya H, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma’ (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2007).

Kaşıkkara MS, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı’(2011) 2 (4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 233-290.

Köse Y, ‘7343 Sayılı Kanun İle İhalenin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2023/53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 313-340.

Oder BE, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2010).

Şahin A, *İnsan, Özgürlük ve Devlet*, (Celepler Matbaacılık ve Dağıtım, Trabzon 2013).

Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, ( 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Tanör B, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*,( 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022).

Turan H, ‘Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi’ (2009/84) TBB Dergisi 213-230.

Uygun O, *Devlet Teorisi*, (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022).

Ünal Ş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi( İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri)*, (TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları 2001).

Yıldırım Y, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Dinamik Yorum Yöntemi’ (2019/04) İnsan Hakları Dergisi 42-45.

### **İnternet Kaynakları**

<<https://dergipark.org.tr/>>

<<https://hukuk.deu.edu.tr/>>

<<https://hsk.gov.tr/>>

<<https://inhak.adalet.gov.tr/>>

<<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>

<<https://taad.taa.gov.tr/>>

<<https://tez.yok.gov.tr/>>

<<https://www.anayasa.gov.tr/>>

<<https://www.echr.coe.int/>>

<<https://www.istanbulbarosu.org.tr/>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/>>

<<https://www.resmigazete.gov.tr/>>

<<https://search.trdizin.gov.tr/>>

<b>Yazar Beyanı</b>	
<b>Yazarların Katkıları</b>	Bu çalışma tek yazarlıdır.
<b>Mali Destek</b>	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
<b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b>	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyanı edilmemiştir.
<b>Etik Kurul Onayı Beyanı</b>	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
<b>Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi</b>	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

# İdareye Takdir Yetkisi Veren Kanun Hükmünün Yorumu Ekseninde Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi\*

*Judicial Review of Discretionary Authority in the Context of the Interpretation of the Legal Provision Granting Discretionary Authority to the Administration*

Mehmet Fatih Metin\*\*

## Öz

İdarenin işlemlerinin yargı yoluyla denetiminde karşılaşılan hususlardan biri, takdir yetkisinin sınırının tespiti. İdarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla incelenebileceğini kabul eden görüşler, takdir yetkisinin hukukiliğinin sınırını belirlemeye çalışmaktadır. Ayrıca idareye takdir yetkisi veren kanun hükmü baz alındığında, bu hükmün yorumunun takdir yetkisinin kapsamını belirlediği açıktır. Nitekim yargı organının, ilgili kanun hükmüne ilişkin olarak yasama organının yahut idarenin yorumuyla kendini sınırlandırması, takdir yetkisinin sınırına bir etkisi olacaktır. Bu yönüyle, yargı organının takdir yetkisi veren kanun hükmünü yorumlarken otonom bir yetkisinin olup olmadığı önemli bir mesele teşkil etmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle idari fonksiyon içerisinde yer alıp yargı yoluyla denetimden bağışık tutulmayan işlemlerin kapsamı incelenerek takdir yetkisine konu olan işlemlerin genel görünümü ortaya konulmuştur. İdarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimi ekseninde ise İngiliz, Amerikan, Türk ve Fransız hukukundan örnekler verilmiştir. Sözü edilen karşılaştırmalı hukuktan verilen örnekler yoluyla yargı organının otonom yorumlama yetkisinin sınırı izah edilmiştir. Ayrıca bu çalışmada, Türk ve Fransız hukukunda anayasa yargısının kurulmasına dek etkili olduğu düşünülen yasamanın üstünlüğü ilkesine dair teorik tartışmalara değinilerek bu ilkenin gerek kaynağını aldığı İngiliz ve Amerikan hukukundaki görünümü gerekse Türk ve Fransız hukukuna olan tesiri incelenmiştir. Sonuç olarak ise Türk ve Fransız hukukunda anayasa yargısının kurulmasının, takdir yetkisinin denetiminde rol oynadığı görülmüştür.

## Anahtar Kelimeler

İdari Fonksiyon, Yasamanın Üstünlüğü, Takdir Yetkisi, Hukukilik Denetimi, İdari Yorum

## Abstract

One of the issues encountered in the judicial review of administrative acts is the determination of the limits of discretionary power. The opinions that accept that the administrative discretion can be judicially reviewed try

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 10.07.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 10.10.2024.

**Atıf:** Mehmet Fatih Metin ‘İdareye Takdir Yetkisi Veren Kanun Hükmünün Yorumu Ekseninde Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi’ (2025) 3(1) TRÜHFD 45-103.

\* Bu çalışma, Trabzon Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı dahilinde hazırlanan “Danıştay Kararlarında Hükümet Tasarrufları Bağlamında Yüksek Yönetim İşlemleri” isimli yüksek lisans tezinden hareketle oluşturulmuştur.

\*\* Avukat, Trabzon Barosu, m.fatihmtn@gmail.com ORCID: 0009-0006-2185-1674.



to determine the limit of the legality of the discretionary power. Moreover, based on the legal provision granting discretionary power to the administration, it is clear that the interpretation of this provision determines the scope of the discretionary power. As a matter of fact, the judicial body limiting itself to the interpretation of the legislature or the administration regarding the relevant legal provision will have an impact on the limit of the discretionary power. In this respect, it is an important issue whether the judicial body has an autonomous authority in interpreting the legal provision that grants discretionary power.

In this study, firstly, the scope of the transactions that are within the administrative function and not immune from judicial review is analyzed and the general view of the transactions subject to discretionary power is presented. On the axis of judicial review of the administrative discretion, examples from English, American, Turkish and French law are given. Through these comparative law examples, the limits of the judicial body's autonomous interpretation power are explained. Furthermore, this study examines the theoretical debates on the principle of supremacy of the legislature, which is thought to have been effective until the establishment of constitutional jurisdiction in Turkish and French law, and analyzes both the appearance of this principle in English and American law from which it originated and its impact on Turkish and French law. As a result, it is seen that the establishment of constitutional jurisdiction in Turkish and French law played a role in the control of discretionary power.

### Keywords

Administrative Function, Legislative Supremacy, Discretionary Power, Review of Legality, Administrative Interpretation

## GİRİŞ

İdarenin yargı denetimine konu olan işlemlerinin tam manasıyla tarif edilebilmesi için idarenin hukuki fonksiyonunu belirlemeye ihtiyaç vardır. Bunun için devletin hukuki fonksiyonları olan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının birbirinden ayrılarak “idari fonksiyonun” ayırt edici niteliğinin ortaya konulması icap eder. Bu çalışmanın birinci bölümünde, bu üç fonksiyon arasındaki fark aydınlatılarak idari fonksiyona dahil olan işlemlerin kapsamı açıklanmıştır.

İdarenin işlemlerinin yargı yoluyla denetiminin sınırının birinci yönünü, idarenin yargı denetiminden bağışık tutulan işlemleri oluşturmaktadır. İkinci yönünü, idarenin yargı denetimine tabi olan işlemlerinin hangi sınırlar içerisinde tetkik edileceği meselesi oluşturmaktadır. Bu iki hal, yargı mercilerince yapılacak denetimi sınırlandırmaktadır. Bu doğrultuda öğretilde, yargı denetiminden bağışık tutulan idarenin işlemleri için yatay kısıtlamalar, yargı yetkisinin içeriğine ilişkin olan için ise dikey kısıtlamalar kavramı kullanılmaktadır<sup>1</sup>. Bu çalışmanın ikinci bölümünde ise idarenin işlemlerinin bu iki yönü izah

<sup>1</sup> Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2018) 45-52.

edilmek yoluyla, takdir yetkisine konu olan idarenin işlemleri ortaya konulmuştur.

Takdir yetkisine sahip olan idarenin işlem tesisinde birden fazla opsiyonu bulunmaktadır. Bu opsiyon, işlem tesis edip etmemek şeklinde olabileceği gibi tesis edilecek olan işlemin içeriğine yönelik de olabilir. Bu açıdan takdir yetkisi, kanunda gösterilen sebebin gerçekleşmesi halinde idarenin belli bir işlemi tesis etmesinin zorunlu olduğu bağlı yetkiden ayrılmaktadır. İdarenin sahip olabileceği takdir yetkisi veya bağlı yetkinin kanundan kaynaklanmakta olması, idarenin kanuniliği ilkesi olarak ifade edilmektedir. Bir başka deyişle idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin teşkilatının, faaliyetlerinin ve her türden işleminin kanuna uygun olması, tüm bunların kanunla düzenlenmesi anlamına gelir<sup>2</sup>. İdarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bu ilkenin, Türk hukukunda 1982 Anayasası'nın 123.maddesinde düzenleme altına alındığı görülmektedir. Ayrıca idarenin kanuniliği ilkesi gereğince, kanun hükmünün yorumunun idarenin takdir yetkisinin tespitinde önemli bir yanının olduğu kabul edilir. Kanun hükmünün yorumu meselesinde ise idari yargı hakimini yasama organı veya yürütme organı lehine sınırlayan yasamanın üstünlüğü ilkesine veya idari yorum kavramına dair teorik tartışmalar bu çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınmıştır.

İdarenin takdir yetkisinin sınırını ifade eden “hukukilik denetimi” konusunda Türk ve Fransız hukuku öğretisinde “açık takdir hatası” ve “bilanço teorisi” olmak üzere iki farklı görüş vardır. İngiliz hukukunda “yasamanın üstünlüğü” veya “parlamenter egemenlik” kuramlarının, Amerikan hukukunda ise “idarenin uzmanlaşmanın” etkisi çerçevesinde geliştirilmiş muhtelif içtihatlar bulunmaktadır. Bu çalışmanın dördüncü bölümünde, bahsi geçen karşılaştırmalı hukuk örneklerine ait görüş ve içtihatların, takdir yetkisinin sınırına olan etkisi irdelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, yasamanın üstünlüğü ilkesinin etkilerinin gözlemlenebildiği dönemi içeren, Türk ve Fransız hukukunda kanunların yorumlanmasında dönüm noktası teşkil eden anayasa yargısının kurulmasının, kanunların idari yargı hakimince yorumlanmasına olan etkisi üzerinde durulmuştur. Nihai olarak, kanunları yorumlarken yargı organının iradesinin, yürütme veya yasama organının iradesine tabi olup olmadığı belirlenmiştir. Buna ilaveten, takdir yetkisinin sınırının saptanmasına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki örnekler arasında benzerliğin olup olmadığı ortaya konulmuştur.

<sup>2</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, (3.Baskı, Ekin Yayınları 2019) 151-164; Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku: Genel Esaslar, İdari Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi* (5. Baskı, Turhan Kitabevi 1985) 45-52.

## I. İDARENİN İŞLEMLERİNİN ANATOMİSİ: İDARİ FONKSİYONA DAHİL OLAN İŞLEMLERİN TESPİTİ

İdari fonksiyona dahil olan idarenin işlemlerini tespit edebilmek için öncelikle yürütme fonksiyonunu, yasama ve yargı fonksiyonlarından ayıran niteliğin ortaya konulması gerekir. Bu fonksiyonların birbirinden ayrımını izah etmeye yarayan görüşlerden biri, Leon Duguit tarafından ileri sürülmüştür. Duguit'nin ileri sürdüğü "maddi kritere" göre devletin fonksiyonları, "başvurulan işlemin hukuki mahiyetine" veya "hukuk alanında doğurduğu sonuca" göre birbirinden ayırt edilebilecektir. Bu görüş gereğince yasama fonksiyonu, kural koyar; yürütme fonksiyonu, objektif şart tasarruf ile subjektif tasarruflarla bir hukuki durum yaratır; yargı fonksiyonu ise, bir hukuki sorunu çözer<sup>3</sup>. Duguit tarafından ortaya atılan bu ölçüt çerçevesinde, idari nitelikteki işlemler yalnızca "bir hukuki durum yaratan işlemler" olarak kabul edileceğinden, idari yargı denetimi de bu işlemlerle sınırlı olacaktır.

Günümüzde devletin hukuki fonksiyonlarının ayrımında tercih edilen ölçüt ise "şekli veya organik kriter" olarak isimlendirilmektedir. Carré de Malberg'in savunduğu bu kriter, devletin fonksiyonlarının "bu fonksiyonları ifa eden organa veya yapılaş şekline göre" ayırt edilmesine karşılık gelmektedir. Bu görüş gereğince, yasama organınca oluşturulan işlemler yasama fonksiyonunu, yürütme organınca oluşturulan işlemler yürütme fonksiyonunu, yargı organınca oluşturulanlar ise yargı fonksiyonu oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

Bu görüşün savunucusu olan Malberg'e göre yasama ve yürütme organının yaptığı işlemler arasında ayırım yapması yönüyle şekli kriter, yasamanın üstünlüğü ilkesinin benimsenmesini gerektirir<sup>5</sup>. Nitekim maddi kritere göre düzenleyici işlem olması itibarıyla yasama fonksiyonuna dahil edilmesi gereken yürütme organının düzenleyici işlemleri, bu kriter uyarınca yürütme fonksiyonu içerisinde yer almaktadır<sup>6</sup>. Dolayısıyla yürütme fonksiyonu, öncelikle yürütme organınca yapılan işlemleri ifade etmektedir. Bununla birlikte, yasama ve yargı fonksiyonları arasından yürütme fonksiyonuna konu olabilecek işlemlerin belirlenebilmesi için şekli kritere ilave olarak maddi kriter benimsenmektedir.

Bu noktada öğretilde Malberg'in bahsi geçen ölçütüne ilaveten, yargı fonksiyonunun

<sup>3</sup> Gözler (n 2) 40-41; Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri* (Süheyl Derbil çev., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1954) 80-81.

<sup>4</sup> Gözler (n 2) 42-43.

<sup>5</sup> Eroğlu (n 2) 6.

<sup>6</sup> Ayrıca yürütme organının düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelik ile yasama organınca çıkarılan kanunun, şekli kriterin dışında, hiyerarşik yönden ayrılmasının mümkün olduğu görüşü de bulunmaktadır. ibid 6-8.

içeriğine bir ilave öge getiren görüş, yargı fonksiyonunu yürütme fonksiyonu lehine sınırlandırmaktadır. Söz konusu öge, yargı organınca oluşturulan işlemlerin, aynı zamanda “bir hukuki durumu çözen” işlemler olması gerektiğine ilişkindir. O halde, yargı fonksiyonu için hem şekli kriterin hem de maddi kriterin kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekecektir<sup>7</sup>. Sözün kısası, yargı organınca oluşturulmasına karşın bir hukuki durumu çözmeyen işlemlerin idari nitelikteki işlem olarak kabul edilmesi gerekeceğinden, bu işlemlerin de idari yargı denetimine tabi olacağı söylenebilecektir<sup>8</sup>. Yargı fonksiyonunu yürütme fonksiyonu lehine sınırlandıran görüşe benzer bir yaklaşım, yasama fonksiyonu için de geçerlidir. Bu doğrultuda, idari işlem olarak nitelendirilerek yargı denetimine dahil edilen yasama ve yargı organının “yönetmelik işlemleri” yürütme fonksiyonuna dahildir<sup>9</sup>.

Yürütme fonksiyonunun içeriği, şekli kriterin dışındaki görüşler yoluyla da açıklanabilir. Maddi kriteri esas alan Balta'ya göre maddi kritere ek olarak uzvi veya şekli unsura başvurulmalıdır. Belirtilebilir ki uzvi unsurda, işlemi yerine getiren organa göre, şekli unsurda ise işlemin yapılışındaki olağan usule göre tasnif yapılmaktadır<sup>10</sup>. İşlev unsurunu esas alan Özay'a göre ise işlemin hangi işlev için kullanıldığına ve yapılışında izlenen usule bakılarak ayırım yapılmalıdır. Bu bakımdan idari işlev kapsamındaki yasama ve yargı işlemleri, idari fonksiyona dahil olacaktır<sup>11</sup>. Neticeten açıklanan tüm bu görüşler ışığında, yürütme fonksiyonu, yürütme organınca yapılan işlemler ile yasama ve yargı fonksiyonunun idari nitelikteki işlemlerini kapsamaktadır.

Bu doğrultuda Türk hukukunda Danıştay, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığının “idare” işlevine sahip işlemlerinin<sup>12</sup> ve Cumhuriyet Savcısının idari nitelikteki görevleri sebebiyle tesis ettiği işlemlerin<sup>13</sup> iptal davasına konu edilebileceğini kararlaştırmıştır. Bununla birlikte Danıştay, TBMM ile ABD Parlamentosu arasında kurulan Dostluk Grubuna yönetim kurulu seçilmesi işlemi hakkında TBMM Başkanlığınca alınan kararın idari nitelikte

<sup>7</sup> Gözler (n 2) 44-48.

<sup>8</sup> Bu konuya dair aynı minvaldeki fikirlerden bir diğerinde ise yargı fonksiyonu, iddiaların yargı merciinde görüldüğü ve gerektiğinde bu merci tarafından yaptırıma karar verilebileceği işlevi ifa etmektedir. Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku 1. Cilt* (Yetkin Yayınları 2012) 61-63.

<sup>9</sup> Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku 2. Cilt* (Yetkin Yayınları 2012) 170-172; Turgut Tan ve Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku* (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) 17-21; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I: Genel Konular* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları 1970) 13.

<sup>10</sup> Balta (n 9) 10-11.

<sup>11</sup> İl Han Özay, *Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)* (Filiz Kitabevi 1986) 115-118.

<sup>12</sup> Danıştay 10D, E 2007/7981 K 2010/6186, 20.07.2010.

<sup>13</sup> Danıştay 10D, E 2009/9560 K 2013/8793, 09.12.2013.

tasarruf olmadığı sonucuna, işlemin “idari bir makam tarafından tesis edilmediği” gerekçesi üzerinden varmıştır<sup>14</sup>.

Yürütme fonksiyonuna getirilmesi tartışılan sınırlandırmalardan biri ise yürütme fonksiyonu içinde, idari fonksiyon ile hükümet fonksiyon arasında bir bölümlemeye gidilmesi düşüncesidir. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki hükümet fonksiyonu ile idari fonksiyon arasında ayırma gidilmesi daha ziyade, “hükümet tasarrufları” kuramının izahında kullanılmaktadır.

Hükümet fonksiyonunu, yürütme fonksiyonunun içinde, fakat idari fonksiyondan ayrı olarak kabul etme düşüncesi öğretide hâkim olan görüştür<sup>15</sup>. Bununla beraber öğretide, yürütme fonksiyonu ile idari fonksiyonu aynı anlamda kullanan görüşler de bulunmaktadır<sup>16</sup>. Bu görüşü benimseyen Balta’ya göre idare ile “devletin yüksek yönetimini” ayırmanın güç olması, hükümet fonksiyonunu idare fonksiyondan ayırmamayı gerektirir<sup>17</sup>.

Hükümet fonksiyonu ile idari fonksiyon arasındaki ayrımı kabul eden Onar, idari fonksiyonu, halkın günlük işlerini gören idari işlem ve eylemler olarak, buna karşın hükümet fonksiyonunu ise, siyasî birliği ilgilendiren, millî menfaatlerle ilişkili fevkalade ve istisnâî meseleler olarak tarif etmiştir<sup>18</sup>. Nitekim bu görüşte olanlarca idari fonksiyon, sürekli olarak yapılan, insanların ortak ihtiyaçlarını karşılama amacı taşıyan, kamu hizmetine yönelik olan ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetler bütünü şeklinde ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Hükümet fonksiyonu ise daha teknik bir alana yöneliktir<sup>20</sup>. Bu doğrultuda idari fonksiyonun, olağan hizmet ve tasarruflara ilişkin olduğu, hükümet fonksiyonunun, olağanüstü nitelikte olan veya aşırı derecede önem arz eden tasarruflara ilişkin olduğu çıkarımı yapılabilir.

Hükümet fonksiyonu ile idari fonksiyon ayrımını kabul eden görüşlerden bir diğeri,

<sup>14</sup> Danıştay 10D, E 2006/1095 K 2007/5137, 13.11.2007.

<sup>15</sup> Hükümet fonksiyonun, devletin üç fonksiyonu olan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonundan bağımsız bir fonksiyon olduğu görüşü de bulunmaktadır. Fransa’da, uygulanma alanı bulmaması sebebiyle, bu görüşte olanların sayısı azdır. İsmet Giritli, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1958) 10-11.

<sup>16</sup> Jelinek ve Bonnard, yürütme fonksiyonu ile idari fonksiyonu aynı anlamda kullanmıştır. Bu takdirde, hükümet fonksiyonu idari fonksiyon içerisinde bulunacaktır. Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj Yayınevi 2011) 13; Eroğlu (n 2) 9-10.

<sup>17</sup> Balta (n 9) 7.

<sup>18</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları 1. Cilt* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaa ve Kitapçılık Müesseseleri 1966) 58-59.

<sup>19</sup> Zabunoğlu (n 8) 64-65; Tan ve Bayazıt (n 9) 16-17; İl Han Özey, *Günüşğında Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004) 417; Roger Bonnard, *İdarenin Kazaî Murakabesi* (Ahmet Reşat Turnagil çev., Devlet Basımevi 1939) 11-18.

<sup>20</sup> Giritli (n 15) 11.

hükümet fonksiyonunu, “salt siyasi nitelikte olan ve idari fonksiyondan ayrılan faaliyetler” veya “politik tercihlerle” ilişkilendirmektedir<sup>21</sup>. O halde, siyasi nitelik taşıdığına dair hiçbir şüphe bulunmayan tasarrufların hükümet tasarrufu olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.

Gözler ise idari fonksiyon ile hükümet fonksiyonu arasındaki ayrımın daha açık ve somut bir kriter benimsemiştir. Bu kritere göre yürütme organının atanması<sup>22</sup> veya yasama organı tarafından seçilmesi<sup>23</sup> ve görevden alınması, yürütme organının yasamayla olan ilişkileri, yürütme organının yargıyla olan ilişkileri ve yürütme organının başka devletlerle olan ilişkilerinin tümü hükümet fonksiyonu olarak nitelendirilmektedir<sup>24</sup>. Tüm bunların dışında kalan yürütme fonksiyonu faaliyetleri ise idari fonksiyonun içerisine dahildir. Daha ayrıntılı bir şekilde ifade edilirse idari fonksiyon, yürütme organının siyasi olmayan fonksiyonu ile diğer kamu tüzel kişilerinin fonksiyonundan meydana gelmektedir<sup>25</sup>. Bu bakımdan hükümet fonksiyonu, anayasa veya uluslararası hukukla ilişkilendirilebilen bir kavram olarak izah edilmiştir<sup>26</sup>.

Sonuç olarak, öğretide idari fonksiyondan ayrık bir şekilde hükümet fonksiyonunun mevcut olduğunun kabulü, idari fonksiyonun alanını sınırlandırarak idari yargı denetimine tabi olan işlemlerin daralmasına neden olmaktadır. Dahası, bu türden işlemlerin “hükümet tasarrufları” şeklinde sınıflandırıldığı görülmektedir. Bununla birlikte hükümet tasarruflarının idarenin takdir yetkisi dahilinde ele alınması gerektiği yönündeki görüş, idari fonksiyonu yürütme fonksiyonuyla eş değer kılmaktadır. Bu görüş, hükümet fonksiyonu ile idari fonksiyonu arasındaki ayrımın, hukuki bir esasa dayanmadığını, siyasi yönden açıklandığını savunmaktadır<sup>27</sup>. Bu bakımdan, hükümet tasarruflarına dahil olduğu ileri sürülen işlemlerin şekil ve yetki yönünden yargı organınca denetlenmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı<sup>28</sup> ve idarenin yargı yolu denetimine tabi olan işlemlerinin tespitinde bu ayrımın tercih edilmemesi

<sup>21</sup> Günday (n 16) 14; Eroğlu (n 2) 11.

<sup>22</sup> Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların cumhurbaşkanınca atanması yahut (parlamentar sistemde) başbakanın ve bakanların cumhurbaşkanınca seçilmesi/atanması.

<sup>23</sup> Cumhurbaşkanının meclis tarafından seçilmesi.

<sup>24</sup> Bu doğrultuda Gözler, hükümet fonksiyonuna dahil olarak idari yargı denetiminden azade tutulması gereken işlemleri içeren bir liste hazırlamıştır. Gözler (n 2) 757-759.

<sup>25</sup> Gözler (n 2) 50-51. Benzer bir yaklaşım için bkz. Zabunoğlu (n 8) 46-47.

<sup>26</sup> Gözler (n 2) 48-51.

<sup>27</sup> Onar (n 18) 472.

<sup>28</sup> Hukuk devleti ilkesi, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabii olmasını gerektirir. Cem Ayaydın, ‘İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler’ (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 505, 524.

gerektiği söylenebilir<sup>29</sup>. Nitekim gerek 1961 Anayasası'nın orijinal 114.maddesi<sup>30</sup> gerekse 1961 Anayasası'nın 1971 yılındaki değişik 114.maddesi ile 1982 Anayasası'nın 125.maddesi hükümleri<sup>31</sup> ışığında, Türk hukuku bakımından hükümet tasarrufları, 1961 Anayasası'ndan itibaren anakronik bir kuram olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla idarenin kazai ve teşri nitelikte olan işlemleri gibi siyasi nitelikteki işlemlerinin de yargı denetimine tabi olması gerektiği savunulabilir. Neticeten bu ayırım, yürütmenin siyasi niteliği haiz olan ya da anayasa ve uluslararası hukukun kapsamında yer alan işlemlerinin tespitinde benimsenmelidir. Bu ayırımın neticesinde hükümet fonksiyonunda yer alan işlemlerin, şekil ve yetki açısından yargı denetimine tabi olmasının yerinde olacağı kabul edilmelidir.

## II. İDARENİN İŞLEMLERİNİN YARGI YOLUYLA DENETİMİNİN SINIRI

İdarenin işlemlerine ilişkin yargı bağımsızlıkları, yargı yerlerince ya da yasama organınca getirilmektedir. İdarenin işleminin yasama organınca yargı denetiminden istisna tutulması, yasama kısıntısı veya kanuni kısıntı adıyla anılmaktadır. Yasama kısıntısı, kanun veya anayasa hükmü yoluyla olabileceği gibi bilhassa yasamanın üstünlüğü ilkesinin benimsendiği hallerde yasama yorumu yoluyla da olabilir<sup>32</sup>. Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi (AYM), yasama kısıntısını anayasal kısıntısı ile eşleştirilerek yalnızca anayasal düzenleme ile idarenin işlemlerinin yargı bağımsızlığına kavuşabileceği kanaatindedir<sup>33</sup>.

Yasama organının bu yönde bir tasarrufu olmaksızın, yargı organının kendi kendisini sınırlayarak idarenin bazı işlemlerini denetlemekten kaçınması şeklinde ifade edilebilecek olan yargı kısıntısı kavramı ise, idarenin işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulduğu diğer bir örneği oluşturmaktadır. Yargı kısıntısı, yasama kısıntısının aksine yargı organlarının içtihatlarıyla oluşmuştur<sup>34</sup>. Yargı kısıntısında idarenin işleminin yargı bağımsızlığı kazanmasının nedeni, söz konusu işlemin idari işlem olmadığı yönünde bizzat yargı organı tarafından yapılan değerlendirmedir. Buna karşın yasama kısıntısında, yargı denetimine tabi tutulan işlem idari

<sup>29</sup> Onar (n 18) 475-477.

<sup>30</sup> “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.”

<sup>31</sup> “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”

<sup>32</sup> Onar (n 18) 459-465; Giritli (n 15) 73-88.

<sup>33</sup> “...idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfî davranışlarına karşı korunmuştur. Anayasa'da sayılan istisnai hâller dışında idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun kapatılabilmesi olanaklı değildir...” AYM, E 2018/2 K 2018/43, 02.05.2018.

<sup>34</sup> Kaplan, (n 1) 45; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi 2019) 129.

işlem olma özelliğini korumakta, sadece yargı denetiminden istisna edilmektedir<sup>35</sup>.

Yargı kısıntısı, yargı organınca verilen “görevsizlik” kararından farklıdır. Görevsizlik kararında da yargı organı denetim yapmaktan kaçınmaktadır. Buna rağmen yargı kısıntısında, görevsizlik kararından farklı olarak, idarenin işlemine karşı tüm yargı yolları kapalıdır. Yargı kısıntısında yargı organı, kendisini görevsiz gördüğü için değil, idarenin işleminin veya eyleminin hukuki açıdan denetlenemeyeceğini düşündüğü için denetimden kaçınmaktadır. Bununla birlikte, yargı organınca verilen bazı görevsizlik kararları, dolaylı biçimde yargı kısıntısına sebebiyet verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>36</sup>.

Kendisini sınırlayan anayasal veya kanuni düzenleme olmamasına rağmen yargı organının idarenin işlemini denetlemekten imtina etmesi, ekseriyetle siyasi sebeplerden ötürüdür. Buradaki siyasi sebepten maksat, idarenin işleminin siyasi nitelik taşımasıdır<sup>37</sup>. İdarenin siyasi nitelik taşıyan bu tür işlemleri Türk hukukunda ve Fransız hukukunda “hükümet tasarrufları” (*actés de gouvernement*) olarak adlandırılır. Öğretide yargı kısıntısı ile “hükümet tasarrufları” arasında anlam birliği bulursa da<sup>38</sup> yargı kısıntısının, “hükümet tasarrufundan” daha geniş bir anlamı karşıladığı söylenebilir. Çünkü Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) hukukunda “yargıyla ilgili makamlardan”<sup>39</sup> biri olan Yüksek Adliye Kurulunun idari nitelikteki işlemlerini kapsamına alan yargı kısıntısı örneklerine rastlanılmaktadır. Bu husus, Yüksek Adliye Kurulunun, “*en azından disiplin işlemleri açısından görevinin yargısal olduğu, yargı niteliğinde yetki kullanan nev’i şahsına mahsus bir Anayasal kuruluş olduğu*”<sup>40</sup> veya “*yürütsel ve yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişi olarak kabul edilmesinin olası olmadığı*”<sup>41</sup> şeklindeki KKTC Yargıtayı içtihatlarından kaynaklanmaktadır<sup>42</sup>. Benzer yönde Türk hukukunda Danıştay, hâkim ve savcılara Hakimler ve Savcılar Kurulunca not

<sup>35</sup> Halil Altındağ, 'Yasama Kısıntısı' (2016) 8(20) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 247, 248-249.

<sup>36</sup> Özay (n 19) 420; Lütfi Duran, 'Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar' (1980) 13 (2) Amme İdaresi Dergisi 47, 63-67.

<sup>37</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 34) 128.

<sup>38</sup> Bununla birlikte Sarıca, hükümet tasarruflarını, yasama kısıntısı ile yargı kısıntısından oluşan üst bir kavram olarak değerlendirmiştir. Ragıp Sarıca, 'Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları' (1942) 8(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 457, 464.

<sup>39</sup> Erhürman'ın deyişiyle yargıyla ilgili makam, “işlemleri yargı işleviyle yakından ilintili olan idari makamı” ifade etmektedir. Yüksek Adliye Kurulu da Hakimler ve Savcılar Kurulunun muadili olan bir makamdır. Tufan Erhürman, *Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı* (Işık Kitabevi 2013) 113.

<sup>40</sup> Yargıtay/Asli Yetki İstinaf 1/82 (Yargıtay/Asli Yetki 5/82), D 2/82, 15.06.1982.

<sup>41</sup> Yüksek İdare Mahkemesi, 9/2016, D 26/2017, 18.10.2017.

<sup>42</sup> Erhürman (n 39) 127-134.



verilmesi işleminin yargısal faaliyet niteliğinde olduğunu belirtmektedir<sup>43</sup>.

Ayrıca Danıştay'ın idari dairelerinin bazı kararlarına karşı idari yargı yoluna gidilemeyeceğini belirten Danıştay içtihadı, öğretide tartışma konusu olmaktadır. Bu hususta verilebilecek örneklerden ilki, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24.maddesine dayanmaktadır. Bahse konu hükümde, "Danıştay İdarî Dairelerince veya İdarî İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere" karşı dava açılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye dayanarak Danıştay, ilgili idari dairelerinin kararlarına karşı doğrudan dava açılmayacağını kararlaştırmıştır. Ayrıca öğretide, 2545 sayılı Kanunu'ndaki hükmün ve bu konudaki Danıştay'ın içtihadının, idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna gidilebileceğini düzenleyen Anayasanın 125.hükmüne aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>44</sup>. Bu hususta verilebilecek örneklerden ikincisi ise 2942 sayılı kanununun 30. Maddesiyle ilgilidir. Bu düzenlemede, bir idareye ait taşınmazın diğer idareye devrinden kaynaklanan anlaşmazlığa bakmakla yetkili kılınan Danıştay ilgili idari dairesinin kararının kesin nitelikte olduğu düzenlenmiştir. Öğretide, bu kararın idari anlamda kesinlik taşıdığı savunulsa da Danıştay, ilgili idari dairenin bu kararına karşı kendisine başvurulamayacağını belirterek, davayı görmekten imtina etmiştir<sup>45</sup>.

Son olarak, KKTC hukukunda düzenleyici işlemlere karşı doğrudan iptal davası açılmayacağı yönündeki Yüksek İdare Mahkemesinin (YİM) içtihadı, bir diğer yargı kısıntısı örneğini oluşturmaktadır. Bu hususta YİM, "2. derece munzam mevzuat sayılan dava konusu emirname, Anayasanın 152. maddesi<sup>46</sup> altında idari işlem olmadığı cihetle iptali, idari dava konusu yapılamaz"<sup>47</sup> şeklinde karar vermiştir<sup>48</sup>. 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nın 19.maddesindeki "İdarenin birel işlemlerine ve düzenleyici işlemlerine karşı, meşru menfaatleri olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişiler tarafından, bu işlemlerin

<sup>43</sup> Danıştay 5D, E 1994/6068 K 1995/954, 13.03.1995.

<sup>44</sup> Gözler (n 2) 400-404; Danıştay İDDK, E 1991/11 K 1992/22, 17.01.1992.

<sup>45</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku 2.Cilt* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2019) 974-978; D1D, E 1996/51 K 1996/89, 07.05.1996.

<sup>46</sup> "Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikâyeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir."

<sup>47</sup> Yüksek İdare Mahkemesi, 81/2007, D 4/2009, 27.02.2009; Erhürman (n 39) 218-224.

<sup>48</sup> Bu kararın eleştirisi için bkz. Erhürman (n 39) 245-253; Zaim M. Necatigil, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları* (Işık Kitabevi 2015) 188-191.

öğrenilmesinden itibaren yetmiş beş gün içerisinde iptal davası açılabilir”<sup>49</sup> şeklindeki düzenlemeye rağmen YİM, içtihadını bir ölçüde devam ettirmiştir. YİM bir kararında, tüzük ve yönetmelik dışındaki diğer düzenleyici işlemlere karşı dava açılabilirliğini kabul etmiş<sup>50</sup>, bir başka kararında ise “İyi İdare Yasası’nın 2. ve 19. maddelerinin ihmal edilerek, Anayasa’nın 152. maddesinin doğrudan doğruya uygulanması sonucunda, Anayasa’nın 152.maddesi bağlamında iptal davasına konu olabilecek bir idari işlemin mevcut olmadığı sonucuna varılması kaçınılmazdır” şeklinde karar vererek davanın reddine hükmetmiştir<sup>51</sup>.

İdarenin yargı yoluyla denetimden bağışık tutulan işlemlerinin izahı yapıldıktan sonra, şimdi de yargı denetimine tabi tutulan idarenin işlemlerinin yargı yoluyla denetiminin sınırı meselesi açıklığa kavuşturulacaktır. İdarenin yargı denetimine tabi olan işlemlerinin yargı yoluyla denetimi, hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Hukukilik denetimi, idarenin takdir yetkisine bırakılmayan alanı ifade eder. İdarenin takdir yetkisindeki alan ise, “yerindelik kavramı”, “ihtiyaca uygunluk”<sup>52</sup> gibi kavramlarla karşılanmaktadır. Yerindelik kavramı, birden fazla seçeneğe sahip olan idarenin kamu yararını amacını sağlar nitelik gösteren “en yerinde” veya “en verimli” işlemi tesis etmesini ifade eder<sup>53</sup>. Bu yönüyle yerindelik kavramı, siyasi yönü hukuki yönüne üstün gelen alana karşılık gelmektedir<sup>54</sup>. Bu alan, takdir yetkisinin denetlenemeyeceği hali işaret etmektedir. Bu nedenle takdir yetkisi ile yerindelik kavramının, nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrılabilen iki kavram olduğu düşünülmektedir<sup>55</sup>. Bu anlamda hukukilik denetiminin uygunluğu, idarenin takdir yetkisinde bırakılan hususların belli sınırlar çerçevesinde incelenebilmesini ve idarenin işlemine ikame eden yargı kararı verilememesini gerektirir. Yargı kararında idarenin nasıl bir yol izlemesi gerektiğinin belirtilmesi ise, hukukilik denetiminin sınırları içerisinde kalmaktadır<sup>56</sup>.

Türk hukukunda hukukilik denetimine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelerin tarihsel seyrine bakıldığında, 1961 Anayasası’nın orijinal halinde hukukilik ve yerindelik denetimine

<sup>49</sup> Necatigil (n 48) 475.

<sup>50</sup> Yüksek İdare Mahkemesi, 75/2021 D 4/2022, 26.01.2022.

<sup>51</sup> Yüksek İdare Mahkemesi, 77/2019 D 7/2022, 11.02.2022.

<sup>52</sup> Balta (n 9) 138; Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi, Takdir Yetkisi ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme* (Beta Yayınları 2015) 22; Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi* (Yaklaşım Yayıncılık 2006).50.

<sup>53</sup> Gözler (n 2) 1069; Arat Özkaya (n 52) 24-26; Ramazan Yıldırım, *Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü* (Mimoza Yayınları 2006) 571.

<sup>54</sup> Zabunoğlu (n 8) 374-376.

<sup>55</sup> ibid 376-378; Aksi yöndeki görüş için Arat Özkaya (n 52) 23; Gerçek, (n 52) 77-78. Bu görüş çerçevesinde, hukukilik denetiminin zaman zaman yerindelik denetimine doğru kayması mümkün olabilecektir.

<sup>56</sup> Ayaydın (n 28) 532-534.

dair herhangi bir hüküm yer almazken 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” şeklinde hüküm getirilmiştir. 1982 Anayasası’nın 125.maddesinin ilk halinde “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” şeklinde düzenleme getirilmiştir. 2010 yılındaki anayasa değişikliğinde ise “hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz” şeklinde ek ibare getirilmiştir. Böylece hukukilik-yerindelik meselesine ilişkin Anayasa’nın 125.maddesi hükmü, 2577 sayılı İdari Yargılama Kanunu ile eş değer içerikli hale gelmiştir. Ayrıca kaynağını içtihatlar yoluyla alması sebebiyle, bu düzenlemelerin hukukilik-yerindelik sınırına tesirinin olmadığı ileri sürülmüştür<sup>57</sup>. Nitekim Fransız hukukunda yerindelik denetimine dair bir düzenleme yoluna gidilmemiştir<sup>58</sup>.

İdareye verilen takdir yetkisinin hukukilik denetimi, takdir yetkisinin hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını ifade eden hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin hukukilik denetimi ile sınırlı bir şekilde kabul edilmesinin nedeni, idareye takdir yetkisinin veriliş amacını ifade eden kamu yararının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin çıkar yolun tam olarak bilinmemesi sebebine dayandırılmaktadır<sup>59</sup>. Hukukilik denetiminin öte tarafında yer alarak yargı yoluyla denetimin içerisine dahil edilmeyen yerindelik kavramı ise esasen yargı dışı denetim yollarıyla denetlenebilmektedir<sup>60</sup>. Nihai tahlilde, hukukilik ve yerindelik kavramlarının sınırlarını tespit edecek olan yargı organı, “hukuk devleti” ilkesi çerçevesinde yapacağı değerlendirmeye sonuca ulaşacaktır<sup>61</sup>.

### III. İDAREYE TAKDİR YETKİSİ VEREN KANUN HÜKMÜNÜN YORUMLANMASI

Yargı organının idareye takdir yetkisi veren kanun hükmüne ilişkin yorumu, idarenin

<sup>57</sup> ibid 529-536; Kaplan (n 1) 51; Zabunoğlu (n 9) 312-314. Aksi yöndeki görüş için bkz. Onur Karahanoğulları, ‘İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi’ (2011) 35 Mülkiye Dergisi 43, 43-64.

<sup>58</sup> Kaplan (n 1) 51.

<sup>59</sup> Gözler (n 2) 1067-1070. Bu noktada, kamu yararının nasıl tesis edileceğinin “teknik ve uzmanlık gerektiren bir görüş olduğu ileri sürülmüştür. Arat Özkaya (n 52) 27.

<sup>60</sup> Zabunoğlu (n 9) 311; Tan ve Bayazıt (n 9) 878.

<sup>61</sup> Celal Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi* (Tıpkı Basım, T.C. Danıştay Yayın İşleri Müdürlüğü 2016) 89.

takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimine etki etmektedir. Nitekim yargı organının kanun hükmünü yorumlarken otonom yetkiye sahip olmaması, yasama veya yürütme organının yorumuyla kendi yetkisini sınırlandırmasına ve yargı yoluyla denetimin daha dar kapsamlı bir şekilde gerçekleştirilmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda yargı organının yasama veya yürütme organının yorumuyla kendisini bağlı hissetmesi, yasanın üstünlüğü ilkesi veya idari yorum kavramı üzerinden izah edilebilir. Yasamanın üstünlüğü ilkesi, kanun hükmünün yargı organınca yorumlanması esnasında, yasama organının amacından ziyade niyetinin ön plana çıkarılmasını gerektirir. Buna karşın idari yorum, belirsiz nitelikteki kanun hükmünde idarenin mi, yoksa yargı organının yorumuna mı öncelik tanınacağına dair bakış açısı sunmaktadır.

### A. Yasamanın Üstünlüğü İlkesi

Yasamanın üstünlüğü ilkesi, (*legislative supremacy, parlementer egemenlik= parliamentary sovereignty, parlementer üstünlük= parliamentary supremacy*) yasama organının devletin diğer temel organları olan yürütme ve yargı organı karşısındaki gücünü ve üstünlüğünü ifade eden bir kavramdır. Halk egemenliği ile monarşik güç arasındaki çatışmada halk egemenliğini yasama organı, monarşik gücü ise yürütme ve yargı organı temsil ettiği için, yasanın üstünlüğü ilkesi tarihsel olarak hem yürütme organına hem de yargı organına karşı kurumsallaşan bir ilke olmuştur<sup>62</sup>. John Locke tarafından kurumsallaştırıldıktan ve 1689 Şanlı Devrim'den (*Glorious Revolution*) sonra<sup>63</sup> ilkesel bazda kabul edilen ve 1945 yılına kadar anayasacılığın baskın kavramı<sup>64</sup> olarak görülen bu ilke, İngiltere ve Amerika gibi Anglo-Sakson hukuk sisteminin muteber olduğu ülkelerde çokça tartışmaya konu olmuştur. Bu bölümde, içeriği itibarıyla geniş olan yasanın üstünlüğü ilkesi bütün yönleriyle değil, yasama organının yargı organı karşısındaki konumu üzerinden teorik olarak açıklanacaktır.

Yasama organının yargı organı karşısındaki üstünlüğünün kapsamı ile ilgili olarak “güçlü

<sup>62</sup> Stephen Gardbaum, ‘Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?)’ (2014) 62(3) *The American Journal of Comparative Law* 613, 628. Belirtilebilir ki 17.yüzyılda (yy.) yasanın yargı organı tarafından yorumlanabileceği fikrine kadar gerek Kara Avrupası gerekse Anglo-Sakson hukuk sisteminde yasanın yasayı yapan tarafından yorumlanması şeklindeki geleneksel anlayış, yasanın hükümdar veya hükümdarca atanan kimseler tarafından yorumlanması olarak karşılık bulmuştur. Timothy Endicott, ‘Otantik Yorum’ (İsmail Köküarı çev.) (2021) 25(2) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 211, 211-227; Reginald Parker ‘Administrative Interpretations’ (1951) 5(4) *Miami L Rev* 533, 533.

<sup>63</sup> James Oakes, ‘Legislative Supremacy: Myth or Reality’ 2003 *Cardozo Pub L Pol’y & Ethics J* 21, 21. Şanlı Devrim, İngiltere’de parlamentonun Kral karşısında üstün olması sonucunu doğuracak bir yönetim değişikliğine yol açmıştır. Mehmet Ali Ağaoğulları, *Sokrates’ten Jakobene Batı’da Siyasi Düşünceler* (6.Baskı, İletişim Yayınları 2015) 479.

<sup>64</sup> Gardbaum (n 62) 627-628.

yasamanın üstünlüğü anlayışı” (*the strong conception of legislative supremacy*) ile “zayıf yasamanın üstünlüğü anlayışı” (*the weak concepiin of legislative supremacy*) olmak üzere iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Güçlü yasama üstünlüğü anlayışı, yargı organının yasama organının tüm direktiflerine uymasına içkin bir ilke olup yasama organınca onaylanmayan hiçbir değer yargı organınca benimsenemeyeceğini ifade etmektedir<sup>65</sup>. Güçlü yasama üstünlüğü anlayışı, dürüst temsilci teorisi (*the honest agent theory*) ile ilişkilendirilebilir. Dürüst temsilci teorisi, kanunları yorumlayan ve uygulayan yargı organının, yasama organının direktifleri dışında bir şey yapmaması gerektiği anlamına gelmektedir<sup>66</sup>.

Zayıf yasama üstünlüğü anlayışı ise yasamanın üstünlüğü anlayışının tersinden hareketle, mahkemenin ne yaparsa yapsın kanuni direktiflere aykırı hareket edemeyeceği anlamıyla sınırlı bir anlayışa karşılık gelmektedir. Nitekim zayıf yasama üstünlüğü anlayışı, yazılı hale getirilmeyen veya ifade edilmeyen yasama niyetine olan bağlılığın, anayasal düzene aykırılık teşkil edeceğini öngörmektedir<sup>67</sup>.

Yasamanın üstünlüğü ilkesinin -yasama organının yargı organı ile olan ilişkisi üzerinden- izahı, kanuni yorum ilkesinin tartışılmasıyla yapılabilir. Kanuni yorum ilkesi (*statutory interpretation*), yargı organının bir kanun hükmünü yorumlarken yasama organının direktiflerine bağlı kalmasını ifade eden bir diğer ilkedir. Kanuni yorum ilkesi gereğince kanun hükmünün açık ve net olup olmadığının belirlenmesi ve açık değilse olası anlamlarından hangisinin geçerli olacağı yargı organınca kararlaştırılmaktadır<sup>68</sup>. Bu ilke, yasama organının hukuk politikasına tabi olan yargı organının, kanun hükmünü yorumlarken takdir yetkisinin, dolayısıyla politika belirleme yetkisinin (*judicial policymaking/policymaking authority*) olmadığını savunur<sup>69</sup>. Bunun nedeni, yasa yapma yetkisine sahip olan yasama organının, çıkarmış olduğu yasaların nasıl yorumlanacağı hususunda direktif verme yetkisinin de olduğunu kabul edilmesi ile açıklanmıştır<sup>70</sup>. Bunlara ilaveten yasama organının niyetleri

<sup>65</sup> Daniel A. Farber, ‘Statutory Interpretation and Legislative Supremacy’ (1989) 78 Geo LJ 281, 284; Edward O. Correia, ‘A Legislative Conception of Legislative Supremacy’ (1992) 42 Case W Res L Rev 1129, 1141.

<sup>66</sup> William N. Eskridge Jr, ‘Spinning Legislative Supremacy’ (1989) 78 Geo LJ 319, 322-323.

<sup>67</sup> Farber (n 65) 287-288.

<sup>68</sup> Jesse M. Barrett, ‘Legislative History, the Neutral, Dispassionate Judge, and Legislative Supremacy: Preserving the Latter Ideals Through the Former Tool’ (1997) 73(3) Notre Dame L Rev 819, 822.

<sup>69</sup> ibid 819; Michael J. Teter, ‘Gridlock, Legislative Supremacy, and The Problem of Arbitrary Inaction’, (2012) 88 Notre Dame L Rev 2217, 2223-2224; Earl M. Maltz, ‘Rhetoric and Reality in the Theory of Statutory Interpretation: Underenforcement, Overenforcement, and the Problem of Legislative Supremacy’ (1991) 71 BUL Rev 767, 782.

<sup>70</sup> Correia (n 65) 1199.

hakkındaki şüpheciliğin yasamanın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığı düşünülmektedir<sup>71</sup>. Tüm bunlarla birlikte yasama organının politika belirleme yetkisini bir kanun ile yargı organına devrettiği durumlarda, kendisine devredilmiş yetkiyi hukuki sınırları içerisinde kullanan yargı organı, yasama üstünlüğü ilkesini ihlal etmeyecektir<sup>72</sup>.

Kanun hükmünün açık ve anlaşılır olduğu durumda yargı organı, dava konusu olaya tatbik edeceği kanun hükmünü doğrudan uygulamalıdır. Kanun hükmünün amacının açık olduğu hallerde, yargı organının bu amaca ulaşmak için hükmün anlamını değiştirmesinde dahi yasamanın üstünlüğü ilkesiyle tutarsızlık bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Buna karşın kanun hükmünün belirsiz olduğu hallerde, yargı organının yargı denetimini nasıl icra edeceği tartışma konusu olmuştur.

Kanun hükmünün belirsiz olduğu durumlarda, zayıf yasama üstünlüğü anlayışının uzantısı olan savunan bir görüş, hatalı yorumlama riskini azalttığı gerekçesiyle yargı organının politik veya yasama temelli karinelere dayanması yasamanın üstünlüğü ilkesiyle çelişmediğini savunmaktadır. Bu durumda yargı organı, bu tür karinelere dayanarak belirsiz olan kanun metninden çıkan en bariz ve makul anlamın yasama organının amacıyla örtüşüp örtüşmediğini tahlil edecektir<sup>74</sup>. Yasama organının emri, karinelere dayanarak kullanılması durumunda dahi açıklığa kavuşturulamamışsa, yargı organının “son çare” olarak tatbik edilen kanun metninde zikredilmeyen anayasal değerler ve genel hukuk politikası gibi “yasa dışı değerlere” başvuracak ve yargı organının bu tutumu, yasamanın üstünlüğü ilkesiyle çelişmeyecektir<sup>75</sup>. Bununla birlikte güçlü yasama üstünlüğü anlayışı gereğince, kanunların belirsizliği durumunda mahkeme hakiminin davayı görmekten imtina etme yetkisinin dahi bulunduğu kabul edilmektedir<sup>76</sup>.

Kanuni yorum ilkesine farklı bir açıdan yaklaşan Eskridge, yargı organının kanun

<sup>71</sup> Jeffrey Goldsworthy, 'Legislative intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism' (2005) 42 San Diego L Rev 493, 493.

<sup>72</sup> Correia (n 65) 1187.

<sup>73</sup> Goldsworthy (n 71) 503.

<sup>74</sup> Correia (n 65) 1180-1187

<sup>75</sup> ibid 1189-1191.

<sup>76</sup> ibid 1141-1143. Eleştirisi için bkz. ibid 1148. Bununla birlikte hâkimi, “kanunun ağızlarından, kanunun gücünü de katılığını da yumuşatmaktan aciz, hareketsiz varlıklardan ibarettir” olarak niteleyen Montesquieu, kanunun belirsizliği durumunda, monarşi yönetiminde kanunun ruhunu araştırılacağını, cumhuriyet yönetiminde ise, kanunun vatandaşın malı, canı veya onuruna aykırı şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Charles Louis de Secondat Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Berna Günen çev., 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 96 ve 205.

hükmünü değişen koşullara uygun olarak dinamik yorumlamasının yasama üstünlüğü ilkesiyle çelişmediğini ileri sürmüştür. Eskridge'e göre yargı organının, yalnızca kanunun çıkarıldığı dönemdeki yasama organının niyetiyle kendisini sınırlandırmayıp yasama organının mevcut politikaları, önceki kanunları, yasama organının temel varsayımları ve yasama faaliyetinin dayandığı ilkelerde zaman içindeki değişimi ifade eden yeni meta-politikaları dikkate alması gerekir<sup>77</sup>.

Trevor Allan ise kanunun kapsam ve içeriğinin yasalaşma anında tam olarak belirlenmesi mümkün olmadığından, kanun hükmünün tabiiyeti itibarıyla belirsizlik içinde bulunduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede kanun hükmündeki belirsizliği gidermek için yorum yöntemine başvuracak olan yargı organının, yasama organının hakiki niyetiyle bağdaşması daha olası olan, adalet ve hakkaniyete ilişkin temel değerler çerçevesinde kanun hükmünü yorumlaması gerekmektedir. Dolayısıyla bu görüş, kanun hükmünün hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında modern toplumun temel hak ve hürriyetlerine uygun olarak yorumlanmasının, yasamanın üstünlüğü ilkesiyle çelişmeyeceğini kabul etmektedir<sup>78</sup>.

Sonuç olarak güçlü ve zayıf yasamanın üstünlüğü anlayışı, yargı hakiminin yasama organının direktifleri doğrultusunda karar vererek yasama organının iradesine olan katı bağlılığın olup olmadığını açıklamaktadır. Teorik alanda ileri sürülen bu görüşlerin karşılaştırmalı hukukta kimi zaman benimsendiğine rastlanılmaktadır. Bu görüşlerin yargı organınca tatbikinin kanun hükmünün yorumuna olan etkisi, idarenin takdir yetkisinin içeriğini belirleyecektir.

## B. İdari Yorum

İdari yorum (*administrative interpretation*), kanun hükümlerinin idare tarafından yorumlanmasıdır. İdare tarafından yapılan yoruma bağlayıcılık tanınması, yargı organının, idari yoruma saygı duymasını sağlar ve otonom yorumlama yetkisini sınırlandırır. Bu haller, bilhassa idarenin uzmanlaştığı ve idari kurumun yargı organıyla aynı yetkiye sahip olabildiği Amerikan hukukunda görülmektedir<sup>79</sup>.

İdari yoruma geçerlik kazandırılmasının muhtelif ön şartlara bağlanmıştıdır. Martenet

<sup>77</sup> Eskridge Jr (n 66) 343-344.

<sup>78</sup> Trevor RS Allan, 'Legislative Supremacy and The Rule of Law: Democracy and Constitutionalism' (1985) 44 The Cambridge Law Journal 111,134- 141. Yalnızca kanunda işaret edilen ilkelerin benimsenmesi gerektiğini belirten karşıt görüş için bkz. Maltz (n 69) 785-786.

<sup>79</sup> Parker (n 62) 533.

tarafından bu şartlar, “idari yoruma kanun tarafından izin verilmesi”, “idari yoruma yargı organınca duyulan saygının uluslararası, anayasal ve yasal mevzuattaki diğer kısıntılara uygunluk taşıması” ve “bu saygının yasama organının niyetini taşıması” olarak ifade edilmiştir<sup>80</sup>.

İdari yoruma kanun tarafından izin verilmesi, idareye takdir yetkisi veren kanun hükmünün belirsiz olması halinin mevcudiyetine bağlıdır. Kanun hükmünün belirsiz olması, hükme ilişkin birden fazla makul yorum arasından bir seçim yapılmasını gerektirir. İdari yoruma geçerlilik tanıyan görüş gereğince bu seçim, yasama organınca idareye bırakılmaktadır<sup>81</sup>. Dolayısıyla kanun hükmünün belirsizliği halinde, idare tarafından yapılan yorumun makul olduğu sürece yargı organınca benimsenmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu konuda, idarenin kendi düzenleyici işlemlerinin içeriğinde muğlaklık olması halinde, idarenin yorumuna itibar edilmesi gerektiği yönünde bir başka yaklaşım da bulunmaktadır. Ayrıca belirtilebilir ki yargı organı, idari yorumu referans olsa bile her halükârda yorum metodolojisini kendisi uygulayacaktır. Bir başka deyişle yargı organı, lafzi yorum, amaçsal yorum gibi yorum yöntemlerini tatbik ederek öncelikle kanun hükmünün belirli olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir<sup>82</sup>.

İdari yorumun geçerliği ikinci olarak, idari yorumun uluslararası, anayasal ve yasal mevzuattaki diğer kısıntılara uygunluk taşımasına bağlıdır. Bu bağlamda, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 14.maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6.maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 7.maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkına” riayet edilmesi büyük önem taşımaktadır<sup>83</sup>. Bunun sonucu olarak mahkemeye erişim hakkını kısıtlayan, silahların eşitliği ilkesini ve diğer usuli güvenceleri gözetmeyen bir idari yoruma yargı organınca saygı gösterilmesinin mümkün olamayacağı söylenebilir.

İdari yoruma yargı organınca saygı gösterilmesi halinin yasama organının tercihini yansıtması, idari yorumun geçerliğinin son şartını oluşturmaktadır. İdari yoruma saygı gösterilmesi hali, yasama organının açık veya örtülü niyetinin yargı organınca tespit

<sup>80</sup> Vincent Martenet, ‘Judicial Deference to Administrative Interpretation of Statutes from a Comparative Perspective’ (2021) 54(1) Vanderbilt Law Review 83, 91.

<sup>81</sup> ibid 92.

<sup>82</sup> Randy J. Kozel, ‘Statutory Interpretation, Administrative Deference, and the Law of Stare Decisis’ (2019) 97 Tex L Rev 1125, 1153-1154.

<sup>83</sup> Martenet (n 80) 96.



edilmesiyle belirlenebilir<sup>84</sup>. Ayrıca yasama organının bu tercihinin, yasama organının ilgili idareye yetki devrinde (*delegation*) bulunduğu anlamına geldiği ileri sürülmektedir<sup>85</sup>. Yasama organının bu yönde tercihte bulunması, idarenin özel uzmanlığa sahip olduğu durumlarla ilişkilendirilmektedir<sup>86</sup>.

Kanun hükmünün belirsizliği halinde idarenin görüşüne yargı organınca itibar edilmesi yönündeki eğilimin nedenini açıklayan görüşler bulunmaktadır. Bu noktada Daly, idari yoruma geçerlik tanınmasını, göreceli uzmanlık (*relative expertise*), karmaşıklık (*complexity*), hesap verilebilirlik (*accountability*), demokratik meşruiyet (*democratic legitimacy*) ve muhtemel katılım düzeyi (*possible level of participation*)<sup>87</sup>; Sayer, parlamentonun niyeti (*parliament's intention*), uzmanlık (*expertise*), siyasi hesap verilebilirlik (*political accountability*) katılım (*participation*) ve şeffaflık (*transparency*) sebeplerine bağlamıştır<sup>88</sup>. İdari yorumun yargı organınca benimsenmesi gerektiği görüşünün aksi yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşlerde genel itibarıyla, idari yoruma geçerlik tanınmasının, kanun hükmünün içeriğini ortaya çıkarma hususunda yargı organlarının sahip olduğu nihai yorumlama yetkisinin gasbedilmesine sebebiyet vererek kuvvetler ayrılığı ilkesine veya hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir<sup>89</sup>.

#### IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN YARGI YOLUYLA DENETİMİ

Bu bölümde, idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminde müşterek bir ölçütün belirlenip belirlenmeyeceğinin tespiti noktasında İngiliz, Amerikan, Türk ve Fransız hukukundan yararlanılacaktır. Sözü edilen karşılaştırmalı hukuk örneklerinin her birinin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimi alanında geçirdiği evreler gözler önüne serilecektir. Bu doğrultuda, ortak hukuku benimseyen İngiliz ve Amerikan hukukunda yargı organlarınca verilen kararlarının geçirdiği evre esas alınırken Türk ve Fransız hukukunda ise anayasa yargısının kurulması önem kazanmaktadır.

<sup>84</sup> ibid 101-102.

<sup>85</sup> ibid 98; Kozel (n 82) 1154.

<sup>86</sup> Martenet (n 80) 99.

<sup>87</sup> Tim Sayer, 'Statutory Interpretation and The Administrative State: Refocusing The Purposivist/Intentionalist Debate' 2024 44(3) *Legal Studies* 437, 446.

<sup>88</sup> ibid 17-19.

<sup>89</sup> Kozel (n 82) 1152-1153; Martenet (n 80) 115-119.

## A. İngiltere’de İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi

İngiltere’de idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin, “parlamentar egemenlik” ilkesine bağlı olarak gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Bununla birlikte, İnsan Hakları Yasası’nın (*The Human Rights Act =HRA*) kabulüyle birlikte benimsenen “ölçülülük” ilkesi, daha geniş ölçüde hukukilik denetiminin gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır. Bu bölümde, İngiltere’de idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin bu evreleri üzerinde durulacaktır.

İngiliz hukukunda idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimi hususunda, “parlamentar egemenlik” ilkesinin uzantısı olarak kabul edilen ilke, “ultra vires” doktrini. Sözlüğe bakıldığında ultra vires, “yasal gücün veya yetkinin ötesinde” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>91</sup>. Öğretide ise bu kavram, kamu yararı dışında bir amaç taşıyan idarenin işlem ve eylemlerine karşılık gelen, Fransız ve Türk hukukundaki “yetki saptırması” hallerine benzetilmektedir<sup>92</sup>. Bu bakımdan geleneksel ultra vires doktrini, yasama organının çıkardığı yasalar yoluyla iradesinin aşılmadığının yargı mercilerince tetkikini ifade eder<sup>93</sup>.

Geleneksel ultra vires doktrinine, olağanüstü hallerde yürütmeye verilen düzenleme yapma yetkisinde (*devredilen yasama= delegated legislation ya da ikincil yasama= secondary legislation*), kanun hükmü ile yetki kurallarına aykırılık hallerinde” ve “takdir yetkisi iyi niyete uygun olarak kullanılmadığında” başvurulmaktadır<sup>94</sup>.

Bu açıdan geleneksel ultra vires doktrininde, idarenin “uygun bir sebebe” (*reasonable cause*) dayanıp dayanmadığı hususu inceleme kapsamındadır<sup>95</sup>. Ayrıca bu öğretinin çerçevesinde, idarenin iyi niyetle hareket edip etmediği noktasında, idarenin izlediği amacın makullüğünün

<sup>90</sup> İngiliz hukuku öğretisinde “parlamentar egemenlik” ilkesinin önde gelen temsilcisi olan Dicey, parlamentoyu, “her şeyi yapma veya bozma hakkına sahip olan” ve “hiçbir kişi veya kuruluşun işlemi geçersiz kılma veya iptal etme hakkının olmadığı” merci olarak tanımlanmaktadır. Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1889) 3-4; Tufan Erhürman, 'Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires' (2012) 61(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 599,603.

<sup>91</sup> 'Ultra Vires' (*Cambridge Dictionary*) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ultra-vires>> accessed 12 April 2024; 'Ultra vires' (*Oxford Learners Dictionaries*) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/ultra-vires?q=ultra+vires>> accessed 12 April 2024.

<sup>92</sup> Uğur Mumcu, 'İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı' (1970) 27(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 53.

<sup>93</sup> Erhürman (n 90) 606-607.

<sup>94</sup> Mumcu (n 92) 58-65; Tuncer Karamustafaoğlu, 'İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini' iç *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e* Armağan (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1964) 59-68.

<sup>95</sup> Bülent Dâver, *İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalâde Hal Rejimleri (Türkiye'de- Yabancı Memleketlerde)* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1961) 38-39.

denetiminin gerçekleştirilebilmesi mümkündür<sup>96</sup>. Bununla birlikte sözü edilen öğreti, idarenin işlemlerinin sebep unsurunun “makul olup olmadığını” (*reasonableness-unreasonableness*) değerlendirmemektedir<sup>97</sup>. Bunlar ışığında belirtilebilir ki ultra vires doktrini çerçevesinde yapılan incelemede, idarenin işlemi için somut ve uygun bir sebep göstermesi gerektiği aranmaktayken, bu sebebin rasyonel veya makul ölçüde olması yönünde bir değerlendirilme yapılmamaktadır.

15 yaşından küçüklerin velileriyle bile olsa sinema gösterimine girişini yasaklama işlemine karşı açılan davada, idarenin işlemlerinde makul bir sebebe dayanması gerektiğini ifade eden 1947 tarihli *Wednesbury* kararı ile idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin kapsamı genişlemiştir<sup>98</sup>. Bu kararda, “parlamentonun kendisine verdiği yetkileri aşarak kanuna aykırı davranıp davranmadığıyla ilgilenen” ve “kendisini idarenin yerine koyamayan” yargı merciinin, idarenin işleminin makul olup olmadığını inceleyeceği belirtilmiştir. Bu açıdan yargı merciinin idarenin işlemi iptal etme yetkisi, idarenin işleminin “hiçbir makul otoritenin ulaşamayacağı kadar mantıksız olduğu” hallere mahsus şekilde kabul edilmiştir<sup>99</sup>. Nitekim bu dönemde idarenin işlemlerinin yargı yoluyla denetimi, “yasa dışılık” (*illegality*), “makul olmama” (*irrationality*) ve “usule aykırılık” (*procedural impropriety*) ile sınırlı tutulmuştur<sup>100</sup>. İdarenin işleminin makul olup olmadığı yönünde yapılan değerlendirmenin ise idarenin yasal görevinin olup olmadığı (*legal duties*), idarenin dikkate aldığı hususların geçerli olup olmadığı (*relevancy or legitimacy of consideration*) ve idarenin benimsediği araç ile amacı arasında rasyonel bir bağlantının bulunup bulunmadığı (*rational connection*) hususlarının tespitine yönelik olarak yapılacağı belirtilmiştir<sup>101</sup>.

İngiltere’de idarenin işlemlerinin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminde bir dönüm noktası niteliği taşıyan ve makullük ilkesinin kabul edildiği 1947 tarihli *Wednesbury* kararı, yasama organının zımnî iradesinin ultra vires doktrininin kapsamı içinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bu hususta kilometre taşı niteliğinde olan diğer kararlara bakıldığında, 1963 Tarihli

<sup>96</sup> Mustafa Karabulut, 'İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme' (2000) 102 *Danıştay Dergisi* 16, 21-22.

<sup>97</sup> *ibid* 63.

<sup>98</sup> Aynı yönde Türk hukukunda Danıştay tarafından verilen karar için bkz. Danıştay 10D, E 1993/278 K 1994/4838, 13.10.1994.

<sup>99</sup> Erhürman (n 90) 610; *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (EWCA).

<sup>100</sup> Erhürman (n 90) 616-617; Fevzi Kılıç, 'İngiltere ve Türkiye’de İdarenin Yargısal Denetiminde Makullük ilkesi' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 29.

<sup>101</sup> Veena Srirangam, 'A Difference in Kind-Proportionality and *Wednesbury*' (2016) 4(1) *ISLRev* 46, 51-58.

*Ridge v. Baldwin* kararı, doğal adalet ilkesinin ve 1968 tarihli *Padfield* kararı ise, takdir yetkisinin sınırlı olması ilkesinin, yasama organının zımnî iradesinden kaynaklandığına işaret etmiştir<sup>102</sup>. Ayrıca belirtilebilir ki, makullük ilkesi gerek haklı beklentiler doktrininde (*legitimate expectation*) gerekse aşırı katı politikaların (*over-rigid policies*) tetkikinde kullanılan ölçütlerin yeniden biçimlenmesini de sağlamıştır<sup>103</sup>.

2000 tarihinde yürürlüğe giren HRA ile İngiltere’de AİHS hükümleri iç hukuk metni haline gelmiş ve AİHS hükümlerinin doğrudan uygulanması imkânı doğmuştur<sup>104</sup>. Bir başka deyişle, HRA’nın kabulüyle birlikte AİHS’nin hükümlerine uygunluk yönünden inceleme yapılabilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kararlarını referans alınabilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu doğrultuda, idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin sınırı, “ölçülülük ilkesi” eksenine kaymıştır.

Ölçülülük ilkesinin ilk kez tatbik edildiği 1998 yılındaki *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture* davasında UKPC (*Birleşik Krallık Özel Konseyi=Privy Council of the United Kingdom*) tarafından, “yasama amacının temel hakkı sınırlandırmayı haklı çıkaracak derecede önemli olup olmadığı” “yasama hedefini karşılamak için tasarlanan tedbirin amaçla rasyonel bir şekilde bağlı olup olmadığı” ve “hak ve özgürlükleri ihlal etmek için kullanılan araçların amaca erişmek için gerekenden fazla olup olmadığı” şeklinde üç ölçüt benimsenmiştir<sup>105</sup>. Bununla birlikte, 2014 yılındaki *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury* davasında UKSC (*Supreme Court of the United Kingdom=Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi*) tarafından “tedbirin bireyin hakları ile toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurup kurmadığı” hususunu ilave eden bir ölçüt geliştirilmiştir<sup>106</sup>. Bu ölçütler, İngiliz öğretisinde belirtildiği üzere ve Türk ve Fransız hukukundakine özdeş şekilde, “elverişlilik” (suitability or appropriateness), “gereklilik” (minimal impairment) ve “orantılılık” (fair balance) ilkeleri

<sup>102</sup> Erhürman (n 90) 609-613.

<sup>103</sup> Nuray Sümer, ‘İngiliz Hukukunda Haklı Beklentiler Doktrini’ (2019) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163, 186-188; Adam Perry, ‘The Flexibility Rule In Administrative Law’ 2017 76(2) The Cambridge Law Journal (Forthcoming) <<https://papers.ssrn.com/abstract=2893766>> accessed 25 December 2024.

<sup>104</sup> Engin Saygın, ‘Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz’, (2017) 75(2) Ankara Barosu Dergisi 57, 79.

<sup>105</sup> ibid 69; *De Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69 (PC).

<sup>106</sup> *Bank Mellat (Appellant) v Her Majesty's Treasury (No. 2)* [2013] UKSC 39, [2014] 1 AC 700; Adam Ramshaw, ‘The Case For Replicable Structured Full Proportionality Analysis In All Cases Concerning Fundamental Rights’ (2019) 39(1) Legal Studies 120, 120.

üzerinden açıklanabilir<sup>107</sup>.

İdarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminde AİHS hükümlerinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirildiği davalara örnek verilecek olursa UKSC, Birleşik Krallık ile Ruanda arasında imzalanan mülteci anlaşmasında gösterilen güvencenin aksi yönünde güçlü kanıt (*compelling evidence to the contrary*) olup olmadığını değerlendirmek yerine, kendi uzmanlığı ve deneyime dayanarak gerçek riskin (*real risk*) mevcut olduğuna ve işkence yasağını düzenleyen AİHS'nin 3.maddesinin ihlal edildiğine<sup>108</sup>; AİHM'nin "Paposhvili v Belçika [2017]" kararı doğrultusunda, sınır dışı etme işlemi nedeniyle tıbbi tedavisi kesilecek olan kimsenin yakın bir ölüm riski altında bulunmasına gerek olmayıp "yaşam beklentisinde önemli azalmaya" (*a significant reduction in life expectancy*) maruz kalmasının yeterli olduğu gerekçesiyle AİHS'nin 3.maddesinin ihlal edildiğine<sup>109</sup> ve sınırlı kalma iznine sahip olan kişilerin en azından bir kısmı için alternatif bir yöntem oluşturulmadan öğrenci kredisinin reddedilmesinin AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14.maddesini ihlal ettiğine<sup>110</sup> karar vermiştir.

Bu konuda son olarak, 1947 tarihli Wednesbury kararında kabul edilen "makullük ilkesi" ile HRA'nın yürürlüğe girmesinden sonra yargı kararlarında benimsenen "ölçülülük ilkesi" arasındaki farka değinilecektir. Bu ilke arasındaki ayrımlardan birincisi, ispat yükünün kime düşeceği meselesine ilişkindir. Makullük ilkesinde ispat yükü, işlemin makul olmadığını iddia eden davacıya ait iken, ölçülülük ilkesinde ise başvuru tedbirleri ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılığın olduğunu idarenin ispat etmesi gerekecektir<sup>111</sup>.

Makullük denetiminde, idarenin başvurduğu araç ile amacı arasında bir orantının bulunacağı görüşü kabul edilmiştir. Makullük denetiminde araç ile amaç arasında bir orantının gözetilmesi gerektiğini savunan Craig, mahkemelerin karar gerekçelerini bu dengeye dayandırması gerektiğini dile getirmiştir. Craig'e göre makullük ilkesinin temelinde mutlaka bir orantı (*weight and balance*) bulunmasına rağmen, ölçülülük ilkesindeki orantılılık

<sup>107</sup> Saygın (n 104) 69-71. Mahkemelerce geliştirilen ölçütlerin birbirinden farklı olduğunu ve bunların tek bir formül üzerinden açıklanamayacağını belirten görüş için bkz. Ramshaw (n 106) 121-123.

<sup>108</sup> *AAA v. Secretary of State for Home Department* [2023] UKSC 42; Richard Ekins, Stephen Laws and Conor Casey, *The Impact of the Human Rights Act 1998 in Twenty-Five Cases* (Policy Exchange 2024) 55-56.

<sup>109</sup> *AM (Zimbabwe) v Secretary of State for Home Department* [2020] UKSC 17; Ekins, Laws and Casey (n 108) 50-51.

<sup>110</sup> *R (Tigere) v Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2015] UKSC 57; Ekins, Laws and Casey (n 108) 42-43.

<sup>111</sup> Srirangam (n 101) 47.

değerlendirmesi, idarenin görüşüne özel ağırlık verilmeden yapılır<sup>112</sup>. Dolayısıyla makullük değerlendirmesinde yargı organı, idare tarafından ileri sürülen sebepler çerçevesinde orantılılığının varlığını araştırır. Aynı yönde görüş ileri süren Srirangam'a göre, ölçülülük ilkesindeki yargı yoluyla denetimin sınırı, bireyin hakları ile toplumsal çıkarlar arasında adil bir dengenin (*fair balance*) kurulmasına yönelik olmaktadır. Makullük denetiminde ise söz edilen dengenin rasyonel olması yeterli olacaktır<sup>113</sup>. Sonuç olarak ölçülülük ilkesindeki hukukilik denetiminin, makullük ilkesindeki hukukilik denetiminden daha kapsamlı olacağı söylenebilecektir. Nitekim makullük denetimi, Türk ve Fransız idare hukukunda "açıkça ölçüsüz" hallerinin tespitini ifade eden "açık ve bariz takdir hatasına", ölçülülük denetimi ise "bilanço teorisine" benzemektedir<sup>114</sup>.

Netice itibarıyla, İngiltere'de geleneksel ultra vires doktrininin etkisini kaybetmesinin sonucu olarak, "güçlü yasamanın üstünlüğü ilkesine" olan rağbetin güç kaybettiği söylenebilecektir. Bu yönüyle, İngiltere'de gerek 1947 tarihli Wednesbury kararıyla benimsenen "makullük ilkesi, gerekse ölçülülük ilkesinin kabul edilmesi, idarenin takdir yetkisinin daha geniş kapsamlı bir şekilde denetlendiğini göstermektedir.

## B. Amerika'da İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi

Amerika'da idarenin işlemlerinin yargı yoluyla denetiminin sınırı, parlamenter egemenlik ilkesiyle değil, idarenin uzmanlaşması ile ilişkilendirilmektedir<sup>115</sup>. Amerikan hukukunda regülasyon yapma yeteneğine sahip olan idarenin (*agency*) işlemlerinin yargı yoluyla denetimi, iki kısım halinde sınıflandırılarak incelenmektedir. Bunlardan ilki, Kongre'nin idareyi yetkilendirdiği kanunları, idarenin nasıl yorumladığı meselesine ilişkindir<sup>116</sup>. İkincisi, idarenin tespit ettiği maddi vakıa ve delillere dayanarak takdir ettiği işlemlere ilişkindir<sup>117</sup>.

<sup>112</sup> Paul P. Craig, 'The Nature of Reasonableness Review' (2013) 66(1) Current Legal Problems 1, Oxford Legal Studies Research Paper No. 78/2013 <<https://ssrn.com/abstract=2298612>> accessed 12 April 2024.

<sup>113</sup> Srirangam (n 101) 63-64.

<sup>114</sup> Kılıç (n 100) 50-51.

<sup>115</sup> Mahmut Şen, 'İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller'(2013) 17(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1623, 1627; Cenk Şahin, *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon"* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 194. Öte yandan, teknokrasinin gelişmesinin idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin yoğunluğunu azaltacağı hakkında bkz. Martin Shapiro, 'Administrative Discretion: The Next Stage' (1983) 92(8) The Yale Law Journal 1487, 1519-1522.

<sup>116</sup> İdarenin kanuni yorumuna kıyasla, idarenin kendi düzenleyici işlemlerini yorumlamasında idarenin yorumuna gösterilen saygısına daha geniş olduğu kabul edilir. Nitekim bu konudaki Auer v. Robbins ile Kisor v. Wilkie kararları da bunu gösterir niteliktedir. Özge Atıl Kaya, 'Amerikan İdare Hukuku'nda Beklenen Gelişme: Chevron Doktrini Artık Hükümsüz' 2024 12(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1015, 1024.

<sup>117</sup> Şahin (n 115) 165-167.

İdarenin, Kongre tarafından kendisine verilen yetkiyi düzenleyen kanun hükmünü yorumlaması ve buna dayanarak düzenleyici (*rulemaking*) ya da yargısal benzeri (*adjudication*) işlem tesis etmesi halinde, idarenin işlemini denetleyecek olan yargı merci, öncelikle idarenin yorumunun kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirecektir. Yargı merciinin bu değerlendirmesi, idarenin kanun hükmüne ilişkin yorumuna olan saygı sınırını belirlemektedir. Neticede Amerikan İdari Usul Kanunu'nun (*Administrative Procedure Act= APA*) 706. maddesinde “anayasal ve yasal hükümleri yorumlamakla” yükümlü tutulan yargı merciinin, idarenin “hukuki yorum ve kanaatlerine” olan bağlılığının görece sınırlı olduğu kabul edilmektedir<sup>118</sup>.

Yargı merciinin hukuki yorumunu idarenin yorumuna hangi hallerde ikame edeceğine dair yargı organlarınca muhtelif kararlara imza atılmıştır. Bu kararlar arasında Amerikan idare hukuku açısından en çok göze çarpan karar, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of the United States= SCOTUS*) 1984 yılında vermiş olduğu “Chevron doktrini” (*Chevron doctrine= Chevron deference*) adıyla da bilinen *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc* davasında verilen karardır. Chevron doktrini, yargı merciince tetkik edilen idarenin kanuni yorumunun iki aşamalı bir testten geçmesi gerektiğini öngörmektedir. Chevron doktrininin birinci adımı (*Chevron step one*), Kongre'nin, idarenin kanuni yorumunu temel alan soruna doğrudan değinip değinmediğinin irdelenmesini öngörmektedir. Eğer Kongre, bu soruna ilişkin niyetini açıkça ortaya koymuşsa, yargı merciinin bu doğrultuda karar vermesi gerekmektedir. Kongre'nin niyetinin açık olmadığı durumda ise yargı merciinin kanuna ilişkin kendi yorumunu idarenin yorumuna ikame etmeyip ikinci adımı uygulaması gerekmektedir (*Chevron step two*). Belirli soruna ilişkin Kongre'nin sessiz kalması ya da niyetinin açık olmaması hallerinde uygulanacak olan bu adım, “idarenin yorumunun kanunun izin verilen bir yapısına dayanıp dayanmadığı” meselesinin yargı merciince araştırılmasını gerektirmektedir<sup>119</sup>. Bu araştırma, idarenin yorumunun makul olup olmadığının incelenmesiyle sınırlıdır<sup>120</sup>. Makuliyet ise idarenin konuyla ilgili sahip olduğu bilginin derinliğine, yorumunu dayandırdığı gerekçelere ve benzeri diğer ölçütlere bakılarak tespit edilir<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> ibid 166.

<sup>119</sup> *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) ; Jud Mathews, *U.S. Administrative Law: A Casebook*, (3rd Edition, Independently published 2022) 507-514; Rena Steinzor, *Core Concepts in Administrative Law* (3rd Edition, Independently published 2023) 361-371.

<sup>120</sup> Şahin (n 115) 168; Steinzor (n 119) 373-374; Daniel E. Walters, 'The Major Questions Doctrine at the Boundaries of Interpretive Law' (2023) 109(2) *Iowa Law Review* 465, 476-480.

<sup>121</sup> Atıl Kaya (n 116) 1023.

2024 yılının haziran ayının son günlerinde SCOTUS, Chevron doktrininin vazgeçme yönünde karar almıştır. SCOTUS, “*Loper Bright Enterprises v. Raimondo*” davasında verdiği kararda, idareye takdir yetkisi veren kanunun içeriğini belirlemeye yardımcı olmaktan ziyade engel olması, son zamanlarda mahkemeler tarafından göz ardı edilişi, açık ve kolay uygulanabilir bir standardının olmayışı, öngörülebilirlik ve istikrarı sağlamaktan uzak oluşu gibi nedenlere dayanarak, bahse konu doktrinden vazgeçmiştir. Mahkeme, bir kanunla idareye anayasal sınırlar içinde devredilen yetkiye saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulamakla beraber, mahkemelerin sırf kanunun belirsizliği sebebiyle idarenin yorumuna tabi olmalarının zorunluluk teşkil etmediğini ve peşin hükümle idarenin yorumuna tabi olunmayacağını belirtmiştir<sup>122</sup>.

İdarenin kanuni yorumuna dair SCOTUS tarafından alınmış kararlardan bir diğeri, 1944 tarihli “*Skidmore v. Swift & Co*” davası hakkındadır. Chevron doktrininin seneler öncesinde alınmış olan bu kararın önemi, Yüksek Mahkeme’nin, idarenin kanuni yorumunun tetkikine dair getirdiği kriterlerde saklıdır. Bu kriterler çerçevesinde mahkemelerin idarenin yorumuna olan saygısı, değerlendirmede görülen titizliğe (*the thoroughness evident in consideration*), muhakemenin geçerliliğine (*the validity of reasoning*), daha önce ve sonraki açıklamalarla olan tutarlılığına (*consistency with earlier and later pronouncements*) ve ikna etme gücünü veren tüm faktörlere (*all factors which give power to persuade*) bağlıdır<sup>123</sup>. Chevron doktrininin farklı olarak idarenin kanuni yorumunun sınırının her davada farklı olacağını tespit eden bu karar, günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Bunun nedeni, bu karara konu olayda idarenin düzenleyici ya da bireysel işlem yerine bağlayıcı nitelikte olmayan “bülten” (*bulletin*) kararı almasındandır<sup>124</sup>. Ayrıca Skidmore kararının, Chevron doktrinini iptal eden sözü edilen Raimondo kararında yer bulmasıyla yeniden güncellik kazanacak durumda olduğu söylenebilir<sup>125</sup>.

İdarenin kanuni yorumunun yargı yoluyla denetiminin sınırı meselesinde SCOTUS tarafından geliştirilen diğeri bir ilke, önemli sorunlar doktrini (*major questions doctrine*), Önemli sorunlar doktrinini, “büyük ulusal önemi”, “ulusal sonuçları” veya “geniş ekonomik ve siyasi önemi” haiz olan veya “önemli düzenleyici işlemler” gerektiren hususlarda veya

<sup>122</sup> ibid 1027; 603 U. S. \_\_\_\_ (2024).

<sup>123</sup> Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944); Mathews (n 119) 504-507; Steinzor (n 119) 349-352.

<sup>124</sup> 'Skidmore v. Swift & Co.' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Skidmore\\_v.\\_Swift\\_%26\\_Co.](https://ballotpedia.org/Skidmore_v._Swift_%26_Co.)> accessed 12 May 2024; Steinzor (n 119) 352.

<sup>125</sup> Atıl Kaya (n 116) 1027-1028.



“olağanüstü davalarda”, Kongre’nin açık izni olmadıkça idarenin yetkisiz olduğunu belirten bir içtihat<sup>126</sup>. Bu doğrultuda bahse konu içtihat, mühim nitelik taşıyan düzenlemenin içeriğinin Kongre tarafından teşrih edilmediği hallerde geçerli olmaktadır<sup>127</sup>. Bu bakımdan önemli sorunlar doktrini, zımni yetki devrinin benimsendiği Chevron doktrininden farklı niteliktedir<sup>128</sup>. Bununla birlikte bu doktrinin uygulama alanı bulabilmesi için Kongre’nin bu düzenlenmesini geniş ve genel terimlerle değil, spesifik ve dar terimlerle ifade etmesi gerekmektedir<sup>129</sup>. Ayrıca bu doktrin, Kongre’nin yasama yetkisini başka kurumlara devredemeyeceği anlamına gelen “yetki devri yasağı doktrini” (*nondelegation doctrine*) ile yasanın idarece yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkta Chevron hükümlerinin tatbik edilip edilmeyeceğine dair ön değerlendirmenin yapılması anlamına gelen “Chevron sıfıncı adım” (*Chevron step zero*) ile ilişkilendirilmektedir<sup>130</sup>.

SCOTUS’un önemli sorunlar doktrinini benimsediği kararları arasından temas edilecek ilk karar, dönüm noktası niteliğinde görülen<sup>131</sup> 2022 tarihli “*West Virginia v. Environmental Protection Agency*” davasıdır. Bu dava, Çevre Koruma Ajansının (*Environmental Protection Agency=EPA*) Temiz Hava Yasası’nın (*Clean Air Act*) 111. maddesi uyarınca düzenlediği Temiz Enerji Planı’na (*Clean Power Plan*) dayanmaktadır. Temiz Hava Yasası’nın 111. maddesi, karbondioksit emisyonlarını düzenlemekle görevlendirilen EPA’ya “en iyi emisyon azaltım sistemini” (*best system of emission reduction*) inşa etme yetkisi vermektedir. EPA da bu yetkiye dayanarak kömür yakıtı kullanan tesisler için ısı oranı iyileştirmeleri ile üretimin kömür termik santrallerinden doğal gaz termik santrallerine, buradan da yenilenebilir enerji santrallerine geçişini öngören Temiz Enerji Planı’nı çıkartmıştır. Davayı nihai olarak karara bağlayan SCOTUS, Temiz Hava Yasası’nın 111. Maddesinde Kongre’nin bu türden bir planı düzenleme yetkisi verdiğini kabul etmenin makul olmadığına kanaat getirerek dava konusu

<sup>126</sup> Mila Sohoni, 'The Major Questions Quartet' (2022) 136 Harv L Rev 262, 264; Kate R. Bowers and Daniel J. Sheffner, 'Supreme Court's Major Questions Doctrine' (2022) Congressional Research Service 1, 1-2; Cass R. Sunstein, 'There Are Two Major Questions Doctrines' (2021) 73 Admin L Rev 475, 477; Walters (n 122) 482; Jonas J. Monast, 'Major Questions About the Major Questions Doctrine' (2016) 68 Admin L Rev 445, 450-451; Walter G. Johnson and Lucille M. Tournas, 'The Major Questions Doctrine and the Threat to Regulating Emerging Technologies' (2022) 39 Santa Clara High Tech LJ 137, 148-151; 'Major Questions Doctrine' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Major\\_questions\\_doctrine](https://ballotpedia.org/Major_questions_doctrine)> accessed 12 May 2024.

<sup>127</sup> Düzenlemeye ilişkin olarak Kongre’nin bir tespiti olduğu takdirde, “Chevron birinci adımı” uygulanacaktır. Sunstein (n 126) 488.

<sup>128</sup> ibid 480-482; Monast (n 126) 474; Walters (n 120) 476-479; Sohoni (n 126) 270; Johnson and Tournas (n 126) 149-150.

<sup>129</sup> Sunstein (n 126) 489.

<sup>130</sup> Sohoni (n 126) 290-315; Johnson and Tournas (n 126) 151-156.

<sup>131</sup> Steinzor (n 119) 348.

Temiz Enerji Planı'nın iptaline karar vermiştir<sup>132</sup>.

Temas edilecek kararlardan ikincisi, 2022 tarihli “*National Federation of Independent Business v. Occupational Safety and Health Administration*” davası hakkındadır. Bu karara konu teşkil eden Çalışma Bakanlığına (*Department of Labor*,) bağlı olan İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresi'nin (*Occupational Safety and Health Administration= OSHA*) talimatında, 100'den fazla çalışanı olan işyerlerinde çalışanlar için aşı olma ya da maske takma ve haftalık test yaptırma zorunluluğu öngörülmüştür. Bu düzenlemeye karşı Ulusal Bağımsız İşletmeler Federasyonunun (*National Federation of Independent Business= NFIB*) açtığı davayı gören Amerika Yüksek Mahkemesi, OSHA'ya verilen yetkinin “mesleki güvenlik ve sağlık standardı” olduğunu ve bu yetkinin genel halk sağlığını korumaya yönelik olarak verilmediğini belirterek söz konusu talimatın iptaline karar vermiştir<sup>133</sup>

Önemli sorunlar doktrininin benimsenmediği kararlardan birine örnek olarak ise 2007 tarihli “*Massachusetts v. EPA*” davası gösterilebilir<sup>134</sup>. Bu karar, karbondioksit ve sera gazlarının birer hava kirleticileri olarak Temiz Hava Yasası kapsamında Çevre Koruma Ajansı tarafından düzenlenmesi gerektiğini belirten 2007 tarihli SCOTUS kararıdır<sup>135</sup>. SCOTUS, Massachusetts eyaletinin, “yarı egemen çıkarları” (*quasi-sovereign interests*) ileri sürme hakkının olması yönüyle, dava açma hakkının olduğuna hükmetmiştir<sup>136</sup>. Ayrıca Mahkeme, eyaletin sahip olduğu söz konusu yarı egemen çıkarların, ulusun ebeveyni (*parens patriae= parent of the nation*) sıfatıyla vatandaşlarının temsilcisi olmasından değil, bizatihi kendi çıkarından kaynaklandığını belirtmiştir<sup>137</sup>. Buna ilaveten Mahkeme, “fiili zararın ve nedensellik şartının gerçekleştiğini tespit ettikten sonra, “düzenlemenin iklim değişikliğini telafi edici etki bırakacağını” belirtmiştir<sup>138</sup>. Bunun neticesinde ise sera gazlarının iklim değişikliği tehlikesine yol açmayacağına dair makul sebepler ileri sürmeyen EPA'nın, düzenleme yapması için kendisine gönderilen dilekçeleri reddetmesinin keyfilik standardı gereğince hukuka aykırı

<sup>132</sup> Steinzor (n 119) 434-445; Mathews (n 119) 585-598; West Virginia v. Environmental Protection Agency, 597 U.S. (2022); Monast (n 126) 483-489; Bowers and Sheffner (n 126) 4-5.

<sup>133</sup> Bower and Sheffner (n 126) 3-4; National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety & Health Administration, 142 S. Ct. 661(2022).

<sup>134</sup> Monast (n 126) 465-470; Sohoni (n 126) 279-280.

<sup>135</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu kararının, düzenleme yetkisinin aşırı biçimde genişlettiği gerekçesiyle eleştirisi için bakınız. Sunstein (n 126) 489-491.

<sup>136</sup> Özge Atıl Kaya, ‘Why United States Clean Water Act Citizen Suit Provision Is More Difficult to Implement Today’ (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan 1645, 1655; F. Andrew Hessick, ‘Quasi-Sovereign Standing’ (2018) 94 Notre Dame L Rev 1927, 1936.

<sup>137</sup> Hessick (n 136) 1929 and 1936.

<sup>138</sup> Atıl Kaya (n 136) 1655-1656.

olduğunu kararlaştırmıştır<sup>139</sup>.

İdarenin kanun hükmüne ilişkin yorumunun tetkik edilmesiyle bahse konu idarenin yetkilendirilmiş olup olmadığının tespiti yapılmaktadır. Kanun tarafından yetkilendirilmiş olan idarenin yetkisi dahilinde hareket edip etmediğinin tetkiki ise idarenin takdir ettiği işlemlerin belirli standartlar çerçevesinde değerlendirilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. İdarenin takdir yetkisi mahkemece denetlenirken, genel itibarıyla “keyfilik standardı” kullanılmaktadır. Bu halde mahkemelerin yargısal denetimi, idarenin tatmin edici açıklama yapıp yapmadığı ile sınırlıdır. Bu ise idarenin öne sürdüğü gerekçelerin mütalaa edilmesi yöntemine karşılık gelmektedir<sup>140</sup>.

Genel inceleme standardı olan keyfilik standardının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar, idarenin takdir yetkisinin esaslı kanıtlarla desteklenmesinin gerektiği haller ile takdir yetkisine ilişkin maddi vakıa ve delillerin yeniden incelendiği hallerdir<sup>141</sup>. Dolayısıyla idarenin tespit ettiği maddi vakıa ve delillere dayanarak takdir ettiği işlemlerin yargı yoluyla denetimi hususunda geleneksel standart, keyfilik standardı ve yeniden inceleme standardı olmak üzere üç yöntem bulunmaktadır<sup>142</sup>.

İdarenin takdir ettiği işlemlerin yargı yoluyla denetiminin sınırı, APA'nın 706. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, keyfi karar alınan ve keyfi değişiklikler yapılan (*arbitrary*)<sup>143</sup> ve *capricious*<sup>144</sup>), takdir yetkisi kötüye kullanılan (*an abuse of discretion*), başka bir şekilde yasaya uygun olmayan (*otherwise not in accordance with law*), anayasal hak, yetki,

<sup>139</sup> Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497 (2007).

<sup>140</sup> Jonathan M Gaffney, 'Judicial Review Under the Administrative Procedure Act (APA)' (2020) Congressional Research Service 1, 3.

<sup>141</sup> ibid 4.

<sup>142</sup> Şahin (n 115) 172-173.

<sup>143</sup> “Arbitrary” kelimesi sözlükte, “bir kurala, karara vs. dayanmıyor gibi görünen”, “plana veya mantığa dayalı olmak yerine şansa dayanan” ve “gücü sınırsız kullanmak” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu kelime idare hukuku alanında ise, “keyfi karar verilmesi” anlamında kullanılmaktadır. 'Arbitrary' (LII / Legal Information Institute) <<https://www.law.cornell.edu/wex/arbitrary>> accessed 20 May 2024; 'Arbitrary' (Oxford Learners Dictionaries) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/arbitrary?q=arbitrary>> accessed 20 May 2024; 'Arbitrary' (Cambridge Dictionary) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/arbitrary>> accessed 20 May 2024.

<sup>144</sup> “Capricious” kelimesi sözlükte, “ani ve beklenmedik bir şekilde ruh halinin veya davranışın değişmesi”, “tavır ve davranışlarda ani değişiklikler göstermek” gibi anlamlara gelmektedir. Bu kelime idare hukukunda ise, “ani ve hesaplanmayan, dolayısıyla keyfi ve makul olmayan bir değişiklik” şeklinde karşılık bulmaktadır. 'Capricious' (LII / Legal Information Institute) <<https://www.law.cornell.edu/wex/capricious>> accessed 20 May 2024; 'Capricious' (Cambridge Dictionary) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/capricious>> accessed 20 May 2024; 'Capricious' (Oxford Learners Dictionaries) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/capricious?q=capricious>> accessed 20 May 2024.

ayrıcılık ve dokunulmazlıklara aykırı olan (*contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity*), yasal yargı yetkisini, yasal karar alma yetkisini, yasal sınırlamaları aşan yahut yasal haktan yoksun olan (*in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right*), yasanın gerektirdiği usule uymayan (*without observance of procedure required by law*) işlemlerin iptal edileceği öngörülmüştür. Keyfilik standardı, belirtilen bu düzenlemenin sınırları içinde yapılan denetimden teşekkül etmektedir. Ayrıca aynı maddede, keyfilik standardının istisnası niteliğinde olan, “duruşma benzeri oturumlara” tabi olan işlemlerin esaslı delillerle desteklenmemesi ve vakıaların yeniden incelemeye tabi tutulduğu ölçüde gerçeklere dayandırılmaması hallerinde de iptal kararı verileceği düzenlenmiştir<sup>145</sup>.

Açık takdir hatasının yapıp yapılmadığının tetkik edildiği keyfilik standardı, daha sıkı bir incelemenin yapılmasını savunan *hard look doctrine* içtihadıyla değişime uğramıştır<sup>146</sup>. Bu içtihat, yargı yoluyla denetimin “araştırıcı ve dikkatli” (*searching and careful*) şekilde yapılması gerektiğini ve şekle bağlı olmayan süreç (*informal procedures*) nihayetinde alınan kararlarda dahi idarenin kayıt tutmak ve işlemlerini bu kayda dayandırmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir<sup>147</sup>. Bu bağlamda sözü edilen içtihadın, idarenin takdir ettiği işlemlerinin makul olup olmadığının saptanmasına yönelik olduğu kabul edilmiştir<sup>148</sup>. İdarenin işlemlerinde makul bir şekilde hareket etmesi spesifik olarak idarenin işlemleri için ayrıntılı açıklamalar yapmasına, önceki işlemlerinden neden saptığını gerekçelendirmesine, düzenleme sürecine katılımı sağlamasına ve olası makul alternatif önlemleri dikkate almasına bağlıdır<sup>149</sup>. Keyfilik standardında meydana gelen bu değişimin, idarenin yargı yoluyla denetiminin doğası gereği olduğu iddia edilmiştir<sup>150</sup>.

İdarenin takdir ettiği işlemlerin tetkikinde kullanılan ikinci yöntem, esaslı delil standardıdır (*substantial evidence*). “Makul bir zihnin sonucu desteklemek için yeterli olarak kabul edeceği deliller” şeklinde tarif edilen esaslı delil standardı, yalnızca duruşma benzeri

<sup>145</sup> Steinzor (n 119) 282-283; Şahin (n 115) 165-166; '5 U.S. Code § 706 - Scope of Review' (LII / Legal Information Institute) <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/706>> accessed 20 May 2024.

<sup>146</sup> Şahin (n 115) 174; Patrick M. Garry, 'Judicial Review and the Hard Look Doctrine' (2006) 7(1) Nev LJ 151, 151.

<sup>147</sup> Garry (n 146) 151-153; Şahin (n 115) 174.

<sup>148</sup> Cass R. Sunstein, 'Deregulation and The Hard-Look Doctrine' (1983) The Supreme Court Review 177,181; Şahin (n 115) 175. Makullük ilkesinin benimsendiği bu içtihadın Chevron ikinci adımıyla olan ilişkisi için bkz. 'Hard look review' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Hard\\_look\\_review](https://ballotpedia.org/Hard_look_review)> accessed 20 May 2024.

<sup>149</sup> Sunstein (n 148) 181-182; Şahin (n 115) 175-176.

<sup>150</sup> Garry (n 146) 169-170.

oturumların kabul edildiği işlemler için geçerlidir<sup>151</sup>. APA'nın 556 ve 557. maddelerinde düzenlenen duruşma benzeri oturumlara ilişkin prosedürler, şekli kural koyma (*formal rulemaking*) ile şekli yargısal benzeri karar alma (*formal adjudication*) işlemlerini kapsamaktadır. Bu nedenle, şekli olmayan kural koyma (*informal rulemaking*) ile şekli olmayan yargısal benzeri karar alma (*informal adjudication*) işlemleri için esaslı delil standardı uygulama alanı bulamayacaktır<sup>152</sup>. Bununla birlikte yakınsama teorisi (*convergence theory*), keyfilik standardı için de esaslı delilin sunulması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>153</sup>.

İdarenin takdir ettiği işlemlerin tetkikinde kullanılan üçüncü yöntem ise, yeniden inceleme (*de novo*) standardıdır. Yeniden inceleme, mahkemelerin idarenin işlemlerine asgari saygı gösterme eşiği olmadan idarenin takdir ettiği işlemleri incelediği usuldür<sup>154</sup>. Bu standart gereğince idarenin işlemini tetkik etmekle görevlendirilen yargı merci, idarenin tespit ettiği maddi vakıa ve delilleri yeni baştan kendisi değerlendirmeye alır. Yeniden inceleme standardı, diğer iki standarttan farklı nitelikte olsa da mahkemenin, işlemini makul biçimde yapan idarenin takdirinden ayrılmasının güç olduğu kabul edilmektedir<sup>155</sup>. Bu standarda, idarenin yargısal benzeri karar alma işlemlerini icra ederken maddi vakıa ve delilleri “yetersiz şekilde tespit etmesi” ve idarenin yargısal benzeri kararları haricindeki işlemlerinde “önünde olmayan konuların gündeme gelmesi” hallerinde başvurulmaktadır<sup>156</sup>. Ayrıca idarenin usuli gerekliliklerini yerine getirip getirmediği ekseriyetle yeniden inceleme standardı çerçevesinde incelenmektedir<sup>157</sup>.

Sonuç olarak, kanunların belirsizliği durumunda devreye giren Chevron doktrininde kabul edilen idareye takdir yetkisi veren kanun hükmünün belirsizliği durumunda idarenin yorumuna riayet edilmesi, yargı hakimini idarenin iradesine bağlı kılmaktadır. Bu halde, yasamanın üstünlüğü ilkesinin dolaylı etkisi sonucunda yargı hakiminin otonom yorumlama yetkisinin, idarenin yorumuyla sınırlandırıldığı görülecektir. Ancak Chevron doktrininin geçersiz kılınması yönündeki SCOTUS'un yeni içtihadı, idarenin teknik alanlardaki takdir

<sup>151</sup> Şahin (n 115) 172-173; Paul Enockson, 'Administrative Law and Procedure' (1996) 73 Denv UL Rev 619, 620-621.

<sup>152</sup> APA'nın, 553 ile 555-557.maddeleri “formal rulemaking”, 554-557.maddeleri “formal adjudication”, 553 ve 555.maddeleri “informal rulemaking” ve 555 ve 558.maddeleri “informal adjudication” işlemlerini düzenlemektedir. Steinzor (n 119) 114.

<sup>153</sup> Enockson (n 151) 623-624.

<sup>154</sup> 'De novo' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/De\\_novo](https://ballotpedia.org/De_novo)> accessed 20 May 2024; Şahin (n 117) 176.

<sup>155</sup> David Zaring, 'Reasonable Agencies' (2010) 96 Virginia Law Review 135, 160-161.

<sup>156</sup> ibid 146-147; Gaffney (n 140) 4.

<sup>157</sup> Gaffney (n 140) 4.

yetkisinin dahi denetlenebilmesine olanak sağlayabilecektir. Ayrıca önemli sorunlar doktrininde, aksi açıkça belirtilmediği sürece idareye yetki verilmediği şeklindeki içtihat, idarenin takdir yetkisini kısıtlar niteliktedir. Benzer şekilde, açık takdir hatasının olup olmadığının denetlendiği keyfilik standardında görülen değişimle beraber, idarenin makul hareket ettiği konusunda gerekçelendirmede bulunmasının gerekliliği, idarenin takdir yetkisini sınırlandırmaktadır.

### **C. Türk ve Fransız Hukukunda İdarenin İşlemlerinin Yargı Yoluyla Denetimi**

Türk ve Fransız hukukunda takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimi hususu iki aşamada ele alınacaktır. Birinci aşamada, idareye takdir yetkisi veren kanun hükmünün idari yargı hakimince yorumlanması meselesinde dönüm noktası teşkil eden anayasal yargının kurulmasının, idarenin takdir yetkisine olan etkisi açıklanacaktır. Bu aşamada anayasaya yargısının önemi, yasamanın üstünlüğü ilkesinin etkilerinin görüldüğü yasama yorumu ve yasamaya sevk usulü ile anayasallık denetimi üzerinden aydınlatılacaktır. İkinci bölümde ise idarenin takdir yetkisinin idari yargı hakimince hangi ölçütler kullanılarak tetkik edildiği meselesi üzerinde durulacaktır. Ayrıca idarenin işleminin unsurlarından olan sebep ve amaç unsurunun, takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimine olan tesiri izah edilerek takdir yetkisinin sınırının tespitine dair geniş bir perspektif oluşturulmaya çalışılacaktır.

#### **1. Türk ve Fransız Hukukunda İdarenin İşleminin Dayanağı Olan Kanun Hükmünün Yorumlanması: Yasama Yorumu Yönteminden Anayasa Yargısının Kurulmasına**

İdarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminde, idareye takdir yetkisi veren kanun hükmünün yorumlanması önem taşımaktadır. Tanrısal nitelikteki yasalardan beşerî nitelikteki yasalara geçişi ifade eden modern devlet döneminin başlangıcında kanunların yorumlanmasında yetkili olan mercii, hakimler değil, bizatihi yasama organı olmuştur<sup>158</sup>. Sonraki yıllarda yasama organının tekelinden çıkarılan kanuni yorum, hakimlere tanınan bir yetki halini almış olsa da Türk ve Fransız hukukunda anayasal merci kurulana dek kanunların anayasaya uygunluk denetimi yoluyla hukukiliğinin incelenmesi etkin bir yol olmamıştır. Bu yönüyle Türk ve Fransız hukukunda anayasa yargısının kurulmasına kadar geçen süre içinde kanunların yorumlanmasında yasama organının iradesine bağlı kalınmıştır.

<sup>158</sup> Rüstem Karabatak, 'Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu' (1998) 94 Danıştay Dergisi 28, 33.

Yasamanın üstünlüğü ilkesinin etkili olduğu bu dönemde yasama organı bu iradesini, ilk zamanlarda yasama yorumu ve yasama yorumu özelinde yasamaya sevk yoluyla kullanmıştır. Kökeni Justinianus Kanunlarına dayanan<sup>159</sup> ve Fransa'da bir müddet uygulandıktan sonra, 1837'de kaldırılan yasama yorumu özelinde yasamaya sevk (*référé législatif*), bilhassa “adaletin reddi” (*déni de justice= denial of justice*) yasağının kabul edildiği 18.yy.de ortaya çıkmış bir ilkedir<sup>160</sup>. Bu yöntem Fransa'da, 1789 Fransız İhtilali'nden sonra, idari ve adli yargının ayrılmasını öngören 16 ve 24 Ağustos 1790 tarihli kanunlarla ortaya çıkmıştır<sup>161</sup>. Ancak o dönemde idari yargıya tabi mahkemelerin bulunmaması sebebiyle 1799 tarihinde Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) kuruluncaya ve 1806 yılımda fonksiyonu düzenleninceye kadar idari uyuşmazlıkların idari makamlarca değerlendirilmesi gündeme gelmiştir<sup>162</sup>. Bu açıdan, sözü edilen kanunların idari yargı hakiminin yetkisini sınırlandırmak amacı taşıdığı söylenebilir.

Yasamaya sevk, kanun hükmünün belirsizliği durumunda, yargı organının yasama organından yorumlayıcı bir yasa istemesi anlamına gelmektedir. Haliyle yasamaya sevk başvurulduğu dönem içerisinde, “hâkim, kanunun ağzıdır” (*la juge est la bouche de la loi*) ilkesi uyarınca yargı organının, yorum yöntemlerini kullanarak kanun hükmünü yorumlama yetkisinin olmadığı kabul edilmiştir.<sup>163</sup> Bununla birlikte yargı organı, usul kurallarına veya

<sup>159</sup> İmparatora atıfta bulunma zorunluluğu (*relatio ad Principem*) yasamaya sevk yönteminin bir örneğidir. Paolo Alvazzi del Frate, 'The Référé Législatif and The Cahiers de Doléances of 1789' in Paola Maffei and Gian Maria Varanini (eds), *Honos alit artes Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri* (Firenze University Press 2014) 306.

<sup>160</sup> Åke Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence* (Springer International Publishing 2014) 76; Matthias Van Der Haegen, 'Transformation of the Cassation Model in France, The Netherlands and Belgium: Piercing the Legalistic Veil' in Alan Uzelac and Cornelis Hendrik Van Rhee (eds), *Transformation of Civil Justice Unity and Diversity* (Springer International Publishing 2018) 350-351; İsmail Köküarı, 'Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması' 2018 67(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 807, 819.

<sup>161</sup> Del Frate (n 159) 305; Hayrettin Yıldız, 'İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi' (2018) 22(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 22 197, 206-207; Begüm İsbir, 'İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi' (2011) İÜHF (Prof. Dr. İl Han Özyay'a Armağan) 951, 953. Nitekim Fransa'da 16 ve 24 Ağustos 1790 tarihli kanun, yargı organının genel nitelikte ve herkes için bağlayıcı nitelikte karar vermesini (*arrêts de règlement*) yasakladı ve 'référé législatif' yöntemini kabul etti. Jean-Louis Halpérin, *Five Legal Revolutions Since The 17th Century: An Analysis of A Global Legal History* (Springer 2014) 51-52.

<sup>162</sup> İsbir (n 161) 953; Esin Örucü, 'Conseil d'Etat: Türk İdare Hukukunun Fransız Katmanı' (Seyit Rasim Doru çev.) (2021) 70(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47, 49; Sırrı Düğer, 'Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal Denetiminin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi' (2019) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 61, 71.

<sup>163</sup> Van Der Haegen (n 160) 350-351; Köküarı (n 160) 820.

kanunun açık hükmüne aykırılık teşkil eden işlemleri iptal edebilmiştir<sup>164</sup>. Ayrıyeten dava konusu olaya tatbik edilecek kanun hükmünün olmaması anlamına gelen kanun boşluğu halinde de yasamaya sevk prosedürü işletilmiştir<sup>165</sup>.

Yasama yorumu ve yasamaya sevk yöntemlerine başvurulmasına yol açan kanun metnine dair yasama organının yapacağı yorum, idari yargı hâkimi tarafından bağlayıcı kabul edilecektir. Bu nedenle, yasama organının yorumu, mahkemenin yorumu yerine geçecektir. Böylece davalı idarenin de bu yola başvurabilmesi, yargı organının kararını değiştirebilecek nitelikte yorum yasasının çıkarılmasına sebebiyet vermiştir. Ayrıca bu yöntem bilhassa, idari yargı merci tarafından incelenen bir uyuşmazlıkta idarenin işlemine yargısal bağımsızlık kazandırılmasında yatmaktadır. Nitekim Türk hukukunda 1961 Anayasası'nın kabul edildiği döneme kadar geçerli olan yasama yorumu, "yasama kısıntısı" formunda idarenin işlemini yargı denetiminden bağımsız tuttuğu pek çok örneğe imza atmıştır<sup>166</sup>.

Türk ve Fransız hukukunda anayasa yargısı kurulmasından önceki dönemde, kanun hükmünün yorumunda yasama organının iradesinin idari yargı hakiminden üstün kabul edildiği ikinci husus, kanunun hukukiliğinin tespitini ifade eden kanunların anayasaya uygunluk denetimidir<sup>167</sup>. Türk hukukunda AYM kurulmadan önceki dönem içinde, kanunların anayasaya uygunluk denetiminin yapılıp yapılmayacağına dair muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetiminin mümkün olduğunu öne süren görüşler, görülmekte olan dava esnasında anayasaya aykırı olarak görülen kanunun tatbikten imtina edilmesiyle sınırlı bir denetim yetkisinin olduğunu kabul etmişlerdir. Bu yönüyle, anayasaya aykırı olan kanunun iptal edilmesine değil, aykırılığın yalnızca uygulanmakta olan davada geçerli olacağını tespitini içeren defî yoluyla denetim yetkisine izin verilmiştir. Türk hukukunda 1924 Anayasası'nın muteber olduğu dönemde bu yönde ileri sürülen görüşlere göre denetim yetkisinin kaynağı, "kanunların anayasaya uygun olması mecburiyeti", "kanunların

<sup>164</sup> Van Der Haegen (n 160) 350-351.

<sup>165</sup> Del Frate (n 159) 305.

<sup>166</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) yorumları şu şekilde sıralanabilir: Kurtuluş Savaşı'na katılanların ödüllendirilmesini öngören 400 sayılı Kanun'a dayanarak Danıştay'a yapılan başvuru üzerine yaptığı yorum, askeri personelinin kendi kurumuna karşı dava açması neticesinde yaptığı yorum, yabancıların Türk vatandaşlığı haricindeki vatandaşlık meselelerinde yaptığı yorum ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 39.maddesinin tatbikinden kaynaklanan işlerde yaptığı yorum. Onar (n 18) 459-465; Giritli (n 15) 73-88.

<sup>167</sup> Kanunların hukukiliğinin incelenmesi yöntemi olan anayasallığın incelenmesinde öncelikli olarak, anayasa hükmünün kanun hükmüne nazaran sonraki tarihli olup olmadığına dikkat etmek gerekir. Şayet anayasa hükmü, kanun hükmünden daha sonra yürürlüğe girmişse, "sonraki kanun önceki kanun ilga eder" (*lex posterior derogat legi priori*) ilkesi gereğince anayasa hükmünün kanun hükmünü kendiliğinden ortadan kaldırdığının kabul edilmesi gerekecektir. Karabatak (n 158) 39-41.



anayasaya uygun olması gerektiğini düzenleyen 1924 Anayasası'nın 103. maddesi hükmü", "mahkemelerin bağımsız oluşu" ve "denetim yetkisini meneden bir hükmün olmayışı" şeklinde sınıflandırılabilir<sup>168</sup>. Buna karşın mahkemelerin anayasallık denetimi yetkisinin olmadığını iddia eden görüşler ise bu düşüncelerini, "TBMM'nin devletin bütün nüfuz ve kudretine sahip olması", "mahkemelerin TBMM'nin temsilcileri olmaları", "bu yetkinin açık bir hükümle verilmemesi", "tüzüklerin kanunlara aykırılıklarının TBMM'ce çözümleneceğini düzenleyen 1924 Anayasası'nın 52. maddesi hükmü"<sup>169</sup> ile "kanunun anayasaya aykırılığının tetkikinin, kanunun tefsirinden farklı nitelikte oluşu" sebeplerine dayandırmışlardır<sup>170</sup>.

Benzer şekilde Fransa'da Anayasa Konseyi kurulmadan önce, kanun hükmünün anayasaya aykırılığının defî yoluyla ileri sürülebileceği yönünde görüşler belirtilmiştir. Bu görüşte olanlarca idari yargı hâkiminin, idarenin işleminin dayanağı olan kanun hükmüyle anayasa arasında aykırılık bulunduğu tespit etmesi halinde, kanun hükmünü uygulamama yetkisine ve hatta görevine sahip olduğu ileri sürülmüştür<sup>171</sup>. Belirtilen bu görüşün aksi yönünde doğan yasama perdesi teorisinde ise anayasaya aykırı olan kanuna dayanan idarenin işlemini inceleyen idari yargı hakiminin, işlemi anayasaya aykırılık sebebiyle iptal edemeyeceği kabul edilmiştir<sup>172</sup>.

Bu dönemde kanunların anayasaya aykırılığı meselesiyle karşılaşan Türk ve Fransız mahkemeleri, genel itibarıyla kanunların anayasaya aykırı olduğunu tespit etme eğiliminden uzak bir tutum sergilemiştir. Bununla birlikte, 1950 yılında Akşehir Yargıci Refik Gür'ün verdiği bir kararda<sup>173</sup> ve Danıştay'ın birkaç kararında<sup>174</sup> görüleceği üzere defî yoluyla kanunun

<sup>168</sup> Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi: Yabancı Memleketlerde-Türkiyede* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1951) 262-275.

<sup>169</sup> 1924 Anayasası'nın bu hükmü dolayısıyla kanuna aykırı olarak kabul edilen tüzüklerin incelenmesi meselesine ilişkin olarak genel itibarıyla iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, kanuna aykırı olarak kabul edilen tüzüklerin bekletici mesele yapılarak aykırılık iddiasının TBMM'ce çözüme kavuşturulması yönündedir. Hatta Sarıca'ya göre idarenin düzenleyici işlemi niteliğinde olan tüzükler, "hükümet tasarrufu" olarak telakki edilmiş, ancak mahkemelerin kanaati bu yönde olmamıştır. Karşıt görüşte olanlar ise, adı geçen anayasal hüküm gereğince, mahkemelerin tüzüğü iptal etme yetkisinin olmadığını, buna karşın aykırılık iddiasının kabul görmesi halinde tüzüğü tatbikten imtina edebileceklerini kabul etmişlerdir. ibid 276-312; Ragıp Sarıca, *İdari Kaza: Cilt I: İdarî Davalar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1949) 22; Giritli (n 15) 137-140.

<sup>170</sup> Feyzioğlu (n 168) 265-275.

<sup>171</sup> Duguít (n 3) 147-150.

<sup>172</sup> Gözler (n 2) 1049-1050.

<sup>173</sup> Erdal Onar, 'Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler' iç Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (edr), *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2006) 14-16; Feyzioğlu (n 168) 256-258; Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi, 07.04.1951.

<sup>174</sup> Onar (n 173) 21-28; Feyzioğlu (n 168) 258-261; Danıştay 5D, E 52/2483 K 53/2259, 23.09.1953; Danıştay 5D, E 52/2879 K 53/2003, 07.07.1953; Danıştay 5D, E 53/1532 K 53/3545, 15.12.1953; Danıştay DDGK, E 49/368

tatbik etmekten imtina edilmesiyle yahut kanunun anayasaya uygun şekilde yorumlanmasıyla sınırlı şekilde bir denetim gerçekleştirilebilmiştir. Hatta Fransa'da 1959 yılında kurulan Anayasa Konseyinden, somut norm denetiminin kabul edildiği 2008 yılındaki anayasa değişikliğine kadar geçen sürede Fransız Danıştay, anayasaya aykırı olan kanun hükmünü tatbik etmekten vazgeçmemiştir<sup>175</sup>. Bununla birlikte Fransız Danıştay, somut norm denetimini gerçekleştirmeden önce, yalnızca uluslararası sözleşmelere aykırı kanun hükmünü ihmal etmek yoluyla bir denetim gerçekleştirmiştir<sup>176</sup>.

Bu bakımdan Türk ve Fransız hukukunda, idari yargı hakimlerince anayasaya uygun olmadığı gerekçesiyle kanun hükmünün ihmal edilmesi pek fazla gündeme gelmemiştir. Böylece Türk ve Fransız hukukunda anayasallık denetimi, Amerika'daki kanunların anayasaya uygunluk denetiminden farklı şekilde gelişim göstermiştir.

Türk ve Fransız hukukunda kanunların anayasaya aykırılığını tetkik eden anayasa yargısının kurulması<sup>177</sup> ve somut norm denetiminin kabul edilmesiyle<sup>178</sup> birlikte, anayasaya aykırılık iddiası anayasa yargısı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Ayrıca anayasa yargısının kurulmasından sonra kanunların ihmal edilmesi yönteminin uygulanmasına imkân olmasa da idari yargı hakimlerince anayasaya uygun yorum yöntemine başvurulabileceği düşünülmektedir<sup>179</sup>. Dolayısıyla Türk ve Fransız hukukunda anayasa yargısının kurulmasıyla,

K 50/ 22; Danıştay DDGK, E 40/320 K 50/128; Danıştay DDGK, E 39/363 K 39/295, 27.10.1939.

<sup>175</sup> Halil Altındağ, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 117-120. Buna karşılık Fransız Danıştay, Anayasa Konseyi kurulmadan önce, 1940 yılında, "Dam Lamotte" isimli davada verdiği kararda, idari işleme yargı bağımsızlığı kazandıran kanun hükmünü "hukukun genel esasları çerçevesinde" yorumlamış ve mezkûr kanuna dayalı idari işlemin iptaline karar vermiştir. Recep Başpınar, 'İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması' (1971) 3 Danıştay Dergisi 59, 80.

<sup>176</sup> K. Burak Öztürk, 'Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi' iç Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat ve Ali Erdem Doğanoglu (edr), *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan 2.Cilt* (Ankara Üniversitesi 2013) 1189, 1212; Altındağ (n 175) 163-169. Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556.

<sup>177</sup> Türkiye'de, 1961 Anayasası'nın 145 ve devamı maddeleri ile bu anayasanın geçici 7.maddesine uygun olarak, 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun'da Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişi öngörülmüştür. Fransa'da ise, 1958 Fransız Anayasası ile Anayasa Konseyinin kurulması kararlaştırılmıştır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun, Kanun Numarası: 44, Kabul Tarihi: 22.04.1962, RG 25.04.1962/11091; Muammer Oytan, 'Fransada Anayasa Konseyinin Kuruluşu, Görevleri ve İşleyişi Konusunda Bir İnceleme' (1980) 13(3) Amme İdaresi Dergisi 25, 25.

<sup>178</sup> Fransa'da 1958 Anayasası'nın 61-1.maddesi gereğince, Anayasa Konseyi'ne somut norm denetimi yoluyla gidilebilmesi için, anayasaya aykırılığın anayasada güvence altına alınan hak ve hürriyetlere ilişkin olması ve görülmekte olan davada taraflardan birinin talepte bulunması halinin kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Ebru Karaman, 'Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi' (2015) 1(2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, 74-77.

<sup>179</sup> Mahmut Ceylan, 'Danıştay Kararlarında Anayasaya Uygun Yorum Yöntemi' iç *5.İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Karar İncelemeleri" 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada / İstanbul* (Filiz Kitabevi 2019) 356-369. İdari yargı hakimince kanun hükmünün ihmal edilmesiyle, anayasaya aykırı kanun hükmüne dayalı işlemin iptal edilmesi,

idari yargı hakiminin yasama organının iradesine bağlı kalmadan karar verebilmesi olanaklı hale gelmektedir. Nitekim Türk ve Fransız hukukunda benimsenen anayasa yargı, millet egemenliğinin tabii sonucu olan “fren-denge mekanizmasının” unsurlarından biri olarak kabul edilerek yasama organının iradesini sınırlamaktadır<sup>180</sup>. Bu sebeple idari yargı hâkimi, idarenin işleminin dayanağı olan kanun hükmünü, “anayasal hükümler ve değerler” çerçevesinde yorumlayarak yasamanın üstünlüğü ilkesine sınır getirmiş olmaktadır.

## 2. Türk ve Fransız Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi: İdarenin İşlemlerinin Sebep ve Konu Yönünden Hukukiliğinin İncelenmesi

Türk ve Fransız hukukunda idari yargı hakiminin hukukilik denetimini gerçekleştirmeye yönelik olarak başvurduğu ölçü normlar, idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin sınırını belirlemede önem kazanmaktadır. Belirtilebilir ki Fransız hukukunda idari yargı hâkimi, evvelinde anayasal normları ve hukukun genel prensiplerini “ölçü norm” olarak kullanmaktayken günümüzde anayasal değerdeki metinleri, Anayasa Konseyi ve AİHS kararlarını da “doğrudan ölçü norm” olarak kullanmaktadır<sup>181</sup>. Türk hukukunda idari yargı hâkimi ise anayasa normları, diğer pozitif hukuk metinleri ve hukuka uygunluk prensibinin yanı sıra AYM ile AİHS kararlarını doğrudan veya destekli ölçü norm olarak somutlaştırmaktadır<sup>182</sup>. Dolayısıyla Türk ve Fransız hukukunda, “hukuka uygunluk bloku” genişleme eğilimi gösterdiğinden, idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin yoğunluk kazandığı söylenebilecektir<sup>183</sup>.

İdarenin işleminin sebep unsurunun yargı yoluyla denetiminde, idarenin işlemini tesis ederken gerekçe göstermesinin gerekli olup olmadığının ortaya konulması icap eder. İdarenin işleminin gerekçeli olması, idarenin işlemini dayandırdığı sebepleri kısmen de olsa yazılı bildirim yoluyla göstermesine karşılık gelmektedir<sup>184</sup>. Bu açıdan gerekçe gösterme, idarenin tesis ettiği işleminin sebebini açıklamasını ifade etmektedir. Fransız hukukunda, 11 Temmuz

---

diğerinde ise, işlemin anayasa ışığında yorumlanması suretiyle ayakta tutulabilmesi söz konusu olabilecektir.

<sup>180</sup> Zeki Erarslan, “Anayasa Mahkemesi” (*Atatürk Ansiklopedisi*, 15 Mayıs 2023) <<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/anayasa-mahkemesi/>> Erişim tarihi 25 Mayıs 2024.

<sup>181</sup> Erkut (n 61) 91-97.

<sup>182</sup> ibid 98-105; Nuri Alan, ‘Anayasanın İdari Yargıda Somutlaştırılması’ (1997) 92 *Danıştay Dergisi*, 92 4-7.

<sup>183</sup> Erkut (n 61) 105.

<sup>184</sup> Ayşe Almıla Tanrıverdi, ‘İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma’ 2023 3(2) *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 551, 565-567; Sinan Seçkin ve Gül Üstün, ‘İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi’ 2015 21(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 509, 524-525; Cihan Kanlıgöz, ‘İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim’ 1988 40(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 173, 179-181.

1979 tarihli ve 79- 587 sayılı (*Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979*) İdari İşlemlerin Gerekçesi ve İdare ile Halk Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesi Hakkında Kanunu'nun 1.maddesinde idarenin gerekçe göstermekle yükümlendirildiği haller sınırlı şekilde sayılmıştır<sup>185</sup>. Bu haller, idarenin bazı olumsuz bireysel işlemlerine inhisar edilmiştir<sup>186</sup>.

Türk hukukuna bakıldığında ise idarenin işlemlerinde gerekçe göstermesi gerektiği, genel bir kural yerine özel mevzuat hükümlerinde yer bulmuştur<sup>187</sup>. Bu noktada Danıştay, idareyi gerekçe gösterme yükümlülüğü altına sokan özel kanun hükmü olmadığı takdirde, idarenin gerekçe göstermesine gerek olmadığını belirtmiştir<sup>188</sup>. Üstelik bir kararında Danıştay, gerekçe yükümlüğünü belirten özel kanun hükmü mevcut olsa bile idarece gerekçe gösterilmemesinin işlemin iptaline sebebiyet vermeyeceğine hükmetmiştir<sup>189</sup>. Bununla birlikte, “doçentlik sözlü sınavından başarısız sayma kararında”<sup>190</sup>, “temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıması sebebiyle idari yaptırım kararlarında”<sup>191</sup> ve “disiplin cezasına neden olan fiilin somutlaştırılması gerektiği için disiplin cezalarında”<sup>192</sup> idarenin gerekçe göstermesi gerektiğini kararlaştırmıştır.

Tüm bu tartışmaların haricinde belirtilmesi gerekirse, gerekçesi belirtilmemiş idarenin işlemine karşı dava yoluna gidildiğinde, idari yargı hakimince idareyi işleminin sebebini açıklamakla yükümlü tutabilir. Bu yükümlülük, Türk hukukunda İYUK m.20'den<sup>193</sup>

<sup>185</sup> Cemil Kaya, ‘Fransız Hukukunda Vize Reddi, Gerekçe Yükümlülüğü ve Conseil D’etat Denetimi’ 2001 9(3-4) 110, 112; Tanrıverdi (n 184).

<sup>186</sup> Gözler (n 2) 956-957; Kaya (n 185) 112.

<sup>187</sup> Tanrıverdi (n 184) 570-571; Gözler (n 2) 953.

<sup>188</sup> Kanlıgöz (n 184) 182; Gözler (n 2) 954-955.

<sup>189</sup> Bahse konu karar, Basın Kartı Yönetmeliği'nin 34, 35 ve 49.maddeleri uyarınca gerekçeli olması gereken sarı basın kartı verilmesi talebinin “gerekçe gösterilmeden” reddedilmesi işlemine dayanmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak DİDDGK, idare tarafından tesis edilen işleme karşı idari dava açılması durumunda, İYUK m.20 uyarınca işlemin sebebini gösterilmesi gerektiğini belirterek gerekçeyi sebep kavramının içine dahil etmiştir. Dolayısıyla DİDDGK, idare tarafından işlemin sebebini gösterilmiş olması kaydıyla, gerekçe gösterme yükümlülüğüne uyulmamasının işlemin hukuka aykırı olmasını gerektirmeyeceğine karar vermiştir Danıştay İDDGK, E 1995/769 K 1997/525, 17.10.1997.

<sup>190</sup> Danıştay 8D, E 2004/1367 K 2004/3878, 19.10.2004.

<sup>191</sup> Danıştay İDDGK, E 2007/1800 K 2011/267, 21.04.2011.

<sup>192</sup> Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, ‘Disiplin Cezalarında Gerekçe İlkesi’, (2021) 153 Danıştay Dergisi 109, 129-136.

<sup>193</sup> “Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.” 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580.

kaynaklanmaktadır. Sözü edilen düzenleme gereğince idari yargı hâkimi, idarenin işleminin sebebinin somutlaştırmak yoluyla ispat yükünün tamamıyla davacının üzerinde kalmasına engel olmuş olur. Bilhassa bu durum, idarenin işleminin sebep unsurunu teşkil eden kanuni metnin belirgin düzeyde olmaması halinde önem arz etmektedir.

İdarenin işlem tesis ederken işlemin dayandığı kanun metnini belirtmemesi<sup>194</sup>, idareye kanun metninde verilen yetkinin “geniş”, “belirsiz” nitelikte olması ve idarenin yetkisinin kanunla düzenlenmemiş alana içkin olmasının, yasama yetkisinin devri yasağına ve idarenin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği savunulmaktadır<sup>195</sup>. Buna karşın takdir yetkisinde idare, harekete geçmek yönünden serbestiye yahut alternatif karar alabilme yetisine sahip olduğundan, idareye verilen bu yetkinin idarenin kanuniliği ilkesine aykırı olmadığı kabul edilmektedir<sup>196</sup>. İdareye takdir yetkisinin verildiğinden söz edilebilmesi için ise kanun metninde idarenin işleminin sebep veya konu unsurunda “düzenlenmemiş “veya “idareye serbestlik tanıyan” bir yan bulunması gerekmektedir<sup>197</sup>.

Bu doğrultuda, idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminde etkili enstrümanlardan biri, yargı organının, “sebeup unsurunu” karşılık gelen kanun metnine ilişkin yaptıkları yorumlardır<sup>198</sup>. İdarenin işleminin sebep unsurunun tetkikinde, idarenin işleminin dayanağı olan kanunda açık bir şekilde belirtilen sebep unsurlarına uyulması ve kanunda belirsiz ve genel kavramlarla söz edilen sebep unsurlarının içeriğinin somut olgularla ve makul bir şekilde idare tarafından doldurulması gerekli görülmektedir<sup>199</sup>. Bu konudaki aksi yöndeki görüş, belirsiz kavramın içeriğinin idari yargı hakimince anlamlandırılabilceği şeklindedir<sup>200</sup>. Bu husustaki görüşlerden bir diğerinde ise “objektif değer” taşıyan belirsiz kavramın içeriğinin idari yargı hakimince aydınlatılabilceği, buna karşılık, “lüzum görüldüğünde” ifadesindeki gibi idarenin uzmanlık anlayışına bırakılan belirsiz kavramların içeriğinin idare tarafından

<sup>194</sup> Bu yönde alınan Danıştay kararı için bkz. Danıştay 6D, E 2019/15827 K 2021/12130, 03.11.2021.

<sup>195</sup> Arat Özkaya (n 52) 84-92.

<sup>196</sup> Ramazan Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları* (Aktüel Yayınları 2014) 224.

<sup>197</sup> Ayaydın (n 28) 536-537.

<sup>198</sup> Yargı organının yorumu, hukukun genel prensiplerine, kamu yararının gereklerine, zamanın şartlarına ve somut olayın özelliklerine uygun nitelikte olmalı ve yorumun, hukuk düzeni gibi objektif yaklaşımlara riayet etmesine ve titizlikle alınmasına dikkat edilmelidir. Ali Cavit Zeybek, ‘Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değer ve Yeri’ (1988) 68-69 Danıştay Dergisi 46, 62-64.

<sup>199</sup> Dolayısıyla yargı organı belirsiz kavrama ilişkin kendi yorumunu, idarenin yorumuna ikame edemez. Buna karşın yargı organı, bu nedenin gerçekleşip gerçekleşmediğini tetkik etmelidir. Tan ve Bayazıt (n 9) 841-842 ve 868-869; Zabunoğlu (n 8) 351-353; Gözler (n 2) 1011-1012; Yıldırım (n 53) 409-410.

<sup>200</sup> Nuri Alan, ‘İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları’ (1983) 50-51 Danıştay Dergisi 22, 46; Başpınar (n 175) 70-72.

doldurulması gerektiği savunulmaktadır<sup>201</sup>.

Kanunda idarenin işlemlerinin temeli olan sebep unsurundan söz edilmemesi halinde, idarenin işlemi gerçekleştirirken dayandığı sebebi belirtmesinin gerekli olduğu ileri sürülmektedir<sup>202</sup>. Bu gereklilik, idarenin işleminin nedeninin “hukuka aykırı” olduğunun iddia edildiği hallere ilişkindir<sup>203</sup>. Bu görüşe göre idari yargı hâkiminin, işleminin “hukuka aykırı” olduğu iddia edilen ve sebep göstermeyen idareye sebep göstermesi için süre vermek yoluyla “ara karar” vermesi gerekmektedir<sup>204</sup>. Bununla birlikte idari yargı hâkimi, kanun hükmünü kendisi yorumlayarak idareye verilen yetkinin nedenini ve kamu yararına yönelik olarak kullanılıp kullanılmadığını saptayabilir<sup>205</sup>.

İdarenin işleminin sebebi kanunda belirsiz kavramlarla ifade edilmişse veya hiçbir şekilde belirtilmemişse, idarenin “değerlendirme marjının” olduğu kabul edilmektedir. Değerlendirme marjına sahip olan idarenin, belirsiz sebebi yorumlaması ve sebebe ilişkin yaptığı nitelendirme ise yargı denetimine tabi olacaktır. Bu nedenle, kanunda sebep gösterilmese bile idarenin, icra ettiği işlemin sebebi ve kendisini yetkilendiren kanun hükmüne ilişkin yorumu mutlak değil, “kamu yararı ve hizmet gerekleriyle” sınırlı olması lüzumlu görülmektedir<sup>206</sup>. İdarenin değerlendirme marjını sınırlandıran diğer faktör, hukukun genel prensipleridir. Hukukun genel prensipleri ışığında idari yargı hâkimi, idareyi yetkilendiren kanun hükmüne dair kendi yorumunu idarenin yorumuna ikame edebilecektir. Bu doğrultuda idari yargı hâkimi, çeşitli yöntemler yoluyla hukukun genel prensibine başvurarak idareyi işlem yapmaya sevk eden sebebin sınırlarını çizmektedir<sup>207</sup>. Bu husustaki bir başka görüş ise kanun hükmünü lafzını ve ruhunu yorumlayan idari yargı hâkiminin, kanunun ruhuna uygun düşmeyen sebep dolayısıyla işlemin iptaline karar verebileceği şeklindedir<sup>208</sup>.

<sup>201</sup> Balta (n 9) 136-137; Arat Özkaya (n 52) 115.

<sup>202</sup> Zabunoğlu (n 8) 353-354; Alan (n 200) 46.

<sup>203</sup> Tan ve Bayazıt (n 9) 842. Dolayısıyla idarenin işlemini gerçekleştirdiği anda işleminin dayanağı olan sebebini açıklaması zorunlu değildir. Bununla beraber, idarenin işlemini tesis ederken işleminin sebebini açıklaması, keyfiliğin önlenmesine imkân sağlamaktadır. Derdiman, (n 196) 219-220; Yıldırım, (n 53) 408.

<sup>204</sup> Zabunoğlu (n 8) 354; Alan (n 200) 46. Ayrıca, idarenin işleminde izlediği amacın belirlenmesinde yeterli kanıtların tespit edilmesinin kolay olmadığı göz önüne alındığında, yargı organı, idareden işlemi yapmaktaki nedeninin ne olduğunu açıklamasını isteyebilir. Bu gibi hallerde yargı organı, idarenin işleminin nedenini açıklayamaması ya da açıklamakta yetersiz kalması hallerinde, işlemin “amaca aykırılık” sebebiyle iptaline karar verebilir. Tan ve Bayazıt (n 9) 861.

<sup>205</sup> Alan (n 200) 46.

<sup>206</sup> Gözler (n 2) 1015-1017; Zabunoğlu (n 8) 372-373; Arat Özkaya (n 52) 106-114; Yıldırım (n 53) 408.

<sup>207</sup> Erkut (n 61) 25-40.

<sup>208</sup> Özay (n 11) 229.

Bu görüşlere benzer şekilde, idarenin dayandığı belirsiz içerik taşıyan sebeplerin idari yargı hakimince nitelendirilmesinin yapıldığı kararlara rastlamak mümkündür<sup>209</sup>. Ayrıca Danıştay, bilhassa “eşitlik” ve “özgürlük” mefhumlarını, Fransız Danıştay’ından farklı biçimde, hem anayasa ve pozitif norma dayandırarak hem de “hukukun genel prensibine” başvurarak uygulamaktadır<sup>210</sup>. Bunlar ışığında idari yargı hakiminin, idareye takdir yetkisi veren kanun hükmünü yorumlarken yaptığı yorumu idarenin yorumuna ikame edebileceği söylenebilecektir<sup>211</sup>.

Her şeyden öte idarenin, kendisinin ileri sürdüğü maddi vakıa niteliğindeki objektif sebebin gerçekleştiğini gösterir somut ve inandırıcı kanıtları ortaya koyması<sup>212</sup> ve gösterdiği sebebe ilişkin hukuki nitelendirmeyi doğru yapmış olması<sup>213</sup> gerekmektedir. Nitekim idari yargı hakiminin sebep incelemesinin idarenin ileri sürdüğü sebeplerle sınırlı olmayıp başka bir sebebe dayanarak işlemin iptaline karar verebileceği kabul edilmektedir<sup>214</sup>. Bununla birlikte idarenin yaptığı işlemine karşılık olarak gösterdiği sebeplerin geçersiz olması karşısında, idarenin işlemini ayakta tutabilmek için idari yargı hakiminin başka bir sebebe dayanabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konudaki görüşlerden biri, bağlı yetki hallerinde, yargı organının “sebeb ikamesi” yaparak kendisinin uygun gördüğü sebebi, idarenin ileri sürdüğü sebep yerine ikame ederek işlemi ayakta tutabileceği yönündedir<sup>215</sup>. İdari yargı hakimince başvuru bu yöntem, idarenin işleminin sebep yönünden hukuka aykırı olan işlemi hukuka uygun bir forma büründürmektedir<sup>216</sup>. Bu bakımdan sebep ikamesi, davanın hukuki sebebinin idari yargı hakimince belirleneceğini ifade eden yasal temel ikamesinden daha farklı bir mahiyettedir<sup>217</sup>.

AYM, adil yargılanma hakkının temin edilebilmesi için, idari yargı hakiminin dayanacağı

<sup>209</sup> Tan ve Bayazıt (n 9) 846-848. Örnek olarak Danıştay, yönetmelik düzenlemesinde geçen “gibi” ibaresinin, düzenlemede yer alan kadro-unvanlar dışında geniş yorumlanamayacağına hükmetmiştir. Danıştay 12D, E 2018/6697 K 2019/5439, 26.06.2019.

<sup>210</sup> Erkut (n 61) 68-80; Alan (n 182) 6-7. Bu konuda Danıştay, yargılanmanın yenilenmesi kanun yolunda geçen “tarafı” ibaresini “eşitlik” ve “hakkaniyet” kavramları çerçevesinde “olayın süjesi olmaları yönünden aralarında fark bulunmayan, aynı eylemi birlikte gerçekleştiren bireyler” şeklinde yorumlamıştır. Danıştay 5D, E 2017/11454 K 2019/5250, 07.10.2019.

<sup>211</sup> Başpınar (n 175) 69.

<sup>212</sup> Gözler (n 2) 1018-1030; Özay (n 11) 197-198; Gerçek (n 52) 42.

<sup>213</sup> Gözler (n 2) 1030- 1036; Başpınar (n 175) 72-73.

<sup>214</sup> Derdiman (n 196) 220.

<sup>215</sup> Alan (n 200) 47.

<sup>216</sup> Ramazan Çağlayan, ‘İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi’ (2016) 141 Danıştay Dergisi 9,15.

<sup>217</sup> ibid 14-15.

sebeup ikamesine karşı tarafların görüş ve itirazlarını ileri sürebilmesi için yeterli olanağın sağlanması gerekliliğine işaret etmiştir<sup>218</sup>. AYM kararları ışığında Danıştay, somut olayın özelliklerine göre<sup>219</sup>, tarafların bilgilendirilip tartışmasına sunulması<sup>220</sup> veya davacıya itirazlarını sunma imkanının tanınması<sup>221</sup> kaydıyla, işlemin tesisin gerektiren başka bir sebebin bulunup bulunmadığını araştırırken<sup>222</sup>, Fransız Danıştay, gerçekleşen sebebe bağlı olarak işlemin yapılmasının zorunlu olduğu “bağlı yetki” hallerinde ve takdir yetkisine ilişkin meselelerde bunu kabul etmektedir<sup>223</sup>. Ayrıca Fransız Danıştay’ın idarenin gerekçe göstermediği bazı işlemlerinde dahi sebep ikamesini uygulayarak işlemin hukuka uygun olduğunu kararlaştırdığı görülmektedir<sup>224</sup>.

İdarenin konu unsurunun denetimi, takdir yetkisinin denetimine karşılık gelmektedir. İdarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin sınırına ilişkin görüşlerden biri, idarenin takdir yetkisinin, “yerindelik” kavramına karşılık gelmesi sebebiyle, yargı yoluyla denetimin mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>225</sup>. Bu konudaki bir diğer görüş ise takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin, “objektif ölçülere dayanan değerlendirme sonucunda” takdir edilen işlemlerden oluştuğu yönündedir<sup>226</sup>.

Danıştay, “sınavlarda not verme veya”<sup>227</sup>, “tezlerin reddine dair jüri kararları, doçentlik veya tıpta uzmanlık sınavları”<sup>228</sup> gibi hususlarda<sup>229</sup> veya görsel ve işitsel içeriklerden

<sup>218</sup> “... İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirmek suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yahut ilk derece mahkemesince karar aşamasında sebep ikamesi yapılmış ise karara karşı taraflara etkili ve sonuç alabilecek kanun yollarına başvuru yapma imkânı verilerek yeni sebebe ilişkin yeterli itirazların sunulmasının sağlanması ve bu yeni sebebe karşı tarafların ileri sürdüğü uyuşmazlığın sonucuna etkili iddiaların temyiz merciince değerlendirilmesi durumunda çelişmeli yargılama ilkesinin gerekleri yerine getirilebilecektir...”AYM, B. No 2013/1989, 10.03.2016.

<sup>219</sup> Tan ve Bayazıt (n 9) 849; Gözler (n 2) 1042-1043.

<sup>220</sup> Danıştay 13D, E 2019/1893 K 2021/2033, 02.06.2021.

<sup>221</sup> Danıştay 13D, E 2018/3590 K 2020/1893, 09.07.2020.

<sup>222</sup> Danıştay 10D, E 1985/2229, K 1987/2181, 24.12.1987; Danıştay 5D, E 2014/4325 K 2015/10764, 22.12.2015.

<sup>223</sup> Gözler (n 2) 1041; Tan ve Bayazıt (n 9) 849; Çağlayan (n 216) 19-21.

<sup>224</sup> Gözler (n 2) 1013-1014. Eleştirisi için bkz. Zabunoğlu (n 8) 354.

<sup>225</sup> Gözler (n 2) 1070-1073.

<sup>226</sup> Balta (n 9) 137-138; Arat Özkaya (n 52) 110-111.

<sup>227</sup> Danıştay 8D, E 1992/3210 K 1992/2947, 18.11.1992; Danıştay 8D, E 1991/3859 K 1992/867, 05.05.1992; Danıştay 8D, E 1991/3359 K 1993/135, 12.01.1993; Danıştay 8D, E 1991/545 K 1992/318, 25.02.1992; Danıştay 2D, E 2018/4393 K 2019/3328, 27.05.2019. Bununla birlikte Danıştay, özel yetenek sınavında bilirkişi yoluna başvurulmasını olanaklı görmemektedir. Danıştay 8D, E 1994/7743 K 1996/3110, 13.11.1996.

<sup>228</sup> Danıştay 8D, E 2016/5371 K 2021/428, 28.01.2021; Danıştay 8D, E 2020/7616 K 2021/3311, 22.06.2021; Danıştay 8D, E 2015/12235 K 2019/5192, 28.05.2019.

<sup>229</sup> Gözler (n 2) 1073-1076; Tan ve Bayazıt (n 9) 872-874.



çocukların etkilenme seviyelerinin tespiti<sup>230</sup>, “sınav sorusunun iptali”<sup>231</sup> gibi teknik uzmanlık gerektiren işlerde bilirkişi incelemesi yoluyla kendi yorumunu idarenin yorumuna ikame etmektedir. Bununla beraber Danıştay, “memur atama işleri”, “naklen atama işleri”, “görevine son verilenlerin görevine iade edilme taleplerinin reddi işleri” gibi hususlara ilişkin verdiği kimi kararlarda ise, idarenin takdirinde kalan işlemin tesis edilmesine yargı kararıyla zorlanamayacağını belirtmek yoluyla, idarenin takdir yetkisine ilişkin değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır<sup>232</sup>. Daha ayrıntılı bir şekilde ifade edilmesi gerekirse Danıştay, boş kadroya atama yapılıp yapılmamasında<sup>233</sup>, görevden alınan kişinin yeni görev yerinin saptanmasında<sup>234</sup>, eşdeğer bir göreve naklen atama yapılmasında<sup>235</sup>, eski göreve ya da denk bir göreve atama yapılıp yapılmamasında<sup>236</sup>, gerekli nitelikleri taşıyan kişiler arasından en uygun kişinin atanmasında<sup>237</sup> ve birden çok atama yeri arasından atama yapılmasında<sup>238</sup> idarenin takdir yetkisinin olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte Danıştay, görevin gerektirdiği nitelikleri taşıyan kişinin görevden alınması veya naklen atanmasında idarenin haklı bir sebep göstermesi gerektiğine<sup>239</sup> ve atama yapmaya karar veren idarenin başvuruçular arasından puan sıralamasını, kıdem ve liyakati esas alarak karar vermesi gerektiğine<sup>240</sup> hükmederek, idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğunu vurgulamıştır.

Fransız Danıştayı ise İmparator Napolyon (Napoleon) döneminde idarenin takdir yetkisinin hukuki denetimini yapmaktan imtina ederken sonraki yıllarda yargı yoluyla denetim genişlemiş, “yüksek polis tedbirleri” gibi teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda sınırlı denetim gerçekleştirerek idareye geniş takdir yetkisi vermiş, diğer konularda ise maddi vakıya

<sup>230</sup> Danıştay 13D, E 2016/1802 K 2021/250, 21.01.2021.

<sup>231</sup> Danıştay 8D, E 2014/5244 K 2015/11945, 11.12.2015; Danıştay 5D, E 2015/546 K 2016/826, 18.02.2016; Danıştay 8D, E 2015/4683 K 2015/6126, 17.06.2015. Danıştay’ın bilirkişi incelemesine başvurmadığı ya da bilirkişi incelemesini yerinde görmediği, aksi yöndeki kararları için bkz. Danıştay 5D, E 2003/4102 K 2006/1831, 05.04.2006; Danıştay 5D, E 2020/5257 K 2020/3958, 28.09.2020; Danıştay 5D, E 2020/4528 K 2020/3525, 07.09.2020; Danıştay 5D, E 2021/3846 K 2021/2536, 15.09.2021. Danıştay’ın idarenin takdirinde bıraktığı kararı için bkz. Danıştay 12D, E 2016/9196 K 2016/4879, 07.11.2016.

<sup>232</sup> Gözler (n 2) 1076- 1083.

<sup>233</sup> Danıştay 5D, E 2004/5066 K 2006/751, 27.02.2006; Danıştay 5D, E 1996/502 K 1997/2127, 15.10.1997; Danıştay 5D, E 2013/4032 K 2015/7917, 15.10.2015; Danıştay İDDGK, E 1998/283 K 1999/1218 10.12.1999.

<sup>234</sup> Danıştay İDDGK, E 1992/564 K 1993/45, 26.02.1993.

<sup>235</sup> Danıştay 5D, E 1998/4808 K 1999/421, 22.02.1999.

<sup>236</sup> Danıştay 5D, E 1998/1619 K 1999/1756, 26.05.1999; Danıştay 5D, E 2001/3394 K 2003/814 13.03.2003.

<sup>237</sup> Danıştay İDDGK, E 2005/2221 K 2008/1856, 06.11.2008; Danıştay 5D, E 2007/2093 K 2009/502, 10.02.2009.

<sup>238</sup> Danıştay 5D, E 1993/4248 K 1993/3874, 20.10.1993.

<sup>239</sup> Danıştay 2D, E 2009/3951 K 2012/6310, 18.10.2012; Danıştay 2D, E 2016/7961 K 2019/207, 16.01.2019; Danıştay 5D, E 2008/6724 K 2010/3642, 26.05.2010; Danıştay 2D, E 2007/1275 K 2007/4535, 23.11.2007.

<sup>240</sup> Danıştay 2D, E 2013/1250 K 2013/12266, 26.12.2013; Danıştay 12D, E 2008/6128 K 2011/3854, 11.07.2011.

dair kendi takdirini idarenin takdirine ikame etmiştir<sup>241</sup>.

İdareye üst hukuk normlarıyla takdir yetkisi verilmiş olabilir. “Düzenli idare ilkesi”<sup>242</sup> veya “hukuka saygılı idare ilkesi”<sup>243</sup> gereğince, idare, kendi takdirine bırakılan hususlarda ve bilhassa belirsiz sebep içeren kavramların somutlaştırılması maksadıyla düzenleyici işlem yapabilmektedir. Bu türden düzenleyici işlem tesis etme hususundaki takdir yetkisinin sınırı ise, “bireysel ve değişken durum ve ihtiyaçların karşılanmasını güçleştirmeyecek ölçü” veya “eşitlik ilkesine uygunluk” içinde bulunmasıdır<sup>244</sup>.

Ayrıca takdir yetkisinin denetimi meselesinde, idareyi düzenleyici işlem yapmaya zorlamanın imkân dahilinde olup olmadığı da değerlendirilebilir. Fransız Danıştay, idarenin düzenleme yapması gereken alanlarda düzenleme yapmaktan kaçınması halinde, ilgililerin idare aleyhine iptal davası yoluna giderek idareyi düzenleme yapmaya zorlamasını mümkün olarak kabul etmektedir<sup>245</sup>. Danıştay’ın yaklaşımı da benzer şekildedir. Danıştay, düzenlemenin tamamı dava konusu edilmeksizin ve uygulama işlemine ihtiyaç olup olmaksızın eksik düzenlemeye karşı doğrudan iptal davası açılabileceğini kabul etmektedir<sup>246</sup>.

İdarenin işleminin konu bakımından tetkikinde ise idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimine dair iki ölçüt bulunmaktadır. Fransız Danıştay’ın içtihatlarıyla oluşan ve Türk hukukunda da benimsenen “açık takdir hatası” ve “bilanço teorisi”, idarenin işlemlerinin konu unsuru bakımından tetkik edildiği iki örneği oluşturmaktadır. İchtihatlar sonucu oluşmuş bu iki ilke, idarenin takdir yetkisinin hukukilik denetiminin içeriğinin sınırlarını çizmektedir.

Türk ve Fransız hukukunda yargı içtihatlarıyla kabul edilen idarenin takdir yetkisinin minimum denetimi, takdir yetkisine ilişkin açık hatadan kaynaklanmaktadır. İdarenin işlemini tesis ederken sahip olduğu takdir etme yetkisini kullanırken yaptığı hata, “ağır” ve “apaçık” boyutta veya “açıkça ölçsüz” olduğu takdirde, açık takdir hatasından söz edilir<sup>247</sup>. Bu bağlamda açık takdir hatası, konunun uzmanı olmayan birinin dahi anlayabileceği nitelik taşıyan takdir hatalarını ifade eder. İşte bu açık takdir hatası, idarenin işleminin takdir yetkisinin

<sup>241</sup> Oliver Dutheillet de Lamothe, ‘Fransız Danıştayı’ (Hasan Bahri Gültekin çev.) (1983) 50-51 Danıştay Dergisi 3, 4; Tan ve Bayazıt (n 9) 874-875; Gözler (n 2) 1055-1056; Başpınar (n 175) 83.

<sup>242</sup> Balta (n 9) 133.

<sup>243</sup> Tan ve Bayazıt (n 9) 871.

<sup>244</sup> ibid 871-872; Balta (n 9) 136.

<sup>245</sup> Tan ve Bayazıt (n 9) 883-884.

<sup>246</sup> Özge Didem Boulanger, ‘Eksik Düzenlemeler Aleyhine İptal Davası Açma Yöntemi Üzerine Bir İnceleme’ (2021) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 55, 78-82.

<sup>247</sup> Gözler (n 2) 1084; Erkut (n 61) 121.

“minimum denetimini” veya “daraltılmış denetimini” oluşturmaktadır<sup>248</sup>. Yine de minimum denetim, teknik konulara ilişkin meseleleri içermesi sebebiyle yargı denetimi dışında bırakılan hallerin, idari yargı hakimince denetlenebilmesine olanak sağlamaktadır<sup>249</sup>.

Danıştay genel itibarıyla, “çevre hukuku, imar ve şehircilik”, “kamu ihaleleri” ve “temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucu doğuran kolluk tedbirleri” işlemleri haricindeki işlemlerde minimum denetim gerçekleştirmektedir<sup>250</sup>. Bilhassa Danıştay, teknik ve ekonomik koşullar değerlendirilerek alınan kararlarda<sup>251</sup>, kamu görevlilerin atanma, görevden alınmasına ilişkin işlerde<sup>252</sup> ve özelleştirmeye ilişkin işlerde<sup>253</sup> minimum denetim gerçekleştirmektedir<sup>254</sup>. Bu noktada Danıştay, idare tarafından ileri sürülen sebebin kanuna uygun, geçerli ve makul olup olmadığını tespit etmekle sınırlı bir şekilde denetim gerçekleştirmektedir.

Benzer şekilde Fransız Danıştay’ı da “çevre hukukuna ilişkin konular” ile “temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını içeren kolluk tedbirleri” haricindeki işlemlerde minimum denetimi uygulamaktadır<sup>255</sup>. Ayrıca Fransız Danıştay’ı, disiplin cezalarında ve idarenin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesinin söz konusu olduğu işlerde ise, bu teoriyi benimsemektedir<sup>256</sup>. Buna karşılık sınav jürilerinin değerlendirmeler, spor karşılaşmalarında hakem kararları gibi işlerde minimum denetimi dahi uygulamayarak idarenin takdir yetkisine maksimum oranda saygı göstermektedir<sup>257</sup>.

Bağlı yetki hallerinde, kanunda öngörülen sebebin mevcudiyeti karşısında idarece belli bir işlemin tesis edilmesinin zorunluluk teşkil etmesinden ötürü sebep ile konu arasında öngörülen nedensellik bağının ötesinde bir ölçülülük değerlendirmesinin yapılması söz konusu olmaz. Bununla birlikte idarece yapılması gerekli olan işlemin içeriğinde disiplin cezasının alt

<sup>248</sup> Gözler (n 2) 1084; Derdiman (n 196) 226.

<sup>249</sup> Başpınar (n 175) 76-78.

<sup>250</sup> Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (4.Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021) 408.

<sup>251</sup> Danıştay İDDGK, E 1982/158 K 1982/29, 12.03.1982; Danıştay 7D, E 2020/3025 K 2023/4956, 21.12.2023.

<sup>252</sup> Danıştay 8D, E 2016/9557 K 2020/4994, 10.11.2020; Danıştay 5D, E 2003/4864 K 2005/402, 31.01.2005; Danıştay 2D, E 2018/3113 K 2020/2392, 15.09.2020; Danıştay 2D, E 2019/2101 K 2019/4710, 08.10.2019.

<sup>253</sup> Danıştay 13D, E 2007/11836 K 2009/10667, 08.12.2009; Danıştay 1D, E 2004/444 K 2004/409, 26.11.2004; Danıştay 13D, E 2007/15673 K 2008/6897, 22.10.2008. Ancak Danıştay’ın özelleştirme işlemlerinde üstün kamu yararını kullanarak maksimum denetimi gerçekleştirdiği kimi kararları da bulunmaktadır. Danıştay İDDGK, E 2007/939, 27.12.2007; Danıştay İDDK, E 2008/770 K 2008/2337, 25.12.2008.

<sup>254</sup> Özay (n 11) 223-229; Ulusoy (n 250) 407-408.

<sup>255</sup> Ulusoy (n 250) 407.

<sup>256</sup> Erkut (n 61) 122.

<sup>257</sup> “Açık takdir hatası” kuramını eleştiren ve Fransız Danıştay’ının bu içtihadıyla aynı yöndeki görüş için, bkz. Gözler (n 2) 1086-1087.

ve üst sınırında olduğu gibi idarenin takdirine ve anlayışına bırakılan bir yan mevcutsa, idarenin sebeple ölçülü olan bir işlem tesis etmesinin gerekli olduğu savunulmaktadır<sup>258</sup>. Bu bakımdan sebep ile konunun hukuki nitelendirilmesinin doğru bir şekilde yapılması, nedensellik ve ölçülülük ilişkisinin tespiti noktasında önemli bir mahiyet arz etmektedir.

İdarenin belli bir işlemi tesis etmesinin zorunluğu olduğu bağlı yetki hallerinde, idarenin işleminin sebep unsuru ile konu unsuru arasında bir nedenselliğin incelenmesinin yapılması gerekmektedir. Buna karşın takdir yetkisi kapsamında kalan hallerde bu iki unsur arasındaki nedenselliğin tetkikinin gerekli olup olmadığı hususu Türk ve Fransız öğretisinde tartışma konusudur. Bu konuda Zabunoğlu ve Gözler, bağlı yetkiden farklı olarak takdir yetkisinde, sebebe bağlı olarak konu seçme serbestisine sahip idarenin, nedensellik ilkesine uygun bir şekilde işlem tesis etmesinin ilkesel olarak zorunlu olmadığı yönünde görüş belirtmişlerdir. Bu görüşün sonucu olarak idari yargı mercilerince sebep ile konu arasındaki nedensellik ilişkisinin mevcudiyetinin araştırılmayacaktır<sup>259</sup>.

Türk ve Fransız yargı içtihatlarında kabul edilen “bilanço teorisi” ise idarenin işleminin dayanağı olan sebep unsuru ile idarenin işlemini icra ettiği şey olan “konu unsuru” arasında nedenselliğin ötesinde bir ölçülülük ilişkisinin bulunmasının, işlemin hukuka uygunluğunun zaruri unsurlarından biri olduğunu belirtmektedir. İdarenin işleminin konu bakımından tetkikinde sebep ile konu arasındaki bağlantıyı işaret eden “ölçülülük ilkesi”, idarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetiminin sınırını belirlemede önem taşımaktadır. Dolayısıyla bu teori, sebep ile konu arasında hem nedenselliğin hem de ölçülülüğün idari yargı hakimince incelenmesini gerektirir<sup>260</sup>.

Bilanço teorisine göre idari yargı hâkimi, idarenin takdir yetkisinden kaynaklanarak tesis ettiği işlemin yararı ile zararını ayrı ayrı ele alıp birbirleriyle mukayese ederek işlemin hukukilik denetimini nihayete erdirir<sup>261</sup>. Bir başka deyişle bu teoride, takdir yetkisine sahip olan idarenin tercihinin, yarar-zarar kıyası gözetilmesi sonucunda “mümkün ve yararlı” olması gerekmektedir<sup>262</sup>. Bununla beraber ölçülülük ilkesi, işlemin “gerekliliği” veya “etkililiği” ile değil, “akılcılığı” ile ilişkilendirilmektedir<sup>263</sup>.

<sup>258</sup> Zabunoğlu (n 8) 364-365.

<sup>259</sup> ibid 364-365; Gözler (n 2) 1056. Aksi yöndeki görüş için bkz. Derdiman (n 196) 221.

<sup>260</sup> Bu teorisinin eleştirisi için bkz. Gözler (n 2) 1090-1093.

<sup>261</sup> ibid 1088; Erkut (n 61) 114.

<sup>262</sup> Erkut (n 61)119.

<sup>263</sup> ibid 118-119.

Fransız Danıştay'ın bilanço teorisini tatbik ettiği içtihatlarına bakıldığında, içtihatlarda bu teorinin iki farklı görünümünün benimsendiği söylenebilir<sup>264</sup>. Teorinin içtihatlardaki birinci görünüm şekli, “normal denetim” olarak ifade edilen, idarece ortaya sürülen iddialar çerçevesinde, idarenin yarar-zarar dengesini gözeterek hareket ettiğini ortaya koyup koyamadığının tespitiyle sınırlı olarak yapılmaktadır. Bu teorinin ikinci görünümü olan denetim ise, “yoğun denetim” adı verilen, idarenin işleminde tam manasıyla yarar-zarar dengesi içinde olup olmadığının tetkikine karşılık gelmektedir<sup>265</sup>. Bu doğrultuda normal denetimde idari yargı hâkimi, idarenin ileri sürdüğü sebeplerin geçerli olup olmadığını ve bu sebeplerin işlemin tesis edilmesi için elverişli veya yeterli nitelikte olup olmadığını inceleyecektir. Yine de bu denetimde idarenin işlemlerinin dayanağı olan sebeplerin tetkikinde idari yargı hâkimi, idarenin “açık muhakeme hatasına” düşüp düşmediğiyle sınırlı bir denetim gerçekleştirecektir<sup>266</sup>. Buna karşılık yoğun denetimde idari yargı hâkimi, idarenin işlemlerinin sebeplerinin yarar ve zararlarını ayrı ayrı değerlendirip birbirleriyle mukayesesi neticesinde sonuca varacaktır. Her şeyin dışında, bilanço teorisinin gerek normal denetimi gerekse de yoğun denetiminde, idari yargı hakiminin idarenin işlemine dair kendi yorumunu idarenin yorumuna ikame etme olanağının olduğu söylenebilecektir.

Fransız Danıştay “temel hak ve hürriyetleri kısıtlayan kolluk işlerinde”, idarenin işlemi ile amacı arasında, yani “tedbirin ağırlığı” ile “kamu düzeni tehdidinin ağırlığı” arasında ölçülülük bağı arayarak bilanço teorisinin ilk şeklini uygulamaktadır<sup>267</sup>. Benzer şekilde emniyet, asayişli ilgilendiren işler ile disiplin cezası verilmesi gibi işlerde de bilanço teorisinin normal şekli benimsenmektedir<sup>268</sup>. Fransız Danıştay ölçülülük ilkesinden oluşan bilanço teorisinin yoğun denetimini, bilhassa kamu yararının söz konusu olduğu “kamulaştırma işlerinde” ve “imar hukukuna ilişkin işlerde” benimsemektedir<sup>269</sup>.

Türk hukukunda anayasal norm değerinde olan ölçülülük ilkesine atfedilen değer, Fransız hukuku öğretisinden daha farklıdır. Bunun nedeni, Türk hukukunda, Fransız hukukundan farklı olarak, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının ölçüsünün, anayasal düzenlenmede yer

<sup>264</sup> Aksi yöndeki görüş için bkz. Ali Hamza Şahin, *Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı* (Seçkin Yayıncılık 2022) 463-467.

<sup>265</sup> Erkut (n 67) 120-121.

<sup>266</sup> ibid 122.

<sup>267</sup> Gözler (n 2) 1088-1089; Gözler (n 45) 592-594; Erkut (n 61) 120 ve 126-127.

<sup>268</sup> Başpınar (n 175) 73-76.

<sup>269</sup> Erkut (n 61) 123-127.

bulmasıdır<sup>270</sup>. Bu anayasal düzenleme, “ölçülülük ilkesini” tatbik edecek olan Danıştay’ın bağlı olacağı “ölçü normu” oluşturmaktadır.

Türk hukuku öğretisinde ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” ilkelerinin her birinin eksiksiz biçimde mevcudiyetiyle açıklanmaktadır. Bu ilkeler esas alındığında, idarenin işlemi ile amacının bir ölçü içinde olmasının yanında, idarenin işleminin amacı gerçekleştirilmede elverişliliği ve zorunluluğunun olduğu kabul edilmektedir<sup>271</sup>. Aynı zamanda Türk hukukundaki ölçülülük ilkesinin, bilanço teorisinin kaynağını aldığı Fransız hukuku öğretisindeki ölçülülük ilkesinden daha yoğun bir içeriğe sahip olduğu düşünülmektedir<sup>272</sup>.

Bununla birlikte ölçülülük ilkesi, AYM’nin kararlarında, işlemin amacı gerçekleştirilmede yeterli düzeyde olması anlamını karşılayan “zorunlu olduğu ölçüde”, “makul kabul edilebilir ölçü” gibi kavramlarla<sup>273</sup>, Danıştay kararlarında ise Fransız Danıştay’ının “normal denetim” içtihadına koşut bir yaklaşım olarak ifade edildiğinden, bu ilke nazarında Türk ve Fransız Danıştay içtihatları arasında önemli bir fark bulunmamaktadır<sup>274</sup>. Nitekim Danıştay, normal denetimi gerçekleştirdiği, “kolluk işleri”<sup>275</sup>, “disiplin cezası verilmesi”<sup>276</sup>, “mülkiyet hakkına müdahale edilmesi”<sup>277</sup>, “idari müeyyide verilmesi”<sup>278</sup>, “uzlaştırmacının uzlaştırma sicilinden çıkarılması”<sup>279</sup> gibi işlerde idarenin işleminin “objektif bir değerlendirmeye dayanıp

<sup>270</sup> Gerek 1958 Fransa Anayasası’nda gerekse Fransa hukukunda anayasal değerde sayılan 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı ölçütlerinden olan ölçülülük ilkesine yer verilmemiştir. Buna karşılık Türk anayasa tarihinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını ölçütünün getirildiği ilk anayasa 1961 Anayasası olsa da “ölçülülük ilkesi” ilk kez 1982 Anayasası’nda 2001 tarihli anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Mehmet Solak, ‘Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması ve Olağanüstü Yönetim Usulü’ iç *Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları* (Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmeti Başkanlığı Yayınları 202) 152; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (19.Baskı, Ekin Yayınevi 2015) 124-125; Adil Şahin, *Devlet İktidarının Sınırlandırılması Bağlamında ‘Türkiye Toplumunun Anayasal İnsan Hakları (1808-2011)’* (Yetkin Yayınları 2012) 336.

<sup>271</sup> Gözler (n 45) 588-590.

<sup>272</sup> ibid 592-593.

<sup>273</sup> Erkut (n 61) 128-129.

<sup>274</sup> Danıştay İDDK, E 2016/1998 K 2019/444, 06.02.2019.

<sup>275</sup> Danıştay 10D, E 84/2319 K 85/1643, 16.10.1985; Danıştay 10D, E 2018/537 K 2022/4834, 31.10.2022.

<sup>276</sup> Danıştay 2D, E 2021/10064 K 2022/5712, 09.11.2022; Danıştay 8D, E 2013/7911 K 2015/1426, 03.03.2015. Ayrıca Danıştay, disiplin cezalarına ilişkin davaları karara bağlarken alt cezanın uygulanabilir nitelikte olup olmadığını tartışmaktadır. Danıştay 5D, E 2016/23778 K 2020/652, 11.02.2020.

<sup>277</sup> DİDDGK, E 2010/342 K 2013/4255, 25.11.2013; Danıştay 6D, E 2015/1565 K 2016/1022, 8.3.2016; Danıştay 6D, E 2020/7042 K 2021/12890, 23.11.2021; Danıştay 6D, E 2020/4026 K 2021/7530, 01.06.2021.

<sup>278</sup> Danıştay 2D, E 2018/430 K 2020/3250, 05.11.2020.

<sup>279</sup> Danıştay 10D, E 2021/4431 K 2021/5756, 23.11.2021.

dayanmadığını” tetkik ederek, “adil veya makul bir dengenin kurulup kurulmadığını” yahut “makul, kabul edilebilir bir oranının bulunup bulunmadığını” tespit etmektedir<sup>280</sup>. Bu hususa ilişkin olarak Danıştay, mülkiyet hakkına müdahaleyi konu alan davalarda, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmaktadır<sup>281</sup>. Bu noktada Danıştay, alt disiplin cezanın uygulanabilir nitelikte olup olmadığını tartışmakta<sup>282</sup>, lehe olan kanunun uygulanacağını<sup>283</sup> ve şüphe doğrultusunda disiplin cezası verilemeyeceğini<sup>284</sup> belirtmektedir. Ayrıca Danıştay, basın ve ifade özgürlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen idari müeyyidenin, “demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü” olması gerektiğine hükmederek, basın ve ifade özgürlüğü ile idari müeyyide arasındaki adil bir dengenin varlığını ortaya koymaktadır<sup>285</sup>. Bu bakımdan idarenin işleminin hukukiliği için, işlemin sebebi ile konusu arasında adil dengenin gözetilmiş olması gerekecektir. Yine de Danıştay, işlemin sebebini oluşturan kanun hükmünün AYM tarafından iptal edilmesi neticesinde, adil dengenin kurulamadığına karar vermek yerine, yasama organınca yapılacak yeni düzenlemeye göre değerlendirme yapılması gerektiği kanaatinde<sup>286</sup>.

Tüm bunların dışında Danıştay, kimi kararlarında “üstün kamu yararı” kavramını kullanarak yoğun denetim gerçekleştirmektedir<sup>287</sup>. Bu kararlara örnek vermek gerekirse Danıştay, imar planlarında sağlık hizmetine ilişkin yapılacak tasarruflar doğrultusunda değişiklik yapılmasını şehircilik ve planlama ilkelerine aykırı görmemiş<sup>288</sup>, yeşil alanın ilköğretim tesis alanı olarak değiştirilmesinde üstün kamu yararının tespiti için inceleme yapılmasına karar vermiş<sup>289</sup>, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesisi ile maden işletmeciliği arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının maden ocağı lehine olacağına hükmetmiş<sup>290</sup> ve “kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk” olduğu takdirde, çevre hakkının üstün kamu yararı olduğu yönündeki içtihadından ayrılmıştır<sup>291</sup>.

<sup>280</sup> Gözler (n 2) 1090; Erkut (n 61) 130-133.

<sup>281</sup> Danıştay İDDGK, E 2010/342 K 2013/4255, 25.11.2013; Danıştay 6D, E 2015/1565 K 2016/1022, 08.03.2016.

<sup>282</sup> Danıştay 5D, E 2016/23778 K 2020/652, 11.02.2020.

<sup>283</sup> Danıştay 2D, E 2021/8096, K 2022/1597, 05.04.2022.

<sup>284</sup> Danıştay 5D, E 2016/18282 K 2019/6102, 20.11.2019.

<sup>285</sup> Danıştay 13D, E 2021/4808 K 2021/5381, 28.12.2021; Danıştay 13D, E 2020/613 K 2021/229, 21.01.2021.

<sup>286</sup> Danıştay İDDK, E 2019/2980 K 2020/1350, 06.07.2020.

<sup>287</sup> Gözler (n 2) 1089 ve 1112-1115; Şahin (n 264) 139-308.

<sup>288</sup> Danıştay 6D, E 2010/6492 K 2014/361, 24.01.2014.

<sup>289</sup> Danıştay 6D, E 2018/3250 K 2022/1492, 14.02.2022.

<sup>290</sup> Danıştay 8D, E 2019/7046 K 2023/4489, 10.10.2023.

<sup>291</sup> Danıştay 10D, E 2019/339 K 2023/6927, 15.11.2023.

## SONUÇ

İdari fonksiyon kapsamında olan işlemlerin tespiti noktasında maddi ve şekli kriter olmak üzere ileri sürülen iki kriterin kümülatif biçimde değerlendirilmesi neticesinde yürütme fonksiyonunun kapsamı, idarenin işlemleri ile yasama ve yürütme organının idari nitelikteki işlemlerinden oluşacaktır. Öğretide yürütme fonksiyonu, kendi içinde hükümet fonksiyonu ve idari fonksiyon şeklinde ikiye ayrılmakla birlikte, hükümet fonksiyonunun idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi ihtimalinde idari fonksiyon, yürütme fonksiyonu ile aynı anlamı karşılayacaktır.

İdarenin takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimine ilişkin olarak, yasamanın üstünlüğü ilkesinin doğrudan etkili olduğu İngiliz hukukunda 1947 tarihli Wednesbury kararının verilmesi ile İnsan Hakları Yasası'nın yürürlüğe girişiyle AİHS hükümlerinin doğrudan uygulama alanı bulması; idari yorumun etkili olduğu Amerikan hukukunda ise Chevron doktrininden vazgeçilmesi, “önemli sonuçlar doktrininin” kabul edilmesi ve “keyfilik standardının” dönüşüm geçirmesi, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu açıdan İngiliz ve Amerikan hukukunda, idarenin takdir yetkisinin tetkiki meselelerinde yargı organının otonom yorumlama yetkisine sahip olduğu örneklerle günbegün daha fazla rastlanıldığına şahit olunmaktadır.

Türk ve Fransız hukukunda, anayasa yargısının kurulmasına kadar geçen süre içinde, idari yargı hâkimi gerek yasama yorumu yönteminin uygulanmasıyla gerekse defi yoluyla anayasallık denetimini gerçekleştirememesiyle, yasamanın üstünlüğü ilkesinin tesiri altında kalmıştır. Fransa'da somut norm denetiminin daha geç bir dönemde kabul edilmesinin etkileri olsa da Türk ve Fransız hukukunda anayasal merciin kurulmasından sonra, idari yargı hâkiminin, yasama organının iradesine olan bağılılığı sınırlanmıştır.

İncelenen İngiliz, Amerikan, Türk ve Fransız hukuklarındaki idarenin takdir yetkisinin yargı yolu ile denetiminde, yargı organının gerçekleştirdiği minimum denetim yönünden birbirleriyle benzer yanlarının bulunduğunu ifade etmek mümkün olacaktır. Öyle ki İngiliz hukukunda 1947 tarihli Wednesbury kararındaki makullük ilkesi ile Amerikan hukukundaki keyfilik standardının, Türk ve Fransız hukukunda benimsenen açık takdir hatası ile aynı anlamı karşıladığı söylenebilir.

Bununla beraber sözü edilen hukuk alanlarında yargı hakiminin gerçekleştirdiği maksimum denetim, birbirlerinden farklılık arz etmektedir. AİHS hükümlerinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirildiği İngiliz hukukunda, idarenin ileri sürdüğü sebeplerle idarenin



amacı arasında ölçülü bir ilişkinin bulunması gerektiği yönündeki görüş, Türk ve Fransız hukukunda bilanço teorisinin normal biçimini ifade etmektedir. Buna karşın idarelerin uzmanlaşmanın sonucu olarak Amerikan idare hukukundaki maksimum denetimi ifade eden “önemli delil standardında”, tesis ettiği işlemi gerekçelendirmekle yükümlü tutulan idarenin ölçülü biçimde hareket etmesinde gereklilik bulunmamaktadır. Ayrıca Türk ve Fransız hukukunda öngörülen, idarenin işleminin sebebi ile konusu arasında ölçülülük ilişkisini arayan bilanço teorisinin yoğun biçimine de İngiliz ve Amerikan hukukunda rastlanılmamaktadır. Sonuç olarak görüleceği üzere, sözü edilen karşılaştırmalı hukukların, idarenin takdir yetkisinin minimum denetimi alanıyla sınırlı şekilde birbirleriyle benzeştikleri kabul edilebilecektir.

### KAYNAKÇA

'5 U.S. Code § 706- Scope of Review' (LII / Legal Information Institute)  
<<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/706>> accessed 20 May 2024.

Ağaoğulları MA, *Sokrates'ten Jakobene Batı'da Siyasi Düşünceler* (6.Baskı, İletişim Yayınları 2015)

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi 2019).

Alan N, 'Anayasanın İdari Yargıda Somutlaştırılması' (1997) 92 *Danıştay Dergisi* 3-36.

Alan N, 'İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları' (1983) 50-51 *Danıştay Dergisi* 22-50.

Allan TRS, 'Legislative Supremacy and The Rule of Law: Democracy and Constitutionalism' (1985) 44 *The Cambridge Law Journal* 111-143.

Altındağ H, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi* (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Altındağ H, 'Yasama Kısıntısı' (2016) 8(20) *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 247-266.

Alvazzi del Frate P, 'The Référé Législatif and The Cahiers de Doléances of 1789' in Paola Maffei and Gian Maria Varanini (eds), *Honos alit artes Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri* (Firenze University Press 2014) 305-312.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun, Kanun

Numarası: 44, Kabul Tarihi: 22.04.1962, RG 25.04.1962/11091.

Arat Özkaya N, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi, Takdir Yetkisi ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme* (Beta Yayınları 2015).

'Arbitrary' (Cambridge Dictionary) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/arbitrary>> accessed 20 May 2024.

'Arbitrary' (LII / Legal Information Institute) <<https://www.law.cornell.edu/wex/arbitrary>> accessed 20 May 2024.

'Arbitrary' (Oxford Dictionary) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/arbitrary?q=arbitrary>> Erişim Tarihi 20 May 2024.

Atıl Kaya, Ö. 'Amerikan İdare Hukuku'nda Beklenen Gelişme: Chevron Doktrini Artık Hükümsüz' 2024 12(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1015-1032.

Atıl Kaya Ö, 'Why United States Clean Water Act Citizen Suit Provision Is More Difficult to Implement Today' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1645-1679.

Ayaydın C, 'İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler' (2011) 69(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 505-592.

Balta TB, *İdare Hukuku: Genel Konular* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1970).

Barrett JM, 'Legislative History, the Neutral, Dispassionate Judge, and Legislative Supremacy: Preserving the Latter Ideals Through the Former Tool' (1997) 73 Notre Dame L. Rev 819-838.

Başpınar R, 'İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması' (1971) 3 Danıştay Dergisi 59-86.

Bonnard R, *İdarenin Kazaî Murakabesi* (Ahmet Reşat Turnagil çev., Devlet Basımevi 1939).

Bowers KR and Sheffner DJ, '*Supreme Court's' Major Questions" Doctrine'* 2022 Congressional Research Service 1-6.

Boulanger ÖD, 'Eksik Düzenlemeler Aleyhine İptal Davası Açma Yöntemi Üzerine Bir İnceleme' (2021) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 55-86.

'Capricious' (Cambridge Dictionary) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/capricious>> accessed 20 May 2024.

'Capricious' (LII / Legal Information Institute) <<https://www.law.cornell.edu/wex/capricious>> accessed 20 May 2024.

'Capricious' (Oxford Dictionary) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/capricious?q=capricious>> accessed 20 May 2024.

Ceylan M, 'Danıştay Kararlarında Anayasaya Uygun Yorum Yöntemi' iç *5.İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Karar İncelemeleri"* 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada / İstanbul (Filiz Kitabevi 2019) 347-371.

Correia EO 'A Legislative Conception of Legislative Supremacy' (1992) 42 Case W. Res. L. Rev. 1129- 1207.

Craig PP, 'The Nature of Reasonableness Review'. (2013) 66(1) *Oxford Legal Studies Research Paper No. 78/2013* <<https://ssrn.com/abstract=2298612>> accessed 12 April 2024.

Çınarlı S ve Azak K, 'Disiplin Cezalarında Gerekçe İlkesi', (2021) 153 *Danıştay Dergisi* 109-142.

Dâver B, *İcra Organının İstisnaî Yetkileri Bakımından Fevkalâde Hal Rejimleri (Türkiye'de- Yabancı Memleketlerde)* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1961).

De Lamothe OD, 'Fransız Danıştayı' (Hasan Bahri Gültekin çev.) (1983) 50-51 *Danıştay Dergisi* 3-21.

'De novo (Ballotpedia)' <[https://ballotpedia.org/De\\_novo](https://ballotpedia.org/De_novo)> accessed 20 May 2024.

Derdiman RC, *İdarî Yargının Genel Esasları* (Aktüel Yayınları 2014).

Dicey AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1889).

Duguit L, *Kamu Hukuku Dersleri* (Süheyl Derbil çev., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1954).

Duran L, 'Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar' (1980) 13(2) *Amme İdaresi Dergisi* 47-71.

Düğer S, 'Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal

Denetiminin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi' (2019) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 61-88.

Ekins R, Laws S and Casey C, *The Impact of the Human Rights Act 1998 in Twenty-Five Cases* (Policy Exchange 2024) 1-59.

Endicott T, 'Otantik Yorum' (İsmail Köküarı çev.) (2021) 25(2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211-236.

Enockson P, 'Administrative Law and Procedure'. (1996) 73 *Denv. U. L. Rev.* 619-635.

Erarslan Z, 'Anayasa Mahkemesi' (*Atatürk Ansiklopedisi*) <<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/anayasa-mahkemesi/>> Erişim tarihi: 24 May 2024.

Erhürman T, 'Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires'. (2012) 61(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 599-646.

Erhürman T, *Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı* (Işık Kitabevi 2013).

Erkut C, *Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi* (Tıpkı Basım, T.C. Danıştay Yayın İşleri Müdürlüğü 2016).

Eroğlu H, *İdare Hukuku: Genel Esaslar, İdari Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi* (Turhan Kitabevi 1985).

Eskridge JWN, 'Spinning Legislative Supremacy' (1989) 78 *Geo. LJ* 319-352.

Farber DA, 'Statutory Interpretation and Legislative Supremacy'(1989) *Geo. L.J.* 281-318.

Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi: Yabancı Memleketlerde-Türkiyede*. (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1951).

Frändberg Å, *From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence* (Springer International Publishing 2014).

Gaffney JM, 'Judicial Review Under the Administrative Procedure Act (APA)' 2020 Congressional Research Service 1-5.

Gardbaum S, 'Separation of Powers and The Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has The Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?)' (2014) 62 *The American Journal of Comparative Law* 613-640.

Garry PM, 'Judicial Review and the Hard Look Doctrine' (2006) 7(1) *Nev. LJ* 151-170.

Gerçek A, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi* (Yaklaşım Yayıncılık 2006).

Giritli İ, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*. (Sulhi Garan Matbaası 1958).

Goldsworthy J, 'Legislative intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism' 2005 42 San Diego L. Rev 493-518.

Gözler, K, *İdare Hukuku 1.Cilt* (3.Baskı, Ekin Yayınları 2019).

Gözler K, *İdare hukuku. 2.Cilt* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2019).

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (19.Baskı, Ekin Yayınevi 2015).

Günday M, *İdare Hukuku*. (10. Baskı, İmaj Yayınevi 2011).

Halpérin JL, *Five Legal Revolutions Since The 17th Century: An Analysis of A Global Legal History* (Springer 2014).

'Hard look review' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Hard\\_look\\_review](https://ballotpedia.org/Hard_look_review)> Erişim Tarihi 20 May 2024.

Hessick FA, 'Quasi-Sovereign Standing' (2018) 94 Notre Dame L. Rev 1927-1954.

İsbir B, 'İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi' (2011) İÜHFİM (Prof. Dr. İl Han Özey'a Armağan) 951-966.

Johnson WG and Tournas LM, 'The Major Questions Doctrine and the Threat to Regulating Emerging Technologies' (2022) 39 Santa Clara High Tech. LJ 137-196.

Kanlıgöz C, 'İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim' 1988 40(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-192.

Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (3.Baskı, Ekin Yayınları 2018).

Karabatak R, 'Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu' (1998) 94 Danıştay Dergisi 94 28-48.

Karabulut M, 'İngiltere'de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme' (2000) 102 Danıştay Dergisi 16-28.

Karahanoğulları O, (2011) 35 'İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi' Mülkiye Dergisi 43-64.

Karaman E, 'Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi', (2015) 1(2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-88.

Karamustafaoğlu T, 'İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini' iç *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e* Armağan (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1964) 45-73.

Kaya C, 'Fransız Hukukunda Vize Reddi, Gerekçe Yükümlülüğü ve Conseil D'etat Denetimi' 2001 9(3-4) 110-123.

Kılıç F, 'İngiltere ve Türkiye'de İdarenin Yargısal denetiminde Makullük ilkesi'. (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).

Kozel, RJ, 'Statutory Interpretation, Administrative Deference, and the Law of Stare Decisis' (2019) 97 Tex. L. Rev 1125-1161.

Köküarı İ 'Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması'. (2018) 67(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 807-855.

Maltz EM, 'Rhetoric and Reality in the Theory of Statutory Interpretation: Underenforcement, Overenforcement, and the Problem of Legislative Supremacy' (1991) 71 BUL Rev 767-792.

'Major Questions Doctrine' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Major\\_questions\\_doctrine](https://ballotpedia.org/Major_questions_doctrine)> accessed 12 May 2024.

Martenet V, 'Judicial Deference to Administrative Interpretation of Statutes from a Comparative Perspective' (2021) 54(1) Vanderbilt Law Review 83-146.

Mathews J, *U.S. Administrative Law: A Casebook* (3rd Edition, Independently published 2022).

Monast JJ, 'Major Questions About the Major Questions Doctrine' (2016) 68 Admin. L. Rev. 445-489.

Montesquieu CLS, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Berna Günen çev., 3. Baskı, Türkiye İş Bankası 2019).

Mumcu U, 'İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı' (1970) 27(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-66.

Necatigil ZM, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun*

*Esasları*. (Işık Kitabevi 2015).

Oakes J, 'Legislative Supremacy: Myth or Reality?' (2003) *Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.* 21-24.

Onar E, 'Türkiye’de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler' iç Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (ed.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri-I*(Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006) 1-40.

Onar SS, *İdare Hukukunun Umumî Esasları 1. Cilt* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaa ve Kitapçılık Müesseseleri 1966).

Oytan M, 'Fransa’da Anayasa Konseyinin Kuruluşu, Görevleri ve İşleyişi Konusunda Bir İnceleme'. (1980) 13(3) *Amme İdaresi Dergisi* 25-38.

Örücü E, 'Conseil d'Etat: Türk İdare Hukukunun Fransız Katmanı' (Seyit Rasim Doru çev.) (2021) 70(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47-73.

Özay İH, *Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)* (Filiz Kitabevi 1986).

Özay İH, *Günüşiğinde Yönetim*. (Filiz Kitabevi 2004).

Öztürk KB, 'Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi' iç Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat ve Ali Erdem Doğanoglu (edr), *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan 2.Cilt* (Ankara Üniversitesi 2013) 1189-1226.

Parker R, 'Administrative Interpretations' (1951) 5(4) *Miami L. Rev.* 533- 540.

Perry A, 'The Flexibility Rule In Administrative Law' 2017 76(2) *The Cambridge Law Journal* (Forthcoming) <<https://papers.ssrn.com/abstract=2893766>> accessed 25 December 2024.

Ramshaw A, 'The Case For Replicable Structured Full Proportionality Analysis In All Cases Concerning Fundamental Rights' (2019) 39(1) *Legal Studies* 120-142.

Sarıca R, 'Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları' (1942) 8(3-4) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 457-472.

Sarıca R, *İdarî Kaza: Cilt I: İdarî Davalar* (Kenan Matbaası 1949).

Sayer T, 'Statutory interpretation and the administrative state: refocusing the purposivist/intentionalist debate' in *Legal Studies* (Cambridge University Press, 2024).

Saygın E, 'Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz', (2017) 75(2) Ankara Barosu Dergisi 57-88.

Seçkin S ve Üstün G, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi' 2015 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 509-534.

Shapiro M, 'Administrative Discretion: The Next Stage' 1983 92(8) The Yale Law Journal 1487-1522.

'Skidmore v. Swift & Co' (Ballotpedia) <[https://ballotpedia.org/Skidmore\\_v.\\_Swift\\_%26\\_Co](https://ballotpedia.org/Skidmore_v._Swift_%26_Co)> accessed 12 May 2024.

Sohoni M, 'The Major Questions Quartet'. (2022) 136 Harv. L. Rev. 262-318.

Solak M, 'Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması ve Olağanüstü Yönetim Usulü' iç *Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları* (Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmeti Başkanlığı Yayınları 2022) 131-199.

Srirangam V, 'A Difference in Kind-Proportionality and Wednesbury' (2016) 4(1) ISLRev 46-66.

Steinzor R, *Core Concepts in Administrative Law* (3rd Edition, Independently published 2023).

Sustein CR, 'Deregulation and The Hard-Look Doctrine' (1983) The Supreme Court Review 1: 177-213.

Sustein CR, 'There Are Two" Major Questions Doctrines'. (2021) 73 Admin. L. Rev. 475-494.

Sümer N, 'İngiliz Hukukunda Haklı Beklentiler Doktrini' (2019) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-196.

Şahin A, *Devlet İktidarının Sınırlandırılması Bağlamında "Türkiye Toplumunun Anayasal İnsan Hakları (1808-2011)"* (Yetkin Yayınları 2012).

Şahin AH, *Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı* (Seçkin Yayıncılık, 2022).

Şahin C, *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon"*. (On İki Levha Yayıncılık 2010).



Şen M, 'İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller' (2013) 17(2) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1623-1642.

Tan T ve Bayazıt B, *İdare Hukuku*. (10.Baskı, Turhan Kitabevi 2021).

Tanrıverdi AA, 'İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma' 2023 3(2) *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 551-580.

Teter MJ, 'Gridlock, Legislative Supremacy, and The Problem of Arbitrary Inaction'. (2012) 88 *Notre Dame L. Rev.* 2217-2232.

'Ultra Vires' (Cambridge Dictionary) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ultra-vires>> Erişim Tarihi 12 April 2024.

'Ultra vires' (Oxford Dictionary) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/ultra-vires?q=ultra+vires>> Erişim Tarihi 12 April 2024.

Ulusoy AD, *Yeni Türk İdare Hukuku* (4.Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021).

Van Der Haegen, M, 'Transformation of the Cassation Model in France, The Netherlands and Belgium: Piercing the Legalistic Veil' in Alan Uzelac ve Cornelis Hendrik Van Rhee(ed.), *Transformation of Civil Justice Unity and Diversity* (Springer International Publishing 2018) 349-378.

Walters DE, 'The Major Questions Doctrine at the Boundaries of Interpretive Law' 2023 109(2) *Iowa Law Review* 465-540.

Yıldırım R, *Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü* (Mimoza Yayınları 2006).

Yıldız H, 'İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi'. (2018) 22(4) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 197-223.

Zabunoğlu YK, *İdare Hukuku 1.Cilt* (Yetkin Yayınları 2012).

Zabunoğlu YK, *İdare Hukuku 2.Cilt* (Yetkin Yayınları 2012).

Zaring D, 'Reasonable Agencies' (2010) *Virginia Law Review*, 135-197.

Zeybek AC, 'Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değer ve Yeri', (1988) 68-69 *Danıştay Dergisi* 46-109.

<b>Yazar Beyanı</b>	
<b>Yazarların Katkıları</b>	Bu çalışma tek yazarlıdır.
<b>Mali Destek</b>	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
<b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b>	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
<b>Etik Kurul Onayı Beyanı</b>	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
<b>Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi</b>	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

# Bireysel Başvuru Mekanizmalarında Özel Yaşama Saygı Hakkı-Çalışma Hakkı İlişkisi\*

*The Relationship between the Right to Respect for Private Life and the Right to Work in the Individual Application Mechanisms*

Enes KETHÜDA\*\*

## Öz

Bu makale, çalışma hakkının özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa'da öngörülen bireysel başvuru mekanizmalarına konu edilebilirliğini ele almaktadır. Bilinçli olarak bireysel başvuru sistemlerinin dışında bırakılan çalışma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin evrimsel yorumu sayesinde -diğer bazı hakların yanı sıra- özel yaşama saygı hakkı kapsamında dolaylı olarak korunmaktadır. Çalışma hakkına yönelik müdahalenin, özel yaşama dair sebeplerden kaynaklanması veya özel yaşam üzerinde önemli sonuçlar doğurması durumlarında beliren bu geçirgenlik, çalışma yaşamıyla ilgili pek çok tedbirin bireysel başvuruya konu edilebilmesini sağlamaktadır. Bu sayede özel yaşama saygı hakkıyla ilişkilendirilebildiği ölçüde iş/mesleğe kabul edilmeme, rütbe düşürme, çalışma koşullarının kötüleşmesi, işten çıkarma gibi tedbirler, Sözleşme ve Anayasa kapsamında şikâyet konusu olabilmektedir. Genellikle özel sektördeki iş ilişkilerini konu edinen bu koruma, usuli yönüyle ön plana çıkmakta ve devlete, özel yaşama saygı hakkı ile çalışma hakkına uygun bir iş hukuku mevzuatı ve yargısal sistem oluşturma yükümlülüğü getirmektedir. Böylece liberal hak ve özgürlükleri koruması öngörülen bireysel başvuru mekanizmaları, işverenin çalışma şartları ve çalışanlar üzerindeki koşulsuz hâkimiyetini sınırlandırarak sosyal adalete katkı sunmaktadır.

## Anahtar Kelimeler

Özel Yaşama Saygı Hakkı, Çalışma Hakkı, Bireysel Başvuru Mekanizması, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

## Abstract

This article examines the justiciability of the right to work within the framework of the right to respect for private life, and under the individual application mechanisms provided by the European Convention on Human Rights and the Constitution. The right to work, which is deliberately excluded from individual application systems, is indirectly protected under the right to respect for private life, along with other rights, thanks to the evolutionary

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 25.07.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 27.10.2024.

**Atf:** Enes Kethüda 'Bireysel Başvuru Mekanizmalarında Özel Yaşama Saygı Hakkı-Çalışma Hakkı İlişkisi' (2025) 3(1) TRÜHFD 104-142.

\* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yazılan ve sosyal hakların bireysel başvuru mekanizmalarına konu edilebilirliğini konu edinen doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Arş. Gör. Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eneskethuda@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7896-8973.

interpretation of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court. This permeability, which arises in cases where interference with the right to work stems from reasons related to private life or has significant consequences on private life, allows many measures related to working life to be subject to individual applications. Consequently, as long as it can be associated with the right to respect for private life, measures such as non-acceptance into a job/profession, demotion, deterioration of working conditions, and dismissal can be grounds for complaints under the Convention and the Constitution. This protection, which typically addresses employment relationships in the private sector, highlights procedural aspects and imposes an obligation on the state to establish a labor law legislation and judicial system that aligns with the right to respect for private life and the right to work. Thus, individual application mechanisms, which are envisaged to protect liberal rights and freedoms, contribute to social justice by limiting the employer's unconditional dominance over working conditions and employees.

### Keywords

Right to Respect for Private Life, Right to Work, Individual Application Mechanism, (Turkish) Constitution, European Convention on Human Rights

## GİRİŞ

Sosyal haklar arasında yer alan çalışma hakkı, aynı zamanda bu hak kategorisinin filizlenip serpilmesini sağlayan tarihsel sürecin de temel taşıdır. Zira sosyal haklar, esasen sanayi devriminin ortaya çıkardığı işçi sınıfının, sahip olduğu kötü çalışma koşullarına karşı itirazının ürünüdür. Çalışma hakkı aynı zamanda sosyal hakların, hatta insan haklarının uluslararasılaşması bakımından da öncü haklardan biridir. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Milletler Cemiyetine bağlı olarak kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) temel gayesi çalışma hakkını korumaktır.

Çalışma hakkının tarih sahnesindeki bu merkezî rolü tesadüfî değildir. Zira söz konusu hak, insanların maddi ve manevi ihtiyaçları için gelir elde etmesini ve diğer insanlarla ve toplumla ilişki kurmasını sağlaması yönüyle önemlidir. Diğer bir ifadeyle çalışma hakkı, sosyal hak kategorisinde yer alsa da sosyoekonomik alanın ötesinde etkilere sahiptir ve insan hayatına çok boyutlu bir biçimde temas etmektedir. Bu nedenle çalışma hakkı aynı zamanda diğer pek çok insan hakkının anlamlı bir biçimde hayata geçebilmesi bakımından bir ön koşul niteliğindedir.

Ne var ki bu önemli rolüne rağmen tıpkı diğer sosyal haklar gibi çalışma hakkı da pek çok hukuk sisteminde klasik haklar karşısında ikinci plana atılmakta, yargılanamayan haklar olarak görülmektedir. Bu durum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Anayasa'da yer alan bireysel başvuru sistemleri bakımından da geçerlidir. Her iki sistemde de çalışma hakkı, lafzen konu bakımından (ratione materia) bireysel başvuru hakkının dışında tutulmuştur.

Öte yandan insan haklarının bütünselliği ilkesi ve karşılıklı bağımlı yapısı, geleneksel insan hakları ayrımlarına göre sosyal hak kategorisinde yer alan pek çok menfaatin, klasik haklar çatısı altında dolaylı olarak korunabilmesine imkân tanımaktadır. Bu geçirgenlik ilişkisi, çalışma hakkı ve onun türevi niteliğindeki hak ve menfaatlerin bireysel başvuruya konu edilebilmesini sağlamaktadır. Bu kapsamda özellikle de özel yaşama saygı hakkı, sahip olduğu normatif kapsayıcılığın da etkisiyle çalışma yaşamı ve çalışma hakkı kapsamındaki menfaatlerin korunması bakımından önemli bir vaatte bulunmaktadır. Mevcut çalışmanın temel amacı, çalışma hakkıyla özel yaşama saygı hakkı arasındaki bu karşılıklı bağımlılık ilişkisini ele almak ve böylece özel yaşama saygı hakkının çalışma hakkının yargılanabilirliğine sunduğu katkıyı değerlendirmektir.

Çalışmada esasen içtihat hukuku temelli ve karşılaştırmalı bir yöntem benimsenecektir. Bu çerçevede korumanın kapsamını ve düzeyini ele almak için İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) çalışma hakkı bakımından sağladığı koruma, birbirini tamamlayıcı ve zaman zaman karşılaştırmalı bir biçimde incelenecektir. Ayrıca çalışma hakkının anlamı, kapsamı ve gerektirdiği yükümlülüklerin ortaya konulmasında sosyal haklara özgü belgeler olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHS), Avrupa Sosyal Şartı (ASS) ve ILO Sözleşmelerinden ve bunların koruma organlarının sağladığı birikimden faydalanılacaktır.

Çalışmada ilk olarak çalışma hakkının anlamı, kapsamı ve insan hakları arasındaki yeri ele alınacaktır. Daha sonra çalışma hakkının özel yaşama saygı hakkıyla olan ilişkisi, bireysel başvuru mekanizmalarının konu bakımından kapsamı bağlamında değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde, çalışma hakkının hangi boyutlarıyla özel hayata saygı hakkı kapsamında bireysel başvuru konusu yapılabildiği İHAM ve AYM'nin içtihadi birikimi ışığında incelenecektir. Çalışmanın son kısmındaysa İHAM ve AYM'nin sağladığı korumanın çalışma hakkı bakımından anlamı değerlendirilecektir.

## I. ÇALIŞMA HAKKININ ANLAM VE KAPSAMI

Çalışma hakkı, bireylerin diledikleri işte çalışarak makul sosyoekonomik standartlarda yaşamalarını sağlayacak bir gelire sahip olmalarını amaçlayan temel bir insan hakkıdır<sup>1</sup>. Öte yandan çalışma hakkının insan yaşamı üzerinde ve insan hakları arasındaki tek fonksiyonu gelir getirmesi değildir. Bu hak, Maslow'un ünlü ihtiyaçlar piramidinde üst sıralarda bulunan, kendi

<sup>1</sup> Pir Ali Kaya, Ertuğrul Yılmaz ve Işın Ulaş, 'The Right to Work as a Fundamental Human Right' (2019) 15(14) European Scientific Journal 1857, 151.

kendini gerçekleştirme, mutluluk, sevgi, saygınlık, güven hissi gibi ihtiyaçlar ile sosyal ve siyasal hayatta yer alma olanakları açısından çok yönlü etkiler doğurur. Böylece çalışma hakkı, diğer pek çok insan hakkının ve insan haysiyetinin hayata geçirilmesinde önemli bir sosyoekonomik araçtır<sup>2</sup>.

Çalışma hakkı, gelir getirici herhangi bir işin varlığının ötesinde, çalışma koşulları bakımından da belirli nitelikleri gerekli kılar<sup>3</sup>. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin (İHEB) 23. maddesinde yer alan çalışma hakkı düzenlemesi de hakkın bu yönüne vurgu yapar:

“Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, **adil ve elverişli çalışma koşullarına sahip olma** ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.”<sup>4</sup>.

İHEB'in yanı sıra, başta ILO Sözleşmeleri olmak üzere çalışma hakkının anlamını ve kapsamını açıklayan pek çok uluslararası belge vardır. Akla gelen ilk belgelerden olan ESKHS'nin 6. maddesi, taraf devletlere, herkese özgürce seçtiği veya kabul ettiği bir işte çalışma imkânı tanıyan çalışma hakkını tanıma ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alma ödevi yüklemektedir. Benzer bir biçimde ASS'nin 1. vd. maddeleri de çalışma hakkını ve onun bir türevi olan adil çalışma koşullarına sahip olma hakkını konu edinmektedir. Ayrıca yine, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (m. 15), İnsan Hakları Amerikalılararası Sözleşmesi (San Salvador Protokolü, m. 6), Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (m. 11/1), Her Türü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (m. 5/e- i) gibi bölgesel, hassas kategorilere özgü veya tematik pek çok belge, çalışma hakkının evrensel niteliğini vurgulamaktadır.

Ne var ki bunca belge ve hükme rağmen çalışma hakkının anlamı, içeriği ve taraf devletlere getirdiği ödevlerin kapsamı hakkında bir konsensüs yoktur. Öte yandan bu konuda yetkili elden bir çerçeve çizen ASS'nin 1. vd. maddelerinden ve ESKHK'nin 2005 yılında yayımladığı 18 No.lu Genel Yorum'dan faydalanılabilir. Bunlara göre taraf devletler çalışma hakkı kapsamında; tam istihdam politikalarını benimseyip uygulayacak bir strateji geliştirmek, herkesin serbestçe edinebildiği bir işte hayatını kazanma hakkını korumak, adil ve elverişli çalışma koşullarını hayata geçirmek, istihdamdan haksız yere mahrum kalınmasını engellemek,

<sup>2</sup> The Committee on Economic, Social and Cultural Rights(CESCR) General Comment No. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2005) § 1.

<sup>3</sup> İbrahim Kaboğlu, 'Anayasa'da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları' *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II-Bildiriler* (Petrol-İş Yayını 2010) 46.

<sup>4</sup> İHEB, m. 23/1 (vurgu eklenmiştir).

işten çıkarmaları denetlemek ve belirli kurallara bağlamak, mesleki yönlendirme ile işe yerleştirme sistemleri geliştirmek, zorla çalışmayı engellemek, çalışma yaşamında ayrımcılığı önlemek, kadınlar ve çocuklar gibi dezavantajlı gruplar için özel önlemler almak ve mesleki eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamakla yükümlüdür<sup>5</sup>.

Öte yandan ESKHK'nin de kabul ettiği üzere özellikle de istihdam yaratma ödevinin dünyadaki milyarlarca insan için fiilen hayata geçebilmesi oldukça güçtür<sup>6</sup>. Zira bu hedef doğrudan taraf devletlerin ekonomik koşullarından ve kaynaklarından etkilenir. Dahası çalışma hakkının hayata geçebilmesi özel sektör aktörlerine; yani işverenlere, fabrikalara ve şirketlere bağımlıdır<sup>7</sup>. Bu nedenle taraf devletlerin tam istihdam ideali bakımından temel ödevi, sahip olduğu ekonomik koşullar doğrultusunda mümkün olduğunca hızlı bir şekilde herkese dilediği işte çalışma imkânı sunmayı hedefleyen bir stratejik plan oluşturmak ve hayata geçirmektir<sup>8</sup>. Komite, politik yönü baskın olan bu ödevlerin yerine getirilmesinde taraf devletlere geniş bir manevra alanı tanımaktadır<sup>9</sup>.

Belirtmek gerekir ki toplam istihdam içinde kamuda çalışanların oranı oldukça sınırlıdır. Bu durumun bir sonucu olarak pratikte çalışma hakkının taraf devletlere yüklediği esas ödev, özel sektör ilişkilerini bu hak lehine düzenlemektir. ESKHK'ye göre taraf devletler, hakkın hayata geçmesini sağlayacak piyasa koşullarını oluşturmalı, işveren-çalışan ilişkilerinde çalışanlar lehine yasal ve idari tedbirler almalı ve böylece hakkın gerekliliklerini yatay/kişilerarası düzlemde etkin kılmalıdır<sup>10</sup>. Dolayısıyla devletler, özel sektörde istihdam politikalarını iyileştirme, ILO Sözleşmeleri tarafından belirlenen çalışma standartlarını sağlama ve ayrımcılığı engelleme gibi ödevlere sahiptir<sup>11</sup>. Dahası taraf devletler çalışma hakkı kapsamındaki adil ve elverişli çalışma koşulları oluşturma, haksız yere çalışmaktan mahrum

<sup>5</sup> Bkz. ASS, m.1vd.; CESCR (n 2) §§ 6 vd, 19 vd, 31; Council of Europe, 'Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights' (2022) 56 vd <<https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>> erişim 21 Mart 2024.

<sup>6</sup> CESCR (n 2) §§ 4, 6; Krzysztof Drzewicki, 'The Right to Work and Rights in Work' in Asbjørn Eide ve Allan Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Martinus Nijhoff Publishers 2001) 235.

<sup>7</sup> Virginia Mantouvalou, 'Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation' (2013) 13(3) *Human Rights Law Review* 529, 534–536.

<sup>8</sup> ESKHS, m. 6/2. Ayrıca bkz. CESCR (n 2) §§ 12, 19, 41.

<sup>9</sup> CESCR (n 2) §§ 36-45.

<sup>10</sup> Ibid §§ 52-54.

<sup>11</sup> Ibid § 52.

bırakılmayı ve işten çıkarılmayı engelleme, dezavantajlı ve ötekileştirilmiş bireyler lehine tedbirler alma gibi ödevlerini<sup>12</sup> de yatay düzlemde etkin kılmalıdır.

## II. ÇALIŞMA HAKKI-ÖZEL YAŞAMA SAYGI HAKKI İLİŞKİSİ

### A. Bireysel Başvuru Yolunda Çalışma Hakkı

İHAS, İkinci Dünya Savaşı ve öncesindeki otoriter yönetimlerin tekrarlanmasını engellemek amacıyla bir emniyet supabı olarak kurgulanmıştır<sup>13</sup>. Bir diğer ifadeyle Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında liberal kaygılar ön plana çıkmış, sosyal haklara taraf devletlerin uzlaşma ve Sözleşme'yi benimseme düzeyini olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle bilinçli bir biçimde bu belgenin dışında tutulmuştur<sup>14</sup>. Böylece diğer sosyal haklar gibi çalışma hakkı da Sözleşme'de yer almamaktadır. Öte yandan Sözleşme'de çalışma hakkının bazı spesifik yönlerini ilgilendiren iki hak vardır. Bunlar, çalışma hakkının kolektif yönünü ilgilendiren sendika hakkı (m. 11) ve bireysel yönünü ilgilendiren kölelik ve zorla çalıştırma yasağıdır (m. 4). Bunların dışında çalışma hakkıyla ilgili şikâyetlerde Mahkeme, Sözleşme'nin böyle bir hak içermediğini belirtmektedir<sup>15</sup>.

Benzer şekilde İHAS'tan ilhamla 1982 Anayasası'na eklenen bireysel başvuru sisteminde de sosyal haklar ve çalışma hakkı, konu bakımından kapsamın dışında bırakılmıştır. Anayasa'nın 148. maddesine göre yalnızca Anayasa'da ve İHAS'ta ortak bir biçimde yer alan hak ve özgürlükler bakımından bireysel başvuru yapılabilmektedir<sup>16</sup>. Zira Anayasa değişiklik teklifinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere bireysel başvuru yolunun ihdas edilmesindeki temel amaçlardan biri, İHAM'a giden başvuruları azaltmaktır<sup>17</sup>. Bu nedenle sosyal haklar ile Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma hak ve özgürlüğü için doğrudan

<sup>12</sup> Ibid §§ 2, 6-10, 12/b-i, 13-17, 31, 36.

<sup>13</sup> David Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan çev, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2021) 3.

<sup>14</sup> Council of Europe, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires": Volume I* (Martinus Nijhoff 1975) 44 vd., 116, 218.

<sup>15</sup> *Panfile v Romania* App no 13902/11 (ECtHR, 20 March 2012) § 18.

<sup>16</sup> "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."

<sup>17</sup> T.C. Anayasa Makemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Epa-Mat 2021) 921-922 <[https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli\\_anayasa\\_2021.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf)> erişim 02 Mart 2024.



bireysel başvuru yapılamamaktadır<sup>18</sup>. Nitekim AYM de doğrudan bu hakları konu edinen başvurularda konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir:

“Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS’de düzenlenen haklardan değildir... Buna göre... çalışma hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, başvurucunun bu iddiasının “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”<sup>19</sup>.

Öte yandan lafzen koruma alanının dışında bırakılmaları, sosyal hakların ve çalışma hakkının bireysel başvuruya konu olamayacağı anlamına gelmemektedir. Sosyal haklar ve çalışma hakkı, belirli bir düzeyde de olsa klasik haklar bünyesinde korunabilmektedir. Bu durum insan hakları arasındaki karşılıklı bağımlılık ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Nasıl ki insan yaşamı mutlak bir biçimde medeni, siyasi, sosyal, ekonomik gibi çeşitli yönleriyle birbirinden ayrılamazsa insan hakları da bütünseldir<sup>20</sup>. Haklar tıpkı bir yapboz gibi ancak tüm parçalar bir araya geldiğinde anlamlı bir özgürlük resmi oluşturabilir. Ayrıca yine tıpkı yapbozdaki gibi her bir insan hakkı, diğerlerinin alanına geçen, onu destekleyen ve ondan destek alan boyutlara sahiptir ve her bir parça ancak bu sayede özgürlük resminde stabil ve anlamlı bir konuma sahip olabilir.

Diğer pek çok ulusal ve uluslararası koruma organının yanı sıra İHAM ve ondan esinlenen AYM de insan hakları arasındaki bu geçirgenlik ilişkisinden faydalanarak sosyal hakları klasik haklar kapsamında dolaylı bir biçimde korunabilir bulmakta ve böylelikle sosyal hakların yargılanabilirliği soruna belirli düzeyde çözüm sunmaktadır<sup>21</sup>. Nitekim İHAM’ın ünlü *Airey*

<sup>18</sup> Bu durumun özellikle de insan haklarının bütünselliği ilkesiyle bağlantılı eleştirisi için bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 116 vd.

<sup>19</sup> AYM, Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013 §§ 24-25.

<sup>20</sup> Bkz. 'Vienna Declaration and Programme of Action' <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>> erişim 26 Kasım 2021; Ömer Anayurt, 'Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi', *Türkiye’de İnsan Hakları* (TODAİE Yayınları 2000) 48–49.

<sup>21</sup> Bu konuda bkz. Tolga Şirin, 'Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)', *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu IV Bildiriler* (Petrol-İş Yayını 2014) 348 vd; Craig Scott, 'Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights' (1989) 27(3) Osgoode Hall Law Journal 769; Ulaş Karan, 'Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: ‘Bütüncül Yaklaşım’ (2007) 40(3) Amme İdaresi Dergisi 31; Eva Brems, 'Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights' in Daphne Barak-Erez ve Aeyal M Gross (eds), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice* (Hart Publishing 2007); Ida Elisabeth Koch, *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers 2009); Ingrid Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights* (Cambridge University Press 2018).

kararında ortaya koyduğu yaklaşıma göre, “Her ne kadar Sözleşme esasen medeni ve siyasi hakları ortaya koysa da bunların birçoğu sosyal veya ekonomik nitelikte sonuçlar doğurmaktadır” ve bu nedenle sosyal hakları “Sözleşme'nin kapsadığı alandan ayıran su geçirmez bir ayırım...” yoktur<sup>22</sup>. Benzer bir biçimde AYM de kararlarında genel itibarıyla haklar arasındaki karşılıklı bağımlılık ilişkisini ve sosyal hakların bireysel başvuru yolunda dolaylı olarak korunabileceğini kabul etmektedir:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme), esas itibarıyla medeni ve siyasal hakları güvence altına almakta; çalışma hakkı, ücretsiz sağlık hizmetleri ya da belirli bir yaşam standardını sağlayabilmek için devletten mali yardım talep etme hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklar ise bu güvence kapsamında yer almamaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme’de korunan hakların birçoğu sosyal ve ekonomik etki ve sonuçlar doğurduğundan bu iki alanı birbirinden ayıran kesin bir sınır da bulunmamaktadır.”<sup>23</sup>.

Böylece klasik insan hakları sınıflandırmalarına göre sosyal hak kategorisinde yer alan pek çok menfaat, Sözleşme ve Anayasa’da yer alan bireysel başvuru mekanizmaları kapsamında korunabilir hâle gelmektedir. Söz gelimi tıbbi ihmal, sağlık bakımı gibi sağlık hakkıyla ilgili sorunlar, fiziksel ve bütünlük hakkını koruyan klasik haklar kapsamında<sup>24</sup>; herkesin asgari sosyoekonomik standartlara sahip olmasını amaçlayan sosyal güvenlik hakkı, gerekli koşulları sağladığı müddetçe mülkiyet hakkı veya özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında<sup>25</sup>; tahliye edilen öznelinin barınma hakkı, konuta saygı hakkı<sup>26</sup> kapsamında gündeme gelebilmektedir.

Tıpkı anılan sosyal haklar gibi çalışma hakkı da bireysel başvuru mekanizmaları kapsamında dolaylı olarak korunan haklardan biridir. Bu koruma bir sonraki başlıkta ele alınacağı üzere esas itibarıyla özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında gerçekleşmektedir. Ancak kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, adil yargılanma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi diğer haklar da çalışma hakkının dolaylı olarak korunabilmesini sağlamaktadır: Bireysel başvuru davalarında, bunlardan ilki olan ve aynı zamanda çalışma hakkının negatif yönünü ifade eden zorla çalıştırma yasağıyla ilgili pek çok karar verilmektedir. Ayrıca bu kararlarda söz konusu hakkın yatay etkisi de tanınmaktadır<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Airey v Ireland App no 6289/73 (ECtHR, 9 October 1979) § 26; Ayrıca bkz. Beeler v Switzerland App no 78630/12 (ECtHR, 11 October 2022) § 51.

<sup>23</sup> AYM, Ramazan İpek, B. No: 2012/1105, 17/7/2014 § 15.

<sup>24</sup> Pentiacova and Others v Moldova App no 14462/03 (ECtHR, 4 January 2005).

<sup>25</sup> Stec and others v the United Kingdom App no 65731/01 (ECtHR, 6 July 2005); Beeler v Switzerland (n 22).

<sup>26</sup> Yordanova and Others v Bulgaria App no 25446/06 (ECtHR, 24 April 2012).

<sup>27</sup> S.M. v Croatia App no 60561/14 (ECtHR, 25 June 2020) §§ 281-282; Siliadin v France App no 73316/01 (ECtHR, 26 July 2005) §§ 115-116; C.N. and V. v France App no 67724/09 (ECtHR, 1 October 2012) § 71.

Adil yargılanma hakkı da çalışma yaşamına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından sağladığı usuli güvencelerle çalışma hakkının dolaylı olarak korunmasını sağlamaktadır. Bu kapsamdaki uyuşmazlıklar; işten çıkarma işlemine karşı tam yetkili bir mahkemeye erişilememesi (mahkemeye erişim hakkı)<sup>28</sup>, işten çıkarma işlemiyle ilgili davada gerekçeli bir karar verilmemesi (gerekçeli karar hakkı)<sup>29</sup>, yargılama sonucu çalışan lehine verilen mahkeme kararının uygulanmaması (mahkemeye erişim hakkı)<sup>30</sup>, işe iade davasının oldukça uzun sürmesi (makul sürede yargılanma hakkı)<sup>31</sup>, çalışma yaşamıyla ilgili dava sürerken aleyhe etkili olacak şekilde yeni bir yasanın yürürlüğe girmesi (silahların eşitliği ilkesi)<sup>32</sup> gibi meseleleri konu edinmiştir<sup>33</sup>.

Din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili davalar da bazı durumlarda çalışma yaşamını ve çalışma hakkını konu edinmiştir. Dini ve felsefi inançlar ve bunların pratiği belli hallerde çalışma olanaklarını ve yaşamını etkilemektedir. İHAM'a göre başvuru sahiplerinin çalışma yaşamlarını etkileyen bu tip durumlarda yetkili makamlar, hak öznelerinin inanç biçimi ve/veya bunun dışı vurumunun mesleki yaşantıda ne gibi risklere yol açtığını açıkça ortaya koymalıdır<sup>34</sup>. Söz gelimi *Ebrahimian/Fransa* davasında Mahkeme, başörtüsü takan bir sosyal hizmet görevlisinin laiklik ilkesini ve kamu hizmetinin tarafsızlığını korumak amacıyla işten çıkarılmasını taraf devletin takdir alanında görmüştür<sup>35</sup>. Buna karşın başvuru sahiplerinin boyunlarına haç takmaları nedeniyle bir havayolu şirketinden uzaklaştırılmaktan yakındığı *Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, işverenin işin verimli bir şekilde yürütülmesi ve imaj yaratma kaygılarıyla başvuru sahiplerinin din ve vicdan özgürlüğü arasında makul bir denge kuramadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre yerel mahkemeler, dini sembolün şirketin imajını nasıl etkilediği ortaya koyamamıştır<sup>36</sup>.

İfade özgürlüğü çerçevesinde ortaya konulan yaklaşım da oldukça benzerdir. Buna göre ifade özgürlüğü kullanımını nedeniyle çalışma yaşamına yapılan müdahalelerde, hak öznelerinin

<sup>28</sup> Koskinas v Greece App no 47760/99 (ECtHR, 20 July 2002).

<sup>29</sup> Pişkin v Turkey App no 33399/18 (ECtHR, 25 December 2020) §§ 94-101, 141-154; AYM, Gökhan Günaydın, B. No: 2012/1099, 6/5/2015.

<sup>30</sup> García Mateos v Spain App no 38285/09 (ECtHR, 19 February 2013).

<sup>31</sup> AYM, Nesrin Kılıç, B. No: 2013/772, 7/11/2013.

<sup>32</sup> AYM, Aynur Özdemir ve diğerleri, B. No: 2013/2453, 24/3/2016.

<sup>33</sup> Not: parantez içinde yer alan ifadeler davaya konu olan adil yargılanma hakkı güvencesini göstermektedir.

<sup>34</sup> Thlimmenos v Greece App no 34369/97 (ECtHR, 6 April 2000).

<sup>35</sup> Ebrahimian v France App no 64846/11 (ECtHR, 26 November 2015). Buna karşılık AYM bir avukatın benzer sebeplerle duruşma salonuna alınmamasına ilişkin *Tuğba Arslan* kararında daha yüksek bir standart benimseyerek ihlal sonucuna ulaşmıştır (AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.).

<sup>36</sup> Eweida and Others v the United Kingdom App no 48420/10 and Others (ECtHR, 15 January 2013) §§ 93-95. Ayrıca bkz. Alexandridis v Grèce App no 19516/06 (ECtHR, 21 February 2008).

düşünce ve ifadelerinin, iş yerinin düzeni ve işleyişi üzerindeki etkisi ortaya konulmalıdır<sup>37</sup>. Zira işverene yönelik sadakat ve sır saklama yükümlülükleri çerçevesinde belirli ölçüde kayıtlı olsa da kural olarak çalışanlar da diğer tüm hak özneleri gibi ifade özgürlüğünden yararlanırlar<sup>38</sup>. Dolayısıyla taraf devletler ifade özgürlüğünün gereklerini, özellikle de yargı organı eliyle, işçi-işveren ilişkisine teşmil etmeli, işverenin ekonomik çıkarlarıyla çalışanların ifade özgürlükleri -ve dolayısıyla çalışma hakları- arasında adil bir denge kurmalıdır<sup>39</sup>. Bu bağlamda çalışma yaşamı-ifade özgürlüğü örtüşmesini konu edinen pek çok uyuşmazlık bireysel başvuruya konu olmuştur. Söz gelimi *Herbai/Macaristan* davasında çalışanın yazdığı makalenin bankanın gizlilik standartlarını ve ekonomik çıkarlarını nasıl etkilediği yeterince ortaya konulamadığından ihlal sonucuna ulaşılmıştır<sup>40</sup>. Buna karşın *Palomo Sanches ve diğerleri/İspanya* kararında, ifadenin saldırgan niteliğini ve yerel mahkemelerin kapsamlı bir ölçülük testi yapmış olmasını dikkate alan İHAM aksi yönde bir sonuca ulaşmıştır<sup>41</sup>.

## B. Özel Yaşama Saygı Hakkının Anlamı ve Çalışma Hakkı

### 1. Özel Yaşama Saygı Hakkının Anlamı ve Kapsamı

Özel yaşama saygı hakkı, İHAS'ın 8. Anayasa'nın ise 17. ve 20. maddelerinde yer almaktadır. Sözleşme'de yer alan "özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı" başlıklı hüküm, özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakları olmak üzere dört alt başlık içermekte, ancak bunları tanımlamamaktadır<sup>42</sup>. Bu güvenceler Anayasa'da farklı bir sistematik ve lafızla ele alınmışsa da AYM sıklıkla İHAS'ta benimsenen terminoloji ve sistematigi esas almakta, Anayasa'daki hükümleri bu doğrultuda anlamlandırmaktadır<sup>43</sup>. Anılan dört unsurdan

<sup>37</sup> Lombardi Vallauri v Italy App no 39128/05 (ECtHR, 20 October 2009).

<sup>38</sup> Guja v Moldova App no 14277/04 (ECtHR, 12 February 2008) § 70; AYM, Kadri Eroğul, B. No: 2019/976, 11/5/2022 §§ 21-29.

<sup>39</sup> Herbai v Hungary App no 11608/15 (ECtHR, 5 November 2019) § 39.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Palomo Sánchez and Others v Spain App no 28955/06 and Others (ECtHR, 12 September 2011). İfade özgürlüğü çerçevesinde çalışma yaşamını konu edinen bazı AYM kararları için bkz. AYM, Nuran Müzeyyen Korkut, B. No: 2019/19160, 1/3/2023; İlder Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016; Volkan Çakır, B. No: 2017/35488, 7/4/2021. Çalışma hakkı-ifade özgürlüğü örtüşmesini AYM kararları ışığında daha detaylı olarak ele alan bir çalışma için bkz. Engin Yıldırım, 'Human rights at work: The experience of The Turkish Constitutional Court' (2023) 15(1) European Labour Law Journal 166, 172-176.

<sup>42</sup> "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

<sup>43</sup> Özel yaşama saygı hakkı esasen 17. maddede yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ile 20. maddede yer alan özel hayatın gizliliği hakları kapsamında ele alınmıştır. 17. madde özel yaşama saygı hakkının fiziksel ve zihinsel bütünlük ve kişisel özerklik yönleriyle, 20. maddeyse daha çok mahremiyet boyutuyla ilgilidir. 8. maddenin diğer ögeleri olan aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinde, konuta saygı hakkı 21. maddesinde, haberleşmeye saygı hakkıysa 22. maddesinde ele alınmaktadır. Bu konuda bkz. Gülay Arslan Öncü, 'Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları*

ilki olan özel yaşama saygı hakkı, kapsam bakımından oldukça geniş olmasının etkisiyle sıklıkla diğer unsurlarla örtüşme göstermektedir<sup>44</sup>. Muhtemelen bu nedenle İHAM bazı kararlarında şikâyeti hangi alt başlık kapsamında gördüğünü açıklamamaktadır<sup>45</sup>.

İHAM'ın da sıklıkla ifade ettiği üzere 8. madde "...esasen bireyi, kamu makamlarının özel veya aile hayatına keyfî müdahalesine karşı korumayı..." amaç edinmektedir<sup>46</sup>. Buna karşılık Mahkemenin dinamik yorumu ve pozitif yükümlülükler öğretisinin etkisiyle hakkın güncel kapsamı; kişisel güvenlik, itibar, kişisel veriler, çevresel sağlık, kişisel özerklik, cinsel tercih, göç kontrolü gibi birbiriyle doğrudan ilgisi olmayan pek çok çıkarın korunmasını sağlamaktadır<sup>47</sup>. Nitekim Mahkeme, kapsayıcılığıyla bilinen bu hakkın tüketici bir tanımını vermeyi reddetmektedir. Zira özel yaşam kavramı, tüketici bir tanıma elverişli olmayan geniş bir kavramdır<sup>48</sup>.

Öte yandan özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının kapsadığı menfaatler literatür ve uygulamada genellikle, fiziksel ve zihinsel bütünlük, kişisel özerklik ve mahremiyet olmak üzere üç kategoriye ayrılarak ele alınmaktadır. Fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı, öznelerini, -diğerleri arasında- fiziksel, psikolojik, cinsel, siber vb. şiddet biçimlerinden, rıza dışı tıbbi müdahale ve ihmallerden, şeref ve itibara yönelik saldırılardan ve çevresel risklerden korumaktadır<sup>49</sup>.

Mahkemenin aynı zamanda 8. maddeyi yorumlamada bir ilke olarak kullandığı<sup>50</sup> ve insan haysiyetiyle yakından ilişkili olan kişisel özerklik ve kimlik hakkıysa esasen bireyin kendi hayatını dilediği gibi yönlendirebilmesini, kişisel gelişimini ve diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme haklarını korumaktadır<sup>51</sup>. Mevzubahis hak, Mahkemenin hâlihazırdaki içtihadında isim, cinsel kimlik, yaş, etnik kimlik, yaşam biçimi, dış görünüş, kendisi hakkındaki bilgiye erişim, yaşamı sonlandırma istemi, hukuki işlem yapma kabiliyeti, seyahat özgürlüğü, iş yaşamı

---

*Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Şen Matbaa 2013) 332; AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30; Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, §§ 31-36;

<sup>44</sup> Arslan Öncü (n 43) 301–302.

<sup>45</sup> Harris ve diğerleri (n 13) 477.

<sup>46</sup> Bierski v Poland, App no 46342/19 (ECtHR, 20 October 2022) § 42.

<sup>47</sup> Luzius Wildhaber, 'The European Court of Human Rights in Action' (2004) 21 RLR 83, 84.

<sup>48</sup> Arnar Helgi Lárússon v Iceland App no 23077/19 (ECtHR, 31 May 2022) § 41.

<sup>49</sup> European Court of Human Rights, 'Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights' (2022) 33 vd <[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_8\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf)> erişim 19 Nisan 2023.

<sup>50</sup> Jivan v Romania App no 62250/19 (ECtHR, 08 February 2022) § 30.

<sup>51</sup> Pretty v the United Kingdom App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002) §§ 61 vd; A.-M.V. v Finland App no 53251/13 (ECtHR, 23 March 2017) § 76.

gibi olağan koşullarda aynı kümede anılması güç olan farklı konular çerçevesinde gündeme gelmektedir<sup>52</sup>. Dahası kişisel özerklik ve kimlik hakkı, burada en yalın hâliyle aktarılan içtihadî birikim dışında, insan yaşamının ve insanı çevreleyen menfaatlerin pek çoğuna temas etme potansiyeline sahiptir<sup>53</sup>.

Özel yaşam saygı hakkının üçüncü ayağını oluşturan mahremiyet hakkı, hak öznelinin, kişisel yaşamını üçüncü kişilerden ve kamusal yaşamdan soyutlayabilmesini ve kendisi hakkındaki verileri kontrol edebilmesini sağlar. Böylece mahremiyet hakkı, hak öznesinin başkasıyla paylaşmak istemediği her türlü görüntü, bilgi, belge, veri, mekân ve eşyayı alenileşmeye karşı korur. Bu kapsamda, fotoğraf, ses kaydı, video kaydı, iş yeri gözetimi, haberleşmenin gözetimi, üst, ev veya eşya araması, kişisel verilerin işlenmesi gibi müdahale biçimleri, mahremiyet hakkı kapsamında gündeme gelmektedir<sup>54</sup>.

Böylece İHEB'den esinle Sözleşme'ye eklenen özel yaşama saygı hakkı, çağrıştırdığının aksine, kişisel/gizli alanın korunmasından çok daha fazla menfaati bünyesinde barındırmaktadır. Üstelik Sözleşme'ye dâhil edilmesi aşamasında hakkın bugün ulaştığı anlam ve kapsama ulaşabileceği tahayyül dahi edilmemiştir<sup>55</sup>. Hatta bu nedenle Mahkemenin hakkı yorumlama biçimi, “mutabakata dayanmayan yasama formu” oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>56</sup>.

## 2. Çalışma Hakkı-Özel Yaşama Saygı Hakkı İlişkisi

Sözleşmedeki diğer haklar gibi 8. madde de kural olarak sosyal hakları ve bunlar arasında yer alan çalışma hakkını kapsamamaktadır. Buna karşılık özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan fiziksel ve zihinsel bütünlük, kişisel özerklik, mahremiyet gibi menfaatler sosyoekonomik alandan soyutlanamaz. Ayrıca çalışma yaşamı, modern insan yaşantısının önemli bir bölümünü kapsamaktadır. Bu nedenle özel yaşama saygı hakkının pratik ve etkili bir biçimde korunması, bu hakkın çalışma yaşamına da teşmil edilmesini gerektirmektedir.

<sup>52</sup> European Court of Human Rights (n 49) 66 vd.

<sup>53</sup> Bu çerçevede karşılaştırmalı olarak bkz. Jehovah's Witnesses of Moscow and others v Russia App no 302/02 (ECtHR, 10/06/2010) § 117; Friend and Others v the United Kingdom App nos 16072/06 and 27809 (ECtHR, 24 November 2009) § 40-45.

<sup>54</sup> European Court of Human Rights (n 49) 48 vd; Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8* (2. Baskı, MRK Yayıncılık 2019) 78 vd; Harris ve diğerleri (n 13) 503 vd.

<sup>55</sup> Oliver Diggelmann ve Maria N Cleis, 'How the Right to Privacy Became a Human Right' (2014) 14(3) Human Rights Law Review 441.

<sup>56</sup> Jonathan Sumption, *Mahkemelerin Yükselişi: Yasamanın Gerileyişi ve Hukuk Üzerine* (Anıl Aygen çev, Lykeion Yayıncılık 2021) 50-51.

İHAM, özel yaşama saygı hakkını çalışma yaşamına genişletirken onu tıpkı bir ağaç gibi adım adım geliştirmiştir. Böylece özel yaşam ağacı ve bu ağaçtaki eski dallar zamanla serpilip filizlenerek çalışma yaşamına dek uzanan yeni boyutlara temel olmuştur<sup>57</sup>. Bu serpilme sürecinde Mahkeme önce *Brüggemann ve Scheuten/Almanya* kararında özel yaşama saygı hakkının belirli bir dereceye kadar başkalarıyla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da kapsadığını tespit etmiştir<sup>58</sup>. Daha sonra Mahkeme, *Niemietz/Almanya* kararında diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkının, mesleki ve profesyonel faaliyetleri de kapsayabileceği sonucuna ulaşmıştır. Zira mesleki yaşam, diğer insanlar ve dış dünyayla ilişki kurma bakımından önemli bir role sahiptir<sup>59</sup>. Bir sonraki aşamada Mahkeme, özel yaşam ağacını biraz daha geliştirerek özel sektör dâhil çalışma ve istihdam alanına teşmil etmiş ve çalışma hakkını kısıtlayan pek çok tedbiri bu kapsamda görmeye başlamıştır<sup>60</sup>. Böylece özel yaşama saygı hakkı adım adım, çalışma hakkı kapsamındaki bazı menfaatlerin korunmasını ve özel sektör ilişkilerine yansıtılmasını sağlamıştır<sup>61</sup>. Neticede Mahkeme, işe/mesleğe kabul edilmeme, çalışma şartlarının değiştirilmesi ve işten çıkarma gibi tedbirlerle ilgili şikâyetleri özel yaşama saygı hakkının belirli yönleri kapsamında ele almaktadır<sup>62</sup>. Üstelik Mahkeme bu tip davalarda çalışma hakkını anlamlandırırken ASS ve ILO belgelerinden yararlanmaktadır<sup>63</sup>.

İHAM, 2018 yılında verdiği *Denisov* kararında özel yaşama saygı hakkıyla çalışma hakkı arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğuna dair prensipleri ortaya koymuştur. Buna göre çalışma yaşamına ilişkin uyuşmazlıkların özel yaşama saygı hakkı kapsamında görülebilmesi iki ihtimalde mümkündür: Bunlar (i) çalışma yaşamına yönelik müdahalenin özel yaşamla bağlantılı bir nedenden kaynaklandığı (nedene dayalı yaklaşım/reason-based approach) (ii) müdahalenin sonuçları itibarıyla özel yaşamı etkilediği (sonuca dayalı yaklaşım/consequence-based approach) durumlarıdır<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Bkz. Maris Burbergs, 'How The Right to Respect for Private and Family life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights are Born' in Eva Brems and Janneke Gerards (eds) *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2014) 525–528.

<sup>58</sup> *Brüggemann and Scheuten v Germany* App no 6959/75 (ECtHR, 19 May 1976).

<sup>59</sup> *Niemietz v Germany* App no 13710/88 (ECtHR, 16 December 1992) § 29.

<sup>60</sup> *Sidabras and Džiautas v Lithuania*, App nos 55480/00 and 59330/00 (ECtHR, 27 July 2004); *Campagnano v Italy*, App no 77955/01 (ECtHR, 23 March 2006) § 53.

<sup>61</sup> Virginia Mantouvalou, 'Work and Private Life: *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*' (2005) 30 *European Law Review* 573; Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clarev Ovey, *The European Convention on Human Rights* (7th Ed., Oxford University Press 2017) 78.

<sup>62</sup> *Denisov v Ukraine*, App no 76639/11 (ECtHR, 25 September 2018) §§ 15-18.

<sup>63</sup> *Campagnano v Italy* (n 60) § 53; *Stummer v Austria* App no 37452/02 (ECtHR, 07 July 2011) §§ 47-59.

<sup>64</sup> *Denisov v Ukraine* (n 62) § 102.

Nedene dayalı uygulanabilirlikte başvurucuların çalışma yaşamına, özel yaşamlarının bazı yönleri sebebiyle müdahale edilmektedir. Söz gelimi İHAM kararlarında başvurucuların eşcinsel olmaları nedeniyle silahlı kuvvetlerdeki işlerinden olmaları<sup>65</sup>, kılık kıyafetin hakimlik görevinin sonlandırılmasına yol açması<sup>66</sup>, evlilik dışı ilişkinin bir Katolik kilisede çalışmaya engel olması<sup>67</sup> gibi durumlar özel yaşama saygı hakkının kapsamında görülmüştür. Dolayısıyla “...özel yaşama ilişkin faktörler... belirli bir meslek için yeterlilik kriteri olarak kabul ediliyorsa, mesleki yaşam genellikle özel yaşamla iç içe geçmiştir.”<sup>68</sup>.

Sonuç temelli uygulanabilirlikteyse mesleğe kabul edilmeme, rütbe düşürme, işten çıkarma veya diğer benzer olumsuz tedbirler özel yaşama saygı hakkının çeşitli yönlerini etkilemektedir. Söz konusu yönler arasında, hak öznelerinin; (i) kişisel yaşamını dilediği gibi yaşayabilmesini ifade eden “içsel alan (inner circle)”, (ii) başkalarıyla ilişki kurma ve geliştirme fırsatları, (iii) sosyal ve mesleki itibarı yer almaktadır. Böylece özel yaşamın bu yönleri üzerinde etkili olan çalışma yaşamı müdahaleleri, 8. madde kapsamında başvuru konusu olabilmektedir<sup>69</sup>.

Öte yandan sonuç temelli yaklaşımın uygulanabilmesi için müdahalenin özel yaşam üzerindeki etkilerinin belirli bir ciddiyet eşiğine (certain threshold of severity) ulaşmış olması gerekmektedir. Mahkeme bu kapsamda, başvurucunun katlandığı külfeti ölçmek için esasen onun tedbirden önceki ve sonraki yaşantısını karşılaştırmaktadır. Ayrıca Mahkeme ciddiyet eşiğinin aşılp aşılmadığını tespit ederken başvurucunun öznel algılarını da davanın nesnel arka planıyla birlikte değerlendirmektedir. Bu analiz, tedbirin hem maddi hem de manevi etkilerini hesaba katmaktadır<sup>70</sup>.

Sözü edilen *Denisov* davasında Mahkeme, sonuca dayalı uygulanabilirlik testi çerçevesinde kabul edilemezlik sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre hâkim olan başvurucunun istinaf mahkemesi başkanlığından alınması, onun özel hayatı üzerinde ciddi bir etki doğurmamıştır. Zira başvurucunun, (i) maaşındaki azalma özel yaşamını etkileyecek kadar ciddi değildir, (ii) statüsünü kaybetse de hâlâ hâkim olduğu için çevresiyle olan ilişkisinde

<sup>65</sup> Smith and Grady v the United Kingdom App nos 33985/96 and 33986/96, (ECtHR, 27 September 1999).

<sup>66</sup> Özpinar v Turkey App no 20999/04 (ECtHR, 19 October 2010). Ayrıca bkz. Yılmaz v Turkey App no 36607/06 (ECtHR, 4 June 2019).

<sup>67</sup> Schüth v Germany App no 1620/03 (ECtHR, 23 September 2010).

<sup>68</sup> Fernández Martínez v Spain App no 56030/07, (ECtHR, 12 June 2014) § 110.

<sup>69</sup> Denisov v Ukraine (n 62) § 115. Ayrıca bkz. Polyakh v Ukraine. App nos 58812/15 and 4 others (ECtHR, 17 October 2019).

<sup>70</sup> Denisov v Ukraine (n 62) §§ 116-117; Budimir v Croatia App no 44691/14 (ECtHR, 16 December 2021) §§ 41-42.



önemli bir değişim olmamıştır ve (iii) prestij kaybetse de bu durum mesleki itibarı üzerinde ağır bir etki bırakmamıştır. Zira başkanlık, başvuruçunun temel mesleği olan hâkimliğin zorunlu bir sonucu değildir ve görevden alma işlemi başvuruçunun hâkimlik performansı ile ilgili bir değerlendirme içermemektedir<sup>71</sup>.

Yaklaşık bir yıl sonra verilen *Polyakh/Ukrayna* davasındaysa sonuç farklı olmuştur. Başvuruçular, eski rejimin izlerini silmek için kamu görevinden ihraç edilmekten yakınmıştır. Mahkemeye göre başvuruçuların diğer insanlarla olan ilişkileri ile sosyal ve mesleki itibarını etkileyen bu müdahalenin özel yaşam üzerindeki etkisi gerekli ciddiyet eşliğini aşmıştır. Zira başvuruçular tüm geçim kaynaklarını kaybetmişler, uzun yıllardır çalıştıkları kamu sektöründen tamamen dışlanmışlar, alınan tedbir ve nedenleri kamuoyuna ilan edildiği için sosyal ve mesleki açıdan damgalanmışlardır<sup>72</sup>.

Tıpkı İHAM gibi AYM de kararlarında genel olarak çalışma hakkıyla özel yaşama saygı hakkı arasındaki geçişliliği tanımaktadır. Buna karşın Mahkemenin bu konudaki tutumu nispeten gelgitli bir seyir izlemiştir. Mahkeme özellikle de bireysel başvuru mekanizmasının ilk yıllarında bazı çelişkili kararlar vermiştir. Söz gelimi *Turan Dal* davasında başvuruçucu aile hekimliği görevinin sona erdirilmesinden ve buna dair yargılamalarda yeterli usuli güvencelerden faydalanamamaktan yakınmışsa da Mahkeme kararında yalnızca Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde yer alan çalışma hakkının bireysel başvuru hakkı kapsamında yer almadığını belirtmekle yetinmiştir<sup>73</sup>. Hâlbuki yukarıda aktarılan ilkelere göre Mahkemenin sonuç temelli yaklaşımı uygulayarak müdahalenin başvuruçunun özel yaşamı üzerindeki etkisini tartması beklenirdi. Üstelik Mahkeme, başvuruçunun şikâyetlerini Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerine değil 17. maddesine dayandırmasına rağmen böyle bir sonuca ulaşmıştır.

Yine *Muzaffer Akkanat* Başvurusunda da benzer bir durum yaşanmıştır. Bu davada başvuruçucu, engelli olması nedeniyle terfi edilmemekten ve bununla ilgili bilgi edinme başvurusunda bulunmasından dolayı ayrımcılığa ve psikolojik tacize maruz kalmaktan yakınmıştır. Ne var ki Mahkeme çalışma hakkının Sözleşme'de, dolayısıyla bireysel başvuru için belirlenen ortak alanda kalmadığından bahisle konu bakımından (*ratione materiae*)

<sup>71</sup> Denisov v Ukraine (n 62) §§ 127-134.

<sup>72</sup> Polyakh v Ukraine (n 69). Ayrıca bkz. Samsin v Ukraine App no 38977/19 (ECtHR, 14 October 2021).

<sup>73</sup> AYM, Turan Dal, B. No: 2013/5964, 6/1/2016, §§ 20-23. Mahkemenin meslekte ilerleme imkânlarıyla ilgili benzer bir yaklaşım sergilediği diğer bir karar için bkz. AYM, Cem Furuncu, B. No: 2012/774, 10/12/2014, §§ 38-41. Mahkemenin çalışma yaşamı ve hakkına ilişkin kararlarını derleyen bir çalışma için bkz. Ömer Ekmekçi ve diğerleri, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar (On İki Levha Yayıncılık 2022) 81 vd.

yetkisizlik kararı vermiştir<sup>74</sup>. Oysa Mahkeme “Jura novit curia” (hâkim hukuku kendiliğinden uygular)<sup>75</sup> ilkesine uygun bir biçimde başvurunun hukuki nitelemesiyle bağlı kalmayıp kendisi niteleme yapsaydı farklı bir sonuca ulaşabilirdi. Zira daha sonra ele alınacağı üzere İHAM içtihadında psikolojik taciz ve işyerinde ayrımcılık 8. madde kapsamında ele alınabilmektedir.

Bunun gibi Mahkeme işten çıkarmayla ilgili davalarda da benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Başvurucunun uyuşturucu kullandığı gerekçesiyle işten atılmaktan yakındığı *Gökhan Günaydın* davasında Mahkeme yine yeterli bir gerekçelendirme yapmadan konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir<sup>76</sup>. Üstelik başvuru dilekçesinde kendisine isnat edilen fiiller nedeniyle artık özel sektör dâhil işe girmesinin imkânsız olmasından şikâyetçi olmuştur. Başvurucunun bu iddiası *Denisov* kararında ortaya konulan ciddiyet eşiği kriteri bakımından önemli olmasına rağmen Mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır.

Öte yandan Mahkeme diğer pek çok bireysel başvuruda İHAM’ı rol model olarak benimsemiş, hatta *Denisov* kararından yaklaşık iki yıl sonra verdiği *Tamer Mahmutoğlu* kararında bu karardaki ilkeleri Anayasal düzene ithal etmiştir. Dahası Mahkeme sonuca dayalı uygulanabilirlikle ilgili olan bu kararda, ciddiyet eşiği konusunda da İHAM’a oldukça benzer kriterler benimsemiştir. Böylece hukukçu olan başvurunun kamudaki görevinden ihraç edilmekten ve serbest avukatlıktan menedilmekten yakındığı bu davada özel yaşama saygı hakkının uygulanabilir olduğuna karar verilmiştir. Zira tedbir, başvurunun diğer insanlarla ilişki kurabilme ve geliştirebilme imkânlarını önemli ölçüde kısıtlamış ve sosyal ve mesleki itibarına ciddi etkilerde bulunmuştur<sup>77</sup>.

### III. MÜDAHALE BİÇİMLERİ

Bir önceki başlıkta, özel yaşama saygı hakkı-çalışma hakkı ilişkisi, kapsam sorunuyla bağlantılı olarak ortaya konuldu. İki hak arasındaki ilişki bağlamında ortaya çıkan diğer bir soru işaretiyse bunların pratikte hangi somut durumlarda örtüştüğü ve mahkemelerin bu kapsamda nasıl bir yaklaşım sergilediğidir. Mevcut kısımda söz konusu soru işaretleri; işe/mesleğe kabul edilmeme, çalışma koşulları ve işten çıkarılma başlıkları etrafında incelenecektir. Böylece

<sup>74</sup> AYM, Muzaffer Akkanat, B. No: 2013/2339, 7/5/2015, § 33.

<sup>75</sup> Bu ilkenin sosyal hakların dolaylı olarak korunması bakımından anlamı için bkz. Şirin (n 21) 357–359.

<sup>76</sup> AYM, Gökhan Günaydın (n 29) §§ 29-32. Benzer yönde bkz. AYM, Nesrin Kılıç (n 31).

<sup>77</sup> AYM, Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020. Benzer yönde bazı kararlar için bkz. AYM, C.A. (3), [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020, §§ 68-72; Ayla Demir İşat [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020, §§ 99 vd. Üstelik Mahkeme bazen sebep temelli yaklaşımla sonuç temelli yaklaşımı birlikte uygulamaktadır. Bkz. AYM, C.A. (3) (n 77) §§ 90-101.

çalışma yaşamıyla özel yaşam arasındaki kesişim alanları ve buna dair genel sorunlar ele alınmış olacaktır.

### A. İşe/Mesleğe Kabul Edilmeme

Daha önce temas edildiği üzere özgürce seçilen bir işte istihdam edilebilmek, çalışma hakkının önemli yönlerinden birini teşkil eder. Buna karşın devletlerin kamu hizmeti ve özel sektördeki istihdam politikasını ve koşullarını belirleme konusunda önemli meşru menfaatleri vardır. Bu nedenle İHAM, Sözleşme'nin kural olarak bu alana doğrudan müdahil olmadığını belirtmektedir<sup>78</sup>. Buna karşın Mahkeme, iş edinme engellerini özel yaşamı ilgilendirdiği müddetçe Sözleşme kapsamında ele alabilmektedir. Mahkeme, istihdamı engelleyen tedbirin özel yaşamı ilgilendiren faktörlerden kaynaklandığı<sup>79</sup> veya hak öznelerinin “dış dünyayla ilişki kurma yeteneklerini önemli ölçüde...” etkilediği ve “geçimlerini sağlama açısından ciddi zorluklar...” yarattığı, dolayısıyla “...özel hayatlarından yararlanmaları üzerinde bariz yansımaları...” olduğu durumlarda 8. maddenin uygulanabilir olduğuna karar vermektedir<sup>80</sup>.

Bu durumlardan biri, hüküm giyen hak öznelerinin bazı sektörlerde ve işlerde çalışamamasıyla ilgilidir. İHAM'a göre bu tip önlemler, meşru bir nedene dayandığı ve ölçülü olduğu müddetçe ilkesel olarak Sözleşme ile uyumludur<sup>81</sup>. Ancak bunun için mahkumiyetin niteliğiyle işin/mesleğin gerekleri arasında uyumsuzluk olması ve bunun açıkça ortaya konulması gerekir. Örneğin, Yehova Şahidi olduğu için askerlik yapmayı reddeden başvurusunun bu sebeple aldığı cezanın kamu hizmetine girişini engellemesi, ihlale yol açmıştır<sup>82</sup>. Diğer bir karardaysa Mahkeme, adalet sisteminde çalışmanın gerektirdiği dürüstlük, itibar, yargının adil işleyişine saygılı olma gibi erdemlerden söz ettikten sonra, görevi kötüye kullanma suçu işleyen eski bir polis müfettişinin avukatlık yapmaktan menedilmesini ölçülü bir müdahale olarak görmüştür<sup>83</sup>.

Mesleki yaşama erişimle ilgili diğer bir sorun, arındırma (lustration) tedbirleriyle ilgilidir<sup>84</sup>. Bu konuda çığır açıcı olan *Sidabras ve Dziautas* davasında başvuruçular, Sovyet

<sup>78</sup> *Sidabras and Dziautas v Lithuania* (n 60) § 52.

<sup>79</sup> *Fernández Martínez v Spain* (n 68) § 110.

<sup>80</sup> *Sidabras and Dziautas v Lithuania* (n 60) §§ 47-50.

<sup>81</sup> *Jankauskas v Lithuania* (no. 2) App no 50446/09 (ECtHR, 27 June 2017) § 76.

<sup>82</sup> *Thlimmenos v Greece* (n 34).

<sup>83</sup> *Jankauskas v Lithuania* (no. 2) (n 81) §§ 77-63.

<sup>84</sup> Arındırma, önceki rejimdeki ağır suçların parçası olan kamu görevlilerinin, görevlerini demokrasi ve hukukun üstünlüğüne uygun bir biçimde yerine getiremeyeceği gerekçesiyle kamu görevinden ve bu nitelikteki bazı özel işlerden yasaklanmasını ifade eder. Bkz. Ahmet Mert Duygun, 'Yeniden Birleşme (Wiedervereinigung)

döneminde Devlet Güvenlik Komitesinde (KGB) çalışmaları için kamu hizmetine ve bazı özel işlere girememekten yakınmıştır. İHAM öncelikle arındırma işleminin, çalışma hayatı, hayatını kazanma olanakları ve kişinin itibarı üzerindeki ağır etkiler bıraktığını tespit etmiştir. Bununla da bağlantılı olarak Mahkeme, taraf devletin, ulusal güvenliği koruma meşru amacıyla başvuruçuların çalışma yaşamı arasında adil bir denge kuramadığını, zira özellikle de özel sektör için getirilen çalışma yasaklarının bu amaçla uyumsuz olduğunu, ilgili mevzuatın hangi iş ve görevleri yasakladığını açıkça ortaya koyamadığını, tedbirin Litvanya'nın bağımsız olmasından 10 yıl sonra alınmasının meşru amacın inandırıcılığını azalttığını ve bu konudaki keyfiliği önleyici güvencelerin yetersiz olduğunu belirtmiştir<sup>85</sup>. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki tıpkı bu davada olduğu gibi çalışma yaşamıyla ilgili davalarda genel olarak, usuli güvencelerin sağlanmaması veya hak öznelerinin menfaatlerini dikkate alan adil bir yargısal analizin yapılmaması Mahkemenin değerlendirmesinde önemli bir yer tutmaktadır<sup>86</sup>.

8. madde kapsamında istihdamla ilgili olarak beliren diğer bir sorun, bazı mesleklere girişte hak öznelerinin özel yaşamına dair verilerin elde edilmesi ve değerlendirmeye konu edilmesidir. Mahkemeye göre özellikle de ulusal güvenlik gibi çalışanların güvenilir olmasını gerektiren bazı sektörler bakımından bu tür tedbirlerin alınması, ilkesel olarak 8. maddeye uygundur. Ancak bunun için keyfiliği önleyici mekanizmaların öngörülmesi gerekmektedir. Dahası bu tür tedbirlerin işin niteliği bakımından gerekli olması ve bunun açıkça ortaya konulması beklenmektedir. Örneğin başvuruçunun evdeki davranış biçimi ile eşinin peçe takıyor olması nedenleriyle yurtdışındaki bir eğitim kurumuna atanamaması, kamu yararı ve eğitim-öğretim hizmetlerinin gerekleriyle ilgisiz görülmüştür<sup>87</sup>.

İstihdam-özel yaşam ilişkisi çerçevesinde sıklıkla rastlanan diğer bir mesele de -özellikle cinsiyet temelli formu başta olmak üzere- ayrımcılıktır<sup>88</sup>. Devlet, kamu sektöründeki ve özel sektördeki çalışma ilişkilerinde ayrımcılığı önlemekle yükümlüdür. Bu çerçevede Mahkemenin ihlal kararına ulaştığı pek çok dava vardır. Bunlar arasında Türkiye aleyhine açılan üç davada kadın olan başvuruçular, cinsiyetlerinden dolayı güvenlik görevlisi olamamaktan yakınmıştır.

---

Sonrasında Demokratik Almanya Cumhuriyeti'ndeki Kamu Görevlilerinin Arındırılmasının (Lustration) İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi' (2022) 4(1) TAÜHFD 27, 28-29.

<sup>85</sup> Sidabras and Džiautas v Lithuania (n 60). Kararı etraflıca ele alan bir çalışma için bkz. Mantouvalou (n 61).

<sup>86</sup> Travaš v Croatia App no 75581/13 (ECtHR, 4 October 2016) §§ 108-113; Fernández Martínez v Spain (n 68) §§ 147-151; Şermin Birtane, 'Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi, Anayasa Yargısı Dergisi, (2021) 38(2) Anayasa Yargısı Dergisi 89-90.

<sup>87</sup> Yılmaz v Turkey (n 66) § 47.

<sup>88</sup> Çalışma yaşamında ayrımcılığı konu edinen güncel bir eser için bkz. Jo Carby Hall, Zbigniew Goral ve Aneta Tyc (eds), *Discrimination and Employment Law: International Legal Perspectives* (Routledge 2023).

Mahkemeye göre bu işin fiziksel güç, gece vardiyalarında çalışma ve ateşli silah kullanma becerisi gerektiriyor olması, muamele farklılığını tek başına haklı çıkarmamaktadır<sup>89</sup>. Zira cinsiyet ayrımcılığı ancak çok ağır gerekçelerle (very weighty reasons) haklılaştırılabilir ve taraf devletlerin bu konudaki takdir alanı oldukça dardır<sup>90</sup>.

## B. Çalışma Koşulları

Çalışma yaşamı, pek çok insanın hayatında oldukça geniş bir yer işgal etmektedir. Bu nedenle, insan hakları ve bunlar arasındaki özel yaşama saygı hakkı, ancak çalışma yaşamına teşmil edildiğinde öznelerini gerçek anlamda özgür kılabilir. Çalışma yaşamında özel yaşam, işin mahiyetiyle, iş yeri kurallarıyla ve işverene karşı sadakat yükümlülüğüyle kayıtlı olsa da kural olarak tüm çalışanlar tıpkı diğer hak özneleri gibi özel yaşama saygı hakkından yararlanırlar.

Çalışma koşullarıyla ilgili İHAM'ın önüne gelen meselelerden biri, fiziksel ve zihinsel bütünlüğün zarar görmesidir. Örneğin fiziksel bütünlükle ilgili *Madsen/Denmark* davasında başvuru, uyuşturucu kullanımını engellemek için yapılan rutin idrar testlerinden yakınmıştır. Çalışanın fiziksel bütünlük hakkıyla işverenin ekonomik hakları arasındaki dengeleme testinde Mahkeme, işin mahiyetini, testin seyrek bir biçimde yapılıyor olmasını ve yalnızca son 48 saatteki uyuşturucu kullanımlarını gösteriyor olmasını dikkate alarak işverenin güvenliği sağlama amacına öncelik tanımıştır<sup>91</sup>. Dolayısıyla fiziksel bütünlüğü etkileyen bu tür tedbirler, işin mahiyetiyle uyumlu meşru nedenlere dayanması ve ölçülü olması hâlinde Sözleşme ile uyumludur<sup>92</sup>. Ayrıca bu konuda da usuli güvencelere riayet edilmelidir. İHAM, taraf devletlerin, çalışanların maruz kalabileceği fiziksel bütünlük ve sağlık riskleriyle ilgili erişilebilir ve etkili bir yargısal prosedür oluşturma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamaktadır<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> Hülya Ebru Demirel v Turkey App no 30733/08 (ECtHR, 19 July 2018); Can v Turkey App no 2437/08 (ECtHR, 25 September 2018); Emel Boyraz v Turkey App no 61960/08 (ECtHR, 2 December 2014).

<sup>90</sup> Ibid, 51.

<sup>91</sup> Madsen v Denmark App no 58341/00 (ECtHR, 07 November 2002). Pandemi sürecinde çalışanların aşı zorunluluğuyla ilgili hükümete tebliğ edilmiş bir başvuru için bkz. Pasquelli and Others v San Marino (communicated case) App no 24622/22 (ECtHR, 12 December 2022).

<sup>92</sup> Mahkemenin bu yaklaşımı ilgili ILO Sözleşmesi'nin lafzıyla uyum göstermektedir. (ILO, 'Management of Alcohol- and Drug-Related Issues in the Workplace' (1996) <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107799.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107799.pdf)> erişim 11 Nisan 2023.).

<sup>93</sup> Roche v the United Kingdom App no 32555/96 (ECtHR, 19 October 2005) §§ 162, 166-167; Brincat and Others v Malta App no 60908/11 (ECtHR, 24 July 2014) §§ 102 vd.

Çalışma yaşamında zihinsel bütünlük hakkıysa çoğunlukla psikolojik tacizle (mobbing) bağlantılı olarak gündeme gelmiştir. ILO, ASS, ESKHS gibi belgelerin rehberliğinden yararlanan AYM, İHAM'dan aldığı ilhamla iş yerindeki rahatsız edici muamelenin psikolojik taciz oluşturması için gerekli koşulları ortaya koymuştur<sup>94</sup>. Bunun için tacizin, (i) işle/iş yeriyle ilgili olarak yöneticiler veya çalışanlar tarafından yapılması veya bu tür müdahalelere göz yumulması, (ii) kasıtlı ve keyfi olup yıldırma ve dışlama amacı taşıması, süreklilik arz etmesi, (iii) muhatabının kişiliği, mesleki yaşamı veya sağlığı üzerinde etkili olması ya da bu etkileri yaratma potansiyeline sahip olması gerekir<sup>95</sup>. Ayrıca bu değerlendirmede mağdurun hassasiyet derecesi ve somut olayın koşulları önemlidir<sup>96</sup>. Bu kapsamda başvurusunun iş yerinde hakarete uğramaktan ve görev yerinin değiştirilmesinden yakındığı *Mehmet Bayrakçı* davasında Mahkeme psikolojik tacizin koşullarının oluşmadığına karar vermiştir. Zira Mahkemeye göre bir kısmı kamu görevinin doğasından kaynaklanan bu eylemler, başvurusunun kişiliği ve mesleki hayatında zarar oluşturacak bir sonuca yol açmamış ve yetkili makamlar hakaret iddialarıyla ilgili soruşturma başlatarak gerekli tedbirleri almıştır<sup>97</sup>.

Devletin psikolojik tacizle ilgili temel ödevleri; tacizi önlemek için yeterince tedbir almak, taciz iddialarını incelemek için denetim mekanizmaları oluşturmak, hassas kategoriler için çalışma koşullarını iyileştirici özel tedbirler almak, uyuşmazlıkların giderimi ve telafi için yeterli usuli güvenceler içeren yasal ve yargısal zemini öngörmektir<sup>98</sup>. Kamu sektöründe çalışan başvurusunun haksız soruşturma ve tayinler ile hakaret ve tehditten yakındığı *Ebru Bilgin* davasında başvurusunun sağlığıyla bağlantılı kırılğan konumunu da dikkate alan AYM, yetkili makamların gerekli önlemleri almaması, iddialar karşısında etkili bir soruşturma yapılmaması ve yargılamada ilgili ve yeterli gerekçe üretilmemesini dikkate alarak ihlal sonucuna ulaşmıştır<sup>99</sup>. İHAM'ın *C./Romanya* kararındaysa başvurusunun iş yerinde cinsel tacize

<sup>94</sup> Mahkeme bu çerçevede Anayasa'yı bütünsel bir şekilde yorumlamıştır: "Anayasa'nın 17. maddesi 'Devletin temel amaç ve görevleri' kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülük, 49. ve 56. maddelerdeki özel yükümlülüklerle birlikte yorumlandığında devletin; gerek kamu ve gerekse özel kesimlerdeki işyerlerinde insan onurunun korunması, tüm çalışanlara ayrımcılık yapılmaksızın muamelede bulunulması, çalışma huzuru ve barışının sağlanması için gerekli politikaları belirlemek, düzenleme ve denetleme tedbirlerini almak şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunduğu sonucuna ulaşmaktadır." (AYM, Hüdayi Ercoşkun, B. No: 2013/6235, 10/3/2016, § 93.).

<sup>95</sup> AYM, Mehmet Bayrakçı, B. No: 2014/8715, 5/4/2018, § 69; AYM, Ebru Bilgin [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018, § 80.

<sup>96</sup> AYM, Mehmet Bayrakçı (n 95) 70; Ali Kozan ve diğerleri, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi* (Epamat 2023) 156.

<sup>97</sup> AYM, Mehmet Bayrakçı (n 95) § 79.

<sup>98</sup> Ibid, § 71; AYM, Ebru Bilgin (n 95) § 82.

<sup>99</sup> Ibid, §§ 84 vd. Paralel yönlü bir İHAM kararı için bkz. Špadijer v Montenegro App no 31549/18 (ECtHR, 09 November 2021).

uğradığına dair iddialarının etkili bir biçimde soruşturulmaması aynı sonuca yol açmıştır. Dolayısıyla psikolojik taciz iddialarında genellikle meselenin usuli yönü ön plana çıkmaktadır<sup>100</sup>.

Çalışma yaşamındaki mahremiyet hakkı sorunları da sıklıkla bireysel başvuru konusu olmaktadır<sup>101</sup>. İHAM'a göre, iş yerinin ve çalışanın gözetimi, öngörülebilir olmalı; çalışanlar gözetimin varlığı, yöntemi, amacı ve süresi hakkında bilgilendirilmeli; ayrıca gözetim ölçülü olmalı ve keyfiliğe karşı yeterli güvenceler sağlanmalıdır. Ancak bu şartlara uygun bir biçimde gerçekleştirildiğinde işyeri gözetimi, Sözleşme'ye uygun olabilir.<sup>102</sup> Zira kamuya açık bir alan olsa bile kural olarak çalışanların iş yerinde "makul bir mahremiyet beklentisi" vardır<sup>103</sup>. Bu nedenle mahkemeler gözetimle ilgili sorunları ele alırken "...bir yandan başvuru sahiplerinin özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı, diğer yandan da işverenlerin, özellikle disiplin yetkisini kullanarak, mallarının korunmasını ve şirketinin sorunsuz çalışmasını sağlama imkânı olmak üzere, birbiriyle çatışan iki menfaat arasında adil bir denge..." kurmalıdır<sup>104</sup>. Bu kapsamda başvuru sahibinin iş yerindeki telefon görüşmelerinin, kariyer ilerlemesinde değerlendirmek üzere öngörülemez bir biçimde denetlenmesi ihlale sonuçlanmıştır<sup>105</sup>.

Çalışma yaşamı-mahremiyet hakkı örtüşmesini konu edinen diğer bir konuya kişisel verilerin korunmasıdır. AYM'nin karara bağladığı *Ramazan Şahin* davasında başvuru sahibi belediye işinde parmak izi tarama sistemiyle mesai takibi yapılmasından yakınmıştır. Müdahalenin yasal dayanağının olmamasını dikkate alan Mahkeme, kişisel verilerin yalnızca rızayla veya kanunda yazılı hâllerde işlenebileceğine dair Anayasal hükmü (m. 20/3) hatırlatarak ihlal sonucuna ulaşmıştır<sup>106</sup>.

Son olarak iş yaşamında ayrımcılık yasağından söz etmek gerekir. Yakın tarihli ve cinsiyet ayrımcılığıyla bağlantılı *Ayca Yılmaz Gülseven* davasında başvuru sahibi, doğum izninin

<sup>100</sup> Diğer bazı kararlar için bkz. AYM, Şehnaz Ayhan, B. No: 2013/6229, 15/4/2014; Hacer Kahraman, B. No: 2013/7935, 20/4/2016; Türkan Aydoğmuş, B. No: 2018/19000, 12/1/2022; Ali Galip Baltaoğlu (2), B. No: 2015/1108, 18/7/2018; Zülküf Kılıç, B. No: 2018/27032, 14/9/2022.

<sup>101</sup> European Court of Human Rights, 'Factsheet – Surveillance at workplace' (2022) <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Workplace\\_surveillance\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Workplace_surveillance_ENG)> erişim 23 Temmuz 2024.

<sup>102</sup> López Ribalda and Others v Spain, App nos 1874/13 and 8567/13 (ECtHR, 17 October 2019) § 116.

<sup>103</sup> Halford v the United Kingdom App no 20605/92 (ECtHR, 25 June 1997) § 45. "Makul mahremiyet beklentisi" öğretisinin anlamı ve kökenleri için bkz. Sjaak Nouwt and Brend R Vries, 'Introduction' in Sjaak Nouwt, Brend R Vries ve Corien Prins (eds), *Reasonable Expectations of Privacy? Eleven country Reports on Camera Surveillance and Workplace Privacy* (Cambridge University Press 2005).

<sup>104</sup> López Ribalda and Others v Spain (n 102) § 118.

<sup>105</sup> Halford v the United Kingdom (n 103) §§ 42-46.

<sup>106</sup> AYM, Ramazan Şahin [GK], B. No: 2018/11988, 10/3/2022.

ardından iş yerindeki eski pozisyonuna dönememekten yakınmıştır. Mahkeme, “...müdahalenin başvuruçunun mesleki faaliyetlerinin aksamasına, sosyal çevresiyle olan ilişkilerine ve itibarına olumsuz şekilde etki ettiği, bu etkinin ciddi olduğu ve belirli bir ağırlık düzeyine ulaştığı...” sonucuna vararak özel yaşama saygı hakkını başvuruya uygulanabilir bulmuştur<sup>107</sup>. Mahkeme titiz bir incelemeyle aynı pozisyondaki diğer erkek çalışanın askerlik izni dönüşünde bulunduğu pozisyona dönebilmesine karşın başvuruçunun dönememesini ayrımcılık olarak nitelemiştir. Esas incelemesindeyse yeni işin, statü ve maaş bakımından eskisine nazaran oldukça dezavantajlı olmasını, başvuruçunun bu nedenle işi bırakmak zorunda kalmasını ve başvuruçunun durumunu gözeten farklı alternatiflerin değerlendirilmemesini dikkate alarak ihlal sonucuna ulaşmıştır<sup>108</sup>.

Öte yandan bazı durumlarda cinsiyet ve hamilelik temelli farklı muamele haklı bulunabilmektedir. *Napotnik/Romanya* davasında Başvuruçucu, hamileliğinden dolayı yurtdışındaki konsolosluk görevinden geri çağrılmaktan şikâyetçidir. Başvuruçunun hamilelik döneminde alacağı sağlık randevuları ve doğum iznini hesaba katan İHAM, bu durumun yurt dışında konsolosluga ihtiyaç duyan vatandaşlar bakımından ağır bir külfet doğurabileceğini vurgulayarak müdahaleyi ölçülü bulmuştur<sup>109</sup>.

Çalışma koşulları bakımından farklı muameleyi konu edinen *Burcu Reis* davasıysa başvuruçucu lehine sonuçlanmıştır. Başvuruçucu esasen İş Kanunu’nda çalışan kadınlar için öngörülen kreş imkânının kendisinin de aralarında bulunduğu bazı çalışanlara sağlanmamasından şikâyet etmiştir. Mahkeme, İHAM içtihadından esinle, Anayasa ve Sözleşme’nin bu tür bir sosyal yardım sağlama ödevi doğurmadığını ancak taraf devletin gönüllü olarak üstlenmesi hâlinde yardımın özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve onunla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağına uygun bir biçimde yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>110</sup>. Ancak somut olayda çalışma yaşamındaki farklı muamelenin makul ve nesnel bir nedene dayanmadığını, dolayısıyla taraf devletin bu yükümlülüğe aykırı davrandığını tespit etmiştir<sup>111</sup>.

### C. İşten Çıkarılma

İşten çıkarma şüphesiz çalışma hakkına yönelik en ağır müdahalelerden biridir. Ancak çalışma hakkının gerektiğinde işverenin mülkiyet, teşebbüs, iş yeri yönetimi gibi bazı hak ve

<sup>107</sup> AYM, Ayca Yılmaz Gülseven, B. No: 2019/11085, 19/10/2023, § 45.

<sup>108</sup> Ibid, §§ 62 vd.

<sup>109</sup> *Napotnik v Romania* App no 33139/13 (ECtHR, 20 November 2020) §§ 76-87.

<sup>110</sup> AYM, Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28/12/2021 §§ 27-29, 36.

<sup>111</sup> Ibid, §§ 66-69.



menfaatleriyle kayıtlanabildiğini hatırlatmak gerekir<sup>112</sup>. Bu nedenle iş ve çalışma hukuku, çalışma hakkıyla anılan diğer hak ve menfaatleri adil bir şekilde dengeleyecek şekilde dizayn edilmelidir. Nitekim ASS'nin "iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı" başlıklı 24. maddesine göre:

"Âkit Taraflar, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda işçilerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; a- tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını; b- iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı taahhüt ederler. Bu amaçla Âkit Taraflar, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı; taahhüt ederler."

Taraf devletlerin bu yükümlülük kapsamındaki ihmalleri bazı durumlarda özel yaşama saygı hakkını da ilgilendirebilmektedir<sup>113</sup>. Bu kapsamda bireysel başvuruya konu edilen işten çıkarılma sorunlarının önemli bir bölümü mahremiyet sorunlarıyla ve iletişimin denetlenmesiyle ilgilidir<sup>114</sup>. Daha önce de söz edildiği üzere, İHAM'a göre iş yaşamında gözetim; öngörülebilir olması, özel yaşam üzerindeki etkilerinin ölçülü olması, çalışanların gözetimin detayları hakkında bilgilendirilmiş olması ve keyfiliğe karşı yeterli güvencelerin öngörülmesiyle Sözleşme'ye uygun olabilir<sup>115</sup>. İşten çıkarma, iş yaşamında uygulanan gözetim tedbirlerinin neden olduğu en ağır müdahale biçimidir. Buna karşılık anılan koşullara uyulduğunda bu ağır müdahale Sözleşme ve Anayasa'ya uygun hâle gelmektedir. İHAM önünde karara bağlanan *Libert/Fransa* davasında başvuru, iş bilgisayarında bulunan porno arşivinden dolayı Fransız Ulusal Demiryolu Şirketindeki işinden çıkarılmaktan yakınmıştır. Başvurucuya göre denetim yapılırken, kişisel dosyaların açılmasında çalışanın da hazır bulunması gerektiğine dair usulü güvenceye uyulmamıştır. Ancak İHAM, söz konusu dosyayı "kişisel dosya" statüsünde görmeyen yerel mahkemelerin iç hukuku yorumlamadaki otoritesinin sorgulayamayacağını ve başvuruçunun büyük boyutlu bir arşiv yaparak iş bilgisayarının yalnızca istisnai durumlarda kişisel amaçlarla kullanılabileceğine dair şirket

<sup>112</sup> Robin Allen ve Rachel Crasnow, *Employment Law & Human Rights* (Oxford University Press 2002), 106.

<sup>113</sup> Hilal Yazıcı, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı' (2021) 38(2) *Anayasa Yargısı Dergisi* 99.

<sup>114</sup> Çalışma hakkı-mahremiyet hakkı ilişkisini detaylıca ele alan bir çalışma için bkz. Elena Sychenko, 'The European Convention on Human Rights as a Tool of Protection of Individual Labour Rights' (Universita degli studi di Catania 2016) 105 vd.

<sup>115</sup> López Ribalda and Others v Spain (n 102) § 116.

kurallarını ihlal ettiğini belirterek müdahalenin Sözleşme'ye uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>116</sup>.

Bu kapsamdaki diğer bir önemli sorun iletişimin denetlenmesidir. Bu bağlamda İHAM'ın *Barbulescu/Romanya* kararı köşe taşı niteliğindedir. Başvurucunun iş yerine ait mesajlaşma hesabındaki özel yazışmalarının okunması sonucu işten çıkarılmaktan yakındığı bu davada İHAM, iş yerindeki disiplin politikaları bakımından Avrupa'da bir konsensüs olmadığını, bu nedenle taraf devletlerin bu konudaki takdir marjının geniş olduğunu belirtmişse de derece mahkemelerinin; başvurucunun denetim konusunda bilgilendirilmemesini, işten çıkarma tedbirinin ağırlığını ve başvurucu üzerindeki etkisini, daha hafif bir yolun var olup olmadığını değerlendirmeyerek sorumluluğunu ihmal ettiğine karar vermiştir<sup>117</sup>.

İHAM'ın bu kararda ortaya koyduğu ilkeler<sup>118</sup>, AYM'ye de ilham olmuştur. Mahkemenin *E.Ü.* kararında ortaya koyduğu bu ilkelere göre, (i) tedbir işle veya iş yeri düzeniyle ilgili olmalı, (ii) iletişim araçlarının kullanım ve denetimi konusunda önceden tam ve açık bilgilendirme yapılmalı, (iii) tedbir çalışanların makul mahremiyet beklentisine aykırı olmamalı, (iv) denetim hukuka uygun biçimde gerçekleştirilmeli, (v) denetimin işin ve iş yerinin işleyişiyle olan bağı açıkça ortaya konmalı, (vi) daha hafif tedbirler değerlendirilmeli ve (vii) tedbirin çalışanlar üzerinde yarattığı etki ölçüsüz olmamalıdır<sup>119</sup>. Diğer bir ifadeyle derece mahkemeleri iletişimin denetlenmesi sonucu iş akdinin sonlandırılmasına ilişkin davalarda bu kriterleri gözetmelidir.

Esas değerlendirmesinde anılan ilkeleri tatbik eden Mahkeme, iletişimin denetlenmesinin iş yeri ve işin işleyişi bakımından gerekliliği konusunda tatmin edici açıklamaların yapılmamış olmasını ve çalışanların önceden bilgilendirilmemiş olmasını dikkate alarak ihlal sonucuna ulaşmıştır<sup>120</sup>. Pek çok davada tekrarlanan bu yaklaşım<sup>121</sup>, özel yaşama ve haberleşmeye saygı haklarının çalışma yaşamındaki yatay etkisini ortaya koymakta ve hakkın işveren tarafından temin edilen iletişim araçları için de geçerli olduğunu göstermektedir. Diğer yandan, kamu görevlilerinin bu bağlamda özel hukuk sözleşmeleriyle çalışanlara nazaran daha sıkı kurallara

<sup>116</sup> *Libert v France* App no 588/13 (ECtHR, 22/02/2018). Benzer bir sonuç için bkz. *López Ribalda and Others v Spain* (n 102).

<sup>117</sup> *Bărbulescu v Romania* App no 61496/08 (ECtHR, 05/09/2017) § 121.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> AYM, E.Ü. [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020, §§ 71 vd.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Örneğin bkz. AYM, A.A.Y., B. No: 2016/13011, 29/9/2020; Samet Ayyıldız, B. No: 2018/34548, 28/12/2021, §§ 36.

tabi olduğunu belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, kamusal makamlar, özellikle de güvenlik hizmeti gibi alanlar başta olmak üzere personel rejiminin belirlenmesi konusunda geniş bir marja sahiptir<sup>122</sup>.

Kişisel özerklik ve kimlik hakkı da zaman zaman işten çıkarmalarla bağlantılı olarak şikâyet konusu olmaktadır. İHAM'ın verdiği *Travaš/Hrvatistan* kararında başvuru, Katolik kilisenin normlarına aykırı bir biçimde evlendiği gerekçesiyle din öğretmeni görevinin sonlanmasından yakınmıştır. Mahkeme, başvuru, işe başlamadan önce Katolik kilisenin kurallarını biliyor olmasını, fesih sırasında kendisine başka bir iş verilip verilemeyeceğinin değerlendirilmiş olmasını, başvurucuya işsizlik ücreti ve tazminat talep etme hakkının tanınmış olmasını ve başvuru, yargısal yollardan etkili bir biçimde yararlanabilmesini dikkate alarak ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>123</sup>.

AYM'nin *Esra Ünlü* davasındaysa çalışanlar arasındaki gönül ilişkisi başvuru konusu olmuştur. Mahremiyet hakkıyla kişisel özerklik hakkını aynı anda ilgilendiren bu davada başvuru, iş yerinde iletişimin denetlenmesi sonucu evli olan ve üst konumunda bulunan iş arkadaşıyla arasındaki ilişkinin ortaya çıkarılmasından ve bunun sonucunda ahlaka aykırı ilişki yaşadığı gerekçesiyle işten çıkarılmaktan yakınmıştır. Mahkeme ihlal kararında esas itibarıyla tedbire yol açan ilişkinin iş yeri ve işin yürütülmesiyle olan ilgisinin açıklanamamasını dikkate almıştır. Mahkeme bu değerlendirmede ilişkinin iş yerinde başvuru veya partneri tarafından alenileştirilmemiş olmasına ve fesih tarihinden önce sona ermiş olmasına önem atfetmiştir<sup>124</sup>. Böylece somut vakada "... iş akdinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği hususunun işveren tarafından ortaya konulmadığı anlaşılmıştır."<sup>125</sup>.

*Mile Novaković/Hrvatistan* davasındaysa öğretmen olan başvuru, bir teftiş sonucunda iş yerinde Sırpça kullanıyor olması ve yaşının da etkisiyle eğitim dilini görevinin gereklerine uyarlayamaması gerekçesiyle 29 yıl çalıştığı işinden çıkarılmaktan şikâyet etmiştir. Mahkeme teftişin yalnızca Sırpça konuşanlara yönelik yapılmasını, başvurucuya alternatif bir seçenek sunulmamış olmasını ve başvuru, iç hukuktaki güvencelerden etkili biçimde yararlanamamasını dikkate alarak özel yaşama saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Nitekim iç hukuktaki güvencelere göre mesleki

<sup>122</sup> AYM, Namet Sevinç, B. No: 2015/9155, 10/1/2019, § 47 vd; Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, §§ 112-117.

<sup>123</sup> *Travaš v Croatia* (n 86). Ayrıca bkz. *Fernández Martínez v Spain* (n 68); *Schüth v Germany* (n 67).

<sup>124</sup> AYM, *Esra Ünlü*, B. No: 2018/4144, 25/2/2021, §§ 43-44.

<sup>125</sup> *Ibid*, § 43. Benzer yönde bkz. AYM, H.Ç., B. No: 2017/14907, 30/9/2020.

eksikliklerden dolayı işten çıkarılan başvurucuya önce eksikliklerini gidermesi için süre tanınması, bunun başarısız olması durumundaysa başka bir iş önerilmesi gerekmektedir<sup>126</sup>.

Yine işten çıkarma nedeninin farklı muameleye dayandığı diğer pek çok mesele şikâyet konusu olmuştur. Cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim bu konudaki ayrımcılık temellerinin başında gelir. Bu bağlamda AYM'nin *Ayla (Şenses) Kara* davasında, İHAM'dan esinle yaptığı tespitler önemlidir:

“Sadece cinsiyete dayalı olarak işten çıkarılma; kişinin kimliği, öz algılama, öz saygısı, sonuç olarak özel hayatı üzerinde olumsuz etkilere neden olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bireyin sadece cinsiyetine dayanılarak işten çıkarılmasının, kendisinin ve aile hayatının maddi refahında hissedilir sonuçlara yol açabileceği, bu nedenle ‘yakın çevresini’, profesyonel düzeydekiler de dâhil olmak üzere diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetisini etkileyeceğini belirterek özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir”<sup>127</sup>.

Cinsel yöneliminden dolayı işten çıkarma tedbiri, İHAM önündeki pek çok kararda kişisel kimlik hakkı ve ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak ihlalle sonuçlanmıştır<sup>128</sup>. Ne var ki AYM, *Z.A.* kararında farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Eşcinsel kimliği alenileştiği için öğretmenlik görevinden alınan başvurucu, af kanunu kapsamındaki yeniden atama talebinin yine aynı nedenden ötürü reddedilmesinden yakınmıştır. Mahkeme, devletin kamu personeli ve özellikle de öğretmenlerin istihdamı gibi sıkı disipline tabi personel rejiminde geniş bir takdir marjından yararlanmasını ve başvurucunun öğretmen olduğunda, ilkokul çağındaki öğrencilere ders verecek olmasını dikkate alarak ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>129</sup>. Bu çerçevede Mahkeme ulaştığı sonucu haklılaştırmak için “çocukların üstün yararını korumak” gibi itiraz edilmesi oldukça güç bir kamu yararına dayanmıştır. Ne var ki Mahkeme, öğretmenin eşcinsel olmasının çocukların üstün yararını nasıl olumsuz etkileyeceğini açıklamamış, bu ifade retorikten ibaret kamıştır. Ayrıca karşı oyda da belirtildiği üzere Mahkeme, gerçekliği şüpheli olgularla kamu yararını kanıtlama konusuna odaklanmış<sup>130</sup> ve müdahalenin başvurucu üzerindeki etkilerini neredeyse hiç önemsememiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, uğradığı ayrımcı muamelenin başvurucunun üzerinde doğurduğu ağır külfeti gerektiği gibi hesaba katmamıştır. Oysa daha

<sup>126</sup> Mile Novaković v Croatia App no 73544/14 (ECtHR, 17 December 2020).

<sup>127</sup> AYM, *Ayla (Şenses) Kara*, B. No: 2013/7063, 5/11/2015, § 34.

<sup>128</sup> Örneğin; Perkins and R. v the United Kingdom App nos 43208/98 and 44875/98 (ECtHR, 22 October 2002); Lustig-Prean and Beckett v the United Kingdom App nos 31417/96 and 32377/96 (ECtHR, 27 September 1999); Smith and Grady v the United Kingdom (n 65).

<sup>129</sup> AYM, *Z.A.* [GK], B. No: 2013/2928, 18/10/2017, §§ 68 vd.

<sup>130</sup> Ibid, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı, §§ 40 vd.

önce de vurgulandığı üzere cinsiyet ve cinsel yönelim gibi bireyin kimliği bakımından hassas ve önemli temellere dayalı ayrımcı muameleler ancak çok ağır gerekçelerle haklılaştırılabilir<sup>131</sup>.

Öte yandan başvurucuların HIV pozitif olmaları nedeniyle iş yaşamında ayrımcılığa<sup>132</sup> uğramaktan yakındığı davalarda sonuç farklı olmuştur. İHAM *I.B./Yunanistan* kararında enfekte çalışanları işten çıkarma tedbirinin çalışma ortamını koruma meşru amacıyla ilgisiz olduğuna karar vermiştir. Bu sonuca ulaşmada bilimsel verilerin rehberliğinden yararlanan Mahkeme, bu tip tedbirlerin HIV pozitif bireylerin damgalanmasına ve çalışma hakkından mahrum kalmasına, neticede hayatları üzerinde katlanılmaz ve derin etkiler bırakmasına önem atfetmiştir<sup>133</sup>. AYM de başvurucunun HIV pozitif olduğu için işten atılmaktan yakındığı *T.A.A.* başvurusunda aynı sonuca varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken başvurucunun durumuna uygun alternatif bir işin varlığının sorgulanmamasını, aleni yargılamada başvurucunun sağlık verilerinin ifşa edilmesini ve ayrımcılık tazminatına hükmedilmemesini dikkate almıştır. Ayrıca kararda hastalığın başvurucunun yaşamında doğurduğu sosyoekonomik kırılganlık da hesaba katılmıştır<sup>134</sup>. Öte yandan kararın, devletin HIV virüsü taşıyan hak öznelerinin çalışma yaşamında damgalanmasını önleme konusundaki ödevlerine vurgu yapma bakımından *I.B./Yunanistan* kararının gerisinde kaldığını belirtmek gerekir.

Son olarak OHÂL döneminde gerçekleşen güven fesihlerine ilişkin davalardan söz etmek gerekir. Bu süreçte kamu kurumları, birçok işçiyi terör örgütüyle bağları olduğu gerekçesiyle, işçiyi işveren arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığı savına dayanarak işten çıkarmıştır. Bunlardan biri İHAM'ın karara bağladığı ve başvurucunun OHÂL döneminde KHK ile kamu kurumundaki işinden atılmaktan yakındığı *Pişkin/Türkiye* davasıdır. Mahkeme bu davada *Denisov* kararında ortaya konan sebep ve sonuç temelli yaklaşımları birlikte uygulamıştır. Zira başvurucunun terör örgütüyle ilişkilendirilmesine neden olan davranışları, özel yaşam alanında kalmaktadır ve uygulanan ihraç tedbiri, başvurucunun itibarı ve geçim kaynakları üzerinde ağır etkiler bırakmıştır. İhlal kararında, tedbirin öngörülemezliği, başvurucunun kamu görevine girmekten yasaklanması ve terörist olarak damgalanmasının özel sektörde işe girmesini oldukça

<sup>131</sup> P.B. and J.S. v Austria App no 18984/02 (ECtHR, 22 July 2010) §§ 38, 42; Smith and Grady v the United Kingdom (n 65); Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısında da Türkiye'nin bu konudaki uluslararası yükümlülüklerine vurgu yapılmıştır. (AYM, Z.A. (n 129) Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı). ESKHK'nin çalışma hakkına dair genel yorumundaki yaklaşımı da benzerdir. bkz. CESCR (n 2) § 12.

<sup>132</sup> Bu konuda bkz. ILO, 'Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work' (2001) <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/publication/wcms\\_113783.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113783.pdf)> erişim 11 Nisan 2023; CESCR (n 2) § 12.

<sup>133</sup> I.B. v Greece, App no 552/10 (ECtHR, 03 October 2013).

<sup>134</sup> AYM, T.A.A., B. No: 2014/19081, 1/2/2017, § 94.

güçleştirmesi, ayrıca yerel mahkemelerin yalnızca ilgili KHK hükmüne atıfta bulunarak yeterli inceleme ve gerekçelendirme yapmamış olmaları öne çıkmıştır<sup>135</sup>.

AYM ise meseleye farklı bir perspektiften yaklaşabilmektedir.. Başvurucunun benzer sebeplerle kamudaki işinden çıkarılmaktan yakındığı *C.A. (3)* davasında, işverenin kamu kurumu olduğu durumlarda güven ilişkisi ve sadakat yükümlülüğünün daha baskın olduğunu vurgulayan Mahkeme, başvurucuya özel sektörde çalışma yasağı getirilmemesini ve başvurucunun gerekli usuli güvencelerden yararlanmış olmasını dikkate alarak ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>136</sup>. Bu yaklaşım bazı yönlerden İHAM içtihadının gerisine düşmektedir: Birincisi AYM'nin aksine İHAM, sadakat yükümlülüğü bakımından kamuda çalışan işçileri kural olarak memurlara değil özel hukuka tabi olan işçilere yakın görmüş, onlara memurlar gibi yüksek düzeyli sadakat yükümlülüğü yüklememiştir<sup>137</sup>. İkincisi AYM, başvurucuya özel sektörde çalışma yasağı getirilmemesine odaklanırken İHAM başvurucunun terörist olarak damgalanmasının bu bağlamda yol açacağı fiili sonuçlara önem atfetmiştir. Buna karşılık daha sonraki benzer içerikli bir davada AYM, özellikle de başvurucunun örgütle olan bağı konusunda ilgili ve yeterli gerekçelendirme yapılmaması ve tedbirin başvurucu üzerindeki ağır etkisini dikkate alarak ihlal neticesine ulaşmıştır<sup>138</sup>. Mahkemenin Yargıtay içtihadından ilhamla benimsediği bu yaklaşıma göre, şüphe feshinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için şüphenin güven ilişkisini ortadan kaldıracak ölçüde ciddi, güçlü ve objektif olması, ayrıca işverenin şüpheyi doğuran olgularla ilgili olarak işçiyi dinlemesi ve savunmasını alması gerekmektedir<sup>139</sup>.

#### IV. Değerlendirme

Şimdiye dek aktarılan içtihadi birikim, diğer bazı hakların yanı sıra özel yaşama saygı hakkının pek çok bağlamda çalışma hakkına dair bireysel başvurulara uygulanabildiğini göstermektedir. Bu durum oldukça doğaldır zira İHAM ve AYM'nin de ortaya koyduğu üzere çalışma hakkı, bireylerin hayatlarını kazanmaları, dış dünyayla ilişki kurup geliştirmeleri, bireysel özerkliklerini sürdürülebilir kılmaları ve dolayısıyla özel yaşamları bakımından merkezî bir rol oynamaktadır. Neticede çalışma hakkı, İHAS'ta yer almamasına rağmen insan

<sup>135</sup> Pişkin v Turkey (n 29) §§ 180, 182-183, 186, 223-229.

<sup>136</sup> AYM, *C.A. (3)* (n 77) §§ 119 vd. Benzer yönde bkz. Benzer yönde bkz. Ümran Çelik, B. No: 2021/32716, 11/7/2023; Celal Aydın, B. No: 2019/25530, 20/12/2022.

<sup>137</sup> Karşılaştırmak için bkz. Melike v Turkey App no 35786/19 (ECtHR, 15 June 2021) § 48; AYM, *C.A. (3)* (n 77) § 125.

<sup>138</sup> AYM, *Ayla Demir İşat* (n 77) §§ 128 vd.

<sup>139</sup> *Ibid* §§ 55, 161.

haklarının bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı sayesinde pek çok yönüyle Sözleşme ve Anayasa’da yer alan bireysel başvuru sistemlerinde koruma görmektedir.

Öte yandan çalışma hakkına ilişkin bu dolaylı koruma içtihadı, tam istihdamı sağlama, iş bulma sistemleri kurma, mesleki yönlendirme gibi bu hakkın daha tartışmalı yönlerine temas etmemektedir. Bu nedenle literatürde dolaylı koruma pratiğinin çalışma hakkından ziyade “iş yerindeki özel yaşamı” koruduğu ileri sürülmüştür<sup>140</sup>. Ayrıca İHAM ve AYM, sosyoekonomik konular ve istihdam alanında devlet(ler)e bıraktıkları geniş takdir marjıyla korumanın düzeyini zayıflatmaktadır. Ne var ki sosyal haklara özgü koruma organlarının dahi çalışma hakkının tam istihdamı sağlamak gibi karmaşık ve politik yönü ağır basan konularda çekingen kaldığını ve taraf devletlere geniş bir manevra alanı tanıdığını belirtmek gerekir. ESKHK ve ASS, çalışma hakkının bu tür yönleri bakımından devletlerin politik tercihlerini önceleyen esnek bir rejim benimsemiştir<sup>141</sup>. Dolayısıyla özellikle de konu bakımından yetkilerinin kapsamı hesaba katıldığında İHAM ve AYM’nin çalışma hakkı bakımından sağladığı korumanın önemli ve kapsayıcı olduğunu belirtmek gerekir.

Ayrıca çalışma hakkına dair korumanın dikey çalışma ilişkilerinin yanı sıra özel sektördeki işçi-işveren ilişkilerini de konu edinmesi önemlidir. Zira aktarılan içtihadi birikimde gözlemlenebileceği üzere dolaylı koruma, işverenin iş yeri ve iş yaşamındaki mülkiyet hakkına ve ekonomik gücüne dayalı hegemonyasını çalışanın haklarıyla sınırlandırmakta, böylece sosyal adalete katkı sunmaktadır. Özellikle de hak öznelerinin kırılgan, ayrımcılığa uğramış ve sosyoekonomik bakımından güçsüz olduğu durumlarda korumanın güçleniyor olması bu fikri daha da doğrulamaktadır. Ayrıca dolaylı korumanın usuli yönü, çalışma hakkına yönelik müdahaleler bakımından birçok usuli güvence sağlamakta, böylece iç hukukta yer alan iş ve çalışma hukuku mevzuatının çalışma hakkı lehine dönüşmesine ve etkili bir biçimde hayata geçmesine katkı sunmaktadır.

Neticede bireysel başvuru yolunda çalışma yaşamını konu edinen pek çok karar, işçilerin özel yaşama saygı ve çalışma haklarını işverenlere ve piyasa koşullarına karşı koruma işlevi üstlenmiştir<sup>142</sup>. Yukarıda aktarılan içtihadi birikimin temas ettiği; fiziksel ve zihinsel bütünlük,

<sup>140</sup> Sychenko (n 114) 103.

<sup>141</sup> CESCR (n 2) §§ 19 vd; Council of Europe (n 5) 56 vd. Ayrıca bkz. Sandra Liebenberg, 'Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional Protocol' (2020) 42(1) Human Rights Quarterly 48.

<sup>142</sup> “Mevcut davada, Sözleşme'nin 8. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, ulusal makamların, bir yandan başvuru sahiplerinin özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı, diğer yandan da işverenlerinin, özellikle disiplin yetkisini kullanarak, mallarının korunmasını ve şirketinin sorunsuz çalışmasını sağlama imkânı olmak

psikolojik taciz, cinsel taciz, mahremiyet, çalışma yaşamında cinsiyet ayrımcılığı gibi hususların, sosyal haklara ilişkin uluslararası sistemler çerçevesinde üretilen belge, yorum ve kararlarda, çalışma hakkıyla bağlantılı olarak güvence altına alınması da bu durumu teyit etmektedir<sup>143</sup>.

## SONUÇ

Sosyal haklar ve bunlar arasında yer alan çalışma hakkı, çeşitli nedenlerle bilinçli bir biçimde İHAS ve Anayasa'da öngörülen bireysel başvuru sistemlerinin dışında tutulmuştur. Buna karşılık İHAM ve ondan esinlenen AYM, evrimci ve aktivist yorumuyla insan hakları arasındaki karşılıklı bağımlılık ilişkisini tanımakta ve çalışma hakkının pek çok yönünü dolaylı bir biçimde korumaktadır. Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, adil yargılanma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi diğer hakların yanı sıra bu koruma esasen özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde gerçekleşmektedir.

Sahip olduğu kapsayıcılık nedeniyle tüketici bir tanıma konu edilemeyen özel yaşama saygı hakkı, çalışma hayatına ve çalışma hakkının çeşitli yönlerine temas etmektedir. Zira özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan fiziksel ve zihinsel bütünlük, kişisel özerklik ve mahremiyet hakları, ancak çalışma yaşamında da geçerli olduğunda gerçek anlamda hayata geçebilir. Bu nedenle her ne kadar işverenin mülkiyet, teşebbüs, iş yeri yönetimi gibi bazı hak ve menfaatleriyle kayıtlı bir biçimde olsa da çalışanlar da kural olarak tıpkı diğer hak özneleri gibi özel yaşama saygı hakkından yararlanır.

İHAM ve AYM, çalışma yaşamına yönelik müdahalenin, (i) hak öznelerinin özel yaşamıyla bağlantılı bir nedenden kaynaklandığı veya (ii) sonuçları itibarıyla özel yaşamını belirli düzeyde etkilediği durumlarda özel yaşama saygı hakkını çalışma yaşamına ilişkin başvurulara uygulanabilir bulmaktadır. Böylece, (i) giyim, yaşam tarzı, medeni hâl, cinsel yönelim gibi özel yaşam alanında kalan faktörler, belirli bir iş veya meslek için yeterlilik kriteri olarak görüldüğünde veya rütbe düşürme, işten çıkarma gibi yaptırımlara neden olduğunda, (ii) meslekten/işten menedilme, rütbe düşürme, çalışma koşullarının kötüleşmesi, işten çıkarma

---

üzere, birbiriyile çatışan iki menfaat arasında adil bir denge kurmasını gerektirmektedir.” (López Ribalda and Others v Spain (n 102) § 118.).

<sup>143</sup> CESCR (n 2) § 7; Council of Europe (n 5) 13–14, 62, 190; Maria Giovannone, 'The Right to Work' in Carole Nivard (ed), *The European Social Charter: A Commentary* (Brill Nijhoff 2023) 71–97. Bu durum aynı zamanda haklar arasındaki karşılıklı bağımlılık ve dayanışma ilişkisinin tek taraflı olmadığını, klasik haklara dair unsurların da sosyal hak sistemleri kapsamında gündeme gelebildiğini göstermektedir. (Zeynep Kılıçkaya, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı' (2016) 18(2) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 132.).



gibi olumsuz tedbirlerin özel yaşam üzerindeki etkileri belirli bir ciddiyet eşiğine ulaştığında çalışma yaşamıyla özel yaşamın iç içe geçtiği kabul edilmektedir.

İçtihatî birikime yönelik araştırma özel yaşama saygı hakkıyla çalışma hakkı arasındaki bu örtüşmenin çoğunlukla; arındırma, işyerinde gözetim, kişisel veriler, iletişimin denetlenmesi, tıbbi test, psikolojik taciz, -daha çok cinsiyet, cinsel yönelim, hamilelik, yaş, medeni hâl, sağlık durumu gibi temellere dayalı- ayrımcılık, şüphe feshi gibi konu başlıklarıyla bağlantılı olarak gündeme geldiğini göstermektedir. Genelde yatay ilişkilerle ilgili olan bu davalarda çoğu zaman usulî yükümlülükler ön plana çıkmaktadır. Mahkemenin bu kapsamda gerçekleştirdiği teste göre, tedbir öngörülebilir olmalı, keyfiliği önleyici etkili başvuru yolları bulunmalı, tedbirin işin yürütülmesiyle olan bağlantısı açıkça ortaya konulmalı, daha hafif tedbirler ve alternatif iş olanakları değerlendirilmiş olmalı ve tedbirin hak sahipleri üzerindeki etkisi ölçüsüz olmamalıdır. Ayrıca hak öznelerinin kırılganlık düzeyi ve sosyoekonomik koşullarının bu test üzerinde önemli ölçüde etkili olduğu gözlemlenmiştir.

Neticede bireysel başvuru yolunda sağlanan dolaylı korumanın çalışma hakkı bakımından oldukça anlamlı olduğu söylenebilir. Üstelik korumanın kapsamı, ESKHS, ASŞ ve ILO gibi sosyal haklara ilişkin belgelerde belirlenen çalışma hakkı çerçevesiyle önemli ölçüde uyum göstermektedir. Böylece bireysel başvuru yoluyla sağlanan koruma, işverenlerin ekonomik gücüne dayalı olarak çalışma koşulları ve çalışanlar üzerindeki tahakkümünü, çalışma ve özel yaşama saygı hakları lehine kısıtlayarak sosyal adalet doğrultusunda bir işlev üstlenmektedir.

## KAYNAKÇA

Allen R ve Crasnow R, *Employment Law & Human Rights* (Oxford University Press 2002).

Anayurt Ö, 'Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi', *Türkiye'de İnsan Hakları* (TODAİE Yayınları 2000) 47-57.

Arslan Öncü G, 'Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Şen Matbaa 2013) 301-332.

—, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8* (2. Baskı, MRK Yayıncılık 2019).

Birtane, 'Özel Hayata Saygı Hakkı (AIHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve

Mesleki Hayat İlişkisi, *Anayasa Yargısı Dergisi*, (2021) 38(2) *Anayasa Yargısı Dergisi* 57-97.

Brems E, 'Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights' in Daphne Barak-Erez ve Aeyal M Gross (eds), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice* (Hart Publishing 2007), 135-167.

Burbergs M, 'How The Right to Respect for Private and Family life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights are Born' in Eva Brems and Janneke Gerards (eds) *Shaping Rights in the Echr: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2014) 315-329.

CESCR General Comment No. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2005).

Council of Europe, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires": Volume I* (Martinus Nijhoff 1975).

—, 'Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights' (2022) <<https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>> erişim 21 Mart 2024.

Diggelmann O ve Cleis MN, 'How the Right to Privacy Became a Human Right' (2014) 14(3) *Human Rights Law Review* 441-458.

Drzewicki K, 'The Right to Work and Rights in Work' in Asbjørn Eide ve Allan Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (2. Edition, Martinus Nijhoff Publishers 2001) 223-244.

Duygun AM, 'Yeniden Birleşme (Wiedervereinigung) Sonrasında Demokratik Almanya Cumhuriyeti'ndeki Kamu Görevlilerinin Arındırılmasının (Lustration) İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi' (2022) 4(1) *TAÜHFD* 27-116.

Ekmekçi Ö ve diğerleri, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

European Court of Human Rights, 'Factsheet – Surveillance at workplace' (2022) <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Workplace\\_surveillance\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Workplace_surveillance_ENG)> erişim 23 Temmuz 2024.

—, 'Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights' (2022) <[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_8\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf)> erişim 19 Nisan 2023.

Giovanzone M, 'The Right to Work' in Carole Nivard (ed), *The European Social Charter: A Commentary* (Brill Nijhoff 2023) 71–97.

Hall JC, Goral Z ve Tyc A (eds), *Discrimination and Employment Law: International Legal Perspectives* (Routledge 2023).

Harris D ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan çev, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2021).

ILO, 'Management of Alcohol- and Drug-Related Issues in the Workplace' (1996) <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107799.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107799.pdf)> erişim 11 Nisan 2023.

—, 'Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work' (2001) <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/publication/wcms\\_113783.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113783.pdf)> erişim 11 Nisan 2023.

Kaboğlu İ, 'Anayasa'da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları', *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II-Bildiriler* (Petrol-İş Yayını 2010) 43-60.

Karan U, 'Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: 'Bütüncül Yaklaşım'' (2007) 40(3) *Amme İdaresi Dergisi* 31-62.

Kaya PA, Yılmaz E ve Ulaş I, 'The Right to Work as a Fundamental Human Right' (2019) 15(14) *European Scientific Journal* 1857–7881.

Kılıçkaya Z, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı' (2016) 18(2) *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 127-165.

Koch IE, *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers 2009).

Kozan A ve diğerleri, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi* (Epamat 2023).

Leijten I, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights* (Cambridge University Press 2018).

Liebenberg S, 'Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional

Protocol' (2020) 42(1) Human Rights Quarterly 48-84.

Mantouvalou V, 'Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania' (2005) 30 European Law Review 573-585.

—, 'Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation' (2013) 13(3) Human Rights Law Review 529-555.

Nouwt S ve Vries BR, 'Introduction' in Sjaak Nouwt, Brend R Vries and Corien Prins (eds), *Reasonable Expectations of Privacy? Eleven country Reports on Camera Surveillance and Workplace Privacy* (Cambridge University Press 2005), 1-6.

Rainey B, Wicks E and Ovey C, *The European Convention on Human Rights* (7th Ed., Oxford University Press 2017).

Scott C, 'Interdependence and Permeability of Human Rights Norms : Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights' (1989) 27(3) Osgoode Hall Law Journal 769-878.

Şirin T, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha Yayıncılık 2013).

—, 'Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)', *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu IV Bildiriler* (Petrol-İş Yayını 2014) 341-366.

Sumption J, *Mahkemelerin Yükselişi: Yasamanın Gerileyişi ve Hukuk Üzerine* (Anıl Aygen çev, Lykeion Yayıncılık 2021).

Sychenko E, 'The European Convention on Human Rights as a Tool of Protection of Individual Labour Rights' (Universita degli studi di Catania 2016).

T.C. Anayasa Makemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Epa-Mat 2021) <[https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli\\_anayasa\\_2021.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf)> erişim 02 Mart 2024.

'Vienna Declaration and Programme of Action' <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>> erişim 26 Kasım 2021.

Wildhaber L, 'The European Court of Human Rights in Action' (2004) 21 RLR 83-92.

Yazıcı H, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi ve

Özel Hayata Saygı Hakkı' (2021) 38(2) Anayasa Yargısı Dergisi 99-141.

Yıldırım E, 'Human rights at work: The experience of The Turkish Constitutional Court' (2023) 15(1) European Labour Law Journal 166-183.

### **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları:**

A.-M.V. v Finland App no 53251/13 (ECtHR, 23 March 2017).

Arnar Helgi Lárusson v Iceland App no 23077/19 (ECtHR, 31 May 2022).

Airey v Ireland App no 6289/73 (ECtHR, 9 October 1979).

Alexandridis v Grèce App no 19516/06 (ECtHR, 21 February 2008).

Bărbulescu v Romania App no 61496/08 (ECtHR, 05/09/2017).

Beeler v Switzerland App no 78630/12 (ECtHR, 11 October 2022).

Bierski v Poland, App no 46342/19 (ECtHR, 20 October 2022).

Brincat and Others v Malta App no 60908/11 (ECtHR, 24 July 2014).

Brüggenmann and Scheuten v Germany App no 6959/75 (ECtHR, 19 May 1976).

Budimir v Croatia App no 44691/14 (ECtHR, 16 December 2021).

C.N. and V. v France App no 67724/09 (ECtHR, 1 October 2012).

Campagnano v Italy App no 77955/01 (ECtHR, 23 March 2006).

Can v Turkey App no 2437/08 (ECtHR, 25 September 2018).

Denisov v Ukraine, App no 76639/11 (ECtHR, 25 September 2018).

Ebrahimian v France App no 64846/11 (ECtHR, 26 November 2015).

Emel Boyraz v Turkey App no 61960/08 (ECtHR, 2 December 2014).

Eweida and Others v the United Kingdom App no 48420/10 and Others (ECtHR, 15 January 2013).

Fernández Martínez v Spain App no 56030/07, (ECtHR, 12 June 2014).

Friend and Others v the United Kingdom App nos 16072/06 and 27809 (ECtHR, 24 November 2009).

- García Mateos v Spain App no 38285/09 (ECtHR, 19 February 2013).
- Guja v Moldova App no 14277/04 (ECtHR, 12 February 2008).
- Halford v the United Kingdom App no 20605/92 (ECtHR, 25 June 1997).
- Herbai v Hungary App no 11608/15 (ECtHR, 5 November 2019).
- Hülya Ebru Demirel v Turkey App no 30733/08 (ECtHR, 19 July 2018).
- I.B. v Greece, App no 552/10 (ECtHR, 03 October 2013).
- Jankauskas v Lithuania (no. 2) App no 50446/09 (ECtHR, 27 June 2017).
- Jehovah's Witnesses of Moscow and others v Russia App no 302/02 (ECtHR, 10/06/2010).
- Jivan v Romania App no 62250/19 (ECtHR, 08 February 2022).
- Koskinas v Greece App no 47760/99 (ECtHR, 20 July 2002).
- Libert v France App no 588/13 (ECtHR, 22/02/2018).
- Lombardi Vallauri v Italy App no 39128/05 (ECtHR, 20 October 2009).
- Lustig-Prean and Beckett v the United Kingdom App nos 31417/96 and 32377/96 (ECtHR, 27 September 1999).
- Madsen v Denmark App no 58341/00 (ECtHR, 07 November 2002).
- Melike v Turkey App no 35786/19 (ECtHR, 15 June 2021).
- Mile Novaković v Croatia App no 73544/14 (ECtHR, 17 December 2020)
- Niemietz v Germany App no 13710/88 (ECtHR, 16 December 1992).
- Napotnik v Romania App no 33139/13 (ECtHR, 20 November 2020).
- Özpinar v Turkey App no 20999/04 (ECtHR, 19 October 2010).
- P.B. and J.S. v Austria App no 18984/02 (ECtHR, 22 July 2010).
- Palomo Sánchez and Others v Spain App no 28955/06 and Others (ECtHR, 12 September 2011).
- Panfile v Romania App no 13902/11 (ECtHR, 20 March 2012).

Pasquinelli and Others v San Marino App no 24622/22 (ECtHR, 12 December 2022).

Pentiacova and Others v Moldova App no 14462/03 (ECtHR, 4 January 2005).

Perkins and R. v the United Kingdom, App nos 43208/98 and 44875/98 (ECtHR, 22 October 2002).

Pişkin v Turkey App no 33399/18 (ECtHR, 25 December 2020).

Pretty v the United Kingdom App no 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002).

Polyakh v Ukraine. App nos 58812/15 and 4 others (ECtHR, 17 October 2019).

Roche v the United Kingdom App no 32555/96 (ECtHR, 19 October 2005).

S.M. v Croatia App no 60561/14 (ECtHR, 25 June 2020).

Samsin v Ukraine App no 38977/19 (ECtHR, 14 October 2021).

Schüth v Germany App no 1620/03 (ECtHR, 23 September 2010).

Sidabras and Džiautas v Lithuania, App nos 55480/00 and 59330/00 (ECtHR, 27 July 2004).

Siliadin v France App no 73316/01 (ECtHR, 26 July 2005).

Smith and Grady v the United Kingdom App nos 33985/96 and 33986/96, (ECtHR, 27 September 1999).

Špadijer v Montenegro App no 31549/18 (ECtHR, 09 November 2021).

Stec and others v the United Kingdom App no 65731/01 (ECtHR, 6 July 2005).

Stummer v Austria App no 37452/02 (ECtHR, 07 July 2011).

AYM, T.A.A., B. No: 2014/19081, 1/2/2017.

Thlimmenos v Greece App no 34369/97 (ECtHR, 6 April 2000).

Travaš v Croatia App no 75581/13 (ECtHR, 4 October 2016).

Yılmaz v Turkey App no 36607/06 (ECtHR, 4 June 2019).

Yordanova and Others v Bulgaria App no 25446/06 (ECtHR, 24 April 2012).

### **Anayasa Mahkemesi Kararları:**

- AYM, A.A.Y., B. No: 2016/13011, 29/9/2020.
- AYM, Z.A. [GK], B. No: 2013/2928, 18/10/2017.
- AYM, Ali Galip Baltaoğlu (2), B. No: 2015/1108, 18/7/2018.
- AYM, Ayca Yılmaz Gülseven, B. No: 2019/11085, 19/10/2023.
- AYM, Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 5/11/2015.
- AYM, Ayla Demir İşat [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020.
- AYM, Aynur Özdemir ve diğerleri, B. No: 2013/2453, 24/3/2016.
- AYM, Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28/12/2021.
- AYM, Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015.
- AYM, C.A. (3), [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020.
- AYM, Celal Aydın, B. No: 2019/25530, 20/12/2022.
- AYM, Cem Furuncu, B. No: 2012/774, 10/12/2014.
- AYM, E.Ü. [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020.
- AYM, Ebru Bilgin [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018.
- AYM, Esra Ünlü, B. No: 2018/4144, 25/2/2021.
- AYM, Gökhan Günaydın, B. No: 2012/1099, 6/5/2015.
- AYM, H.Ç., B. No: 2017/14907, 30/9/2020.
- AYM, Hacer Kahraman, B. No: 2013/7935, 20/4/2016.
- AYM, Hüdayi Ercoškun, B. No: 2013/6235, 10/3/2016.
- AYM, İlter Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016.
- AYM, Kadri Eroğul, B. No: 2019/976, 11/5/2022.
- AYM, Mehmet Bayrakcı, B. No: 2014/8715, 5/4/2018.
- AYM, Muzaffer Akkanat, B. No: 2013/2339, 7/5/2015.
- AYM, Namet Sevinç, B. No: 2015/9155, 10/1/2019.



- AYM, Nesrin Kılıç, B. No: 2013/772, 7/11/2013.
- AYM, Nuran Müzeyyen Korkut, B. No: 2019/19160, 1/3/2023.
- AYM, Ramazan İpek, B. No: 2012/1105, 17/7/2014.
- AYM, Ramazan Şahin [GK], B. No: 2018/11988, 10/3/2022.
- AYM, Samet Ayyıldız, B. No: 2018/34548, 28/12/2021.
- AYM, Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015.
- AYM, Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013.
- AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.
- AYM, Şehnaz Ayhan, B. No: 2013/6229, 15/4/2014.
- AYM, Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020.
- AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.
- AYM, Turan Dal, B. No: 2013/5964, 6/1/2016.
- AYM, Türkan Aydoğmuş, B. No: 2018/19000, 12/1/2022.
- AYM, Ümran Çelik, B. No: 2021/32716, 11/7/2023.
- AYM, Volkan Çakır, B. No: 2017/35488, 7/4/2021.
- AYM, Zülküf Kılıç, B. No: 2018/27032, 14/9/2022.

<b>Yazar Beyanı</b>	
<b>Yazarların Katkıları</b>	Bu çalışma tek yazarlıdır.
<b>Mali Destek</b>	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
<b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b>	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
<b>Etik Kurul Onayı Beyanı</b>	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
<b>Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi</b>	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

# İdare Hukuku Perspektifinden Üniversitelerdeki Özel Güvenlik Uygulaması

*Private Security Practice at the Universities From the Perspective of Administrative Law*

Miraç ÇELİK\*

## Öz

Devletin varlık sebeplerinden ve en temel görevlerinden biri kamusal güvenliğin sağlanmasıdır. Kolluk faaliyeti, bu anlamda, uzun yıllar boyunca münhasıran devlet tarafından yürütülen bir faaliyet olma niteliğini korumuştur. Ne var ki, liberal anlayışın da etkisiyle, devletin işlev ve görevlerinde son yıllarda önemli bir dönüşüm yaşanmıştır. Bu doğrultuda, gerçekleştirilen yasal düzenlemelerle, kolluk faaliyetlerinin özel kişilere gördürülmesinin yolu açılmıştır. Özel güvenlik, böylelikle, kamusal güvenliğin sağlanması noktasında önemli bir aktör konumuna getirilmiştir. Günümüzde üniversitelerin güvenliği de büyük ölçüde özel güvenlik eliyle sağlanmaktadır. Bu durumun Anayasa'ya ve "kolluk yetkilerinin devredilmezliği" ilkesine ne ölçüde uygun olduğu meselesi bir yana özel güvenliğin sahip olduğu yetkilerin neler olduğu detaylıca irdelenmelidir. Polisin dahi ancak sınırlı durumlarda girebildiği üniversite kampüslerinde özel güvenlik görevlilerin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan uygulamalarının hukukiliğini sorgulamak göz ardı edilmemesi gereken bir zarurettir. İşte bu çalışma da, özü itibarıyla, bahsi geçen sorgulamayı gerçekleştirme; mevcut hukuki durum ile uygulamadaki durumu karşılaştırma ve sorunlu noktalara dikkat çekip çözüm önerisi sunma amacına yönelmektedir.

## Anahtar Kelimeler

Kolluk, Kolluk yetkisinin devredilmezliği, Güvenlik hizmetleri, Özel güvenlik, Üniversite güvenliği

## Abstract

One of the reasons of existence and most fundamental duties of the state is to ensure the public safety. In this context, police force has been an activity undertaken exclusively by the state, for many years. However, with the effects of the liberal thoughts, there has been a significant transformation regarding the functions and duties of the state. Accordingly, with the legal regulations, the way to allow private persons undertake the police force is cleared. Thus, private security became an important actor for ensuring the public safety. Today, university securities are mostly provided by private securities. Along with its compliance with the constitution and the "non transferability of the police force powers" principle, the power of the private security should be examined in detail.

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 30.10.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 08.01.2025.

**Atıf:** Miraç Çelik 'İdare Hukuku Perspektifinden Üniversitelerdeki Özel Güvenlik Uygulaması' (2025) 3(1) TRÜHFD 143-177.

\* Arş. Gör. Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, miracelik@trabzon.edu.tr, ORCID: 0009-0000-9382-257X.

To question the acts of private securities, which may constitute breach of fundamental rights and liberties, in the universities, where even police force can enter in limited situations, is a must that cannot be ignored. Thus, in this study, it is aimed to realize this mentioned questioning, to compare the current situation and practice and to remark the problematic points and propose a solution.

### Keywords

Police power, Devolution of police power, Security services , Private security, University security

## GİRİŞ

Mark NEOCLEOUS, “Güvenlik, Şiddet ve Savaş” isimli eserinde “*eğer, herhangi bir fikir zamanımızın en belli başlı fikri olduğunu iddia edebilseydi, bu fikir ‘güvenlik’ olurdu*” demektedir.<sup>1</sup> Gerçekten güvenlik kavramının çağımızın en önemli kavramlarından biri olduğuna artık kuşku yoktur. Bireylerin en temel ihtiyaçlarından biri olmanın ötesinde, devletin de temel varlık sebeplerinden birini oluşturan güvenlik kavramı, günümüzde, aynı zamanda toplumsal düzenin inşası bağlamında kullanılan işlevsel bir enstrüman haline gelmiştir.

Toplumsal hayatın en önemli kavramlarından biri olan güvenliğin sağlanması noktasında devlet öteden beri faaliyet göstermektedir. Bununla birlikte, özellikle liberal akımların da etkisiyle, son yıllarda, kamusal güvenliğin sağlanması noktasında özel kesim de faaliyette bulunabilir mi sorusu sorulmaya başlanmıştır. Yapılan yasal düzenlemelerle birlikte, özel kesimin kamusal güvenliğin sağlanması noktasında önemli bir aktör konumuna gelmesi, hukuki zeminde önemli birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Her şeyden önce, meşru şiddet tekeline elinde bulunduran devletin, bu yetkisini özel kişilerle paylaşması devletin varlık sebebinin sorgulanmasının yanında, kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında ciddi tartışmaların varlığına yol açmıştır. Ülkemiz açısından da, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile birlikte özel güvenlik uygulamasının pozitif bir temele oturtulması, özel güvenliğin genel idari kolluğun tamamlayıcısı konumuna getirilmesi ve bu anlamda ciddi kamusal yetkilerle donatılması bu yöndeki tartışmaların alevlenmesine sebebiyet vermiştir.

5188 sayılı Kanun’un öngördüğü hukuki rejim uyarınca, üniversiteler de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilen kurumlar arasına girmiştir. Günümüzde de pek çok üniversite, kampüs güvenliğini özel güvenlik eliyle sağlamaktadır. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu uyarınca polisin dahi ancak istisnai hallerde girebildiği üniversite kampüslerinde

<sup>1</sup> Mark Neocleous, *Güvenlik Şiddet ve Savaş* (Dipnot Yayınları 2012) 15.

güvenliği sağlayan özel güvenlik görevlileri, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan önemli kamusal yetkiler kullanmaktadır. Ne var ki, uygulamada karşılaşılan sorunlar ve özel güvenliğin fiili birtakım uygulamaları, bahsi geçen yetki alanının irdelenmesi ve sorgulanması gereğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, bahsi geçen yetkilerin nelerden ibaret olduğu; mahiyetleri; hangi şartlar altında ve ne şekilde kullanılabilecekleri hususlarının titizlikle ele alınması gerekmektedir.

Çalışma, temelde iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda, kolluk kavramına kısaca değinilmekte ve kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi karşısında özel güvenliğin konumu değerlendirilmektedir. İkinci kısımda ise üniversitelerdeki özel güvenlik uygulaması ile üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yetkiler ele alınmakta ve bu yetkilerin hangi şartlar altında, ne şekilde kullanılabileceği hususları irdelenmektedir.

## I. KOLLUK FAALİYETİ VE ÖZEL GÜVENLİK

Güvenlik ihtiyacı, tarihin her döneminde bireylerin en temel ihtiyaçlarından biri olmuştur. Hayatın her alanında baskın bir ihtiyaç olarak kendini hissettiren ve çoğu zaman diğer insani güdülerin de üstüne çıkan güvenlik ihtiyacı, devletin ortaya çıkış sürecinde önemli bir rol oynamıştır. Günümüzde de devlet olarak örgütlenmiş toplumlarda, toplum düzeninin ve güvenliğinin sağlanması, devletin en başta gelen ödevi olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup> İşte devletin bu anlamdaki ödevini yerine getirme noktasında yürütmekte olduğu faaliyetlere de kolluk faaliyetleri denmektedir.<sup>3</sup>

Toplumsal düzenin ve güvenliğin sağlanması noktasında meşru şiddet tekeline sahip olan devletin,<sup>4</sup> elinde bulundurduğu bu gücü ve geniş anlamda *kolluk yetkilerini* özel kişilere devredebilir devredemeyeceği öteden beri tartışılan bir husustur. Esasen kolluk faaliyetinin de bir tür kamu hizmeti olduğu fikrinden<sup>5</sup> ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde artık özel kesimden de yararlanılabileceği olgusundan<sup>6</sup> hareketle kolluk faaliyetinin özel kişilere

<sup>2</sup> Metin Kıratlı, *Koruyucu İdari Hizmetler* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1973) 27.

<sup>3</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2017) 289.

<sup>4</sup> Gianfranco Poggi, *Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2007) 30.

<sup>5</sup> İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (Filiz Kitabevi Yayınları 2017) 722.

<sup>6</sup> Nitekim, 1999 yılında yapılan değişiklik sonucu Anayasa'nın 47. maddesine eklenen fıkra ile, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanılması ise iki şekilde söz konusu olabilir. Buna göre, kamu hizmetinin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetler özel kesimden karşılanabileceği gibi, hizmetin yerine getirilmesi özel kesime de bırakılabilir. Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti* (Turhan Kitabevi 2004) 316 vd.

göndürülmesi ilk bakışta mümkün görülebilir. Ne var ki, kolluk faaliyetini, sahip olduğu nitelik dolayısıyla farklı bir pozisyonda konumlandırmak gerektiği ve kolluk faaliyetlerinin özel kişilere göndürülmesi meselesini kamu hizmetlerinin özel kişilere göndürülmesinden ayırmak gerektiği de makul bir karşıt düşünce olarak varlık kazanmaktadır. Bu çerçevede, her iki düşünce temelinde gündeme gelen tartışmaları “kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi” başlığı altında ele almak ve nihayetinde özel güvenlik kavramını da kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi çerçevesinde değerlendirmekte fayda vardır.

### A. Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi

Her devlet sisteminde asgari bir kamu hizmeti alanı olduğu söylenebilir. Asgari kamu hizmeti alanı ise esas itibariyle iç ve dış güvenlik, adalet ve diplomasi ile vergilendirmeden oluşmaktadır.<sup>7</sup> Bahsi geçen hizmetler, egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri olmalarından ötürü, devlet tarafından üstlenilmek zorundadır.<sup>8</sup> Birçok kamu hizmeti devredilebilir nitelikteyken, devletin temel fonksiyonlarına ilişkin olan ve kamu gücü kullanılarak yerine getirilen bu hizmetlerin devrinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.<sup>9</sup>

Kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi de bu bağlamda, devletin egemenlik alanına ilişkin olduğu kabul edilen ve kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacak nitelikteki kolluk yetkilerinin tamamen özel kişiler tarafından kullanılmayacak olmasını ifade etmektedir.<sup>10</sup> Esasen, yukarıda da ifade edildiği gibi, “kamu gücü”nün kendini en somut biçimde gösterdiği ve bireyler ve topluluklar ile idareyi temel hak ve özgürlükler konusunda karşı karşıya getiren kolluk alanının, bu özelliği itibariyle de farklı bir konumda bulunduğu kabul edilebilir.<sup>11</sup> Buna karşılık, her ne kadar doktrinde, çoğunlukla, kolluk faaliyetlerinin kamu gücünün kullanılmasını gerektirmesi nedeniyle münhasıran idare tarafından yürütülmesi gerektiği ifade edilse de pozitif hukukta birtakım yasal düzenlemelerle özel hukuk kişilerinin de kolluk faaliyetlerine dahil edildiği görülmektedir.<sup>12</sup>

Örneğin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 35. maddesinin birinci fıkrasında, araçların muayenelerinin Ulaştırma Bakanlığınca yetki verilen gerçek ve tüzel kişilere ait

<sup>7</sup> Şerife Yıldız Akgül, *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik* (Adalet Yayınevi 2011) 5.

<sup>8</sup> ibid 5.

<sup>9</sup> ibid 5.

<sup>10</sup> D. Çiğdem Sever, ‘Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik’, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan (Cilt 3)* (Beta Yayıncılık 2011) 3279, 3293.

<sup>11</sup> İl Han Özay, ‘Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri’ (2002) 18 (1) *Anayasa Yargısı Dergisi* 275.

<sup>12</sup> Elvin Evrim Dalkılıç, ‘İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı’ (2013) 2 *Ankara Barosu Dergisi* 105, 111.

muayene istasyonlarında yapılabileceği; yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin bu yetkilerini yine Ulaştırma Bakanlığı'nın onayı ile alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredilebileceği hükme bağlanmıştır.

Yine, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun kapsamına giren her türlü yapının denetiminin, Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile çalışan ve münhasıran yapı denetimi ile uğraşan tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır.

Genel idari kolluk yetkilerinin özel kişiler tarafından kullanılmasına olanak sağlayan 442 sayılı Köy Kanunu'nun 74. maddesi de, bu alandaki bir diğer önemli düzenlemedir. Söz maddenin ikinci fıkrasında, *“Cumhurbaşkanınca tespit edilecek illerde; olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya her ne sebeple olursa olsun köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması hallerinde, valinin teklifi ve İçişleri Bakanının onayı ile yeteri kadar geçici köy korucusu görevlendirilmesinin kararlaştırılabilir.”* denilmektedir.

Görüldüğü üzere, mevzuatımız, kolluk yetkilerinin özel kişilere devri örnekleri bakımından oldukça zengindir. Esasen, doktrinde, pozitif hukukumuz bakımından bu duruma engel bir hal olmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin, GÖZLER, kolluk hizmetlerinin özel kişilere devredilebileceği görüşündedir. Yazara göre;

*“Kamu hizmetinin yürütülmesi görevi belirli koşullarda özel kişilere devredilebiliyorsa, kolluk kamu hizmetinin yürütülmesi görevi, Anayasada bunu yasaklayan bir hüküm yoksa, kanunla özel kişilere devredilebilir. Bizim görebildiğimiz kadarıyla Anayasamızda kolluk hizmetlerinin özel kişilere devrini yasaklayan bir hüküm yoktur. ‘Kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi’ diye bir ilke varsa, bu ilke öğretisel veya içtihadi bir ilkedir. Dolayısıyla böyle bir ilke, kanun koyucuyu bağlamaz. Bu şu anlama gelir ki, kolluk yetkisinin özel kişilere devredilmesinde hukuka aykırı bir yan yoktur.”*<sup>13</sup>

Bu noktada şu önemli soruyu sormak gerekir. Acaba “kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi” salt öğretisel veya içtihadi bir ilke midir? Başka bir şekilde soracak olursak, “kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi” kaynağını Anayasa'dan almayan bir ilke olarak değerlendirilebilir mi?

<sup>13</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Cilt 2)* (Ekin Kitabevi 2009) 537.

Anayasa'nın 128. maddesi karşısında bu sorulara olumlu yanıt vermenin güç olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmünü, kolluk faaliyetlerinin devredilmezliği ilkesinin anayasal dayanağı olarak göstermek mümkündür.<sup>14</sup> Nitekim, Anayasa Mahkemesi de kolluk yetkilerinin özel kişilere devrini düzenleyen yasal düzenlemelerin iptali istemiyle yapılan başvuruları daha ziyade Anayasa'nın 128. maddesi doğrultusunda ele alıp değerlendirmekte ve buna göre bir sonuca varmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 128. maddesinin yorumuyla ilgili tutarlı bir yaklaşım sergilediğini ifade etmek de güçtür.

Örneğin, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu'nun 2. ve 4. maddelerinin iptali istemlerini inceleyen Anayasa Mahkemesi, ilgili Kanun kapsamındaki yapı denetim faaliyetinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından da yapılmasına cevaz veren söz konusu hükümleri Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Yüksek Mahkeme, kararında, yapı denetim kuruluşlarının hizmetlerinin, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli olduğu asli ve sürekli görevler arasında olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur.<sup>15</sup>

Buna karşılık, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15. maddesiyle ilgili iptal istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, tohumculuk ile ilgili faaliyetlerde yetkilendirme ve bunların denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi şeklindeki faaliyetin özel kişilere devrine cevaz veren söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirmede, Bakanlığın sahip olduğu denetleme yetkisinin tümüyle özel hukuk kişilerine devredilmesi veya onlarla paylaşılmasının olanaklı olmadığını, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Sever (n 10) 3294.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, E 2001/377 K.2002/59, 26.06.2002. Bizim de katıldığımız karşıoy gerekçesinde ise üyeler, yapı denetiminin, idarenin yaptırım gücüne dayanarak yürüttüğü kolluk faaliyetleri içinde yer aldığını ve idarenin, kolluk faaliyetleri arasında yer alan yapı denetimi ve bunun sonucu olan ruhsat verme yetkisini özel kişilere devredemeyeceğinden, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini ancak memurlar ve diğer kamu hizmetlileri eliyle görebileceğini ifade etmişlerdir.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi, E 2007/2 K 2011/13, 13.01.2011.

Bu yöndeki örnekleri çoğaltmak mümkündür. Tohumculuk faaliyetine ilişkin denetim ve EPDK'nın gerçekleştirdiği denetim<sup>17</sup> gibi faaliyetlerin özel kişilere devrini öngören düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bularak iptal eden Anayasa Mahkemesi, en az bunlar kadar kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek geçici köy koruculuğu<sup>18</sup> ve yapı denetim faaliyetinin özel kişilere devri konularındaki yasal düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.<sup>19</sup> Yüksek Mahkeme'nin kararlarındaki bu çelişkinin izahını yapmak kanaatimizce güçtür.

## B. Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Karşısında Özel Güvenlik

Kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi karşısında en çok tartışılan konulardan biri de özel güvenlik uygulaması olmuştur. Bunun başlıca nedenleri ise özel güvenlik faaliyetinin niteliği ve bu konuda yapılan yasal düzenlemelerle birlikte özel güvenliğe tanınan yetkilerin, Türkiye'de kamu düzeninin sağlanması noktasında özel güvenliği önemli bir aktör konumuna getirmiş olmasıdır.

Türkiye'de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmanın yasal çerçevesi ilk kez 1981 yılında çıkarılan 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun ile birlikte çizilmiş olmakla beraber, özel güvenliğin geçmişi Osmanlı İmparatorluğu dönemine kadar uzanmaktadır. Nitekim, bu dönemde çarşı ve pazarların denetiminden sorumlu olup, ücretleri bizatihi dükkân sahipleri tarafından karşılanan *ases* adı verilen özel kişiler bulunmaktaydı.<sup>20</sup> Cumhuriyet döneminde de bu konuda henüz özel bir yasal düzenleme olmamasına karşın, bankaların korunması ya da emekli kolluk güçlerinin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde bireylere, kişisel koruma hizmeti vermeleri durumları da söz konusu olabilmekteydi.<sup>21</sup>

Uygulamadaki bu fiili durumu yasal bir zemine oturtmak maksadıyla, 1981 yılında, yukarıda da ismini zikrettiğimiz, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bu kanun ile, gerek kamu gerekse özel hukuk kişilerinin sahip olduğu ve ülke güvenliği ile ülke ekonomisi açısından önem taşıyan

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi'nin EPDK'nın gerçekleştirdiği denetimin devrine ilişkin kararı: Anayasa Mahkemesi, E 2011/27 K 2012/101, 05.07.2012.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi'nin geçici köy koruculuğu ile ilgili kararı: Anayasa Mahkemesi, E 1985/5 K 1985/23, 10.12.1985.

<sup>19</sup> Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Dalkılıç, 'İdarenin Denetim Yetkisinin' (n 12) 107 vd.

<sup>20</sup> Ferdan Ergut, *Modern Devlet ve Polis* (İletişim Yayınları 2012) 98.

<sup>21</sup> Yıldız Akgül (n 7) 169.



tesislerin korunması için bir özel güvenlik teşkilatı kurulmasının usul ve esaslarını düzenlenmiştir.<sup>22</sup>

Kapsam itibariyle sınırlı bir alana ilişkin olan 2495 sayılı Kanun, 26 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve yeni kanunla birlikte özel güvenlik alanında yeni bir hukuki rejim de uygulamaya konulmuştur. 2495 sayılı Kanun'un aksine 5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik hizmetlerinin uygulama alanını sınırlayan bir hükme yer verilmemiştir. Özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesindeki usul ve esasları belirleyen Kanun'da, özel güvenlik görevlilerinin; Devletin genel kolluk birimlerinin gördüğü eğitime benzer bir eğitim almaları, görev alanları içerisinde idari ve adli kolluk faaliyetinde bulunmaları ve bu faaliyetleri yerine getirirken de kamu gücü kullanmaları öngörülmüştür.

5188 sayılı Kanun'la öngörülen bu yeni hukuki rejimle birlikte kolluk hizmetlerinin devredilmezliği ilkesiyle ilgili yapılan tartışmalar yeniden alevlenmiştir. Bu noktada tartışmaların daha ziyade, "kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi"nin anayasal dayanağı olarak gösterilebilecek olan Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde yoğunlaştığını ifade etmek gerekir. Bu sebeple konuyla ilgili daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek adına, öncelikli olarak ilgili hükmün anlamını ortaya koymakta fayda vardır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" hükmü yer almaktadır. Hükümde bahsi geçen "genel idare esasları" ile "aslî ve sürekli görevler" kavramlarından neyin anlaşılması gerektiği konusunda ise tam bir açıklık bulunduğunu söylemek güçtür.

Doktrinde, GÜNDAY, "genel idare esasları" kavramından anlaşılması gerekenin kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, belli bir idari faaliyet ya da kamu hizmeti için kamu gücü kullanılmak suretiyle tek yanlı işlemler tesis

<sup>22</sup> İlgili Kanun'un 2. maddesinde bu Kanun hükümlerine göre korunacak yerler tek tek sayılmıştı. Buna göre korunacak ve güvenlikleri sağlanacak yerler; Kanun'un 1. maddesinde belirtilen özellikleri taşıyan milli eğitim ve öğretim ve ekonomi ile Devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan baraj, enerji santralleri, rafineri, enerji nakil hatları, akaryakıt nakil, depolama, yükleme tesisleri ve benzeri yerlerde, sivil trafiğe açık Devlet eliyle işletilen hava meydanları ve limanlar, tarihi eserler, ören yerleri, sitler, açık ve kapalı müzeler, sanayi ve ticari ve turistik tesisler olarak belirlenmişti. Kanun'un 2. maddesinde 1995 yılında yapılan bir değişiklikle de, İstanbul ve diğer şehirlerdeki Kapalıçarşı ve buna benzer ticari, turistik tesislerde de bu Kanun hükümleri çerçevesinde özel güvenlik teşkilatı kurulabileceği hüküm altına alınmıştı.

ediliyor ve idari karar alınmıyorsa, o idari faaliyet ya da kamu hizmetine genel idare esaslarının uygulandığı söylenebilir.<sup>23</sup> Yine GÜNDAY'a göre "asli ve sürekli görev" kavramından anlaşılması gereken ise o görevin bir kadroya bağlanmış olması durumudur.<sup>24</sup> DURAN ise "asli ve sürekli" olma niteliğinin, çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullar olduğunu ileri sürmektedir.<sup>25</sup>

Bu açıklamalar ışığında, bünyesinde kamu gücü ve egemenliğin tüm özelliklerine rastlanan ve bütünüyle idari usuller dahilinde yürütülen kolluk faaliyetinin<sup>26</sup> devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli bir görev olduğu sonucuna ulaşılabilir.<sup>27</sup> Bu durumun doğal bir sonucu olarak da, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kolluk faaliyetinin memurlar ve diğer kamu görevlileri dışında, özel kişiler eliyle görülememesi gerekir.

Peki, özel güvenliğin yürütmekte olduğu faaliyet de bu bağlamda bir tür kolluk faaliyeti olarak değerlendirilebilir mi? Esasen bu soruya sağlıklı bir yanıt verilebilmesi için öncelikli olarak 5188 sayılı Kanun'un öngördüğü hukuki rejime bakmak gerekir. 5188 sayılı Kanun'un 1. maddesinde özel güvenlik hizmetlerinin kamu güvenliğini tamamlayıcı niteliği olduğu ifade edilmektedir. Buradan hareketle, kendi görev alanı içinde kamu düzenini korumaya çalışan ve bu amaçla da 5188 sayılı Kanun'un öngördüğü şekilde kolluk görevlilerinin sahip olduğu pek çok kamusal yetkiyi<sup>28</sup> kullanabilen özel güvenlik görevlilerinin yürüttüğü faaliyetin de aslında bir tür kolluk faaliyeti olduğu söylenebilir.<sup>29</sup> Nitekim, AYAYDIN da bu faaliyeti "görev alanları ve yetkileri sınırlandırılmış kolluk görevlileri tarafından yürütülen bir kolluk faaliyeti" olarak tanımlamaktadır.<sup>30</sup>

Bu noktada cevaplanması gereken bir diğer önemli soru da özel güvenlik hizmetlerini yerine getirecek personelin hukuki statüsünün ne olduğu sorusudur. Zira özel güvenlik

<sup>23</sup> Günday (n 3) 582.

<sup>24</sup> ibid 583.

<sup>25</sup> Lütfi Duran, 'Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)' (1986) 19 (2) Amme İdaresi Dergisi 3, 17.

<sup>26</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt 3)* (İsmail Akgün Matbaası 1966) 1475.

<sup>27</sup> Nitekim DURAN da, kamu hizmetlerinden farklı olarak, kolluk faaliyetinin salt kamusal yönetim biçimiyle gerçekleştirildiğini ifade etmektedir. Lütfi Duran, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa* (Çağdaş Yayınları 1988) 148.

<sup>28</sup> Özel güvenliğin sahip olduğu yetkiler, 5188 sayılı Kanun'un 7. ve 8. maddesinde sayılmıştır. Bu yetkilerin neler olduğunu, çalışmanın ikinci kısmında ayrıntılarıyla birlikte ele alınacaktır.

<sup>29</sup> Esasen 2495 sayılı Kanun'un 8. maddesinde de özel güvenlik teşkilatı, "bağlı olduğu kuruluşu bu Kanun hükümleri dairesinde korumak ve güvenliğini sağlamakla görevli ve yetkileri bu Kanunla sınırlı özel bir kolluk kuvveti" şeklinde tanımlanmaktaydı.

<sup>30</sup> Cem Ayaydın, '5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun' (2004) 2 (Özel Sayı) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan) (Cilt 2) 113, 129.

hizmetleri Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir hizmet olarak değerlendirilecek olursa, bu hizmetlerin özel kişiler eliyle değil, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle sunulması gerekecektir.

Esasen, özel hukuk kişileri tarafından istihdam edilecek özel güvenlik görevlilerinin, hizmet sözleşmesi çerçevesinde, yani işçi statüsünde çalışacağı açıktır.<sup>31</sup> Buna karşılık 5188 sayılı Kanun'da kamu kurum ve kuruluşlarında çalışacak özel güvenlik görevlilerinin hukuki statüsünün ne olacağına ilişkin ise açık bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar Kanun'un 23. maddesinde özel güvenlik görevlileri cezai sorumluluk bakımından kamu görevlisi gibi kabul edilmiş olsalar da,<sup>32</sup> doktrinde bu durumun tek başına özel güvenlik görevlilerini kamu görevlisi saymaya yetmeyeceği ifade edilmektedir.<sup>33</sup> Öte yandan Kanun'da yer alan bazı ifadeler, özel güvenlik görevlileri ile kamu kurum ve kuruluşları arasındaki ilişkinin bir özel hukuk ilişkisi olduğu intibasını uyandırmaktadır.

Örneğin, Kanun'un 3. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin "atanma"larından değil, "istihdam edilme"lerinden söz edilmektedir. Yine Kanun'un 11. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin valilik tarafından verilecek "çalışma izni" ile göreve başlayacağı ve belli şartların gerçekleşmesi durumunda da bu iznin iptal edileceği öngörülmektedir. Daha da önemlisi Kanun'un 15. maddesinde "Bu Kanunda yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, engelli hâle gelen özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlisinin kanunî mirasçılara, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen miktar ve esaslar çerçevesinde tazminat ödenir" hükmü yer almaktadır. Tüm bu düzenlemelerden hareketle, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışacak özel güvenlik görevlileri ile ilgili kamu kurum ve kuruluşu arasındaki hukuki ilişkinin "hizmet sözleşmesi" olduğu ve özel güvenlik görevlilerinin de bu anlamda "işçi" statüsünde olduğu söylenebilir.<sup>34</sup>

O halde toparlamak gerekirse, 5188 sayılı Kanun'un öngördüğü sistem uyarınca bir kamu kurum ve kuruluşunda güvenliği sağlamak üzere özel hukuk hükümlerine tabi kişiler görevlendirilebilecektir. Bu durum, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir görevin işçi statüsündeki görevliler eliyle görüleceği anlamına gelir ki, bunun Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına uygun düşmeyeceği açıktır. SEVER'in de

<sup>31</sup> ibid. 132.

<sup>32</sup> Nitekim, 5188 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca "Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır."

<sup>33</sup> Yıldız Akgül (n 7) 181.

<sup>34</sup> Ayaydın (n 30) 133.

belirttiği gibi, kamusal alanda, tüm toplumu ve genel anlamda kamu düzenini yakından ilgilendiren güvenliğe ilişkin faaliyetlerin özel güvenlik görevlilerine bırakılmadan kolluk kuvvetleri tarafından yerine getirilmesi hem devletin temel varoluş nedeni ve işlevi olan kamu güvenliğinin korunması bakımından daha etkin bir sistemin gerçekleştirilmesini hem de Anayasa'nın 128. maddesinin lafzına ve ruhuna daha uygun bir uygulama olmasını sağlayacaktır.<sup>35</sup> Bu çerçevede 5188 sayılı Kanun'la öngörülen sistemin yeniden gözden geçirilmesinde büyük fayda olduğunu önemle ifade etmek gerekir.

## II. ÜNİVERSİTELERDEKİ ÖZEL GÜVENLİK UYGULAMASI

5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik hizmetlerinden kimlerin yararlanabileceği konusunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun'un 3. maddesinde “kişiler” ile “kurum ve kuruluşlar”ın özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabileceği dolaylı olarak belirtilmiş olsa da, buradaki “kurum ve kuruluşlar” ifadesinin “kamu kurum ve kuruluşları”nı da kapsayıp kapsamadığı noktasında bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kanun'un 15. maddesinin üçüncü fıkrasından hareketle, kamu kurum ve kuruluşlarının da özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabileceği söylenebilir. Nitekim söz konusu fıkra, kamu kurum ve kuruluşlarında özel güvenlik hizmetlerini yerine getiren özel güvenlik görevlilerinin hukuki durumunu düzenlemektedir.<sup>36</sup>

Bu noktada bütün kamu kurum ve kuruluşları özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilir mi sorusu akla gelebilir. Esasen Kanun'da bu konuda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bununla birlikte, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in<sup>37</sup> 8. maddesinin üçüncü fıkrasında “genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu” ya da “özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü” hallerde özel güvenlik izni verilmemesine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Sever (n 10) 3298-3299.

<sup>36</sup> 5188 sayılı Kanun'un 15. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “*Kamu kurum ve kuruluşlarında bu Kanunda yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, engelli hâle gelen özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlilerinin kanunî mirasçılara; iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinde belirtilen tazminat miktarlarından hangisi yüksek ise o miktar ödenir.*”

<sup>37</sup> RG 07.10.2004/25606.

<sup>38</sup> Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 8. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “*Genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu ya da özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü hallerde özel güvenlik izni verilmemesine karar verilir ve bu kararın gerekçesi de belirtilir. Özel güvenlik izni için yapılan müracaatlar en geç on iş günü içinde neticelendirilir.*”

Yönetmelikte yer alan bu hüküm çeşitli açılardan sorgulanmaya değerdir. Her şeyden önce kanunda bu yönde bir sınırlama öngörülmemesine karşın yönetmelikle özel güvenlik hizmetlerinin faaliyet alanı kısıtlanabilir mi sorusu sorulabilir. Diğer yandan, “genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu” ve “özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü” haller nasıl belirlenecektir? Uygulamada özel güvenlik adliye, belediye, konsolosluk, park, havalimanı, otopark, gümrük gibi pek çok yerde faaliyet gösterebilmektedir. Bu yerler genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olmadığı veya özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü yerler olarak mı değerlendirilmektedir? Yönetmelik hükmünü baz alırsak bu soruya olumlu yanıt vermemiz gerekecektir. Bu yönde bir yanıt ise bizi daha büyük açmazlara götürebilecektir. Öyle ki, ilgili hüküm, özel güvenliğin faaliyet gösterdiği yerleri devletin genel kolluk faaliyeti kapsamında koruyamadığı şeklinde bir intibaya sebebiyet verebilecektir.<sup>39</sup>

Üniversiteler açısından ise durumun teknik anlamda daha anlaşılır olduğu söylenebilir. Nitekim, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 20. maddesinde zabitanın hangi hallerde üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine girebileceği hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm uyarınca;

*“Zabita aşağıda yazılı hallerde üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine girebilir.*

*A) Üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkanlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıttan yardım talep etmeleri halinde,*

*B) Herhangi bir davet veya izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman”*

Bu hükmün mefhum-u muhalifinden hareketle, yukarıdaki haller dışında zabitanın üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine giremeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. O halde, bu yerlerde genel güvenlik kapsamında korunmak her zaman için söz konusu olamayacaktır. Buradan hareketle; bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları arasında sayılan üniversitelerin 5188 sayılı Kanun’un

<sup>39</sup> Nitekim AYAYDIN da bu duruma dikkat çekmekte ve yönetmelik hükmünü bu noktada eleştirmektedir. Ayaydın (n 30) 123.

öngördüğü hukuki rejim uyarınca özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabileceğini söylemek mümkündür.

Peki üniversiteler özel güvenlik hizmetlerinden ne şekilde yararlanabilir? Esasen 5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinden hareketle güvenlik hizmetlerinden yararlanma bağlamında 3 farklı usulün öngörüldüğü söylenebilir:

- 1) Güvenlik hizmetinin ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından istihdam edilen personel eliyle sağlanması
- 2) Kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulması
- 3) Güvenlik hizmetinin bu konuda faaliyette bulunmak amacıyla kurulmuş güvenlik şirketlerine gördürülmesi

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 7. maddesinde kişi ve kuruluşlara özel güvenlik hizmetlerinden ne şekilde yararlanacaklarını belirleme noktasında bir serbesti tanınmıştır. Buna göre üniversiteler de Kanun'da öngörülen bu usuller çerçevesinde, ihale yoluyla özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alabilecekleri gibi bünyelerinde özel güvenlik birimi kurmak suretiyle de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabileceklerdir. Ne var ki, doktrinde, kamu hizmetinin üretilmesi için özel şirketlerden ihale ile işgücü satın alma yönteminin kamu hizmetine girme hakkına aykırı olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Örneğin, KARAHANOĞULLARI, güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi için özel girişimciden hizmet alımı yapılmayıp, özel güvenlik personeli alımı ihalesi yapıldığını, özel girişimcilerin işgücü simsarları gibi çalıştığını, idarenin de bu simsarlardan işçi kiraladığını belirtmekte ve bu yöntemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir.<sup>40</sup> Ne var ki, özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma konusunda ihale usulü halen yaygın bir şekilde uygulanmaya devam etmektedir.

### A. Üniversitelerde Görev Yapan Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkileri

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yetkiler, 5188 sayılı Kanun'un 7. ve 8. maddelerinde tek tek sayılmıştır. Bu yetkilerin bir kısmı<sup>41</sup> esasen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 6098 sayılı

<sup>40</sup> Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (Turhan Kitabevi 2012) 242.

<sup>41</sup> Bu yetkiler; suçüstü yakalama, meşru savunma ve zorunluluk kapsamında zor kullanma, olay yerini ve delilleri koruma ve belli durumlarda silah kullanma şeklinde sıralanabilir. D. Çiğdem Sever, 'Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2013) 241-247.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında, belirli durumların varlığı halinde sıradan vatandaşlar tarafından da kullanılabilirlikle birlikte,<sup>42</sup> özel güvenlik görevlilerinin Kanunla öngörülen bu yetkilerin kullanımı noktasında sıradan vatandaşlardan daha farklı bir konumda bulunduğunu belirtmek gerekir. Nitekim, sıradan vatandaşlardan farklı olarak, özel güvenlik görevlilerinin, şartlar gerçekleştiği takdirde, Kanunla öngörülen bu yetkileri kullanmaları bir tür zaruret halini almaktadır. Aksi halde, görevin gereklerine aykırı hareket etmeleri veya görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstermeleri durumunda, özel güvenlik görevlilerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi kapsamında görevi kötüye kullanma suçundan yargılanmaları gündeme gelebilecektir.<sup>43</sup> Sıradan vatandaşlar bakımından ise böyle bir durumun varlığından söz etmek mümkün değildir.<sup>44</sup>

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu diğer bir kısım yetkiler ise, özel hukuk kişilerinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde sahip olduğu imkânları aşan ve özel güvenlik görevlilerini gerek fonksiyonel anlamda gerekse buldukları statü açısından devletin genel kolluk birimlerine yaklaştıran mahiyette birtakım yetkililerdir.<sup>45</sup>

Özel güvenlik görevlilerinin sahip oldukları yetkilerle alakalı olarak “kamu kurum ve kuruluşuna bağlı olarak çalışan özel güvenlik görevlilerinin yetkileri” ve “özel güvenlik şirketine bağlı olarak çalışan özel güvenlik görevlilerinin yetkileri” şeklinde bir ayırım yapma yoluna gidilmemiştir. Bununla birlikte, 5188 sayılı Kanun'un öngördüğü hukuki rejimde, görev alanlarına göre özel güvenlik görevlilerinin sahip oldukları yetkilerin farklılaşabildiği görülmektedir. Nitekim bazı yetkiler sadece belli yerlerde veya belli etkinliklerde görev yapan özel güvenlik görevlileri tarafından kullanılabilirliktedir. O halde üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yetkileri de bu çerçevede tek tek ele almakta fayda vardır.

## 1. Arama Yetkisi

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu arama yetkisi 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin a, b, d ve f bentlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, özel güvenlik görevlileri asıl olarak önleme araması yapma yetkisine sahip olmakla beraber, belli

<sup>42</sup> Bu noktada, sıradan vatandaşlar için öngörülen bu durumun, kamu hukuku anlamında bir “yetki kullanımı” olarak ifade edilemeyeceğini önemle belirtmek gerekir.

<sup>43</sup> Bunun sebebi ise daha önce izah ettiğimiz üzere, 5188 sayılı Kanun'un 23. maddesinden hareketle özel güvenlik görevlilerinin ceza hukuku bakımından “kamu görevlisi” gibi kabul ediliyor olmalarıdır.

<sup>44</sup> Faruk Ünsal, ‘Özel Güvenliğin Kolluk Hizmetlerindeki Konumu’ (2004) (42) Polis Dergisi 49.

<sup>45</sup> Ayaydın (n 30) 211.

durumlarda adli arama yapmaya da yetkilidirler.<sup>46</sup> Üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu arama yetkisini de bu bağlamda önleme araması yapma yetkisi ve adli arama yetkisi şeklinde ikili bir tasnif çerçevesinde ele almakta fayda vardır.

#### **a. Önleme Araması Yapma Yetkisi**

5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin a bendinde, özel güvenlik görevlilerinin "*koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme*" yetkisine sahip oldukları hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin b bendinde "*toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde*", f bendinde de "*hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde*" aramanın yine aynı şekilde yapılacağı ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, ilgili düzenlemelerde önleme aramasının ne şekilde yapılacağı kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir.

Durum bu olmakla beraber, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in "önleyici arama yapılması" başlıklı 14. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin Kanun'da belirtilen durumlarda gerektiğinde "üst araması" da yapabileceği ifade edilmektedir.<sup>47</sup> Oysa, Kanun'da önleme aramasının yönetmelikte ifade edildiği biçimde, "üst araması" şeklinde de yapılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. 5188 sayılı Kanun'da güvenlik sistemleri kullanılmadan yapılabilecek türden arama, en fazla 7. maddenin d bendinde öngörülen *adli nitelikteki aramalar* bakımından gündeme gelebilir.<sup>48</sup> Dolayısıyla özel güvenlik görevlilerinin önleme aramasını elle yapması gibi bir durumun varlığından söz etmek kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca, üst aramasını yapılabilmesi için usulüne göre verilmiş hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nce de belirtildiği üzere, bu durum sadece adli aramalar için değil, önleme aramaları da dahil olmak üzere özel

<sup>46</sup> Bu anlamda 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin a, b ve f bentlerinin özel güvenlik görevlilerinin önleme araması yapma yetkisini, d bendinin ise adli arama yapma yetkisini düzenlediğini söylemek mümkündür.

<sup>47</sup> Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 14: "*Görev alanında, can ve mal güvenliğinin ve kamu düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilmesi amacıyla detektörle, x-ray cihazından geçirerek veya Kanunda belirtilen durumlarda gerektiğinde üst araması yapılabilir.*"

<sup>48</sup> Yıldız Akgül (n 7) 212.



hayata müdahale oluşturan tüm aramalar için geçerlidir.<sup>49</sup> Bu anlamda özel güvenlik görevlilerinin, korumakla yükümlü oldukları alanlara girmek isteyen her bir kişi için arama emri veya kararı almaları, hayatın olağan akışı karşısında mümkün olmayacağı için, önleme araması kapsamında özel güvenlik görevlilerinin salt güvenlik sistemlerini kullanmalarının bu bakımdan da bir zorunluluk olduğu ifade edilebilir.

O halde, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlileri, koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri, sadece, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini detektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirmek suretiyle önleme araması yapabileceklerdir. Buna karşılık özel güvenlik görevlilerinin önleme araması kapsamında kişilerin üstlerini veya eşyalarını elle aramaları gibi genel bir uygulama söz konusu olamayacaktır.

### ***b. Adli Arama Yapma Yetkisi***

5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin d bendinde özel güvenlik görevlilerinin *görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama* yetkisine sahip oldukları hüküm altına alınmıştır.<sup>50</sup> Bu hüküm uyarınca özel güvenlik görevlilerine verilen yetki bir önleyici arama değil, adli arama yapma yetkisidir. Nitekim burada, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan bir durum söz konusudur.

Kanun, özel güvenlik görevlilerine belli durumlarda adli arama yapma yetkisi vermiş olmakla birlikte, bu yetkinin nasıl kullanılacağı konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Aramanın ne şekilde yapılacağı, bir arama emri veya kararına ihtiyaç olup olmadığı gibi hususlar Kanun'da açıklığa kavuşturulmamıştır. Haliyle bu durum adli arama yetkisinin özel güvenlik görevlileri tarafından uygulamada nasıl kullanılacağı konusunda tartışmalara sebep olmuştur.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin a bendinde *hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde*, ayrıca bir arama emri ya da kararının

<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesi, ilgili kararda konuyla ilgili şu değerlendirmede bulunmuştur: “Anayasa'nın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez.” Anayasa Mahkemesi, E 2003/29 K 2006/24, 22.02.2006.

<sup>50</sup> Uygulamada haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişiler, valilik tarafından özel güvenlik görevlilerine bildirilmektedir. Yıldız Akgül (n 7) 215.

aranmaksızın arama yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümden hareketle, doktrinde, özel güvenlik görevlilerinin adli aramalarla ilgili yetkilerini kullanabilmeleri için bir arama emri ya da kararı verilmiş olmasının gerekmeceğini ifade edenler olmuştur.<sup>51</sup>

Danıştay da, söz konusu yönetmelik hükmünün iptali için açılan davada, üst araması ile ilgili bölümün Kanun'a ve Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmış ve şu değerlendirmede bulunmuştur:

*“Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan şüpheli ve sanığın, umuma açık mahallerde yakalanması durumunda, 5271 sayılı Yasanın 90/4. maddesi uyarınca tedbir mahiyetinde üst araması yapılabileceğinden, dava konusu Yönetmeliğin 8/a maddesinde yer alan ‘...üstünde...’ ibaresinde, anılan Yasa kuralına ve Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.”*<sup>52</sup>

Oysa arama, bizatihi Anayasa'yla güvence altına alınmış bir temel hak olan “özel hayatın gizliliği” ile ilgili bir durumdur. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası uyarınca *herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.* Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de *millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz.*

Anayasa'nın bu açık hükmü karşısında, özel güvenlik görevlilerinin adli arama yetkilerini kullanırken bir arama emri ya da kararına ihtiyaç duymayacaklarını ileri sürmek kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

<sup>51</sup> ibid, 215. Mustafa GÜLCÜ de yakalamanın aramaya göre daha yoğun bir şüphenin varlığını gerektirdiğini, yakalamanın aramayı da kapsadığını, bu yüzden yakalanan kişinin aranmasının da gerekli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Mustafa Gülcü, *Özel Güvenlik Hukuku*, (Kardeşler Matbaacılık, 2004) 276. Murat AYDIN da kişinin yakalanmasına kanunun imkan verdiği hallerde, yakalanmasından sonra üstünün aranmasına da imkan bulunduğunu ve bu arama işlemi için ayrıca bir karar almaya gerek olmadığını ileri sürmektedir. Murat Aydın, *Arama ve El Koyma* (Seçkin Yayınları 2012) 46. Hüsnü ALDEMİR de benzer şekilde, yakalama tedbirinin, kişinin üstünde yapılacak aramadan daha geniş kapsamlı olması nedeniyle, önleyici nitelikteki kaba üst araması için arama kararının gerekli olmadığını ifade etmektedir. Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, (Bilge Yayınevi 2012) 43.

<sup>52</sup> Danıştay 10 D, E 2005/6392 K 2007/948, 19.01.2006.

Bununla birlikte, doktrinde, *yüzeysel* nitelikte gerçekleştirilen bir kısım kontrollerin arama kapsamında değerlendirilemeyeceği de ifade edilmektedir. Örneğin, KUNTER/YENİSEY, silah denetimi biçiminde yapılan kontrollerde yazılı emir almaya gerek olmadığını, buna karşılık ayrıntılı/ince arama yapılabilmesi için yazılı emir alınması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>53</sup> Dahası, Anayasa Mahkemesi de bu anlamda bir ayırım yapmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre "*kaba arama, yoklama, sıvazlama veya elle tarama olarak da ifade edilen elle kontrol aramadan farklı bir kavram*" olup "*arama boyutuna ulaşmayan alt düzeyde sınırlı bir kolluk tedbiri*" niteliğindedir.<sup>54</sup> Bu doğrultuda, Yüksek Mahkeme, *elle kontrol* uygulamasının Anayasa md. 20/2 kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir.

Ne var ki, bu yöndeki ayırımın ne şekilde ve hangi kriterler doğrultusunda gerçekleştirileceği, elle kontrol ile arama arasındaki sınırın nerede başlayıp nerede biteceği konularında bir belirsizlik söz konusudur. Hepsinden önemlisi, Anayasa koyucunun bu yönde bir ayırım gözeterek elle kontrol uygulamasını bilinçli olarak madde kapsamına almadığı, Anayasa md. 20/2 hükmünün bu yönde bir ayırımı doğrudan cevaz verdiği de son derece kuşkuludur. Bilakis, ilgili düzenlemede *adli arama-önleme araması* yahut *yüzeysel arama-ayrıntılı arama* şeklinde bir ayırım gözetilmemiştir. Bu çerçevede, doktrinde kimi yazarlarca da ifade edildiği üzere; kaba üst araması, yoklama veya sıvazlama gibi uygulamalarının de birer arama niteliğinde olduğunu<sup>55</sup> ve Anayasa md. 20/2'nin öngördüğü şartlara tabi olduğunu kabul etmek gerekir.

Esasen, belli başlı uygulamaların arama kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki görüş, Anayasa md. 20/2'de zımnen ortaya konulduğu savunulan durumu açıklığa kavuşturma amacından ziyade uygulamadaki önemli bir ihtiyacı karşılama amacının ürünüdür. Gerçekten, yakın ve olası bir tehdit yahut tehlikenin varlığı halinde dahi arama yapabilmek için arama emri ya da kararına ihtiyaç duyulması, güvenlik anlamında ciddi sorunların varlığına sebebiyet verebilmektedir. Hal böyleyken, belli başlı durumlarda, belli türden aramalar için arama emri ya da kararına ihtiyaç olmaması gerektiği savunulabilir. Ne var ki, bu yöndeki ihtiyacı karşılamanın yolu, Anayasa md. 20/2'de değişikliğe gitmek ve belli türden aramaları açıkça madde kapsamından çıkarmaktır.

<sup>53</sup> Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (Arıkan Yayınları 2005) 319.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi, E 2018/137 K 2022/86, 30.06.2022.

<sup>55</sup> Ahmet Kılıç, 'Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasaya Uygunluğu' (2023) (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 403, 411.

Öte yandan, yakın ve olası bir tehdit yahut tehlikeye binaen kaba arama yapmanın da her durumda bir zaruret olmadığını ifade etmek gerekir. Bahsi geçen arama, kişinin üzerinde silah, bıçak vb. tehlikeli aletlerin olup olmadığını tespit etmek amacıyla yapılmaktadır.<sup>56</sup> Özel güvenlik bakımından ise kaba arama/elle arama uygulamasına başvurmaksızın da bu tespitin yapılması mümkündür. Nitekim, 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesi, halihazırda, özel güvenlik görevlilerine; koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme yetkisi vermektedir. Dolayısıyla, kişilerin üzerinde silah, bıçak vb. tehlikeli aletlerin olup olmadığı pekala bu şekilde de tespit edilebilir. Hal böyleyken, özel güvenlik görevlilerinin bu yola başvurmaksızın doğrudan kişiyi üst aramasına tabi tutmasının hukuka uygun bir uygulama olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

O halde, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin adli arama yetkisi kapsamında üst araması yapabilmeleri için bir arama emri veya kararına ihtiyaç olduğu; bu yönde bir emir veya karar olmadığı sürece özel güvenlik görevlilerinin, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişilerin üstlerini ve eşyalarını elle arayamayacakları söylenebilir.

## 2. Yakalama Yetkisi

5188 sayılı Kanun uyarınca özel güvenlik görevlilerine verilen yetkilerden biri de yakalama yetkisidir. Yakalama, en basit ifadeyle, bir kişinin hakim kararı olmaksızın geçici bir süre için özgürlüğünün kısıtlanması durumudur.<sup>57</sup> *Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*'nin 4. maddesine göre ise yakalama; “*kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını*” ifade eder. Bu anlamda özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yakalama yetkisi, 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin c, d, ı, ve j bentlerinde tek tek düzenlenmiştir.

Yakalama, hakim kararı olmaksızın kişi özgürlüğünün kaldırılması anlamını taşıdığından, yakalamanın şartları Anayasa, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 2559

<sup>56</sup> Kaba arama, doktrinde, kişinin üzerinde silah veya tehlikeli bir madde olup olmadığını tespiti amacıyla, herhangi bir giysi çıkarılmadan, yoklama biçiminde yapılan kontrol şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Hakan Serdar Çöpoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*, (Adalet Yayınevi 2023) 123.

<sup>57</sup> Kunter ve Yenisey (dn 53) 309.

sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda detaylıca düzenlenmiştir. Sadece zorunlu hallerde başvuru olan geçici bir tedbir mahiyetindeki yakalamanın,<sup>58</sup> önleme yakalaması ve adli yakalama olmak üzere iki türü bulunmaktadır. 5188 sayılı Kanun kapsamında özel güvenlik görevlilerine her iki yakalama yetkisi de belli şartlar altında tanınmıştır.

Özel güvenlik görevlileri her şeyden önce, 5188 sayılı Kanun md.7/c'de belirtildiği üzere, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesine göre yakalama yetkisine sahiptirler. Söz konusu hüküm, herkes tarafından geçici olarak yapılabilecek yakalama ile kolluk görevlileri tarafından yapılacak yakalama arasında bir ayrım öngörmektedir. Buna göre herkes tarafından yapılabilecek yakalama CMK md. 90/1 uyarınca şu hallerde söz konusu olabilir:

- Kişiye suçu işlerken rastlanması,
- Suçüstü<sup>59</sup> bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

Bu durumda özel güvenlik görevlileri de herkes gibi yakalama yapabilirler. Yakalama durumu derhal kolluğa haber verilir ve yakalanan kişi kolluğa teslim edilir. Bu tür bir yakalamada silah kullanılması, arama ve el koyma işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkün değildir.<sup>60</sup>

CMK md. 90/2'de ise kolluk görevlilerinin sahip olduğu yakalama yetkisi düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre; *“kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.”*

Kolluk görevlilerinin sahip olduğunu bu yetki 5188 sayılı Kanun md. 7/c'nin CMK md. 90'a yapmış olduğu yollama ile birlikte, özel güvenlik görevlilerine de tanınmıştır. Dolayısıyla özel güvenlik görevlileri görev alanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla, kolluk görevlilerinin CMK md. 90/2 kapsamında sahip olduğu yakalama yetkisini kullanabileceklerdir.

<sup>58</sup> Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş Yayınları 2013) 237.

<sup>59</sup> Suçüstü hali CMK md. 2/j'de, işlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç ve fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç olarak ifade edilmiştir.

<sup>60</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayınları 2023) 237.

5188 sayılı Kanun md. 7/d kapsamında özel güvenlik görevlilerine tanınan bir diğer yetki ise, görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkumiyet kararı bulunan kişileri yakalama yetkisidir. Uygulamada, haklarında yakalama emri veya mahkumiyet kararı bulunan kişiler valilik tarafından özel güvenlik görevlilerine bildirilmekle birlikte özel güvenlik görevlilerinin bu kişilerin kimliklerini nasıl tespit edecekleri hususu belirsizdir. Nitekim, birazdan da ele alınacağı üzere, özel güvenlik görevlilerinin kimlik sorma yetkisi belirli alanlar ve etkinliklerle sınırlıdır. Dolayısıyla doktrinde, özel güvenlik görevlilerinin, sahip oldukları arama ve yakalama yetkilerini sadece bu alanlar ve etkinlikler söz konusu olduğunda kullanabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>61</sup>

5188 sayılı Kanun md. 7/1 uyarınca özel güvenlik görevlilerine, kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama yetkisi de verilmiştir. Bununla birlikte “mevcut bir tehlike” kavramından neyin anlaşılması gerektiği ve hangi durumlarda mevcut bir tehlikeden söz edilebileceği hususları belirsizdir. Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin, işçi statüsündeki özel güvenlik görevlilerinin inisiyatifıyla<sup>62</sup> sınırlanabilmesi ciddi problemlere yol açabilecektir.

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu bir diğer yetki de, 5188 sayılı Kanun md. 7/j uyarınca, olay yerini ve delilleri koruma ve bu amaçla CMK’nın 168. maddesine göre yakalamadır. Söz konusu hükme göre, “*olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.*” Bu yetki, ceza muhakemesi hukukunda yer alan gözaltına alma veya durdurma yetkilerinden farklı niteliktedir. Özel güvenlik görevlilerine de tanınan bu yetkinin, sadece alınan tedbirlere aykırılığı ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetleri içermesi, bunu aşan nitelikte güç kullanımlarını içermemesi ve olay yerini koruma amacıyla sınırlı olması gerekir.<sup>63</sup>

Üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlileri de bu bağlamda, sahip oldukları yakalama yetkilerini ancak Kanun’un öngördüğü şekilde kullanabilirler. Bununla birlikte üniversitede görev yapan özel güvenlik görevlilerinin bir kısım yetkilerini ne şekilde kullanacakları konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Örneğin, aşağıda ele alınacağı üzere, üniversitelerde kimlik sorma yetkisi tartışmalı olan özel güvenlik görevlilerinin 5188 sayılı Kanun md. 7/d kapsamında kendilerine verilmiş olan yakalama yetkisini nasıl kullanacakları

<sup>61</sup> Sever, ‘Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi’ (n 41) 250.

<sup>62</sup> Öyle ki, hangi durumlarda mevcut bir tehlikenin olup olmadığını özel güvenlik görevlileri belirleyeceklerdir.

<sup>63</sup> Sever, ‘Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi’ (n 41) 249.

belirsizdir. Bu noktada özel güvenlik hizmetlerinin kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki niteliğini dikkate almak suretiyle, özel güvenlik görevlilerinin sahip oldukları yakalama yetkilerini dar yoruma tabi tutmak ve bu anlamda asıl yetkinin genel kollukta olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir.

### 3. Kimlik Sorma Yetkisi

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu bir diğer yetki de kimlik sorma yetkisidir. 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin b ve f bentlerinde özel güvenliğin hangi durumlarda kimlik sorabilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, özel güvenlik görevlileri; toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorabilecekleri gibi; hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde de kimlik sorabilirler.

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu kimlik sorma yetkisi ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu md. 4/A kapsamında polise tanınan kimlik sorma yetkisi arasında farklılıklar söz konusudur. Her şeyden önce polis, genel nitelikli bir kimlik sorma yetkisine sahipken, özel güvenlik görevlilerine tanınan kimlik sorma yetkisi belirli alanlar ve etkinliklerle sınırlandırılmış durumdadır. Bunun haricinde; polis, kişinin kimliğinin belirlenemediği durumlarda o kişiyi tutabilir ve devamında durumu savcılığa bildirir.<sup>64</sup> Buna karşın, özel güvenlik görevlileri bakımından böyle bir yetkinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Özel güvenlik görevlileri böyle bir durumla karşılaştıklarında, kimliğini ispat edemeyen kişiyi, korumakla yükümlü oldukları bölgeye almamak<sup>65</sup> ve durumu genel kolluğa haber vermek dışında başkaca bir yetkiye sahip değildir. Hatta doktrinde, kimliğini ispat edemeyen kişinin, özel güvenlik görevlilerince korunan alana girmek istemedikleri takdirde, genel kolluğun haberdar edilmesine dahi gerek olmadığı ifade edilmektedir.<sup>66</sup>

Özel güvenlik görevlilerinin kimlik sorma yetkisi belirli alanlar ve etkinliklerle sınırlandırılmış olmasına karşın, uygulamada daha geniş ölçekte bir kimlik kontrolü uygulamasının varlığı gözlemlenmektedir. Örneğin, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik, kampüs girişlerinde rutin olarak kimlik kontrolleri yapmakta ve kimlik ibraz etmeyen yahut

<sup>64</sup> Böyle bir durumda, PVSK md. 4/A hükmü uyarınca, kimliği anlaşılıncaya kadar o kişinin gözaltına alınması ve gerekirse tutuklanması dahi mümkün olabilmektedir.

<sup>65</sup> Ayaydın (n 30) 233.

<sup>66</sup> Yıldız Akgül (n 7) 219.

edemeyen kişileri kampüse almayabilmektedir. Bu anlamda özel güvenliğin mevzubahis uygulamasının hukuki bir temeli olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir.

5188 sayılı Kanun'da özel güvenliğin kimlik sorabileceği yerler tek tek sayılmıştır. Sayılan bu yerler arasında ise üniversite kampüsleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla 5188 sayılı Kanun'da düzenlendiği şekliyle, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin kampüs girişlerinde genel mahiyette bir kimlik sorma yetkileri bulunmadığını söylemek mümkündür.<sup>67</sup>

Bu noktada, bahsi geçen yetkinin salt nüfus kimlik kartı yani hüviyet cüzdanı ile ilgili olduğu, dolayısıyla bunun haricindeki diğer kimlikler bakımından özel güvenliğin sorgulama yapmasına engel bir durumun olmadığı düşüncesi de akla gelebilir. Buradan hareketle, üniversitede görev yapan özel güvenlik görevlilerinin kampüs girişlerinde hüviyet cüzdanı kontrolü yapmasalar da öğrenci kimlik kartı, personel kimlik kartı gibi sorgulamaları yapabileceği ileri sürülebilir. Ne var ki bu görüşe ihtiyatla yaklaşmakta fayda vardır. Zira, kimlik kavramı kolluk hukukunda sadece hüviyetin karşılığı olarak kullanılmamaktadır. Kimlik, nihayetinde, kişinin kim olduğunu tanıtan bir belgedir.<sup>68</sup> Bu anlamda nüfus cüzdanı dışında pasaport, sürücü belgesi, öğrenci kimlik kartı, personel kimliği, avukat kimliği gibi resmi belgeler de kolluk hukuku kapsamında kimlik olarak kabul edilmektedir.<sup>69</sup> Yine, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nun 9. maddesinde de kimliğin nüfus hüviyet cüzdanı ve diğer resmi geçerli belgelerle ispat edilmesinden bahsedilmektedir.<sup>70</sup> Bu durumda, kimlik kavramından salt hüviyetin anlaşılacağı, kişinin kim olduğunu tanıtan diğer resmi belgelerin kimlik kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklindeki düşünceye katılmak güçleşmektedir.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. Arın Hünler, 'İç Güvenlik Hizmetlerinde Özelleştirme ve 5188 Sayılı Kanun' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010) 122.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; üniversite içerisinde toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri gibi etkinlikler söz konusu olduğunda, özel güvenlik görevlilerinin bu etkinliklerin gerçekleştirileceği alanlarda kimlik kontrolü yapabilmeleri, 5188 sayılı Kanun md. 7/b hükmü kapsamında mümkündür.

<sup>68</sup> Haluk Şükrü Akalın, *Türkçe Sözlük* (Türk Dil Kurumu Yayınları 2011) 1442.

<sup>69</sup> Nitekim; nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, iş yeri kimlik belgesi ve öğrenci kimlik kartı, uygulamada, gerçekleştirilen kimlik kontrolü sırasında polise en çok sunulan belgelerdir. Bkz. Aytekin Geleri, *Önleyici Polislik* (Seçkin Yayınları 2003) 112-113.

<sup>70</sup> 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu md. 9: "Bu Kanun hükümlerine göre kimlik bildirme belgesini yetkili idareye vermekle yükümlü tutulanlar, kimliğini nüfus hüviyet cüzdanı ve diğer resmi geçerli belgelerle ispat edemeyen kimseleri tesislerinde barındıramaz, konut ve işyerlerinde çalıştıramaz."



Öte yandan, bir an için kimlik kavramının öğrenci kimlik kartı, personel kimlik kartı veya diğer resmi belgeleri kapsamadığı kabul edilse dahi, bu durum özel güvenlik görevlilerinin kampüs girişlerinde öğrenci kimlik kartı kontrolü yapmalarını yine haklı kılmamaktadır. Nitekim, kampüs girişlerinde öğrenci kimlik kartı kontrolü yapmak, ve bu belgeyi ibraz etmeyenleri kampüse almamak şeklindeki uygulama, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlar mahiyette önemli bir kamusal yetki kullanımınıdır. Dolayısıyla bu yönde bir yetkinin kanunla özel güvenlik görevlilerine açıkça tanınmış olması gerekir. Oysa ne 5188 sayılı Kanun'da ne de bir başka kanunda özel güvenlik görevlilerine bu yönde bir yetki tanınmış değildir.

Esasen, kişilerin her daim üzerlerinde kimlik bulundurması gibi bir zorunluluk olup olmadığı da bir başka tartışma konusudur. PVSK'nın 4/A maddesinde, kimlik sorma yetkisini kullanan polislerin kişilere kimliğini ispatlamaları konusunda gerekli kolaylığı göstereceği ifade edilmektedir. Yine, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi kapsamında, üzerinde kimlik belgesi taşımamak değil, görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermektan kaçınmak veya gerçeğe aykırı beyanda bulunmak bir kabahat olarak belirlenmiştir. Bu hükümlerden hareketle, kişilerin, üzerlerinde kimlik bulundurması gibi bir zorunluluğun olmadığı söylenebilir.<sup>71</sup> Kişilerin bu konudaki yükümlülüğü, kimliğinin belirlenmesi noktasında *yetkili kişilere* gereken kolaylığı sağlamaktır. Üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin ise bu anlamda *yetkili olmadıklarını* tekrar hatırlatmakta fayda vardır.

Bu yöndeki tartışmalar bir yana, uygulamadaki örnekler göz önüne alındığında, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin kimlik sorgulama noktasında her daim tutarlı bir yaklaşım içinde olduklarını söylemek de güçtür. Öyle ki, pek çok üniversitede, kampüse yaya olarak girmek isteyenler sıkı bir kimlik kontrolüne tabi tutulmaktayken dolmuş veya otobüsle girmek isteyenler bakımından ise böyle bir kontrol söz konusu olmamaktadır. Uygulamadaki bu ikiliğin izahını yapmak güç gözükmektedir.

Esasen, üniversite bina ve alanlarının kamuya açıklığının hizmetle sınırlı olması dolayısıyla,<sup>72</sup> herkesin her istediğinde, serbestçe kampüse girememesi gerektiği savunulabilir. Bu çerçevede, kampüs girişlerinde kimlik kontrolü yapılması bir ihtiyaç halini alabilir. Ne var ki, bu ihtiyacın varlığı, herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın özel güvenliğin rutin bir

<sup>71</sup> Ali İhsan Erdağ, 'Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi' (2010) (4) Ankara Barosu Dergisi 37, 46.

<sup>72</sup> Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022) 424-425.

şekilde kampüs girişlerinde kimlik kontrolü yapmasını, kampüse kimlerin girip kimlerin giremeyeceğinin uygulamada özel güvenlik görevlilerinin inisiyatifine bırakılmasını haklı kılmamaktadır. Bu bakımdan, bahsi geçen ihtiyaca binaen, özel güvenlik görevlilerinin kimlik sorma yetkisiyle alakalı olarak 5188 sayılı Kanun'da bir değişikliğe gidilmesi ve bu konun yasal yollarla çözüme kavuşturulması en uygun seçenek olacaktır.

#### 4. Zor Kullanma Yetkisi

5188 sayılı Kanun kapsamında özel güvenlik görevlerine tanınan bir diğer yetki de zor kullanma yetkisidir. Kanun'un 7. maddesinin k bendinde özel güvenlik görevlilerinin "*Türk Medeni Kanununun 981 inci maddesine, Borçlar Kanununun 52 nci maddesine, Türk Ceza Kanununun 24 ve 25 inci maddelerine göre zor kullanma*" yetkisine sahip oldukları hüküm altına alınmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 981. maddesi zilyedin savunma hakkını düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre: "*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.*" Düzenlemede savunmanın salt dolaylı ya da dolaysız zilyet tarafından yapılacağı şeklinde bir tercihte bulunulmamıştır. Buradan hareketle, hem dolaylı hem de dolaysız zilyedin kuvvet kullanmak suretiyle savunma yapma hakkına sahip olduğu ileri sürülebilir.<sup>73</sup> O halde, üniversitede görev yapan özel güvenlik görevlilerinin de bu kapsamda korumakla yükümlü oldukları kampüs sahasındaki taşınır ve taşınmaz mallara yapılan saldırıları defetmek adına ve durumun gerektirdiği ölçüde kuvvet kullanabileceklerini söylemek mümkündür.

5188 sayılı Kanun, özel güvenliğin zor kullanma yetkisiyle alakalı olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine de gönderme yapmaktadır. Bu Kanun, 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış; 6101 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle de "*(d)işer mevzuatta, bu Kanun veya Türk Borçlar Kanunuyla yürürlükten kaldırılmış ya da değiştirilmiş bulunan kanunların maddelerine yapılan yollamalar(in), o maddeleri karşılayan yeni hükümlere yapılmış sayıl(acağı)*" hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, 818 sayılı Kanun'un 52. maddesine yapılan atfın 6098 sayılı Kanun'un hukuka aykırılığı kaldırılan halleri düzenleyen 64. maddesine yapılmış sayılması gerektiğini söylemek mümkündür. Bahsi geçen düzenleme, özü itibariyle, "*kendisini veya*

<sup>73</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 91.

*başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için*” haklı savunmada bulunan kişinin, saldıran şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamayacağını hüküm altına almaktadır. Düzenlemenin, bu yönüyle, TCK’nın 25. maddesinde düzenlenen meşru savunma ve zorunluluk halinin özel hukuktaki karşılığı olduğu söylenebilir.<sup>74</sup>

Yukarıda da işaret edildiği üzere, TCK’nın 25. maddesi, ayrıca, özel güvenliğin zor kullanma yetkisiyle alakalı olarak kanun koyucunun yollamada bulunduğu düzenlemeler arasındadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, “(g)erek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilme(yeceği)” hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrada ise, “(g)erek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilme(yeceği)” ifade edilmektedir.

Bu anlamda gerek birinci fıkrada düzenlenmiş olan meşru savunma hali gerekse ikinci fıkrada düzenlenmiş olan zorunluluk hali, birer hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. 5188 sayılı Kanun kapsamında özel güvenlik görevlilerine de tanınan bu yetkinin amacı, ani müdahale edilmesi gereken ve çoğu zaman kolluk personelinin yeterli olmadığı durumlarda ortaya çıkabilecek zararların önlenmesidir.<sup>75</sup>

Özel güvenliğin zor kullanma yetkisine ilişkin olarak 5188 sayılı Kanun’un yollama yaptığı bir diğer düzenleme de TCK’nın 24. maddesidir. “Kanunun hükmü ve amirin emri” başlığını taşıyan ilgili madde, kanunun hükmünü ve amirin emrini yerine getirmekten kaynaklı cezai sorumluluk konusunu düzenlemektedir. Maddenin 1. fıkrasında “(k)anunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilme(yeceği)”, 2. fıkrasında ise “(y)etkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan(ın) sorumlu olma(yacağı)” belirtilmektedir.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, madde metninde geçen “kanun” deyimini, “hukuk kuralı” şeklinde anlamak gerekir.<sup>76</sup> Bu anlamda hukuk kuralının TCK’da, diğer kanunlarda ve hatta diğer düzenleyici işlemlerde yer alması bakımından bir fark gözetilmemektedir. Eğer

<sup>74</sup> Oktay Bahadır ve İsmail Turgut Kıldan, ‘Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi’ (2013) (3) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 274, 286.

<sup>75</sup> Sever, ‘Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi’ (n 41) 244.

<sup>76</sup> Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt 2)* (Der Yayınları 2019) 319.

hukuk kuralı belirli durumda bulunan bir kişiye belirli şekilde davranmak ödevini yüklüyorsa, o ödev doğrultusunda hareket eden kişinin fiili hukuka uygun olarak kabul edilir.

Yetkili merciin emrini yerine getiren görevli de aynı şekilde hukuka uygunluk sebebinden faydalanmaktadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Her şeyden önce emrin, yetkili amir tarafından verilmesi gerekir. Amirin yetkili olup olmadığı ise, verilen emre göre belirlenecektir.<sup>77</sup> Bu çerçevede, örneğin, 5188 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personelinin mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorunda olduğu söylenebilir.

Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi bağlamında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da “kanunsuz emir” durumunda görevlinin ne şekilde hareket etmesi gerektiği meselesidir. Esasen bu husus, Anayasa'nın 137. maddesinde, ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyeceği ve bu aykırılığı o emri verene bildireceği, ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emrin yerine getirileceği; bu halde, emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrada ise konusu suç teşkil eden emrin, hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği; buna karşın emir yerine getirilirse, emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmektedir. TCK'nın 24. maddesinin üçüncü fıkrasında da Anayasa md. 137/2 hükmüne paralel şekilde, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Bununla birlikte, gerek Anayasa gerekse TCK'da öngörüldüğü üzere, emrin hukuka uygun olup olmadığının görevli tarafından sorgulanması belli durumlarda söz konusu olamayabilmektedir. Nitekim, Anayasa'nın 137. maddesinin son fıkrasında, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu, TCK'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında da, emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olacağı hususları hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durumlarda dahi, emri verenin yetkili olup olmadığı, emrin kanunda öngördüğü şartları taşıyıp

<sup>77</sup> ibid. 323.

taşımadığı ve emri alanın bu emri yerine getirmeye yetkili olup olmadığı gibi hususların hukuka uygun olup olmadığının denetlenebileceği belirtilmektedir.<sup>78</sup>

Bu bağlamda, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlileri de zor kullanma yetkisini Anayasa ve kanunlarda öngörülen bu hükümler doğrultusunda kullanabileceklerdir. Özel güvenlik görevlilerine tanınan istisnai nitelikteki zor kullanma yetkisinin amaca uygun ve durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması, Anayasa'yla güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükler karşısında hayati bir önem taşır. Bu çerçevede, örneğin, sadece yüksek sesle tehditler savuran bir kişiye şiddetli bir cop veya yumruk darbesi ile müdahale edilmesi hukuka uygun sayılmayacak ve sınırın aşılması olarak kabul edilecektir.<sup>79</sup> Öte yandan bu durum, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğü, maddi ve manevi varlığının ihlali anlamına gelecektir.

Zor kullanma yetkisinin özel güvenlik görevlileri tarafından kullanılması bağlamında PVSK hükümleri yol gösterici nitelikte sayılabilir. İlgili Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında polisin zor kullanma yetkisi kapsamında direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda özel güvenlik görevlileri bakımından da, müdahaleden önce sözlü iletişim yolu denenmek kaydıyla,<sup>80</sup> benzer bir uygulama benimsenebilir.

Son olarak, zor kullanma yetkisiyle bağlantılı şekilde, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin silah kullanma yetkilerinin bulunup bulunmadığı hususuna da değinmek gerekir. Esasen, 5188 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasında, açıkça, eğitim ve öğretim kurumlarında silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırılmasına izin verilmeyeceği ifade edilmektedir. Buradan hareketle; üniversitelerde silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırmanın mümkün olmadığı, dolayısıyla üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin silah kullanma yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varılabilir. Ne var ki, madde metnindeki "silah" kavramından tam olarak neyin anlaşılması gerektiği konusundaki belirsizlik, bu konuda önemli bir tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

<sup>78</sup> Yıldız Akgül (n 7) 223-224.

<sup>79</sup> Ümit Kocasakal, 'Özel Güvenlik Görevlilerinin Silah Kullanma ve Diğer Bazı Zorlayıcı Önlemlere Başvurma Yetkisi', *Yıldızhan Yayla'ya Armağan* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2003) 353, 365.

<sup>80</sup> Yakup Bulut ve Mehmet Kara, 'Özel Güvenliğin Kuvvet (Zor) Kullanma Yetkisi ve Biber Gazı', *3. Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu (Bildiriler Kitabı)* (Fıstık Basın Yayınları 2013) 375.

Hukukumuzda silah kavramı salt ateşli silahlara karşılık gelecek bir anlamda kullanılmamaktadır. Örneğin, TCK md. 6/1-f'ye göre silah deyiminden; “*ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici, veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler*” anlaşılır. Dolayısıyla, 5188 sayılı Kanun md. 8/2'deki “silah” kavramından yalnızca ateşli silahların mı yoksa ateşli silahlar dahil olmak üzere her tür silahın mı kastedildiği meselesini açıklığa kavuşturmak gerekir.

Esasen, mezkur maddede hem “ateşli silah” hem de “silah” deyimine ayrı ayrı yer veriliyor olması, kanun koyucunun bu anlamda bir ayırım gözettiği intibana sebebiyet verebilmektedir. Buna karşılık, gerek Kanun gerekse Yönetmelik'te ateşli silahı karşılamak üzere yer yer silah deyimine de yer veriliyor olması salt kullanılan terimler üzerinden net bir sonuca ulaşılamayacağını göstermektedir. Bu anlamda mezkur maddeyi bütüncül bir şekilde okumak ve bu çerçevede bir değerlendirme yapmak daha isabetli olacaktır.

Maddenin birinci fıkrası, doğrudan ateşli silah bulundurmaya yönelik bir düzenleme niteliğindedir. İlgili fıkarda “(h)angi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktar ve özellikte ateşli silah bulundurulabileceği komisyon tarafından belirlenir.” denmektedir. Hemen devamındaki ikinci fıkarda ise “(a)ncak eğitim ve öğretim kurumlarında...silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırılmasına izin verilmez.” hükmü yer almaktadır. Bu yönüyle, ikinci fıkranın doğrudan birinci fıkrayla bağlantılı, onun devamı niteliğinde bir hüküm olduğunu ve birinci fıkraya dair bir istisna öngördüğünü söylemek mümkündür. Buna göre, komisyon genel itibariyle özel güvenliğin ne miktar ve özellikte ateşli silah bulundurabileceğini belirleme yetkisine sahip olmakla birlikte eğitim ve öğretim kurumlarında ateşli silahlı özel güvenlik çalıştırılmasına izin veremez. Dolayısıyla, bu önermeden hareketle, üniversitelerdeki özel güvenlik görevlilerinin ateşli silah bulunduramayacakları; buna karşılık komisyonun izni olması halinde, ateşli silah kapsamına girmeyen diğer silahları bulundurabilecekleri söylenebilir.

Bu durum, hiç kuşkusuz, yürütülen faaliyetin niteliğinden kaynaklı bir zaruret şeklinde de değerlendirilebilir. Güvenlik ve koruma hizmetlerinde asgari düzeyde dahi olsa bir caydırıcı, koruyucu unsurun varlığına ihtiyaç vardır. Zira yalnızca sözlü uyarı ve beden gücü kullanımı, bilhassa acil durumların ve dıştan gelen ciddi tehditlerin varlığı halinde, güvenliğini tesis etmek

anlamında yetersiz kalabilir. Bu çerçevede, komisyonun verdiği izin doğrultusunda, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin ateşli silah kapsamında olmayan ve fakat yürütülen faaliyetin niteliğiyle uyumlu birtakım araç ve silahları bulundurma yetkilerinin var olduğunu kabul etmek gerekir. Bahsi geçen araç ve silahların kullanımı konusunda ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiğine, diğer bir ifadeyle silah kullanma yetkisine ancak zorunlu hallerde ve durumun gerektirdiği ölçüde başvurulması gerektiğine ise kuşku bulunmamaktadır.<sup>81</sup>

## SONUÇ

Kamu güvenliğinin sağlanması, devletin varlık sebebini oluşturan (*raison d'être*) ve bu yönüyle de münhasıran devlet tarafından yürütülmesi gereken bir faaliyettir. Modern devletin cebir tekeliyle doğrudan ilişkili olan bu alanda özel hukuk kişilerinin faaliyet gösterip gösteremeyeceği ise uzun süredir tartışılmakta olan bir konudur. Esasen kolluk faaliyeti içinde değerlendirmekle birlikte çekirdek alana dahil olmayan, danışma/bilgi alma niteliğindeki hizmetler, acil çağrı hatları, kayıp eşya bürosu, tehlikeli eşyanın taşınması, trafikte yaşanan kazalarla ilgili bilgi sağlama ve tehlikenin giderilmesi hizmetleri ile trafik eğitimi şeklindeki hizmetlerin özel hukuk kişileri tarafından görülmesinde bir sakınca olmadığı söylenebilir.<sup>82</sup> Bununla birlikte devletin egemenlik alanına ilişkin sayılan ve üstün kamusal yetki kullanımını gerektiren kolluk faaliyetlerinin özel kişilere devredilmesi ise mümkün değildir. Bu durum, aynı zamanda “kolluk yetkilerinin devredilmezliği” ilkesinin anayasal dayanağı olarak gösterilebilecek olan Anayasa'nın 128. maddesinin bir gereği olarak da ifade edilebilir.

Liberal devlet anlayışının etkisiyle birlikte, doktrinde, kamusal güvenliğin sağlanması amacıyla yürütülen kolluk faaliyetleri alanında özel kesimin de faaliyette bulunabileceğini ve bu durumun kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilmesi anlamını taşımayacağını ileri sürenler olsa da<sup>83</sup> Anayasa'nın 128. maddesi karşısında belli nitelikteki kolluk faaliyetlerinin kısmen özelleştirilmesi veya bu alanda kolluk kuvvetleri ile birlikte özel kişilerin de benzer kamusal yetkilerle faaliyette bulunmasına olanak tanınması mümkün gözükmemektedir.

<sup>81</sup> Nitekim, Yönetmelik'in 24. maddesinin birinci fıkrasında da bu duruma işaret edilmektedir. Buna göre; “(k)oruma ve güvenliğin sağlanabilmesi için fiziki önlemlere ve güvenlik cihazlarına öncelik verilir. Komisyon, orantılılık ilkesine uygun olarak canlılar üzerinde kalıcı etkisi olmayan kimyasalların kullanılmasına izin verebilir.”

<sup>82</sup> Sever, ‘Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi’ (n 41) 287.

<sup>83</sup> Yıldız Akgül (n 7) 268.

Buna karşılık 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile birlikte kamusal güvenliğin sağlanması noktasında, özel kesimin de faaliyette bulunabilmesine olanak tanınmıştır. Kanun'da özel güvenlik görevlilerinin yürütmekte olduğu faaliyetin kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyette olduğu belirtilmiş ve özel güvenlik görevlilerine kolluk kuvvetlerinin yetkilerine benzer birtakım kamusal yetkiler tanınmıştır. Ancak 5188 sayılı Kanun'la öngörülen bu hukuki rejimin Anayasal bağlamda pek çok çekinceyi bünyesinde barındırdığı bir gerçektir. Nitekim, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası uyarınca devletin genel idare esaslarına göre yürütmekte yükümlü olduğu asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekirken, kamu güvenliğini sağlama amacıyla yürütülen özel güvenlik hizmetleri, Kanun'un öngördüğü şekliyle, işçi statüsündeki özel güvenlik görevlileri eliyle görülebilmektedir. Öte yandan, 5188 sayılı Kanun'un öngördüğü hukuki rejim uyarınca, kısa bir eğitim sürecinden geçtikten sonra çalışmaya başlayan işçi statüsündeki özel güvenlik görevlilerine kolluk kuvvetlerinin yetkilerine benzer yetkiler tanınmasının temel hak ve özgürlükler bağlamında ciddi sorunlara yol açabileceği de açıktır.

5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir.<sup>84</sup> 2495 sayılı Kanun'un aksine 5188 sayılı Kanun uyarınca özel kişiler haricinde kamu kurum ve kuruluşları da özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilmektedirler. Üniversiteler de bu bağlamda özel güvenlik hizmetlerinden yararlanan kurumlar arasında kabul edilmektedir.

Üniversitelerdeki özel güvenlik uygulaması, üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir konudur. Zira, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu uyarınca polis in ancak istisnai hallerde girebileceği üniversite kampüs, bina ve eklerinde güvenlik daha ziyade özel güvenlik görevlileri eliyle sağlanmaktadır. Dolayısıyla üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin ne gibi yetkilere sahip olduğunun tespiti bu noktada büyük önem taşımaktadır.

5188 sayılı Kanun'un 7. ve 8. maddelerinde özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yetkiler tek tek sayılmıştır. Bu yetkilerin bir kısmı sadece belli yerlerde ve belli etkinliklerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin kullanabileceği türden yetkililerdir. Bu bağlamda üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin kullanabileceği yetkiler bellidir.

<sup>84</sup> Bununla birlikte, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 8. maddesinin üçüncü fıkrasında genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu ya da özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü hallerde özel güvenlik izni verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.



Ancak uygulamada, üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlilerinin kanunla kendilerine verilmemiş olan yetkileri de kullanma yoluna gittikleri görülmektedir. Kanunla verilmemiş yetkilerin güvenlik gerekçesiyle kullanılmasının hukuk devleti ve kanuni idare ilkesiyle bağdaşır bir yönünün olmadığına ise kuşku bulunmamaktadır.

5188 sayılı Kanun'un öngördüğü hukuki rejime uyarınca özel güvenlik hizmetlerinden faydalanmak isteyen üniversiteler özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alabileceklerdir. Bu durumda özel güvenlik görevlilerinin alacakları ücret ile giyecekleri üniformanın, alacakları özel eğitimin, taşıyacakları teçhizatın ve kullanacakları diğer fiziki ve aletli güvenlik tedbirlerinin gerektirdiği bütün masraflar hizmetten yararlanan üniversiteler tarafından karşılanacaktır.<sup>85</sup> Böylelikle devletin temel görevlerinden biri olan kamu güvenliğini sağlama görevi, bir yönüyle, parayla satın alınabilen bir hizmet haline gelmiş olacaktır. Bunun yanında gerek alacakları ücret gerekse hizmetle alakalı diğer bütün masrafları hizmet satın alan tarafından karşılanan özel güvenlik görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken objektif bir kamu düzeni veya güvenlik anlayışıyla hareket edecekleri beklentisine kapılmak çoğu zaman iyimser bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim, uygulama, özel güvenlik görevlilerinin objektif bir kamu düzeni veya güvenlik anlayışı doğrultusunda değil, çoğunlukla işverenlerinin istek ve menfaatleri doğrultusunda hareket ettiklerini göstermektedir.<sup>86</sup> Bu durumun doğal bir sonucu olarak da üniversitelerde görev yapan özel güvenlik görevlileri, işverenlerinin istek ve menfaatlerini gerçekleştirmek adına kanunla kendilerine verilen yetkileri hukuka aykırı bir şekilde kullanabildikleri gibi kimi zaman kendilerine verilmeyen yetkileri dahi kullanma yoluna gidebilmektedirler.

Kolluk faaliyeti yalnızca hukukun çizdiği sınırlar dahilinde yürütülürse meşru sayılır. Bu anlamda, "ihtiyaç" olgusu, hukukun vermediği bir yetkinin kullanımına cevaz vermediği gibi ölçülülük ilkesinin aşılmasının da haklı gerekçesini oluşturmaz. ÖZAY'ın da ifade ettiği gibi; kullanılış biçiminde, kullanılan araç ve gereçlerde ve kullanma zamanında bu ölçüyü az da olsa aşan bir davranış, meşruluğu ortadan kaldırarak hukuka aykırı bir duruma sebebiyet verir.<sup>87</sup>

Güvenlik fikrinin ön plana çıkarılması çoğu kez temel hak ve özgürlüklerin ikinci plana itilmesine sebebiyet vermekte, böylelikle bireyler her yönüyle müdahale edilebilir, zayıf ve

<sup>85</sup> Ayaydın (n 30) 159.

<sup>86</sup> İngiliz sosyolog Nigel SOUTH da benzer şekilde, özel güvenliğin rolünün suçun önlenmesinden çok, firmanın kazancını etkileyebilecek her şeyin önlenmesi olduğunu belirtmektedir. Jean-Jacques Gleizal, J. Gatti-Domenach ve Claude Journes, *Batı Demokrasilerinde Polis* (Temiz Yayınları 2000) 346.

<sup>87</sup> İl Han Özay, 'İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç' (1981) 45 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 316.

kırılgan bir hal almaya başlamakta, nihayetinde de güvenlik merkezli yaklaşım temel hak ve özgürlüklerin kurban edilmesinin teşvik edilmesiyle sonuçlanmaktadır.<sup>88</sup> Oysaki kamu güvenliğini sağlama adına temel hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı olarak keyfî ve ölçsüz bir şekilde sınırlandırıldığı veya tamamen ortadan kaldırıldığı bir sistemde güvenlikten söz etmek zaten mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla böyle bir anlayışın karşısında, özel güvenlik hizmetleri de dahil olmak üzere, güvenlik alanında yapılacak her türlü düzenlemenin her şeyden önce “birey” ve “temel hak ve özgürlükler” merkezli bir yaklaşımla ele alınması, insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma iddiasındaki ülkemiz açısından bir zaruret olarak görünmektedir.

### KAYNAKÇA

Akalm HŞ, *Türkçe Sözlük* (Türk Dil Kurumu Yayınları 2011).

Aldemir H, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, (Bilge Yayınevi 2012).

Ayaydın C, ‘5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’ (2004) 2 (Özel Sayı) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan) (Cilt 2) 113-268.

Aydın M, *Arama ve El Koyma* (Seçkin Yayınları 2012).

Bahadır O ve Kıldan İT, ‘Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi’ (2013) (3) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 274-310.

Bulut Y ve Kara M, ‘Özel Güvenliğin Kuvvet (Zor) Kullanma Yetkisi ve Biber Gazı’, 3. *Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu (Bildiriler Kitabı)* (Fıstık Basın Yayım Yayınları 2013).

Çöpoğlu HS, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma* (Adalet Yayınevi 2023).

Dalkılıç EE, ‘İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı’ (2013) 2 Ankara Barosu Dergisi 105-123.

Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt 2)* (Der Yayınları 2019).

Duran L, ‘Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)’ (1986) 19 (2) Amme İdaresi Dergisi 3-28.

<sup>88</sup> Serkan Kızılyel, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü* (Beta Yayınları 2014) 93.

- Duran L, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa* (Çağdaş Yayınları 1988).
- Erdağ Aİ, 'Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi' (2010) (4) Ankara Barosu Dergisi 37-60.
- Ergut F, *Modern Devlet ve Polis* (İletişim Yayınları 2012).
- Geleri A, *Önleyici Polislik* (Seçkin Yayınları 2003).
- Gleizal JJ, Domenach JG ve Journes C, *Batı Demokrasilerinde Polis* (Temiz Yayınları 2000).
- Gözler K, *İdare Hukuku (Cilt 2)* (Ekin Kitabevi 2009).
- Gülcü M, *Özel Güvenlik Hukuku* (Kardeşler Matbaacılık, 2004).
- Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2017).
- Hünler A, 'İç Güvenlik Hizmetlerinde Özelleştirme ve 5188 Sayılı Kanun' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010).
- Karahanoğulları O, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022).
- Karahanoğulları O, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (Turhan Kitabevi 2012).
- Karahanoğulları O, *Kamu Hizmeti* (Turhan Kitabevi 2004).
- Kılıç A, 'Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasaya Uygunluğu' (2023) (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 403-420.
- Kıratlı M, *Koruyucu İdari Hizmetler* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1973).
- Kızılyel S, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü* (Beta Yayınları 2014).
- Kocasakal Ü, 'Özel Güvenlik Görevlilerinin Silah Kullanma ve Diğer Bazı Zorlayıcı Önlemlere Başvurma Yetkisi', *Yıldızhan Yayla'ya Armağan* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2003).
- Kunter N ve Yenisey F, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (Arıkan Yayınları 2005).

- Neocleous M, *Güvenlik Şiddet ve Savaş* (Dipnot Yayınları 2012).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021).
- Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt 3)* (İsmail Akgün Matbaası 1966).
- Özay İH, 'Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri' (2002) 18 (1) Anayasa Yargısı Dergisi.
- Özay İH, *Günışığında Yönetim* (Filiz Kitabevi Yayınları 2017).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayınları 2023).
- Poggi G, *Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2007).
- Sever DÇ, 'Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2013).
- Sever DÇ, 'Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik', *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Cilt 3)* (Beta Yayıncılık 2011) 3279-3309.
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş Yayınları 2013).
- Ünsal F, 'Özel Güvenliğin Kolluk Hizmetlerindeki Konumu' (2004) (42) Polis Dergisi.
- Yıldız Akgül Ş, *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik* (Adalet Yayınevi 2011).

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

# Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde İşletme ve İşyeri Ayrımının Hukuki Esasları

*The Legal Principles of Distinguishing Between Enterprises and Workplaces in Determining Competence for Collective Labor Agreements*

Sema Deniz ÖZKAN KOÇ\*

## Öz

Bu makale, toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespitinde işletme, işyeri ve bağlı yer kavramlarının hukuki ayrımına odaklanmaktadır. Türk toplu iş hukukunda, işyeri toplu iş sözleşmesi yapılacak en küçük birim olarak kabul edilir ve bu birimin sınırlarının belirlenmesi, toplu iş hukukunda büyük bir öneme sahiptir. Özellikle işyerine bağlı yerlerin tespit edilmesi, işkolu belirlemesi ve sendikanın yetki tespiti açısından kritik bir rol oynamaktadır. 6356 sayılı Kanun'a göre, her işyerinin bir işkolu tespiti yapılır ve işyeri çalışanları, bağlı buldukları işkolundaki sendikalara üye olabilirler.

Makale, işyerinin bağımsız bir birim mi yoksa bağlı bir yer mi olduğu sorusunun, işkolu ve sendika yetkisi tespitinde nasıl etkili olduğunu tartışmaktadır. Bağımsız işyerlerinde işkolu tespiti, her bir işyerine özel olarak yapılırken, bağlı yerlerde bu işlem, asıl işyerinin girdiği işkolunda yapılır. İşyerinin sınırlarının doğru bir şekilde belirlenmesi, toplu iş sözleşmesinin türü ve işçi sendikasının yetkisi açısından büyük bir önem taşır.

Ayrıca, birden fazla bağımsız işyerine sahip işverenler için her işyerinin işkolu ve yetkili sendikası ayrı ayrı değerlendirilir. Çalışmada, bağlı yerlerin tespitine dair doktrin ve yargı kararları incelenerek, toplu iş sözleşmesi sürecinde karşılaşılan hukuki sorunlar ve sendikal örgütlenme güçlükleri ele alınmaktadır.

## Anahtar Kelimeler

Toplu iş sözleşmesi yetkisi, İşyeri ve işletme ayrımı, Bağlı yer, İşyeri toplu iş sözleşmesi, İşletme toplu iş sözleşmesi

## Abstract

This article focuses on the legal distinction between the concepts of "enterprise," "workplace" and "subsidiary unit" in determining the authority to negotiate collective labor agreements. In Turkish labor law, a workplace is considered the smallest unit where a collective labor agreement can be made, and determining the boundaries of this unit is crucial. Specifically, identifying subsidiary units associated with a workplace plays a critical role in determining the relevant industry (sector) and the union's authority. According to Law No. 6356,

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 07.01.2025 – **Makale Kabul Tarihi:** 10.02.2025.

**Atf:** Sema Deniz ÖZKAN KOÇ 'Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde İşletme ve İşyeri Ayrımının Hukuki Esasları' (2025) 3(1) TRÜHFD 178-211.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, deniz.ozkan@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3393-5502.

each workplace must be assigned an industry, and employees of a workplace can only join unions operating within the industry of their workplace.

The article discusses how the question of whether a workplace is an independent unit or a subsidiary unit affects the determination of industry and union authority. In the case of independent workplaces, industry designation is made individually for each workplace, while in the case of subsidiary units, this process is carried out according to the industry of the primary workplace. Correctly determining the boundaries of a workplace is significant for both the type of collective labor agreement and the union's authority.

Additionally, for employers with multiple independent workplaces, the industry and the authorized union for each workplace are evaluated separately. The study examines the legal issues and challenges faced during the collective labor agreement process, as well as the difficulties in union organizing, through an analysis of doctrine and judicial decisions concerning the identification of subsidiary units.

### Keywords

Collective bargaining authority, Distinction between workplace and enterprise, Subsidiary units, Workplace collective bargaining agreement, Enterprise collective bargaining agreement

## GİRİŞ

Toplu iş hukukunda işyeri, toplu iş sözleşmesi yapılacak en küçük birimi ifade eder. Diğer bir deyişle işyeri, bir ünite olarak toplu iş hukukunda bağlama noktası olarak düzenlenmiştir. Bu halde işyerinin sınırlarının belirlenmesi özellikle de işyerine bağlı yerlerin tespit edilmesi toplu iş hukuku bakımından büyük bir öneme sahiptir. Zira bir birimin bağlı yer mi yoksa bağımsız bir işyeri mi olduğu; işkolunun, yapılacak toplu iş sözleşmesinin türünün ve işçi sendikasının yetkisinin tespiti bakımından elzemdir.

Öte yandan Kanunumuzda sendikalaşma bakımından işkolu esaslı örgütlenme düzenlendiğinden (6356 s. K. m. 2/1, ğ), temelde, bir işyerinin asıl faaliyet alanı, onun girdiği işkolunu, dolayısıyla da hangi sendikanın bu işyerinde örgütlenebileceğini belirlemektedir. Zira her işyeri için bir işkolu tespiti yapılır ve işyerinde çalışan işçilerin tümü, çalıştıkları işyerinin bağlı bulunduğu işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir. Kanunda işkolunun belirlenmesinde de birim olarak işyeri esas alınmakta ve o işyerindeki yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılacağı benimsenmektedir (6356 s. K. m. 4/2). Asıl iş ve yardımcı işlerin tespiti de yine her bir işyeri için ayrı ayrı gerçekleştirilir<sup>1</sup>. Bu halde, bir birimin işkolunun

<sup>1</sup> Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri C. 1* (4. Baskı, Fakülteler Matbaası 1987) 17; Münir Ekonomi, 'İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi' (1991) 1(1) *İş Hukuku Dergisi* 31, 41; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36, Beta Yayıncılık 2023) 870 vd.; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (3. Baskı, Beta Yayıncılık 2016) 89; Can Tuncay, F. Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku* (8.

belirlenebilmesi için de o yerin öncelikli olarak bağımsız bir işyeri mi yoksa bağlı yer mi olduğu sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Birimin bağımsız bir işyeri olması halinde bu işyeri özelinde işkolu tespiti yapılacak iken, bağlı yer olması halinde birim özelinde gerçekleştirilen işe bakılmaksızın asıl işyerinin girdiği işkolunda kurulu bulunduğu kabul edilecektir<sup>2</sup>.

İşyerinin sınırlarının belirlenmesi, özellikle de asıl işyerinden farklı bir yerde faaliyet gösteren bağlı yerlerin olması halinde, toplu iş sözleşmesinin türünün ve dolayısıyla da işçi sendikasının yetkisinin tespiti üzerinde de büyük bir öneme sahiptir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanı, diğer bir ifadeyle, toplu iş sözleşmesinin türleri, sözleşmenin uygulanacağı birimler belirlenerek yapılmıştır. Bu çerçevede bir işverenin bir işkolunda tek bir işyeri bulunması halinde işyeri toplu iş sözleşmesi, birden fazla işyeri bulunması halinde ise işletme toplu iş sözleşmesi yapılacaktır. Birden fazla işverenin aynı işkolundaki işyerleri için ise işverenlerin aynı işveren sendikasına üye olması kaydıyla işçi ve işveren sendikası anlaşarak grup toplu iş sözleşmesi akdedebilir.

Kanunun sistematigi incelendiğinde sadece grup toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından taraflara bir serbesti tanındığı, işyeri ve işletme toplu iş sözleşmelerinin ise işverenin aynı işkolunda işyeri sayısına bağlı olarak zorunlu olduğu görülecektir. Bu halde işçi sendikasının yetki belgesinin sözleşmenin yer bakımından uygulama alanı ile uyumlu olması gerekir<sup>3</sup>.

Bir işverenin birden fazla bağımsız işyeri olması halinde bu işyerlerinin hangi işkoluna girdiği birbirinden ayrı olarak değerlendirilecek, yetkili sendikanın tespiti de aynı şekilde her işyeri özelinde ayrıca yapılacaktır. Zira toplu iş sözleşmesi yetkisi belirlenirken işyerinde çalışan işçi sayısı esas alındığından, bir birimin bağlı yer mi bağımsız bir işyeri mi olduğu önce işkolu tespitinde, ardından da yetkinin belirlenmesinde büyük önem taşıyacaktır. Ancak

---

Bası, Beta Yayıncılık 2023) 49; Kübra Doğan Yenisey, 'Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi'(2013) 4 (39) Çalışma ve Toplum 43, 57; Gaye Burcu Yıldız, 'Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi' (2010) 4 (20) Sicil İş Hukuku Dergisi 132, 138; Muhittin Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı* (Lykeion Yayınları 2019) 120.

<sup>2</sup> Talat Canbolat, *Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri* (Beta Yayıncılık 2013) 86; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme -Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme-* (Legal Kitabevi 2007) 310; Doğan Yenisey (n 1) 53; Şahlanan, Fevzi, 'Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi Açısından İşyeri ve İşletme Kavramları' (2011) 61 (376) Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki 1, 6; Astarlı (n 1) 90; İrem Yayvak, '6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma' (2014) 11 (42) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 41, 67.

<sup>3</sup> Oğuzman (n 1) 7; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 311; Narmanlıoğlu (n 1) 477; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı* (Vedat Kitapçılık 2018) 104.

işverenin aynı işkolunda kurulu birden fazla ünitelerde faaliyetlerine devam etmesi halinde bu yerlerin bağımsız işyerleri mi yoksa bir teknik amaca özgülenmiş tek bir işyerinin bölümleri mi olduğu sorunu da ortaya çıkabilir. Bu durum, özellikle bu birimlerin farklı işkollarında tescil edilmesi durumunda sendikanın hatalı işkolu tespiti yapılan birimlerde sendikanın örgütlenmesini imkânsız kılacaktır. Bunun da ötesinde farklı işkolunda görünmekle birlikte aslında asıl faaliyet alanı ile yakından ilgili olan ve sadece yardımcı işin görüldüğü işyerleri de olabilir. Tüm bu durumlarda yine işkolu temelli sendikaya üyelik prosedürleri karşısında işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi yapmak için gereken yetki şartlarını sağlamaları veya işverenin karşısında örgütlü bir topluluk olarak onu toplu iş sözleşmesi bağitlemeye zorlamaları da güçleşmektedir.

Biz de bu çalışmamızda, yetki itiraz davalarının neredeyse bütününde inceleme konusu yapılan işyeri, işletme ve bağlı yer kavramlarını ve özellikle bağlı yer kavramının belirlenebilmesi bakımından doktrin ve yargı kararlarıyla ortaya konmaya çalışılan kriterleri inceleme konusu yapacağız.

## I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİSİ

Toplu iş sözleşmesi 6356 sayılı Kanuna<sup>4</sup> göre, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir (m. 2/1, h). Bu halde toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, sadece işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverene aittir.

Öte yandan, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, ehliyete sahip olan işçi sendikasının bunun yanında hem kurulu bulunduğu işkolunda hem de sözleşmenin yapılacağı işyeri ya da işyerlerinde belirli bir temsil kabiliyetine ya da çoğunluğa sahip olmasını gerektirir. İşveren bakımından ise ehliyet ile yetki birbiri içerisine girmiş kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde, işverenin üye bulunduğu işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren toplu iş sözleşmesi ehliyeti yanında toplu iş sözleşmesi yetkisini de elinde bulundurur.

İşçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bakımından Türk toplu iş hukukunda ikili bir baraj sistemi benimsenmiştir. Bunlardan ilki işkolu barajı, ikincisi ise toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanı gözetilerek belirlenen işyeri ya da işletme barajıdır. İşkolu barajını düzenleyen 6356 sayılı Kanununun 41. maddesine göre, işçi sendikasının

<sup>4</sup> Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/ 28460.



toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olabilmek için ilk olarak kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en yüzde birini üye kaydetmiş olması gerekir<sup>5</sup>.

Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez. Yayımdan itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar hakkında, ilgililerce veya Bakanlıkça istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, temyiz talebini bir ay içinde kesin olarak karara bağlar (6356 s. K. m. 41/5, 6).

Sendikanın Bakanlık istatistiklerine göre işkolu barajını sağlamanın yanında yetki başvurusunda bulunduğu tarih itibariyle işyeri ya da işletme barajını da sağlması gerekir. Bu halde, işyeri toplu iş sözleşmesi için işçilerin yarıdan fazlasının, işletme toplu iş sözleşmesinin yapılacak olması halinde ise işçilerin yüzde kırkının üye kaydedilmiş olması gerekir (6356 s. K. m. 41/1).

İşkolu ile işyeri ve işletme barajının sağlandığının tespitinde Bakanlığa gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimleri esas alınır (6356 s. K. m. 41/7). Bir sonraki maddede ise sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanların yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Bu durum, özellikle işverenin

<sup>5</sup> 6356 sayılı Kanunun yürürlüğe giren ilk halinde, işkolu barajı yüzde üç olarak düzenlenmiş; Kanunun geçici 6. maddesinde ise Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için aşamalı bir geçiş getirilerek, işkolu barajının Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden itibaren 01.07.2016 tarihine kadar yüzde bir, 01.07.2018 tarihine kadar ise yüzde iki şeklinde uygulanacağı öngörülmüştü. Konuya ilişkin tartışma ve eleştiriler sonrasında, 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış; ancak, 6552 sayılı Kanunun 21. maddesi ile getirilen ek madde, bu defa işkolu barajını Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olan işçi sendikaları için yüzde bir, diğer sendikalar için yüzde üç olarak düzenlemişti. Eşitlik ilkesine ve sendika özgürlüğüne aykırı olan bu düzenleme, daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek, tüm işçi sendikaları bakımından işkolu barajı yüzde bir düşmüştür (Anayasa Mahkemesi, E 2014/177 K 2015/49, 14.05.2015, RG 11.06.2015/29383). O dönemdeki eleştiriler için bkz. Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021) 731-733.

işçi sendikasının yetki almasını engellemek amacıyla yapabileceği hukuka aykırı işe giriş bildirimlerinin önüne geçme amacını taşımaktadır. Yargıtay, SGK'ya yetki tespiti başvurusunda bulunulan gün yapılan bildirimler bakımından ise ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, yetki başvurusunda bulunulduğu gün yapılan bildirimlerden, süresinde yapılan SGK bildirimleri yetkinin tespitinde dikkate alınacak; ancak, yetki başvurusundan önce gerçekleşen işe giriş ve işten çıkış işlemleri için yapılan geç bildirimler, başvuru ile aynı gün gerçekleştirilse dahi hesaplama dahil edilmeyecektir<sup>6</sup>.

İşyeri toplu iş sözleşmesi için aranan yarıdan fazla üye şartı işletme toplu iş sözleşmesi bakımından yüzde kırk olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin sebebi, farklı işyerlerinde bulunan işçilerin örgütlenmede yaşayabilecekleri zorluklar olarak açıklanabilir. İşletme toplu iş sözleşmesi için yetkinin tespitinde, işverenin aynı işkolunda yer alan tüm işyerleri bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle çoğunluk tespiti yapılır. Bu kapsamda, bazı işyerlerinde örgütlenmenin hiç başlamamış ya da çok düşük düzeylerde olmasının sonuca etkisi olmadığı gibi, bu dağınık yapılanma içerisinde bazı işyerlerinde örgütlenmenin başlamamasına ihtimaline karşın sendikanın yetki alma ihtimali güçlendirilmek istenmiştir.

6356 sayılı Kanuna göre bir işçi sendikasının yetki tespiti amacıyla Bakanlığa başvurmasını müteakip verilecek olumlu yetki tespit yazısı üzerine, işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığını ileri sürerek altı iş günü içinde olumlu yetki tespitine itiraz davası açabilir (m. 45). Dava yetki işlemlerini durdurur. Bu durum, özellikle yetki itirazında bulunan işverenin uzun yıllar devam eden tespit davası sırasında işyerinde sendikal örgütlenmeyi engelleyecek, deyim yerindeyse kıracak, önlemler alabilmesine olanak sağlaması sebebiyle eleştirilmektedir<sup>7</sup>.

Yetki davalarında en çok ileri sürülen itiraz, işverene ait birden fazla birim olması halinde bunların işletme değil, işyeri-bağlı yer niteliğinde olduğuna ilişkindir. Uygulamada, farklı adreslerde yer alması sebebiyle ayrı işyerleri olarak SGK'da tescil edilmiş bulunan birimler, yetki tespiti başvurusunda bulunulduğunda Bakanlık tarafından işletme olarak kabul edilerek,

<sup>6</sup> Yargıtay 9 HD, E 2022/4292 K 2022/5457, 28.04.2022 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 01.01.2025.

<sup>7</sup> Hediye Ergin ve Emre Ertan, 'Karar İncelemesi: Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde ve Yetki Tespitine İtiraz Davasında Merkez Ofisin Durumu' (2023) 3 (78) Çalışma ve Toplum Dergisi 2043, 2058; Murat Özveri, *Sendikal Haklar ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası* (Birleşik Metal İş Yayınları 2012) 139-158.

yetki başvurusu sonuçlandırılmaktadır<sup>8</sup>. Zira Bakanlık, yetki incelemesini dosya üzerinden yapmakta olup, söz konusu birimlerin ayrı işyerleri olarak tescil edilmesi halinde, bunlar arasında bir amaçsal birlik olup olmadığını araştırma imkânı olmadığı gibi yetkisi de bulunmamaktadır. Bu halde, Bakanlık tarafından yüzde kırk çoğunluğa göre verilen yetki belgesinin, birimlerin işyeri olması sebebiyle yarıdan fazla üye üzerinden çoğunluk aranarak tespit edilmesi gerektiğine ilişkin işveren itirazı, konumuzu oluşturan işyeri, işletme ve bağlı yer kavramlarının çerçevesinin ortaya konmasını zaruri hale getirmektedir.

## II. TOPLU İŞ HUKUKUNDA İŞLETME VE İŞYERİ KAVRAMLARI

### A. İşyeri Kavramı

İşverene ait tek bir işyeri bulunduğu ya da birden fazla işyeri bulunmakla beraber aynı işkolunda faaliyet gösteren tek bir işyeri olduğu durumlarda işyeri toplu iş sözleşmesi gündeme gelecektir (6356 s. K. m. 34/1). İşyeri kapsamına giren tüm birimlerde, tek bir toplu iş sözleşmesi yapılması zorunlu olup bazı birimlerin kapsam dışı bırakılacağına ilişkin kararlaştırma yapılamaz<sup>9</sup>.

İş hukukunun temel kavramlarından olan işyeri kavramı, 4857 sayılı Kanunun<sup>10</sup> 2. maddesinde işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim biçiminde tanımlanmış; maddenin devamında ise işyerinin, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçların da işyerinden sayılacağı; işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu belirtilmiştir. 6356 sayılı Kanunda da işyeri tanımı bakımından 4857 sayılı Kanuna yollama yapılmakla yetinildiğinden konumuz bakımından da aynı tanım güncelliğini korumaktadır<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/10449 K 2021/14734, 21.10.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/10026 K 2021/15440, 04.11.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 01.01.2025.

<sup>9</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 3) 115.

<sup>10</sup> İş Kanunu: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/ 25134.

<sup>11</sup> 2822 sayılı Kanun döneminde işyeri kavramı tanımlanmadığı gibi, başka bir Kanuna yollama da yapılmış değildir. Bu sebeple o dönemde, işyeri kavramı bakımından hangi tanımın esas alınması gerektiği tartışılmalıydı. Bu dönemde de doktrinde, İş Kanununda yer alan işyeri tanımının esas alınması gerektiği sıklıkla ifade edilmekteydi (Talat Canbolat, 'Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1998) 23 vd; İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları* (Demiryol-İş Eğitim Yayınları 2001) 364). 2821 sayılı Kanunda yer alan işyeri tanımının esas alınması gerektiği yönünde, Doğan Yenisey (n 2) 334.

6356 sayılı Kanunda yeni bir işyeri tanımına yer verilmeyerek en geniş uygulama alanına sahip olan 4857 sayılı Kanundaki işyeri tanımına yollama yapılması, kavram birliğinin sağlanması bakımından olumlu olarak değerlendirilebilir. Nitekim 6356 sayılı Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde de bu husus “*Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu’na atıf yapılmış olsa da bu Kanunda belirtilen tanımlar İş Kanununun kapsamıyla bağlı olmaksızın genel olarak ifade edilmiş olması nedeniyle diğer iş kanunları ile Borçlar Kanununa tabi olan işçi ve işverenler de bu Kanunun kapsamında olacaktır. (...) Böylelikle Kanunlar arasında tanım birliği sağlanmıştır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Öte yandan iki Kanunun uygulama alanı ve amaçları gözetildiğinde benzer bir yeknesaklıktan bahsedilmesi çok da kolay gözükmemektedir. 6356 sayılı Kanunda işyerinin sınırlarının tespiti işkolunun belirlenmesinden, toplu iş sözleşmesi türlerine ve yetki işlemlerinin sonuçlandırmasına kadar pek çok kamu düzeninden ve emredici hükmün uygulama alanının belirlenmesine hizmet etmektedir. Ayrıca, işyerinin toplu iş hukukumuzda toplu iş sözleşmesi düzeyinin belirlenmesi bakımından bir birim olarak ele alınması; aslında, bu işyerinde çalışan işçilerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarının bulunduğu, sendikanın da bu hak ve çıkarları korumak amacıyla bu işyerinde örgütlendiği ve toplu iş sözleşmesinin de bu amacın uzantısı olduğu kabulüne dayanmaktadır. Zira, işçi sendikalarının kuruluş amaçları olan toplu iş sözleşmesi bağitlayabilmeleri, ancak bu birimlerde örgütlenebilmeleri ve işveren karşısında güçlü bir örgütlü topluluk olarak pazarlık yapabilmelerine bağlıdır. Bu sebeple de doktrinde, işyeri kavramının toplu iş hukukunun amaçlarına uygun yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>12</sup>.

İşyeri maddi olan ve olmayan unsurlarla iş gücünden oluşur. Buna göre, işyerinin varlığı, üç unsurun birlikte gerçekleşmesi halinde kabul edilecektir. Bu bağlamda mal veya hizmet üretmek amacıyla kullanılan makine, cihaz vb. her türlü araç gereç ile ham, yarı işlenmiş veya işlenmiş ürünler olarak tanımlanabilecek maddi unsurlar; deneyim, know-how, marka, patent, faydalı model gibi fikri mülkiyet hakları ve müşteri çevresi benzeri maddi olmayan unsurlar ve işgücünün birlikte örgütlenmiş olması gerekir. İş gücü diğer bir ifadeyle bir işyerinde işçi

<sup>12</sup> Doğan Yenisey (n 1) 56-57; Süleyman Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti* (Beta Yayıncılık 2016) 83; Gaye Baycık, ‘6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi’ (2014) 5 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209, 247; Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, ‘Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme’ (2022) 2 (Özel Sayı) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1161, 1186.

istihdam edilmesi, iş hukukunun işyeri kavramıyla ilgilenmesinin temel sebebidir. Bu şekliyle işyeri, belirli teknik bir amacın gerçekleşmesine yönelmiş bir birimi ifade eder<sup>13</sup>.

Klasik işyeri tanımı, işverence belirlenmiş sınırlı bir alan içerisinde aynı teknik amacın gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetlerdir. Ancak özellikle, teknolojik ve ekonomik gelişmeler karşısında işyerinin yapılanmasında klasik modelin ötesinde bir genişleme yaşanmış; işyeri, nihai amacın gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan yerler merkezin dışına taşarak, iş organizasyonu dediğimiz yapılanmaya kavuşmuştur. Bu sebeple de işyeri kavramı yerine iş organizasyonu kavramı tercih edilerek işyerinin; bağlı yer, eklenti ve araçlarla oluşturulan bir organizasyon olduğu, 4857 sayılı Kanunda vurgulanmıştır. İş organizasyonu kavramı, işyerinde teklik ilkesiyle çelişmez<sup>14</sup>. Diğer bir ifadeyle söz konusu bağlı yerler, eklenti ve araçlar, asıl işyerinin sahip olduğu teknik amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden, onu tamamlayan yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>15</sup>. 4857 sayılı Kanunda yer alan “örgütlenmiş birim” ifadesi de işyerinin fiziksel sınırların ötesinde maddi olan ve olmayan unsurlarla işçilerin bir araya geldiği, belirli teknik bir amacın yerine getirilmesini amaçlayan sürekliliğe sahip bir organizasyon olduğu görüşünü destekler niteliktedir<sup>16</sup>.

Eklenti ve araçların işyerinden sayılması, uygulamada pek sorun doğurmamaktadır. Zira eklenti ve araçların belirlenmesi bakımından çok daha az tereddüt doğuracak husus bulunmaktadır. Eklenti kavramı, 4857 sayılı Kanun m. 2’de dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer yerler olarak ifade edilmiş, maddede “gibi diğer yerler” ifadesiyle de bunların tahdidi nitelikte olmadığı belirtilmek istenmiştir<sup>17</sup>. Eklentiler, işyerinin teknik amacı ile bağlılığı bulunmayan, asıl işe yardımcı iş niteliğinde faaliyetlerin yürütüldüğü, asıl işin yapımını ya da işçilerin çalışmasını kolaylaştıran yerler olarak tanımlanabilir<sup>18</sup>. Eklentinin işyerinden sayılması için ana işyeri ile aynı yerde bulunması da fiziki yakınlık içerisinde olması ise zorunlu değildir<sup>19</sup>. Nitekim

<sup>13</sup> Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayıncılık 2024) 202; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7, Lykeion Yayınları 2022) 244; Doğan Yenisey (n 2) 66.

<sup>14</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 249; Doğan Yenisey (n 2) 25; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1168.

<sup>15</sup> Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Bası, Oniki Levha Yayınları 2021) 91; Murat Demircioğlu, Tankut Centel ve Hasan Ali Kaplan, *İş Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2019) 47.

<sup>16</sup> Doğan Yenisey (n 2) 371.

<sup>17</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 253; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta Yayıncılık 2020) 49; E. Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Yetkin Yayınları 2023) 68; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1170; Aydınli (n 9) 56; Doğan Yenisey (n 2) 29.

<sup>18</sup> Astarlı (n 1) 102; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1170.

<sup>19</sup> Turhan Esener, *İş Hukuku* (3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 104; Süzek ve Başterzi (n 12) 205; Doğan Yenisey (n 2) 30; Ercüment Özkaraca, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, asıl işyerinden 1.5 kilometre uzakta bulunan ve dinlenme ile konaklama amacıyla kullanılan barınağın eklenti niteliğini koruduğuna hükmetmiştir<sup>20</sup>.

Araçlar ise işyerinin mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesine ya da faaliyetin yürütümüne doğrudan veya dolaylı katkı sağlayan motorlu veya sabit araçları ifade eder<sup>21</sup>. Bu bağlamda otomobil, otobüs, kamyon, vinç, greyder vb. tüm iş makineleri araçlar içerisinde düşünülebilecektir. Araçların işyerinden sayılması için mülkiyetinin işverene ait olması gerekli değildir<sup>22</sup>.

Bağlı yerler ise işyerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından asıl sorunlu bölümü ifade eder. Özellikle de farklı fiziki alanlarda yer alan bağlı yerlerin asıl işyerinin bir parçası olduğunun tespitinde sorunlar doğacağı şüphesizdir. Bu hususu aşağıda değerlendireceğiz.

## B. İşletme Kavramı

İşletme kavramı 6356 sayılı Kanunda, işletme toplu iş sözleşmesi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, aynı maddede yer alan toplu iş sözleşmesinin “işletme düzeyinde” yapılmasına ilişkin hüküm karşısında işyeri gibi bir birimin mi bu kavramla tanımlanmak istediği sorusu ortaya çıkmıştır.

İşletme toplu iş sözleşmesi, 2822 sayılı Kanunda<sup>23</sup> olduğu haliyle 6356 sayılı Kanunda da aynen korunmuştur. İşletme toplu iş sözleşmesi Kanunda bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme (m. 2/1, d) olarak tanımlanmış olmakla birlikte doğrudan bir işletme kavramına Kanunda yer verilmiş değildir.

6356 sayılı Kanunda işletme kavramına ilişkin bir tanımlama olmaması, iş hukuku uygulamasında bir istisna değildir. Gerçekten de özellikle 4857 sayılı Kanunda iş güvencesinin kapsamı bakımından önem taşıyan işletme kavramı da tanımlanmamıştır. Ancak toplu iş sözleşmesi türü bakımından işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin tanım bir ticari işletmeyi de

*İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu* (Beta Yayıncılık 2008) 15; Aydınli (n 9) 57; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 3) 116.

<sup>20</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2016/21-2569, K 2020/956, 25.11.2020. Karar, her ne kadar doğrudan toplu iş hukukuyla bağlantılı olmasa da tanımın yeknesaklığı sebebiyle burada da uygulanabilir niteliktedir.

<sup>21</sup> Süzek ve Başterzi (n 11) 205; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 254; Narmanlıoğlu (n 1) 141; Aydınli (n 9) 58; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1171.

<sup>22</sup> Esener (n 17) 104; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 49; Demircioğlu, Centel ve Kaplan (n 13) 48; Doğan Yenisey (n 1) 52; Doğan Yenisey (n 2) 30; Özkaraca (n 17) 15; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 3) 116; Aydınli (n 9) 57; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1171.

<sup>23</sup> Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu: 2822 (mülga), Kabul Tarihi: 15.07.1963, RG 27.07.1963/11462.

çağrıştırmamaktadır<sup>24</sup>. Zira ticaret hukuku anlamında işletme, ekonomik amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden birbirine bağlı ve bütünlük içerisinde hareket eden işyerleri topluluğudur. Öte yandan maddede yer alan işletme, bundan ziyade sadece aynı işverene bağlı olma ve aynı işkolunda faaliyet gösterme unsurları üzerinden tanımlanmaktadır. Oysaki işletmenin ekonomik bütünlüğü içerisinde farklı işkollarında faaliyet gösteren birimler de olabilirdi. Bu haliyle işletme kavramı, aslında “işyerleri” kavramını karşılamak üzere kullanılan toplu iş hukukuna özgü bir kavram olmaktan çok da öte gözükmemektedir<sup>25</sup>.

Nitekim doktrinde de işletme toplu iş sözleşmesi bakımından işletme kavramının, genel anlamda işletmeden farklı olduğu sıklıkla ifade edilmiştir<sup>26</sup>. İşletmenin varlığı için, işverenlerine ait aynı işkolunda kurulu işyerlerinin bulunması yeterli görülmüş; bu yerler arasında ayrıca, hukuki veya ekonomik bir bağlılık bulunması aranmamıştır. Aksine aralarında ekonomik veya hukuki bağlılık bulursa dahi farklı işkollarında kurulu işyerlerinin bir işletme olarak kabulü, 6356 sayılı Kanunun lafzı ve amacı karşısında mümkün değildir. Bu halde, işverene ait aynı işkolunda kurulu birimler arasında işkolunun tespiti bakımından asıl iş-yardımcı iş değerlendirmesi yapılmamalıdır. Zira aslında işletme toplu iş sözleşmesinin bağımsız işyerlerinde uygulanmak üzere yapılacak olması karşısında, aralarında bu yönde bir bağlılık bulunan işyerlerinin bağlı yer niteliğinde olma ihtimali gündeme gelebilir. Bu sebeple, gerçekten bir işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu ise her işyerinin faaliyeti bağımsız biçimde değerlendirilerek işkolu tespiti buna göre yapılmalıdır<sup>27</sup>.

Yargıtay’ın da konuya ilişkin verdiği kararlarda işletme toplu iş sözleşmesinin gerçek anlamda işletmeyle alakalı olmadığı, bir işverene ait birden çok işyerini ifade etmek için kullanıldığı belirtilmektedir<sup>28</sup>. Bu toplu iş sözleşmesinin amacı, aynı işverene ait ve aynı

<sup>24</sup> Türk iş hukukunda işletme kavramına ilişkin detaylı bilgi için, Esener (n 17) 87; Süzek ve Başterzi (n 11) 205; Aydınli (n 9) 11; Özkaraca (n 17) 19.

<sup>25</sup> Nitekim 2822 sayılı Kanunun madde gerekçesinde “işletme” teriminin gerçek anlamda kullanılmadığı, başka bir ifade bulunmadığından tercih edildiği belirtilmiştir. 6356 sayılı Kanunda bakımından da farklı bir değerlendirme yapmayı gerektiren bir durum görünmemektedir.

<sup>26</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 844; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 225; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (Oniki Levha Yayınları 2020) 338; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri* (4. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2022) 287; Doğan Yenisey (n 2) 346; Canbolat (n 3) 126; Canbolat (n 9) 33; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, ‘6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi’ (2016) 15 (Özel Sayı) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan) 553, 559; Başterzi (n 10) 89; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1177; Banu Denizli Öztürk, ‘İşletme Toplu İş Sözleşmelerinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar’ (2023) 11(1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 261.

<sup>27</sup> Astarlı (n 1) 89; Doğan Yenisey (n 1) 58.

<sup>28</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E 2016/3 K 2017/4 09.06.2017; Yargıtay 9 HD, E 2015/23264 K 2015/32659, 17.11.2015: “...İşletme toplu iş sözleşmesinde (m.34/2) “işletme” kavramı STİSK’na özgü olup, ne Türk Ticaret Kanunu anlamında “ticari işletme”ye, ne de iktisadi anlamda “işletme”

işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinde işçilerin yeknesak bir çalışma düzeni ve benzer ekonomik menfaatlere sahip olmasına olanak sağlanmasıdır<sup>29</sup>.

İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin en önemli husus, bu toplu iş sözleşmesinin yapılmasının hukukumuzda bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten de 6356 sayılı Kanunun 34. maddesinin ikinci fıkrasında, bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması halinde toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Doktrinde de bu hüküm, kamu düzenine ilişkin ve emredici olarak kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Bu halde, özellikle yetki aşamasında toplu iş sözleşmesi yapılacak ünitelerin işletme niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin bir uyuşmazlığın gündeme gelmesi halinde, bunun, çözüme kavuşturulması zorunludur. Kanunun aynı maddesinde, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların işletme merkezinin bulunduğu yerde karara bağlanacağı düzenlenmiştir<sup>31</sup>.

İşletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluk olduğundan, bu toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki alınması aşamasında, yetki itirazı ile birlikte işletme niteliğine ilişkin

---

*kavramına uyar. Burada, tek işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan bir toplu pazarlık, toplu iş sözleşmesi ünitesi söz konusudur ... İşletme kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmamıştır. İktisadi anlamda işletme, genel olarak, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş ünite olarak tanımlanabilirse de toplu iş hukuku anlamında işletme kavramı, farklı bir nitelik arz etmektedir ... 6356 sayılı Kanunun 2 nci ve 34 ncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kanundaki "işletme" deyiminin, gerçek anlamdaki işletmeyle ilgisi bulunmadığı, "bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerini" ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, bir toplu iş sözleşmesi birimi olarak "işletme" niteliğinin varlığını tespit için, "işveren" kavramı en önemli unsurdur..." <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 01.01.2025.*

<sup>29</sup> Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (11. Baskı, Turhan Kitabevi 2024) 285; Şahlanan (n 23) 32; Ekonomi (n 23) 8; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 225. Ancak işletme toplu iş sözleşmesinde farklı işyerlerinde uygulanacak farklı çalışma koşulları da kararlaştırılabilir. Ekmekçi (n 23) 187.

<sup>30</sup> Oğuzman (n 1) 14; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 2) 994; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 248; Sur (n 27) 285; Narmanlıoğlu (n 3) 335; Ekmekçi (n 23) 288; Doğan Yenisey (n 2) 344; Canbolat (n 2) 127 vd; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 3) 128; Gökteş ve Yılmaz (n 10) 1177; Denizli Öztürk (n 23) 268. Ayrıca, "... 6356 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği ifade edilmiştir. Belirtilen düzenleme emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkindir ... Dairemizin uygulaması da, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu yönündedir...", Yargıtay 9 HD, E 2021/11703 K 2021/16366, 09/12/2021; Yargıtay 22 HD, E 2016/8542 K 2016/11125, 18.04.2016 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 31.12.2024.

<sup>31</sup> Madde düzenleniş itibarıyla isabetli görünmemektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işletme toplu iş sözleşmesinde, işletme kavramı, bir ticari işletmeyi değil; aynı işverene ait aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerlerini işaret etmektedir. Bu halde işletme merkezi olarak isimlendirilebilecek bir yer de bulunmamaktadır. Aynı yönde, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 997; Canbolat (n 2) 142; Denizli Öztürk (n 23) 274. Aynı değerlendirme için ayrıca, Yargıtay. 22 HD, E 2013/28148 K 2013/22168, 23.10.2013, Çalışma ve Toplum, 2014/I, 577 vd.



uyuşmazlığında incelenmesi gerekir<sup>32</sup>. Zira işletme niteliği bulunmasına karşın işyerlerinin biri için yetki alınması ve burada işyeri toplu iş sözleşmesi yapılması halinde bu sözleşme, geçersiz olacaktır<sup>33</sup>. Bu halde, yetkiye ilişkin uyuşmazlığın çözülebilmesi için ilk olarak aynı işverene ait birbirinden bağımsız birden çok işyerinin varlığı ve bu işyerlerinin girdiği işkolunun belirlenmesi gerekir. Doktrinde de yetki itirazı halinde mahkemenin işletmenin varlığını, işletme kapsamında işverene ait aynı işkolunda başka işyerlerinin bulunup bulunmadığını re'sen araştırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir<sup>34</sup>. Ancak burada karşılaşılabilecek en büyük sorun, yetki başvuru tarihinde başka bir işkolunda kayıtlı bulunan bir işyerinin de işletme kapsamında olup olmadığıdır. Böyle bir itirazda bulunulması halinde sadece işletme niteliğinin değil ayrıca işkolu tespitinin de yapılması gerekebilir. Aşağıda farklı işkolunda kurulu bulunan birimlerin işletme itirazına konu edilmesi hususu üzerinde ayrıca duracağız.

### III. AYRIMIN TESPİTİNDE BAĞLI YER KAVRAMI

#### A. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesi akdedilecek birimin belirlenmesi bakımından en sorunlu husus, bağlı yer kavramının tespit edilmesinde kendini göstermektedir. Gerçekten de özellikle işverene ait birden fazla üretim biriminin bulunması halinde yapılacak toplu iş sözleşmesinin tespitinde bağlı yer kavramı büyük önem taşımaktadır. Bu üretim birimlerinin bir işyeri ve ona bağlı yerler olması halinde yapılacak toplu iş sözleşmesi işyeri toplu iş sözleşmesi olacakken; bunların farklı işyerleri olması halinde, işletme toplu iş sözleşmesi gündeme gelecektir.

4857 sayılı Kanunda bağlı yerlerin de işyerinden sayılacağı kabul edilmiştir. Maddede yer alan tanıma göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler, bağlı yer olarak nitelendirilmektedir. Bağlı yer bakımından maddede yer alan aynı işverene ait olma, “mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunma” ve “aynı yönetim altında örgütlenme” gibi hususların bağlı yerin tespitinde

<sup>32</sup> Öner Eyrenci, ‘6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri’ (2014) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan) 119, 142; Canbolat (n 2) 80. Bu uyuşmazlıkların farklı yerlerde görülmesi gerekeceğinden işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde, Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 227.

<sup>33</sup> Canbolat (n 2) 128; Eyrenci (n 29) 139. Doktrinde ayrıca, bu durumda genel hükümler çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin iptalinin talep edilebileceği, süresinden sonra iptal de istenemeyeceğine göre işletme kapsamındaki diğer işyerlerinin de bu sözleşmeden yararlandırılması şeklinde bir çözümün benimsenmesinin hakkaniyete uygun düşeceği savunulmaktadır (Ufuk Aydın, ‘Toplu İş Sözleşmesi Kapsamındaki Bir İşyerinde Daha Önce Bağıtlanmış Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması Halinde Diğer İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi ve Bağıtlanması’ (2001) 6 (1) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 37, 42 vd.).

<sup>34</sup> Eyrenci (n 29) 139; Canbolat (n 2) 128.

birer kriter olduğu anlaşılmalı birlikte, bu kavramların da çok keskin sınırlar içerdiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

4857 sayılı Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde de işyerinin sınırlarının belirlenmesinde bağlı yerin tespiti bakımından, belirli kriterlerden bahsedilmiştir. Bu kapsamda ayrı bir alanın bağlı yer olarak değerlendirmesinde; amaçta birlik, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünde bağlılık ile yönetimde birlik kriterlerine vurgu yapılmıştır<sup>35</sup>. Gerekçede de belirtildiği gibi bunlar yargı kararları ve doktrindeki görüşlerle de paralel kriterlerdir. Yargıtay da konuya ilişkin verdiği kararlarda işyeri ve bağlı yer ayrımının tespitinin önemini vurgulamaktadır<sup>36</sup>.

Bu halde bir yerin bağlı yer olarak kabul edilebilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekir<sup>37</sup>. Bunlar; hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birliktir. Diğer bir ifadeyle, işyeri ile bağlı yer, aynı işverene ait olmanın yanında, aralarında mal veya hizmet yönünden bağlılık bulunmalı ve bu yerlerin yönetimi tek elden sağlanmalıdır<sup>38</sup>.

Bir yerin bağlı yer olarak kabulü için asıl işyerinin bu yer olmaksızın nihai amaca ulaşamayacak veya faaliyetini devam ettiremeyecek olması gerekmez<sup>39</sup>. Ancak, bağlı yerde yürütülen faaliyetin tamamen asıl işyerinin mal veya hizmet üretim faaliyetine hizmet etmesi,

<sup>35</sup> “İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde ‘işyerine bağlı yerler’ ile eklentiler ve araçların bu birim kapsamında oldukları, önceki hükümden farklı bir ölçüt aranmamış olmakla beraber; özellikle bir işyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda ‘amaçta birlik’, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünde bağlılık ile ‘yönetimde birlik’, aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartları gerek yargı kararları ve gerek doktrindeki görüşlere paralel şekilde düzenlenmiştir.”

<sup>36</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/5589 K 2021/10084, 10.06.2021; Yargıtay 22 HD, E 2016/8542 K 2016/11125, 18.04.2016, Yargıtay 22 HD, E 2013/982 K 2013/427, 23.01.2013 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 27.12.2024.

<sup>37</sup> Öte yandan doktrinde Başbuğ/Yücel Bodur, bağlı yerin kabulü bakımından yönetimde birlik gibi tek bir unsurun da yeterli olabileceğini ifade etmektedir. Bu halde aralarında teknik bağlılık olmamakla birlikte, aynı yönetim altında örgütlenmiş birimlerin, işyeri olarak kabul edilmesi mümkündür (Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (6, Beta Yayınları 2021) 101).

<sup>38</sup> Yargıtay 9 HD, E 2015/21889 K 2015/26159, 17.09.2015: “6356 sayılı Kanunla bir birimin bağlı yer veya bağımsız bir işyeri olarak nitelendirilmesi daha da önem kazanmıştır. Bir birimin bağımsız bir işyeri olarak nitelendirildiğinde işkolu bu birim içinde yürütülen asıl işe göre belirlenirken, aynı birim bağlı yer olarak nitelendirildiğinde asıl işyerinde örgütlenmiş bir sendikanın faaliyet alanına ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına dahil olacaktır. Bir birimin bağlı yer olarak nitelendirilmesi için işin niteliği yönünden bağlılık yeterli olmayıp, yürütümü bakımından da bağlılık gerekir. Yönetimde birlik ölçütünden anlaşılan farklı birimlerdeki mal veya hizmet üretiminin tek elden yürütülecek biçimde örgütlenmesi, bu birimlerin bağımsız bir organizasyon niteliği taşımasıdır.”, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.12.2024. Aynı yönde, Yargıtay 9 HD, E 2016/10592 K 2017/6656, 17.04.2017; Yargıtay 9 HD E 2021/2972 K 2021/7793, 08.04.2021; Yargıtay 9 HD, E 2020/8038 K 2020/19974, 24.12.2020 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.12.2024.

<sup>39</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 150.

diğer bir ifadeyle varlık sebebinin asıl işyerine bağlı olması zorunludur<sup>40</sup>. Doktrinde bir birimin bağımsızlığının tespitinde o yerin faaliyet alanına giren iş ve işlemlerin tümünün doğrudan orada gerçekleştirilmesi, işçilerin başka bir işyerine bağlı olmaksızın çalıştırılması, ücret bordroları ile giriş çıkış kayıtlarının bu işyerine özgü biçimde bağımsız olarak tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Bunun sebebi özellikle yetki uyuşmazlıklarında bir sendikanın işyerinde çoğunluğu temsil edip etmediğinin belirlenmesi bakımından, işverenden, ücret bordrolarının istenmesidir.

Uygulamada bağlı yerin tespiti bakımından karşılan en önemli zorluklardan biri, birimlerin ayrı bir işyeri sicil numarası ile Sosyal Güvenlik Kurumu ve Çalışma ve İş Kurumuna bildirilmiş olmasıdır. Ancak hem doktrinde<sup>42</sup> hem de yargı kararlarında<sup>43</sup>, söz konusu tescil işleminin tek başına bu yerin ayrı bir işyeri olması sonucunu doğurmayacağı, bu işlemin sadece denetimi sağlamaya yönelik ve açıklayıcı bir işlem olduğu, kabul edilmektedir. Bunun yanında amaçta ve yönetimde birlik gibi hususların değerlendirilerek sonuca ulaşılması gerektiği, bağımsız işyerlerine ilişkin kayıtların adi karine olarak kabul edilebileceği de ayrıca ifade edilmektedir<sup>44</sup>.

Gerçekten de bağlı yerler aslında iş organizasyonunun bir parçası olarak asıl işyerinin girdiği işkolunda olsalar da bunların özellikle birbirlerinden uzak yerlerde konumlanması sebebiyle bağımsız işyeri olarak bildirilmeleri, dolayısıyla da farklı işkolunda kaydettirilmeleri ihtimal dahilindedir. Bu noktada doktrinde ileri sürülen bu bildirim bağılı yer niteliğindeki bir birimi bağımsız bir işyeri haline getirilmeyeceği görüşüne katılmakla birlikte; bu durumun, birimin ayrı bir sicil numarasıyla ve işveren tarafından bildirilen faaliyet konusu ile ayrı bir işkolunda faaliyet gösteren bağımsız bir işyeri olarak bildirildiği gerçeğini değiştirmedigine de dikkat çekmek istiyoruz. Zira işverenlerin bazı durumlarda, sendikalaşmanın önüne geçmek amacıyla bu birimleri, bağımsız işyerleri olarak ve hatta farklı işkollarında bildirdiği de

<sup>40</sup> Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1172.

<sup>41</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 143; Süzek ve Başterzi (n 11) 203; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 253; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 47; Senyen-Kaplan (n 15) 66; Özkaraca (n 17) 13.

<sup>42</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 143; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 260; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 48; Şahlanan (n 3) 7; Başterzi (n 10) 86; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 3) 117; Şahlanan (n 23) 49; Doğan Yenisey (n 1) 54; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 23) 569; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1172. İşyerine bağlı yerlerin işveren tarafından ayrı bir işyeri olarak tescil ettirilmesinin kanuna karşı hile niteliğinde olduğu yönünde, Eyrenci (n 29) 124; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 48.

<sup>43</sup> Yargıtay 9 HD, E 2015/16829 K 2015/21570, 15.06.2015; Yargıtay 9 HD, E 2018/3889 K 2018/8383, 11.04.2018 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 11.10.2024.

<sup>44</sup> Başterzi (n 10) 87.

görülebilmektedir. Bu durum da uygulamada, uzun yıllar devam eden yetki tespit davalarının görülmesiyle sonuçlanmıştır.

Aynı işkolunda kurulu bulunan birimlerin farklı adreslerde yer alması sebebiyle ayrı işyerleri olarak SGK’da ve görevli makam kayıtlarında tescilli olması halinde, bu birimler için yetki tespiti başvurusunda bulunulduğunda Bakanlık tarafından yapılacak tespit resmi kayıtlara göre sonuçlandırılacaktır. Bu halde aynı işverene ait aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunduğundan, dolayısıyla burada işletme toplu iş sözleşmesi yapılacağından Bakanlık da %40 çoğunluğu sağlayan işçi sendikasının yetkili olduğuna karar verecektir<sup>45</sup>. Ancak, işveren bu yetki tespitine yönelik itirazında, bu birimlerin tek bir işyeri olduğunu ve dolayısıyla yetkinin tespitinin ancak sendikanın işyerindeki işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olması halinde yapılabileceğini ileri sürmektedir. Yargıtay bu davalarla ilgili olarak, aynı işkolunda bağımsız birimler olarak tescil ettirilmiş bulunan işyerlerinin gerçekte tek bir işyeri olup olmadığına yönelik uyuşmazlıkların tespitinde, yeknesak bir biçimde bilirkişi eşliğinde keşif gerçekleştirilmesi yönünde bir içtihat geliştirmiştir<sup>46</sup>.

## B. Bağlı Yerin Tespitinde Kullanılan Kriterler

### 1. Hukuki Bağlılık

Bir yerin asıl işyerine bağlı yer mi yoksa ayrı bir işyeri mi olduğuna ilişkin değerlendirme yapılırken ele alınan ilk unsur, hukuki bağlılıktır. Hukuki bağlılık, uyuşmazlığa konu birimlerin tümünün aynı işverene ait olmasını ifade eder<sup>47</sup>. Farklı işverenlere ait birimlerin mevcut olması

<sup>45</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/10449 K 2021/14734, 21.10.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/10026 K 2021/15440, 04.11.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.12.2024.

<sup>46</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/11703 K 2021/16366, 09.12.2021: “Somut uyuşmazlıkta davacı işveren tarafından, yetki tespitine esas alınan birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğu ve sendika tarafından yarısından fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği iddia edilmektedir...tespit konusu iki birimde keşif suretiyle bilirkişi incelemesi icra edilmeli, tespit konusu birimlerin işleyişine yönelik bilgi ve belgeler söz konusu birimlerden getirilmeli, tespit konusu birimlerin bağımsız şekilde faaliyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, İstanbul’daki birimde münhasıran Ç...’de yer alan birimde üretilen ürünlere yönelik olarak faaliyet yürütülüp yürütülmediği belirlenmeli, iki birimin de merkezden yönetilip yönetilmediği ve yönetim birliği hususu belirlenmeli, bu hususlarda tarafların beyanı alınmalı, yukarıda belirtilen ilkeler ışığında tespit konusu iki birimin iş organizasyonu kapsamında tek bir işyeri niteliğinde bulunup bulunmadığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde ve somut olgularla denetime elverişli şekilde tespit edilmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.” Aynı yönde, Yargıtay 22 HD, E 2016/8542 K 2016/11125, 18.04.2016; Yargıtay 22 HD, E 2013/982 K 2013/427, 23.01.2013; Yargıtay 9 HD, E 2021/9404 K 2021/15438, 04.11.2021; Yargıtay 9 HD, E 2022/17207 K 2023/1107, 19.01.2023 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.12.2024.

<sup>47</sup> Oğuzman (n 1) 11; Esener (n 17) 102; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 2) 137; Süzek ve Başterzi (n 11) 202; Narmanlıoğlu (n 1) 144; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 48; Ekmekçi/Yiğit (n 13) 93; Canbolat (n 2) 110; Özkaraca (n 17) 12; Başterzi (n 10) 85; Baycık (n 10) 246; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1173;

halinde, bu birimlerin bağlı yer olup olmadığı araştırılmaksızın bağımsız işyerleri olduğu kabul edilecektir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcut olması halinde ise her ne kadar yürütülen faaliyet aynı yerde de gerçekleştirilse bu işyerinin birbirinden bağımsız olduğunun kabulü gerekir<sup>48</sup>. Yine holding veya şirketler topluluğu içerisinde bulunan şirketlerin her biri de ayrı tüzel kişiliğe sahip ayrı işverenler olduklarından bunların da birbirlerinin bağlı yeri niteliğinde olduğundan söz edilemeyecektir<sup>49</sup>.

Özellikle tüzel kişi işverenler bakımından burada üzerinde durulması gereken husus, farklı tüzel kişiliklerin sahip olduğu, ancak yönetim yetkisinin aynı gerçek kişiler tarafından kullanıldığı durumlarda hukuki bağlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Yargıtay, işyerlerinin tamamının aynı adreste yer aldığı ve işçilerin de aynı adreste ve aynı bantta çalıştığı bir olayda, kayıtlarda üç farklı tüzel kişilik bulunduğunu ve bunların tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine ilişkin işverenin iddiasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan dinlenilemeyeceğini belirtmiştir<sup>50</sup>. Kararda, doğrudan söz konusu yerler arasında hukuki bağlılık bulunmadığı ifade edilmemekte, ancak hukuki bağlılık bulunduğu iddiasının hukuka aykırılığı en başta yaratan işveren tarafından ileri sürülmesi halinde dinlenmeyeceği belirtilmektedir. Bu halde işçi sendikasının bu yönde bir itiraz ileri sürmesi olanaklı görünmekle birlikte, bunun somut olayda gerçekleşme ihtimali düşüktür.

## 2. Amaçta Birlik

Amaçta birlik, amaçsal bağlılık ya da nitelik yönünden bağlılık unsuru, bağlı yerin tespiti bakımından karakteristik unsuru ifade eder. Amaçta birlik, asıl işyeri ile bağlı yer arasında aynı teknik amaca yönelik faaliyet gösterme bakımından bir ilişki bulunması gerektiği şeklinde tanımlanabilir. Bu kapsamda, bağlı yerde gerçekleştirilen faaliyet, asıl işyerinin nihai amacını tamamlayan, aynı amacın farklı aşamalarının yerine getirilmesinden ibarettir<sup>51</sup>. Yine üretim

---

Doğan Yenisey (n 2) 26; Aydınli (n 9) 52; Aydın Başbuğ, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk* (Şeker-İş Sendikası Yayınları 2012) 165.

<sup>48</sup> Baycık (n 10) 243; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 49; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 23) 563.

<sup>49</sup> Süzek ve Başterzi (n 11) 159; Eyrenci (n 29) 134; Doğan Yenisey (n 2) 341; Denizli Öztürk (n 23) 266.

<sup>50</sup> Yargıtay 22 HD, E 2018/12148 K 2019/734, 10.01.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.12.2024. Aynı yönde, Eyrenci (n 29) 124.

<sup>51</sup> Esener (n 17)103; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca(n 2) 138; Süzek ve Başterzi (n 11) 203; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 250; Ekmekçi/Yiğit (n 13) 92; Doğan Yenisey (n 2) 26; Özkaraca (n 17) 12; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1175; Aydınli (n 9) 52; Astarlı (n 1) 97; Murat Kandemir, 'Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı' (2013) 4 (39) Çalışma ve Toplum 167, 199; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 23)

birimlerinin birinde faaliyetin durmasının diğer birimlerde işin durması veya önemli ölçüde aksamasına sebep olması, nihai amaç ya da ürünün gerçekleştirilmesine engel olması hallerinde amaçta birlik unsurunun mevcudiyeti kabul edilmelidir<sup>52</sup>. Bu halde üretimin ana işyerinde gerçekleşmesi, paketleme, ambalaj üretimi, dağıtım ve satış işlemlerinin farklı yerlerde gerçekleştirilmesi bu yerler arasında amaçta birlik unsurunun varlığının kabulüne olanak sağlar.

Yargıtay kararlarında da amaçta birlik, aynı işverene ait iki üretim biriminin aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmesi yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçların gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Bu kapsamda birimler arasında işyeri-bağlı yer ilişkisi, özellikle, birimlerde aynı amaca yönelik bir üretim olması yönünden değerlendirilmektedir. Örneğin Yargıtay kararına da konu bir olayda, aynı işkolunda aynı işverene ait üç birim bulunmakta olup bunlardan birinde iklimlendirme cihazı üretilmekte, diğer ikisinde ise üretilen cihazların satışı ve satış sonrası hizmetlerine yönelik faaliyetler yürütülmektedir<sup>54</sup>. Burada tek bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik amaçta birlik unsuru sağlandığından hareketle tek bir işyeri olduğu sonucuna varılmıştır. Yine Yargıtay'ın konuya ilişkin başka bir kararında, iki birim olarak örgütlenmiş birimlerin nihai ürünün ortaya çıkması için farklı aşamaları gerçekleştirdiği, bu sebeple de birbirilerinden bağımsız işyerleri olarak düşünülmemeyeceği belirtilmiştir<sup>55</sup>.

Amaçta birlik unsurunun değerlendirilmesi noktasında karşılaşılan önemli sorunlardan biri de işverene bağlı birimlerden bazılarında aynı teknik amacın gerçekleştirilmesine yönelik faaliyet yanında başkaca üretim veya satış faaliyetlerinin de yapılmasının nasıl değerlendirileceğidir. Örneğin, ekmek ve diğer unlu mamuller üretimi ve satışı yapılan bir birimde aynı zamanda toptan un satışı yapılması durumunda artık bu satışın aynı teknik amacın gerçekleştirilmesine yönelik yürütülen bir faaliyet olduğu söylenemez. Bu halde amaçta birlik unsuru ortadan kalktığına göre burada bağlı yer değil bağımsız iki işyerinden bahsetmek gerekir<sup>56</sup>. Yargıtay'ın fabrika ve depo olarak faaliyet göstermekte olan iki birimin tek bir işyeri olup olmadığını değerlendirdiği bir kararında bu hususa vurgu yapılarak, depoda çalışan

567; Başterzi (n 10) 85; Narmanlıoğlu (n 1) 145; Yayvak (n 2) 66; Ebru Erener Yılmaz, 'İşyeri Devrinin Toplu İş Sözleşmelerine Etkisi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2023) 15.

<sup>52</sup> Oğuzman (n 1) 12; Esener (n 17) 102; Süzek ve Başterzi (n 11) 203; Aydınli (n 9) 49; Doğan Yenisey (n 2) 26; Özkaraca (n 17) 12. Erener Yılmaz (n 48) 15.

<sup>53</sup> Yargıtay 9 HD, E 2015/22577 K 2015/25284, 10.09.2015; Yargıtay 9 HD, E 2014/19901 K 2014/24410, 10.07.2014 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.10.2024.

<sup>54</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/10449 K 2021/14734, 21.10.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.10.2024.

<sup>55</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/9645 K 2021/14730, 21.10.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.10.2024.

<sup>56</sup> Başterzi (n 10) 96.

işçilerin sadece depolama faaliyetini yerine getirdiği, burada herhangi bir üretim faaliyeti olmadığı, bu halde de deponun asıl üretim faaliyetinin gerçekleştirildiği fabrikanın bağlı yeri niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir<sup>57</sup>.

Yargıtay fabrika ve merkez ofis şeklinde örgütlenmiş birimler arasında amaçta birlik unsurunu değerlendirirken ise, merkez ofis işyerinin faaliyetlerinin tespiti konu fabrika işyerine özgülenip özgülenmediğinin, merkez ve ofis işyerlerinde aynı teknik amacın veya farklı üretim aşamalarının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin, merkez ofiste gerçekleştirilen işlerin yardımcı iş olup olmadığı hususlarının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>58</sup>.

### 3. Yönetimde Birlik

Yönetimde birlik, işverene ait birimlerdeki faaliyetlerin tek elden yönetilmesini ve örgütlenmenin bütünlük içerisinde bulunmasını ifade eder<sup>59</sup>. Diğer bir deyişle, her birimin birbirinden bağımsız yönetime sahip olacak biçimde yapılması halinde, bu yerler arasında asıl işyeri-bağlı yer ilişkisi yoktur. Örneğin şubeler şeklinde örgütlenen yapılarda, her şubenin yetki alanında bulunan işlerin bütünü gerçekleştirilmesi sebebiyle bağımsız birer işyeri sayılması, aynı işverene ve aynı amaca sahip olmakla birlikte tek elden yönetilmemesinin sonucudur.

Yönetimde birlik unsurunun somutlaştırılması bakımından kesin ölçütler bulunmama ile birlikte çeşitli durumlarda bu şartın sağlandığı kabul edilmektedir. Uygulamada özellikle insan kaynakları ve muhasebe işlemlerinin tek bir elden yönetilmesinin, yönetimde birliğin varlığı bakımından belirleyici olduğu görülmektedir. Bu bağlamda tüm birimlerdeki mali kayıtların, işçilerin işe giriş çıkış ve bordrolama işlemlerinin işverenin merkez ofisinden yönetilmesi halinde, yönetimde birlik unsurunun varlığı kabul edilebilir<sup>60</sup>.

Bununla birlikte, özellikle son yıllarda bu hizmetlerin, artan biçimde bu alanlarda uzmanlaşmış başkaca işverenlerden alınması, yönetimde birlik unsurunun bir kriter olarak değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır<sup>61</sup>. Doktrinde ayrıca, yönetimde birlik unsurunun

<sup>57</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/6045 K 2021/10873, 24.06.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.10.2024.

<sup>58</sup> Yargıtay 9 HD, E 2020/49 K 2020/3613, 04.03.2020 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 27.12.2024.

<sup>59</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 138; Süzek ve Başterzi (n 11) 203; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 252; Narmanlıoğlu (n 1) 145; Doğan Yenisey (n 2) 28; Doğan Yenisey (n 1) 54; Özkaraca (n 17) 13; Başterzi (n 10) 86; Başbuğ (n 44) 165; Kandemir (n 48) 199; Astarlı (n 1) 99; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1175; Yayvak (n 2) 66.

<sup>60</sup> Süzek ve Başterzi (n 11) 203; Senyen-Kaplan (n 15) 68; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 253; Doğan Yenisey (n 2) 29.

<sup>61</sup> Doğan Yenisey (n 2) 30.

bağımsız bir kriter olmadığı, işin, iş organizasyonu içerisinde bir bütün olmasından hareketle amaçta birlik kriterinin bir görünümü olduğu da ifade edilmektedir<sup>62</sup>.

Yönetimde birlik unsuru değerlendirilirken sıklıkla “coğrafi yakınlık” bir kriter olarak ele alınmaktadır<sup>63</sup>. Bu kapsamda, aynı işverene ait olmakla birlikte tek elden yönetimi zorlaştıracak ölçüde birbirinden uzak örgütlenmiş birimlerin arasında birlik olmadığı kabul edilerek, bu yerlerin bağımsız işyeri olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu yaklaşım, “iş organizasyonu” kavramı karşısında birimlerin, organizasyonel bütünlüğü ortadan kaldıracak biçimde birbirinden uzak ve dağınık yerleşmiş olmaması gerektiği görüşünü benimsemektedir<sup>64</sup>. Yargıtay da bağılı yer kavramını değerlendirirken, birimler arasındaki uzaklığı, yönetimde birlik bakımından belirleyici olarak ele almaktadır<sup>65</sup>.

Öte yandan teknolojik gelişmeler karşısında, coğrafi yakınlık unsurunun eski önemini yitirdiğini de belirtmeliyiz<sup>66</sup>. Online olarak toplantıların gerçekleştirilebilmesi, mail veya mesaj ile işletmesel kararların hızlı bir biçimde tüm birim ve işveren vekillerine ulaştırılabilmesi, bordro veya diğer belgelerin online olarak düzenlenebilmesi gerçeği, işyerlerinin fiziki olarak birbirine uzak olmasının, organizasyonel birliğin varlığı ya da yokluğunda etkili olacağı ihtimalini giderek azaltmaktadır. Yine işverenin denetim yetkisini kullanması bakımından da birimler arası uzaklık büyük bir engel teşkil etmez.

Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarda, coğrafi uzaklık kriterini sadece tek elden yürütümü zorlaştırıp zorlaştırmama bakımından incelemekten vazgeçmiştir. Yüksek mahkemeye göre, toplu iş hukuku bağlamında işyerinin sınırları ile bağılı yerlerin belirlenmesi için normun koruma amacından hareket edilmesi zorunlu olup işçilerin ortak çalışmaya dayalı menfaat birliğinin mevcudiyeti ile birlikte çalışmaya müstenit dayanışma olgusu da bu

<sup>62</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 252.

<sup>63</sup> Esener (n 17) 13; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 144; Süzek ve Başterzi (n 11) 203; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 253; Narmanlioğlu (n 1) 145; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 312; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 15) 48; Senyen-Kaplan (n 15) 106; Doğan Yenisey (n 2) 53; Doğan Yenisey (n 1) 54; Başterzi (n 10) 86; Aydınli (n 9) 49; Özkaraca (n 17) 12; Ergin ve Ertan (n 6) 2060; Yıldız (n 1) 138.

<sup>64</sup> Baycık (n 10) 248.

<sup>65</sup> Yargıtay 9 HD, E 2015/33455 K 2015/34776, 08.12.2015: “...Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasıdır...”. Aynı yönde, Yargıtay 22 HD, E 2018/10726 K 2018/19322, 20.09.2018; Yargıtay 9 HD, E 2019/5513 K 2019/17632, 09.10.2019; Yargıtay 9 HD, E 2021/12327 K 2022/231, 12.01.2022 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 27.12.2024.

<sup>66</sup> Aynı yönde, Ekmekçi ve Yiğit (n 13) 94-95.



bağlamda göz ardı edilemez<sup>67</sup>. Doktrinde de toplu iş hukukuna temel dayanışma olgusu, ortak menfaatlerin bulunması gibi işçiler arasındaki birliğe dayalı bir değerlendirme yapıldığında, coğrafi yakınlık ölçütünün anlamlı bir değerlendirme kriteri olduğu belirtilmektedir<sup>68</sup>. Gerçekten de toplu iş hukukunun esas amacı, işçilerin ortak menfaat ve sorunlarını sendikal örgütlenme aracılığıyla örgütlü ve işverene karşısında güçlü bir biçimde çözmelerini sağlamaktır. Bunun bir yansıması da toplu iş sözleşmesi ünitesinin ortak sorun ve menfaatlere sahip olan işçileri kapsamasıdır. Bu halde, bağlı yerin tespiti bakımından da birimlerde çalışan işçiler arasında ortak menfaat bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır<sup>69</sup>.

Yönetimde birlik unsuru değerlendirilirken ele alınabilecek bir diğer unsur ise birim sayısıdır. Tek bir işyeri olduğu iddia edilen birim sayısının fazlalığı, işçilerin dayanışma ve menfaat duygusunu ortadan kaldıracak gibi, bu işyerlerinin tamamında yeknesak bir çalışma düzeninin sağlanması gerekli veya mümkün olmayabilir. Bu durumda, somut olayın özelliklerine göre birim sayısının fazlalığı, yönetimde birlik unsuru bakımından değerlendirme konusu yapılabilir. Yargıtay da farklı il ve ilçelerde toplamda 97 birim ve 768 işçinin bulunduğu bir olayda, anılan sebeplerle yönetimde birlik unsurunun mevcut olmadığına hükmetmiştir<sup>70</sup>. Gerçekten de bu şekildeki büyük ve dağınık yapılanmalarda işçilerin ortak bir dayanışma sergilemeleri mümkün olmadığı gibi özellikle farklı illerde menfaatlerinin de benzer olduğunu söylemek kolay olmayacaktır<sup>71</sup>.

Özellikle beyaz yaka işler diye nitelendirebileceğimiz yönetim, muhasebe, insan kaynakları, satış, pazarlama gibi birimlerin asıl işyerinden ayrı bir yerde faaliyet göstermesi halinde bu yerler sıklıkla bağlı yer olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay da, irtibat büroları,

<sup>67</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/12327 K 2022/231, 12.01.2022 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 28.12.2024.

<sup>68</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 11) 254; Doğan Yenisey (n 1) 57; Doğan Yenisey (n 2) 368; Başterzi (n 10) 83; Yıldız (n 1) 138; Baycık (n 10) 247; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 3) 118; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1176.

<sup>69</sup> Baycık (n 10) 247; Doğan Yenisey (n 1) 57; Yıldız (n 1) 138.

<sup>70</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/12327 K 2022/231, 12.01.2022: “*Bununla birlikte, toplu iş hukuku bağlamında işyerinin sınırları ile bağlı yerlerin belirlenmesi için, normun koruma amacından hareket edilmesi de bir zarurettir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçilerin ortak çalışmaya dayalı menfaat birliğinin mevcudiyeti ile birlikte çalışmaya müsteni dayanışma olgusu da gözardı edilemez...Bu itibarla birimler arasındaki coğrafi yakınlık durumu da, işyerinin sınırları ve işyerine bağlı yerlerin yahut bağımsız işyerlerinin tespiti bakımından dikkate alınması gereken bir unsurdur. Bu açıklamalara göre, yetki tespitine esas alınan birimlerin geneli itibarıyla farklı il ve ilçelerde bulunduğu ve ayrıca yetki tespitine esas alınan işçi sayısının da 768 olduğu gözetildiğinde tüm birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Bu anlamda, somut olayda işletme toplu iş sözleşmesine yönelik yetki tespiti söz konusu olduğundan, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisi için işçilerin %40'ını üye kaydetmesi gerekmektedir...*”, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 27.12.2024.

<sup>71</sup> Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1192.

satış birimleri, idari merkez gibi birimleri, ayrı bir işyeri değil; asıl üretimin birimine bağlı yerler olarak değerlendirmektedir. Bu konuda verdiği bazı kararlarda ise aksine, coğrafi yakınlık unsurunu da dışlayarak “tek elden yönetim” ifadesine ağırlık vermiştir. Örneğin, eski tarihli bir kararında İskenderun’da üretim yapan ancak idari merkezi Ankara’da bulunan işverenin tek bir işyeri olduğuna hükmederken yukarıda bahsettiğimiz coğrafi yakınlık ve ortak menfaatler ile dayanışma unsuru kriterlerini değerlendirme konusu yapmamıştır<sup>72</sup>. Gerçekten de iki şehir arasındaki coğrafi uzaklık, tek elden yönetimin gerçekleştirilmesini ve bu yerlerin aynı yönetim altında örgütlendiği kabulünü zorlaştırdığı gibi bu iki birimde çalışan işçiler arasında ortak bir menfaat ya da dayanışma birliğinden bahsetmek de olası görünmemektedir.

Başka bir kararında yine biri Çankırı diğeri Ankara’da bulunan işyerlerinin tek bir işyeri niteliğinde olduğu, her iki birimin de aynı işkolunda yer aldığından yetki tespitinde iki birimde çalışan işçilerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>73</sup>. Ancak karara konu birimlerden Çankırı’da faaliyet gösteren fabrika 4 numaralı petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç işkolunda; yine aynı işkolunda olduğu belirtilen merkez ofis ise 10 numaralı ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolunda kayıtlıdır. Bu halde Yargıtay kararda hem coğrafi uzaklığı dikkate almamış hem de farklı işkolunda kurulu merkez ofisi yine de bağlı yer olarak kabul etmiş görünmektedir.

Yönetimde birlik çerçevesinde düşünülmesi gereken bir diğer husus ise, şehir dışında açılan ve geçici mahiyette olan işyerlerinin durumudur. Yargıtay konuya ilişkin 2019 yılında verdiği bir kararda, işverenin faaliyeti açısından birden fazla işyeri açılmasının zorunluluk olup olmadığını ve buna bağlı olarak farklı şehirlerde geçici sürelerle açılan işyerlerinin giderlerinin müşteriler tarafından karşılanıp karşılanmadığı, bu işyerlerinin yasal veya sözleşmesel zorunluluklar sebebiyle açılıp açılmadığı ile iş bitiminde kapatılan işyerleri olup olmadığı gibi hususların değerlendirilerek bağlı yer niteliği bakımından sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmiştir<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Yargıtay 9 HD, E 2010/7567, K 2010/5638, 02.03.2010 karar ve eleştirisi için, Yıldız (n 1) 138.

<sup>73</sup> Yargıtay 22 HD, E 2018/17269 K 2019/5384, 07.03.2019, karar ve eleştirisi için, Ergin ve Ertan (n 6) 2043 vd.

<sup>74</sup> Yargıtay 9 HD, E 2019/5513 K 2019/17632, 09.10.2019: “(...) Ayrıca yargılama safhasında hukukçu bilirkişiden raporlar alınmış, dava Şirketin faaliyet alanında uzman olan bilirkişiler aracılığıyla Şirkete ait işyerlerinde hiçbir incelemenin yapılmadığı görülmüştür. Bu bağlamda davacı Şirketin faaliyetleri, Şirkete ait işyerlerinin mahiyeti, niteliği, bağımsız olup olmadığı, merkeze bağımlılık unsurunun olup olmadığı ve bilhassa işverenin faaliyeti açısından birden fazla işyeri açılmasının zorunluluk olup olmadığı ve buna bağlı olarak farklı şehirlerde geçici sürelerle açıldığı iddia edilen işyerlerinin Şirketin hizmet verdiği kişilere ait olup olmadığı veya giderlerinin hizmet verdiği kişiler tarafından karşılanıp karşılanmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gereklidir. Özellikle de bu değerlendirmenin yapılabilmesi için davacı Şirketin faaliyet alanının

#### IV. FARKLI İŞKOLLARINDA YER ALAN BİRİMLERİN NİTELİĞİ

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere aynı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde bunların tümünü kapsayacak bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunludur. Yine aynı şekilde bu birimlerin bir işyerine bağlı yerler olması halinde yapılacak işyeri toplu iş sözleşmesi de sadece ana işyerini değil bağlı yer, eklenti ve araçları da kapsar. Bu halde, bir işverene ait birden fazla ünitenin bulunması halinde bunların farklı işyerleri mi olduğu, yoksa bir işyeri ile ona bağlı yerler şeklinde mi örgütlendiği mutlaka cevaplanması gereken bir sorundur. Şimdiye kadar bahsettiğimiz senaryolarda bu işyerlerinin tümünün aynı işkolunda kurulması dolayısıyla işletme mi yoksa tek bir işyeri mi oldukları üzerinden değerlendirme yaptık. Ancak karşımıza çıkabilecek önemli bir diğer sorun ise söz konusu birimlerden bazılarının farklı işkollarında faaliyet göstermesi ya da en azından kayıtlarda farklı işkolunda görünüyorsa olması halinde, işletme ya da bağlı yer statülerinin nasıl tespit edileceğidir.

##### A. İşletme Niteliği Bakımından Durum

Yetki tespitine ilişkin itiraz davasında, bazı işyerlerinin farklı işkolunda bulunduğu dolayısıyla işletme kapsamında yer almadığı ya da aksine aynı işkolunda sayılarak işletme kapsamına dahil edilmesi gerektiği yönünde itirazlar ileri sürülebilmektedir. Burada temelde, işletme niteliğine ilişkin bir itirazdan ziyade işkolu itirazı söz konusudur.

İşkolunun tespitine ilişkin 6356 sayılı Kanunun 5. maddesinde, mülga 2821 sayılı Kanundan farklı olarak, yetki başvurusundan sonra yapılacak işkolu değişikliklerinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı, yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılamayacağı ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinin yapılacak işkolu tespitinden etkilenmeyeceği özel olarak belirtilmiştir. Bu yeni düzenleme, mülga Kanun döneminde doktrinde ve yargı kararlarında sıklıkla tartışılan işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıklarla birlikte işkolu tespitine ilişkin itirazların dikkate alınması görüşünün, kanun koyucu bakımından benimsenmediğini göstermektedir. Gerçekten de bu dönemde ileri sürülen görüşler, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzeninden olması karşısında yetki itirazını inceleyen hâkimin ayrıca işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlığı da çözüme kavuşturması gerektiği, bu tespit farklı bir

---

*özelliğine göre bu işyerlerinin Şirket müşterilerinin talepleri üzerine ortaya çıkan sözleşmesel zorunluluklar nedeniyle veya kamu ihale mevzuatı ve SGK mevzuatından doğan yasal zorunluluklar nedeniyle, geçici sürelerle açılıp iş bitiminde kapatılan işyerleri olup olmadığının tereddüde mahal verilmeksizin ortaya konulması gereklidir.” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 28.12.2024.*

işkolunda kayıtlı bulunan birimleri de kapsadığı yönündeydi<sup>75</sup>. Öte yandan, işkolu itirazının hem davanın uzamasına sebep olacak olması hem de işverenlerce bu itirazın kötüye kullanılması sebebiyle işkolu tespit talebinin yetki işlemleri ve yetki tespit davalarında bekletici mesele sayılamayacağı, yeni bir toplu için yetki süreci başlamışsa işkolu değişikliğinin sonraki dönem için geçerli olacağı düzenlenmiştir (m. 5/1, 2). Ancak 6356 sayılı Kanunda getirilen işkolu tespitine ilişkin bu düzenleme de konuya ilişkin tartışmaları sona erdirememiştir. Zira, bu halde de yetki tespitinde işletme niteliğine ilişkin bir itirazın, aynı zamanda işyerlerinin aynı işkolunda bulunmadığı iddiasını da içermesi halinde, hâkimin nasıl bir yol izlemesi gerektiği; işletme niteliğine yönelik bu itirazı bekletici mesele yapıp yapamayacağı sorunu doğmaktadır. Doktrinde bir görüş, işletme niteliğini ilişkin itirazın bekletici mesele yapılması gerektiğini, bu durumun işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasının emredici ve kamu düzeninden oluşu sebebiyle zorunlu olduğunu belirtmektedir<sup>76</sup>.

Yargıtay'ın da 6356 sayılı Kanun sonrası ilk kararlarında benzer bir yaklaşımı benimsediğini söylemeliyiz. Yargıtay'a göre, "6356 sayılı *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanun'da gerekse mülga 2822 sayılı Kanun'da işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair yukarıdaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın, mülga 2822 sayılı Kanunu'nun uygulandığı olaylarda söz konusu Kanunu'nun 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanunu'nun uygulandığı olaylarda ise anılan Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir."*

<sup>75</sup> Ufuk Aydın, 'Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları' (2002), 1 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan) 435, 447; M. Fatih Uşan, 'Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)' (1994) 3 (4), Kamu- İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 131, 147.

<sup>76</sup> Fevzi Şahlanan, 'İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması (Karar İncelemesi)' (2014), 89 (404) *Tekstil İşveren Dergisi* 1-4.

<sup>77</sup> Yargıtay 22 HD, E 2013/33468 K 2013/28331, 06.12.2013. Aynı yönde, Yargıtay 7 HD, E 2013/23890 K 2013/24204, 21.12.2013; Yargıtay 22 HD, E 2013/33468 K 2013/28331, 06.12.2013; Yargıtay 22 HD, E 2014/21190 K 2014/23771, 15.09.2014; Yargıtay 7 HD, E 2015/32058 K 2015/14761, 14.09.2015; Yargıtay 9

işletme kapsamı dışında bırakılmakla birlikte aynı işkolunda olduğu iddia edilen işyerlerinin girdiği işkollarının tespiti yoluna gidilerek yetki itirazına ilişkin uyuşmazlık bundan sonra sonuçlandırılıyordu.

Doktrinde 6356 sayılı Kanunun 5. maddesi ile getirilen düzenleme sonrasında işkolu itirazının bekletici mesele yapılmasının mümkün olmadığını savunan görüş ise, yeni Kanun ile getirilen düzenlemenin amacından hareketle, işkolu itirazının yetki tespiti davalarında bekletici mesele yapılarak davaların uzamasının ve dolayısıyla toplu görüşme sürecinin başlatılmasının geciktirilmesinin önüne geçilmek istendiğini, haklı olarak belirtmektedir<sup>78</sup>. Bu halde, itiraz davalarında yetki tespitine esas Bakanlık kayıtlarına itibar edilmesi gerektiği, yetki başvurusu yapıncaya kadar işkolu tespiti amacıyla bir hamlede bulunmayan işverenin bundan sonra işkolu itirazında bulunamayacağı kabul edilmelidir<sup>79</sup>. Diğer bir ifadeyle yetki tespitinde, başvuru tarihindeki kayıtlara göre aynı işkolunda yer alan işyerleri dikkate alınacak; itiraz konusu işyerinin başvuru tarihindeki Bakanlık kayıtlarında başka bir işkolunda yer alması halinde yetki tespitinde dikkate alınması mümkün olmayacaktır<sup>80</sup>. Ancak başvuru tarihinden sonra işverenin işkolu tespitini ve işkolu değişikliğini gerçekleştirmediği halde bu işkolu tespiti bir sonraki toplu iş sözleşmesi dönemi için geçerli olacaktır.

Kanaatimizce de kanun koyucunun mülga Kanunda olmayan bu düzenlemeyle ulaşmak istediği amaç, yetki itirazının hızlı bir biçimde sonuçlandırılarak toplu iş sözleşmesi sürecinin başlaması ve uzun yıllar işverenlerce ileri sürülen ve davaların uzamasına neden olan işkolu itirazlarının bertaraf edilmesidir. Yine 34. maddenin 4. fıkrasında yer alan, işyerlerinin işletme toplu iş sözleşmesinin yapılması için aranan niteliklere sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıkların on beş gün içinde karara bağlanacağına ilişkin hüküm de aslında, işkolu itirazlarının bekletici mesele yapılmayarak, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların süratle çözüme kavuşturulmasının amaçlandığını göstermektedir. Her ne kadar, maddede yer alan sürenin mevcut uygulamada gerçekleştirilmesinin güçlüğü aşikâr olsa da bu kadar kısa süre belirlenmesindeki amacın, bir an önce toplu görüşmelerin başlaması olduğu göz ardı edilemez.

---

HD, E 2016/35791 K 2016/21757, 08.12.2016; Yargıtay 9 HD, E 2021/11703, K 2021/16366, 09.12.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 31.12.2024.

<sup>78</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 953; Canbolat (n 2) 141; Denizli Öztürk (n 23) 273.

<sup>79</sup> Canbolat (n 2) 82; Ercüment Özkaraca, 'Toplu İş İlişkileri', *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014* (Oniki Levha Yayınları 2017) 316; Astarlı (n 1) 163; Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1184. Aksi yönde, Narmanlıoğlu (n 1) 336; Şahlanan (n 23) 392.

<sup>80</sup> Göktaş ve Yılmaz (n 10) 1184; Canbolat (n 2) 82. Aksi yönde, Turhan Esener ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Sendika Hukuku* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) 116; Narmanlıoğlu (n 1) 336; Şahlanan (n 23) 392; Başterzi (n 10) 189.

İşkolu itirazının yetki itiraz davalarında inceleneceğinin kabulü, bunun ayrı bir mesleki uzmanlık gerektirmesi ve çoğu zaman hâkim tarafından gerçekleştirilemeyeceği, bunun yerine teknik bilirkişi heyetleri oluşturularak ve işyerlerinde keşif yapmak suretiyle gerçek durumun belirleneceği ve bu raporların hazırlanması, sunulması ve hâkim tarafından incelenmesi için gereken sürenin uzunluğu gerçeği karşısında bu davaların on beş günlük süre içerisinde karara bağlanmasını imkânsız kılacaktır<sup>81</sup>.

Öte yandan, Yargıtay'ın işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin 6356 sayılı Kanununun 34. maddesi hükmünün emredici olduğu, bu sebeple işletme niteliğine dair itirazın yetki itiraz davalarında bekletici mesele yapılması gerektiği yaklaşımı, Bakanlık kayıtlarındaki işkolu listesine bağlı olarak örgütlenen ve çoğunluk sağlamaya çalışan işçi sendikalarının aleyhine bir sonuç yaratmaktaydı. Özellikle yetki aşamasına gelindiğinde, işverenlerce farklı işyerlerinin de aynı işkolunda olduğu ya da mevcut işkolu kayıtlarının hatalı olduğu iddiaları ile davalar uzamakta; farklı işkollarında kurulu olduğu için diğer birimlerde örgütlenememiş olan sendika, yetki için aranan işletme barajının altında kalmaktaydı. Ayrıca uzayan davalar sırasında sendikaların örgütlediği işyerlerindeki gücü de kırılmaktaydı. Yargılama sonunda işçi sendikasının yetkili olduğu tespiti yapılsa dahi işyerlerindeki üye sayısı azaldığından pazarlık gücü de o oranda düşmekteydi.

Nitekim sonrasında Yargıtay da görüş değiştirmiş, işletme niteliğine ya da kapsamına ilişkin yetki itiraz davalarında işkoluna dair itirazların bekletici mesele yapılamayacağını ilke karar olarak benimsemiştir<sup>82</sup>. Yargıtay bu kapsamda yetki tespiti başvurusunda bulunulduğu tarihte SGK kayıtlarına göre aynı işkolunda bulunmayan bir birimin, yetki itirazı davasına dahil edilmesinin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Yargıtay tarafından işkolu itirazının yetki davalarında bekletici mesele yapılmasının tam da bu sebepten kaynaklandığı, aksi halde ehliyeti olmayan sendikaların toplu iş sözleşmesi yapması tehlikesinin doğacağı yönünde, Denizli Öztürk (n 23) 274.

<sup>82</sup> Bu yönde, Yargıtay 9 HD, E 2020/7091, K 2020/15966, 12.11.2020; Yargıtay 9 HD, E 2020/2167 K 2020/12192, 15.10.2020; Yargıtay 9 HD, E 2020/8682 K 2021/907, 14.01.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.12.2024.

<sup>83</sup> Yargıtay 9 HD, E 2020/2167 K 2020/12192, 15.10.2020: "...Davacı işverenin temel itirazı, aynı iş organizasyonu kapsamında yer aldığı ve tek bir işyeri niteliği teşkil ettiği iddiasıyla (1212718) sicil numaralı birimin de yetki tespitinde dikkate alınması gerektiğine ilişkindir. Dosya içeriğine göre itiraz konusu birim "Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda yer almaktadır. Diğer taraftan, yetki tespitinden önce itiraz konusu birimin işkoluna dair bir itiraz ve başkaca bir tespit talebi de söz konusu olmamıştır.6356 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz." Hükmün madde gerekçesinde de "...İşkolu

İşkolu tespitine yönelik talebin yetki başvurusundan önce yapılması halinde ise Yargıtay, öncelikle işkolu bekletici mesele yapılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>84</sup>. Ancak konuya ilişkin yeni kararlarında, yetki başvurusundan önce işkolu tespitine ilişkin işlemler başlatılmış ve itiraz davası derdest olsa dahi işkolu tespitine ilişkin kararların bir sonraki döneme etki edeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın bu yeni yaklaşımı kanaatimizce de isabetlidir. Kaldı ki yetki tespit başvurusunun yapılması ve yetki sürecinin başlaması durumunda, bu tarihten sonra işkolu tespitine ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı dahi bir sonraki dönem için geçerli olacağına ve mevcut yetki başvurusunu etkilemeyeceğine göre, işkolu tespit başvurusunun yapıldığı tarihin bekletici mesele yapılıp yapılmama noktasında bir önemi yoktur<sup>85</sup>.

### B. İşyeri-Bağlı Yer Bakımından Değerlendirme

Konuyla ilgili ikinci sorun ise farklı bir birim olarak farklı bir işkolunda kaydettirilmiş ancak asıl işyeri ile amaçsal ve yönetsel bağlılığı bulunan, diğer bir ifadeyle aslında bağlı yer niteliğinde olan birimler bakımından işkolu tespitinin yetki itiraz davalarında gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğidir.

Üretim yeri ile idari ofis ya da merkez ofis şeklinde örgütlenmiş bulunan işyerleri bakımından, aynı işkolunda bildirilmiş olma şartının sağlanması olası görünmemektedir. Bu durumda, işyerleri arasında yönetim birliği ve işin niteliği yönünden bağlılık olduğu ihtimalde dahi bu birimler, farklı işkolunda kayıtlı olduğundan bunlar bakımından bağlı yer incelemesi yapılamayacağı söylenebilir.

---

*tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacaktır. Bu hüküm ile işkolu itirazlarının toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılması önlenmek istenmiştir.” hususları ifade edilmiştir. İnceleme konusu davada, işverenin farklı bir işkolunda yer alan başkaca bir birimin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği iddiası, esas itibarıyla itiraz konusu birim bakımından işkolu itirazı niteliğindedir. Yukarıda belirtilen açık düzenleme gereği, bu itiraz mevcut yetki uyumsuzluğunda ileri sürülemez ve bu talep ancak bir sonraki dönem için geçerli olabilir. Diğer taraftan, hukuk devleti kavramı çerçevesinde “hukuki belirlilik” ve “hukuki öngörülebilirlik” ilkeleri nazara alındığında, uyumsuzluğun yetki tespiti için başvuru tarihindeki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasız olup, bu anlamda olmak üzere başvuru tarihi itibarıyla farklı işkollarında yer alan birim yahut işyerlerinin tek bir işyeri yahut işletme niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim işçi sendikasının Bakanlık kayıtlarına güvenerek örgütlenme faaliyetini yürüttüğü ve çoğunluk tespitine dair talepte bulunduğu gözetildiğinde, yetki tespit başvuru tarihinden sonra ileri sürülen işkolu itirazının dikkate alınması yukarıda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla davacı işverenin farklı işkolunda yer alan işyerinin de dikkate alınması gerektiğine dair itirazı dikkate alınamaz...” <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 30.12.2024.*

<sup>84</sup> Yargıtay 9 HD, E 2021/3116 K 2021/8169, 15.04.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30.12.2024.

<sup>85</sup> Yargıtay 9 HD E 2022/3297 K 2022/5454, 28.04.2022; Yargıtay 9 HD, E 2022/3730 K 2022/5460, 28.04.2022; Yargıtay 9 HD, E 2022/5139 K 2022/6281, 18.05.2022 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30.12.2024.

Gerçekten de mal üretimi gerçekleştiren işverenlerin üretimin yapıldığı işyeri yanında bu veya benzeri diğer işyerlerinin idari, mali ve hukuki işlemlerini yöneten işçileri istihdam ettiği merkez ofisleri bulunması sık rastlanılan bir durumdur. Özellikle şehrin dışında konumlanmış fabrikaları bulunan işverenler, işin yürütümünü kolaylaştırmak adına başka merkezlerde bulunan bu tür ofisler açmayı tercih edebilmektedir. Merkez ofislerin işyeri olarak tescili sırasında ise buralarda yapılan iş nedeniyle sıklıkla 10 numaralı ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolunda tescil işlemi gerçekleştirilmektedir. Öte yandan bu ofisler, faaliyetin ana yürütümünün gerçekleştiği işyerlerinden bağımsız bir amaç taşımamaktadır. Bu sebeplerdir ki işverenler, ana işyerinde yetki tespit talebinde bulunduğu merkez ofislerin de işyerine bağlı yer niteliğinde olduğunu ileri sürerek olumlu yetki tespitinin iptalini isteyebilmektedir. Fakat yukarıda açıkladığımız gibi farklı işkolunda kurulu bulunan bu ofislerde ana işyerinde kurulu sendikaların örgütlenmesi mümkün olmadığından, böylesi itirazların kabul edilmesi, günümüzde sendikaların baraja oldukça yakın nisaplarla yeki şartlarını sağladığı durumlarda sendikal örgütlenmenin de kırılması anlamına gelebileceği de söylenebilir. Üstelik işyeri bildirgesinde merkez ofisi 10 numaralı işkolunda bildiren ve yetki tespit tarihinden önce herhangi bir işkolu tespit talebinde bulunmayan işverenin, olumlu yetki tespitinin ardından açtığı itiraz davasında, merkez ofisin işyerine bağlı yer olduğunu öne sürmesi dürüstlük kuralına da aykırı olacaktır.

Yargıtay'ın işkolu itirazına ilişkin görüşünü işyeri toplu iş sözleşmeleri bakımından da devam ettirdiği söylenebilir. Bu halde, işyeri ve bağlı yer olduğu iddia edilen birimlerin kayıtlarda farklı işkolunda yer alması halinde, işyeri ve bağlı yer bakımından da işkolu itirazının bekletici mesele yapılamayacağından, uyuşmazlık mevcut kayıtlara göre sonuçlandırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, ancak kayıtlarda aynı işkolunda yer alan işyerleri bakımından işyeri ve bağlı yer değerlendirmesi yapılabilir<sup>86</sup>.

Doktrinde iş organizasyonu kavramına dayanarak, asıl işyerinde üretilen ürünlerin satış pazarlama, idare, muhasebe ve merkez büro işlerinin de asıl işin bir parçası olması sebebiyle üretim yapılan işyeri ile merkez ofis ya da genel merkez şeklinde faaliyet gösteren diğer birimin aynı işkolunda değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir<sup>87</sup>. Ancak bu durum, işkoluna göre sendikalaşmanın benimsendiği ülkemizde işçi sendikaları bakımından birçok olumsuzluğu

<sup>86</sup> Gökteş ve Yılmaz (n 10) 1185. Yargıtay 9 HD, E 2020/7091 K 2020/15966, 12.11.2020; Yargıtay 9 HD, E 2020/5942 K 2020/13979, 28.10.2020; Yargıtay 9 HD, E 2020/2167 K 2020/12192, 15.10.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30.12.2024.

<sup>87</sup> Şahlanan (n 23) 50.



beraberinde getirmektedir. İlk olarak, söz konusu ofislerin ayrı bir işyeri olarak bölge müdürlüğüne kaydettirilmiş olması halinde buralarda çalışan işçiler de sadece 10 numaralı işkolunda kurulu bulunan sendikalara üye olabilecek; asıl işin yürütüldüğü fabrikanın girdiği ana faaliyet alanı ile ilintili işkolunda kurulu sendikalara isteseler dahi üye olmaları mümkün olmayacaktır. Yine bu sendikaların da kendi işkollarında kurulu bulunmayan bir işyerinden haberdar olmaları, haberdar olsalar dahi buralarda örgütlenmeleri olası bulunmayacaktır. Hal böyle olunca, kayıtlara göre örgütlenebileceği işyerlerinde örgütlenmiş ve yetki için aranan koşulları yerine getirerek Bakanlığa başvurmuş; bakanlık tarafından SGK kayıtları üzerinden yapılan incelemede yetkili olduğu tespit edilmiş bir sendikanın karşısında, kendi davranışı sonucunda başka bir işkoluna kaydedilmiş bir birimin, bağlı yer olduğu iddiasında bulunan bir işveren çıkacaktır. Bu durumun, işverenlerce kötüye kullanıma açık olmasının ötesinde, işverenin kendi kusuruyla sebep olduğu bir durumdan lehine bir sonuç sağlamasının gündeme gelmesi de mümkün olmamalıdır.

Bu halde merkez ofisin 10 numaralı işkolunda, ana fabrikanın ise 2 numaralı işkolunda tescilli olması halinde merkez ofisin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerekir. Aksine merkez ofisin de 2 numaralı gıda işkolunda bildirilmesi halinde ise bu iki birimin bir işyeri mi olduğu yoksa iki ayrı işyeri birimi olarak işletme mi oluşturduğuna yönelik itirazda bulunulması mümkün olduğu gibi yetki tespit davasında bu itirazın mutlaka incelenmesi gerekir.

Öte yandan doktrinde, Yargıtay tarafından sadece kayıtlarda aynı işkolunda yer alan birimler bakımından değerlendirme yapılması eleştirilmektedir<sup>88</sup>. Bu görüşe göre, işkolu tespiti bakımından bağlı yer ya da işletme niteliğinin değil, işyeri kavramının değerlendirilmesi gerektiğinden Yargıtay'ın bu uygulaması 6356 sayılı Kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Zira bağlı yerin işkolu olmayıp, ancak bir işyerinin girdiği işkolundan söz edilebilir. Aynı işverene ait farklı birimlerin tek bir işyeri sayılması için bu birimler arasında amaçta ve yönetimde birlik bulunması gerekli ve yeterlidir. Yargıtay'ın nitelik yönünden birbirine bağlı olma (amaçta birlik) ve aynı yönetim altında örgütlenme (yönetimde birlik) yanında, kayıtlarda aynı işkolunda görünme unsurunu aramasının yasal bir dayanağı bulunmadığı bu görüşü savunanlar tarafından belirtilmektedir.

Konuya ilişkin başka bir soru ise, nihai ürünün elde edilebilmesi için üretimin çeşitli aşamalardan geçirildiği ve her aşamanın bağımsız bir işyerine dağıtıldığı yapılanmalarda ortaya

<sup>88</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 995-996; Ercüment Özkaraca, 'Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi' (2022), *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki* 144 (456) 1, 5.

çıkılmaktadır. Bu durumda, her bir işyerinin faaliyet alanı farklılaşacak; dolayısıyla, bu işyerlerinin her biri farklı işkolunda kayıtlı olabilecektir. İşkolu itirazının mevcut davada dinlenmemesinin ötesinde bu durum, her bir işyerinin küçük birer organizasyon olması sebebiyle gerçek anlamda pazarlık gücü yüksek tek bir sendika tarafından temsil edilmelerini imkânsız kılacaktır. Bu durumun sendikalaşma ile ulaşılmak istenen amaca aykırı olduğu, dolayısıyla bu şekilde örgütlenen entegre tesisler bakımından “aynı işkolunda olma” kuralının uygulanmaması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir<sup>89</sup>.

## SONUÇ

Toplu iş hukuku açısından “işletme” ve “işyeri” kavramlarının ayrımı, yetki tespiti süreçlerinde büyük bir öneme sahiptir. İşyeri, toplu iş sözleşmesi yapılacak en küçük birim olarak tanımlanırken, işletme birden fazla işyerinin bütününden oluşan daha geniş bir yapıyı ifade etmektedir. Bu ayrım, sadece sendikal yetki tespiti açısından değil; aynı zamanda işkolunun belirlenmesi, toplu iş sözleşmesi türlerinin saptanması ve işçilerin ekonomik ve sosyal çıkarlarının korunması bakımından da kritik bir rol oynamaktadır. Özellikle bir işyerinin bağımsız bir nitelik taşıyıp taşımadığı veya bağlı bir yer olarak asıl işyerine mi dahil olduğu sorusu, toplu iş hukuku uygulamalarında sıkça tartışma konusu olmaktadır. Bu noktada, hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birlik unsurlarının her biri detaylı bir şekilde değerlendirilmelidir.

Yargıtay kararları ve doktrinde ortaya konulan görüşler, bağlı yerlerin tespitinde hem hukuki hem de fiili bağlantıların dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak, uygulamada Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları ve işveren beyanlarına dayalı yapılan tespitlerin yeterli olmadığı, bu nedenle yetki uyuşmazlıklarının uzun süren davalara konu olduğu da görülmektedir. Bu durum, sendikal örgütlenme süreçlerini olumsuz etkilemekte ve toplu iş sözleşmesi düzeninin sağlanmasını zorlaştırmaktadır.

Sonuç olarak, toplu iş sözleşmesi yetkisinin belirlenmesinde “işletme” ve “işyeri” ayrımının doğru bir şekilde yapılabilmesi için mevzuatın daha açık hale getirilmesi, idari süreçlerin etkinleştirilmesi ve yargısal denetimin tutarlı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Özellikle işyerlerinin ve bağlı yerlerin tespiti sırasında sadece resmi kayıtlara değil, iş organizasyonunun gerçek niteliğine dayalı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda, işçi

<sup>89</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 23) 553 vd. Aksi yönde, Denizli Öztürk (n 23) 268.

ve işveren haklarının dengeli bir şekilde korunmasını sağlayan bir sistemin geliştirilmesi, toplu iş hukuku bakımından büyük bir gerekliliktir.

### KAYNAKÇA

Astarlı M, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı* (Lykeion Yayınları 2019).

Aydın U ‘İşletme Toplu İş Sözleşmesi Kapsamındaki Bir İşyerinde Daha Önce Bağıtlanmış Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması Halinde, Diğer İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi ve Bağıtlanması’ (2001), 16-17 (6) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 37-43.

Aydın U ‘Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları’ (2002), 1 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan) 435-460.

Aydınlı İ, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları* (Demiryol-İş Eğitim Yayınları 2001).

Başbuğ A, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk* (Şeker-İş Sendikası Yayınları 2012).

Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku*. (6. Baskı, Beta Yayınları 2021).

Başterzi S, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti* (Beta Yayıncılık 2016).

Baycık G ‘6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi’ (2014) 5 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209-258.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y ‘6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi’ (2016) 15 (Özel Sayı) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan) 553- 592.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı* (Vedat Kitapçılık 2018).

Canbolat T ‘Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1998).

Canbolat T. *Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri* (Beta Yayıncılık 2013).

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayıncılık 2023).

Demircioğlu M, Centel T ve Kaplan HA, *İş Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2019).

Denizli Öztürk B, 'İşletme Toplu İş Sözleşmelerinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar' (2023) 11(1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-284.

Doğan Yenisey K, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme -Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme-* (Legal Kitabevi 2007).

Doğan Yenisey K 'Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi' (2013) 4 (39) Çalışma ve Toplum Dergisi 43-68.

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Bası, Oniki Levha Yayınları 2021).

Ekmekçi Ö, *Toplu İş Hukuku Dersleri* (4. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2022).

Ekonomi M 'İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi' (1991) 1(1) İş Hukuku Dergisi 31-49.

Erener Yılmaz E 'İşyeri Devrinin Toplu İş Sözleşmelerine Etkisi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2023).

Ergin H ve Ertan E 'Karar İncelemesi: Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde ve Yetki Tespitine İtiraz Davasında Merkez Ofisin Durumu' (2023) 3 (78) Çalışma ve Toplum Dergisi 2043-2068.

Esener T *İş Hukuku* (3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978).

Esener T ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Sendika Hukuku* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017).

Eyrenci Ö '6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri' (2014) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan) 119-145.

Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta Yayıncılık 2020).

Göktaş S ve Yılmaz G, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021).

Göktaş S ve Yılmaz G 'Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme' (2022) 2 (Özel Sayı) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1161-1198.

Kandemir M ‘Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı’ (2013) 4 (39) Çalışma ve Toplum Dergisi 167-214.

Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (3. Baskı, Beta Yayıncılık 2016).

Oğuzman K, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1* (4. Baskı, Fakülteler Matbaası 1987).

Özkaraca E, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu* (Beta Yayıncılık 2008).

Özkaraca E ‘Toplu İş İlişkileri’, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014 (Oniki Levha Yayınları 2017).

Özkaraca E ‘Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi’ (2022), *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki* 144 (456) 1-8.

Özveri M, *Sendikal Haklar ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası* (Birleşik Metal İş Yayınları 2012).

Senyen-Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Yetkin Yayınları 2023).

Sur M, *İş Hukuku, Toplu İlişkiler* (11. Baskı, Turhan Kitabevi 2024).

Süzek S ve Başterzi B, *İş Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayıncılık 2024).

Şahlanan F ‘Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi Açısından İşyeri ve İşletme Kavramları’ (2011) 61 (376) *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki* 1-8.

Şahlanan F ‘İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması (Karar İncelemesi)’ (2014), 89 (404) *Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki* 1-4.

Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku* (Oniki Levha Yayınları 2020).

Tuncay C, Savaş Kutsal FB ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Hukuku* (8. Bası, Beta Yayıncılık 2023).

Uşan MF ‘Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)’ (1994) 3 (4), *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 131-153.

Yayvak İ ‘6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma’ (2014) 11 (42) *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 41-95.

Yıldız GB ‘Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi’ (2010) 4 (20) Sicil İş Hukuku Dergisi 135-140.

<b>Yazar Beyanı</b>	
<b>Yazarların Katkıları</b>	Bu çalışma tek yazarlıdır.
<b>Mali Destek</b>	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
<b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b>	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
<b>Etik Kurul Onayı Beyanı</b>	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
<b>Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi</b>	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.