

HARÇLAR KANUNU'NUN 28/A MADDESİNİN AİHM'İN ÜLGER / TÜRKİYE KARARI VE TÜRK YARGISININ UYGULAMASI İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Mehmet Akif POROY*

I. Giriş

Doğal yaşam teorisine göre, insanlar toplum halinde, yani bir devlet düzeni içinde yaşamadan önce doğal yaşama dönemi adı verilen bir aşamadan geçmiş, tam bir özgürlük içinde, dönemin kendine özgü doğal yasalarının sınırları dahilinde diledikleri gibi yaşamışlardır. Bu teoriye göre, bu dönemde kişiler bir saldırı ile karşı karşıya kaldıklarında, bu saldırılar bir siyasi otorite olmadığı için cezalandırılmamaktaydı. Cezalandırma süreci saldırıya uğrayan ve/veya yakınları tarafından gerçekleştirilmekteydi. İnsanlar saldırılar karşısında güvenliği sağlayabilmek, varlıklarını korumak ve nesillerini sürdürmek içgüdüleriyle birlikte yaşama, belli bir topluma dahil olma ihtiyacı içine girmişler, kendilerini ve mallarını haksız saldırılara karşı koruyacak bir otoritenin varlığını gerçekleştirmek amacıyla aralarında bir anlaşma yaparak doğal yasayı uygulama hakkını siyasal otoriteye yani devlete devretmişler ve bu anlaşmanın temeli gereği, doğal yasaya aykırı davranışları cezalandırma haklarından vazgeçmişlerdir.¹

Bunun neticesinde de insanların bir araya gelerek oluşturduğu bu toplumdaki ilişkilerin belli bir düzen ve ahenk içinde yürütülmesi, kişiler arasında çıkar çatışmalarının çözümlenmesi, toplumda barış, huzur ve güven ortamının sağlanması sorununu ortaya çıkıştır. Söz konusu ahenk ve toplumsal düzenin sağlanması ancak bir kurallar bütünü ile gerçekleştirilebilir. Toplumsal kurallar, insanların uyması gere-

* Av., İstanbul Barosu AB Hukuku Komisyonu Başkan Yardımcısı, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

¹ Göze, A., *Liberal, Marxist, Faşist ve Sosyal Devlet*, Beta Yayınlar, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1995, s. 3- 4.

ken kurallarla, kaçınması gereken davranışları düzenler. Bu noktada, hukuk bilimi ortaya çıkmaktadır. En basit tanımıyla hukuk, toplumu düzenleyen ve kamu gücü ile desteklenen kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Bu kurallara uyulmaması halinde, kamu otoritesi maddi müeyyide uygular.²

Hukuk alanında uygulanan müeyyidenin tarihsel gelişimine baktığımızda, müeyyidenin ilk biçimi yukarıda da belirttiğimiz gibi kişisel oç alma olmuştur. Ancak bugünkü çağdaş hukuk düzeninde ihkaki hak yani bir haksızlığa uğrayan veya uğradığına inanan kişinin kendi kendine hakkını alması yasaklanmıştır. Haksızlığa uğradığını iddia eden kişi, haksızlığın giderilmesini ve haksızlığa sebep olanın cezalandırılmasını ancak yargıya başvurarak isteyebilecektir.³ Diğer bir ifadeyle, kişiye hakkını devlet eliyle arama zorunluluğu getirilmiş, ancak aynı zamanda kişinin hak arama özgürlüğü de güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda meşru haklarını korumak için kişinin mahkemeye başvurma hakkı, adil bir yargılamanın ön koşuludur.

Adil yargılanma hakkı başlıklı, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi, adil yargılanma hakkına ilişkin belli güvenceler tanımıştır. Bu güvencelerden biri de bir yargı yerine başvuru hakkıdır. Buna göre kişinin bir hakkına ilişkin olarak bir yargı yerine başvurma hakkının güvence altına alınması gerekmektedir. Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen ya da hukuken geçici de olsa kapatılması veya bu hakkın kullanılmasını imkansız kılacak derecede bir takım şartlarla sınırlandırılması AİHS'nin 6. maddesi'nin ihlali anlamına gelir.

Bu çalışmada, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesinde hüküm altına alınan "*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez.*" şeklindeki düzenlemenin hak arama özgürlüğü önünde oluşturduğu engel ve bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 26 Haziran 2007 tarih ve 25321/02 Başvuru no.'lu Ülger/Türkiye Kararı ve Türk Yargısının uygulaması inceleme konumuz olacaktır.

² Bu konuda daha kapsamlı bilgi için bakınız. Dinçkol, A., *Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, 5. Basım, İstanbul 2008, s. 1 - 28.

³ Gözübüyük, A. Ş., *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 25. Bası, Ankara 2006, s. 9, 10.

II. Harçlar Kanunu'nun 28/A Maddesinin Uygulamada Yarattığı Haksızlık

02 Temmuz 1964 tarihinde kabul edilen 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi, *"Karar ve ilâm harçlarının dördte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez."* hükmüne amirdir.

Bu düzenleme özellikle harç bedelinin yüksek olduğu ihtilaflarda sıkıntı yaratmaktadır. Her ne kadar davayı kazanan taraf bakiye karar ve ilam harcını ödemek zorunda olmasa da Kanun açıkça karar ve ilam harcı ödenmediği sürece kararın verilmeyeceğini düzenlediğinden, davayı kaybeden taraf bu bakiye karar ve ilam harcını ödemediği sürece -genelde davayı kaybeden bu harcı ödememektedir- karar taraflara tebliği edilmeyecek, kesinleşmesi tebliğe bağlı kararlar açısından ise kesinleşme süreci başlamayacak ve en önemlisi kararın icrası sağlanamayacaktır. Aynı Kanun'un 32. maddesi de, *"Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla..."* hükmü ile adeta bu durumu daha da pekiştirmektedir.

Dolayısıyla, kararın icraya konulabilmesi için uygulamada davayı kazanan bu harcı ödemekte, daha sonra başlattığı icra takibinde davayı kaybedenden bu harcın da tahsilini talep etmektedir.

Uygulamadaki bu durum, hak arayan kişi üzerinde gereksiz bir yük oluşturmakta ve kimi zaman da hak kaybına sebep olmaktadır. Zira zaten hakkını korumak için dava açan kişi dava süresince keşif, bilirkişi, tebligat, ilan, avukatlık ve benzeri ücretleri ödemiş, ekonomik açıdan kaynaklarını yeterince kullanmak durumunda kalmıştır. Bunun dışında haklılığı mahkeme kararı ile tescil edilen kişi bir de haksız çıkan tarafın ödemekle yükümlü olduğu harcı ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bu da kimi zaman davasını kazananın, sırf yüksek karar ve ilam harçlarını ödemeye gücü yetmediği için kararı icraya koymasına engel olmaktadır. Unutulmaması gerekir ki devlet eliyle gerçekleştirilen yargılama faaliyetinin temel amacı adaletin gerçekleşmesidir. Salt davanın kazanılması, karar infaz edilmediği yani haksızlık giderilmediği sürece hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu da zamanla toplumun adalete olan güvenini azaltacak, toplumsal düzenin, barışın ve güvenin bozulmasına sebep olacaktır.

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Bu kapsamda iddia ve savunma hakkı, hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Hak arama özgürlüğü bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller ve sınırlamalar kaldırılmalıdır.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi, E. 1991/2, K. 1991/30 sayılı ve 19.09.1991 tarihli kararında aşağıdaki hükme varmıştır;

"Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. "Sav ve savunma hakkı" birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. ... bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşmaz."⁴

Ülkemizin de taraf olduğu AİHS'nin 6. maddesi ile adil yargılanma hakkı kapsamında kişilere yargılanma hakkına ilişkin belli baş-

⁴ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 28, Cilt 1, s. 116-117.

lı hak ve güvenceler verilmiştir. Bu güvencelerden birisi de yargı yerine başvuru hakkıdır. Adil bir yargılamanın ön koşulu olan başvuru hakkı; *“Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda güvence altında olabilmesi için, haklarının çiğnendiğini düşündükleri zaman kişilerin; ihlalin tespitini, duruma göre ortadan kaldırılmasını veya telafi edilmesini sağlamak üzere başvurabilecekleri hukuki yolların açık olması”* şeklinde tanımlanmaktadır.⁵ Bu başvuru hakkına getirilecek sınırlamaların, AİHS madde 6 ile öngörülen garantilerin özünü zedelememesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin aşırı derecede yüksek yargılama masrafı öngörülmesi, AİHS madde 6’nın ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁶

AİHM’nin 11.1.2001 tarihli Lunari/İtalya kararına göre; *“Dava hakkı, bir niza nedeniyle mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olmaktan ibaret değildir. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının, gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dahildir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını isteyen kişinin bu talebinin reddi adı geçen hakkın ihlalidir.”* AİHM’nin 14.12.1999 tarihli Antonakopoulos/Yunanistan kararına göre de; *“... görülmekte olan bir davaya yasa yolundan müdahale de dava hakkının çiğnenmesidir.”*⁷

Yukarıda belirttiğimiz sebepler incelendiğinde Harçlar Kanunu’nun 28. maddesi’nin gerek Anayasamız gerekse AİHS ile teminat altına alınan, hukuka ve adalete erişim hakkı ile çeliştiği ve bu hakkın kullanılmasını kısıtladığı, engellediği açıktır.

III. AİHM’nin 26.06.2007 Tarih ve 25321/02 Başvuru No.’lu Ülger / Türkiye Kararı⁸

AİHM’nin bu kararı hak arama ve adalete erişim hususunda, Türk hukuku ve uygulamasında çok sık karşılaşılan bir haksızlığa dikkat çekmektedir. AİHM’nin bu kararına ilişkin olayda, AİHM’ne başvuru

⁵ Erdoğan, M., *Anayasal Demokrasi*, 6. Bası, Ankara 2004, s. 130.

⁶ Tezcan, D. / Erdem, M. R. / Sancakdar, O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 332, 333.

⁷ Gözübüyük, A. Ş. / Gölcüklü, A. F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2005, s. 279.

⁸ Kararın, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçe’ye çevrilmiş gayriresmî tercümesi için bakınız www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ulger.doc

ran, Türkiye’de kazanmış olduğu bir davaya ilişkin ilamı icraya koymak için Türkiye’deki ilgili mahkemeden talepte bulunmuştur. Ancak ulusal mahkeme bu talebi, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 28/a maddesi çerçevesinde gerekli harç ödenmedikçe kararın ilgiliye verilmeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir. Ulusal mahkemenin bu kararı sebebiyle başvuran kazandığı davaya ilişkin kararın uygulanmasını sağlamak için icraya koyulmasını sağlayamamıştır.

Başvuran, ulusal mahkemede kazandığı davaya ilişkin olarak yargılama süresinin gereğinden uzun olduğu ve ulusal mahkemenin kararı kendisine vermemesi nedeniyle kararın uygulanmasını sağlayamadığından şikayetçi olmuş, kazandığı davaya ilişkin kararın uygulanmamasını, AİHS’nin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesinin 1. bendi⁹ ile AİHS’nin Ek 1 No.’lu Protokolü’nün 1. maddesi’ni¹⁰ ihlal ettiğini iddia etmiştir.

AİHM, kararında AİHS’nin 6/1 maddesinin herkese, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili olarak, bir mahkeme tarafından davasının görülmesini isteme hakkı verdiğini, mahkemelerde dava açma hakkı anlamına gelen erişim hakkının yani mahkemeye gitme hakkının da adil yargılama kapsamında olduğunu belirtmektedir. *AİHM’ye göre, AİHS’ye taraf devletlerden birinin iç hukuk sistemi, nihai ve bağlayıcı bir kararın, taraflardan birinin zararına geçersiz kılmasına izin verirse, bu hak aldatıcıdır.* AİHS’nin 6. maddesinin yalnız mahkemelere erişim ve davaların idaresi ile ilgili olduğu biçiminde yorumlanması, Sözleşmeye taraf devletlerin AİHS’yi kabul ettiklerinde uymayı taahhüt ettikleri hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyuşmayan durumlara yol açabilir. Bu ne-

⁹ AİHS’nin Adil yargılanma hakkı kenar başlıklı 6. maddesinin 1. bendi; *“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...”*

¹⁰ AİHS’nin Ek 1 No.’lu Protokolü’nün “Mülkiyetin Korunması” kenar başlıklı 1. maddesi; *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

denle mahkemelerin verdiği kararların uygulanması, AİHS'nin 6/1 Maddesi'nin amaçları doğrultusunda "yargılamanın" tamamlayıcı parçası olarak değerlendirilmelidir (bkz. Hornsby/Yunanistan ve Burdov/Rusya, 59498/00).

AİHM, Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesine atıfta bulunarak, mahkemenin, başvurana, mali bir sorumluluk yüklemiş olduğunu, böylece karara erişimini ve kararın uygulanmasını engellediğini belirtmektedir.

AİHM, bir kimsenin erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlemek için, yargılama giderlerinin makullüğünün, başvuranın bu meblağı ödeme kapasitesi, davanın özel ayrıntıları ve bu sorumluluğun yüklendiği dava safhası ışığında değerlendirilmesi gerektiğini, davaya konu olayda ise başvuranın, kendisine ödenecek meblağı alabilmek için harcı ödemeye istekli olduğunu ancak, imkanının bulunmadığını, yargılama giderlerinin karşılanmasında tüm sorumluluğu başvurana yükleyerek, devletin, kararların uygulanması için hem hukuken hem de uygulamada etkin bir yöntem belirleme yönünde genel ya da özel her türlü uygun tedbiri alma yükümlülüğünden (pozitif yükümlülük) kaçındığı kanısındadır (bkz. Fuklev/Ukrayna, 71186/01).

AİHM, bu davaya ilişkin olarak yargılama giderlerinin miktarı ile bu giderlerin ödenmesinin, başvuranın bu meblağları ödeme kapasitesi ve kararın bir kopyasının başvurana verilmesi arasındaki makul orantılılık ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerektiği, başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulmasının, başvuran üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkını bu hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtladığı ve bu sebeple AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği kanaatindedir.

IV. AİHM'nin Ülger / Türkiye Kararı Üzerine Türk Yargısının Uygulaması

AİHM'nin Ülger/Türkiye kararından sonra da uygulamada ağırlıklı olarak Harçlar Kanunu m. 28/a hükmü uygulanmaya devam edilmektedir. Genel uygulama Kanununun 28/a maddesinin uygulanmasından yana olmakla birlikte, yaptığımız araştırma neticesinde, bu uygulamanın hak ihlaline sebep olduğu ve AİHS hükümlerinin ve

AİHM'nin almış olduğu kararın bağlayıcı olduğu bu bakımdan mahkeme kararının harç ödenmeksizin talep edene tebliği edilmesi gerektiği yönünde hüküm veren iki adet mahkeme kararı tespit edilmiştir.

Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2008/108, K. 2008/233 sayılı ve 14.01.2009 tarihli kararında,¹¹ davacı vekilinin, mahkemeye verdiği dilekçe ile 2008/233 Karar ilamı ile harcın davalıdan alınmasına karar verildiğini, ancak bakiye harcın davalı tarafından yatırılmadığını dolayısıyla kararın tebliğe çıkarılmadığını, bu konudaki müracaatlarının ise Yazı İşleri Müdürlüğü nezdinde kabul görmediği, halbuki AİHM'nin Ülger/Türkiye davasına ilişkin kararında, harç ödenmeden kararın tebliğ edilmemesinin AİHS'ne aykırı olduğundan bahisle hüküm kurulduğunu, AİHM'nin kararlarının bağlayıcı olduğunu belirterek, söz konusu ilamın harç yatırılmadan tebliğ edilmesi için talepte bulunduğu belirtilmiştir.

Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi, kararın devamında ülkemizin AİHS'yi imzaladığını ve AİHM'ye kişisel başvuru yolunu da kabul ettiğini böylece AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığını ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin hükümlerinin kanun hükmünde olduğu, ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların, iç hukukta başka bir kanun hükmü veya düzenlemesi ile çeliştiği durumda milletlerarası anlaşmaların esas alınacağına hüküm altına alınmış olduğunu tespit etmektedir. Mahkeme, kararın sonuç kısmında, AİHM'nin Ülger/Türkiye kararı ile AİHS'nin Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi ile çeliştiğinin açıkça ortaya konduğunu, bu durumda AİHS'nin ve AİHM kararları esas alındığından, davacının bu anlamda talebinin kabulü ile kararın harç ödenmeksizin talep edene tebliğine karar vermiştir.

Bu kararın dışında, Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E. 2005/507, K. 2008/394 sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı¹² da Samsun Asliye Mahkemesi'nin kararı ile aynı içeriktedir. Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, kararında AİHS'nin Ülger/Türkiye kararı ile Samsun

¹¹ Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2008/108, K. 2008/233 sayılı ve 14.01.2009 tarihli kararı için bakınız *Yargı Dünyası (Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi)*, Sayı 160, Nisan 2009, s. 247-248.

¹² Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E. 2005/507, K. 2008/394 sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı için bakınız, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 4, Yıl 2009, s. 2338 - 2339.

Asliye Mahkemesi'nin yukarıda bahsettiğimiz kararına atıfta bulunmakta ve aynı gerekçe ile davacının talebinin kabulü ile kararın harç ödenmeksizin talep edene tebliğine karar vermiştir.

V. Samsun ve Ünye Mahkemelerinin Vermiş Oldukları Kararların Değerlendirilmesi

Söz konusu her iki karar dikkatle incelendiğinde, uygulamadaki haksızlığın giderilmesi ihtiyacı ve duygusallığı ile her iki mahkemenin de AİHM'nin Ülger/Türkiye kararının bu her iki davada da bağlayıcı olduğu yönünde yanlış bir kanaate vardıkları anlaşılacaktır. Daha önce yukarıda belirttiğimiz üzere Harçlar Kanununun 28/a Maddesi hem Anayasamızın hak arama hürriyetiyle ilgili 36. maddesine hem de AİHS'nin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Ancak buna rağmen söz konusu her iki mahkeme kararında da AİHM'nin Ülger/Türkiye kararının bu iki dava açısından bağlayıcı olduğuna hükmetmek büyük bir hukuki yanılıdır. Zira AİHM'nin kararları sadece o karara konu dava açısından bağlayıcı olup başka davalar açısından bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olan AİHS ve protokolleridir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/15602, K. 2008/19983 sayılı ve 13.11.2008 tarihli kararı¹³ da AİHM'nin kararının karara konu olan dava için bağlayıcılığının söz konusu olduğunu, karar doğrultusunda yürürlükteki yasa değiştirilmedikçe anılan kararın eldeki davaya uygulanma olanağının bulunmadığını belirtmektedir.

Bunun dışında her iki mahkeme de Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasını kanaatimce yanlış yorumlamaktadır. Zira Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 07.05.2004 tarihinde kabul ettiği 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesi'nin son fıkrasında yapılan anayasal değişiklik, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Her ne kadar AİHS'ni yorumlayan organ olan AİHM, Harçlar Kanunu'nun ilgili maddesinin AİHS'ne aykırı oldu-

¹³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/15602, K. 2008/19983 sayılı ve 13.11.2008 tarihli kararı için bakınız, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı www.kazanci.com

ğunu tespit etmiş ve AİHS'nin kapsamında hak arama ve adalete erişme hakkının ihlal edildiğini tespit etmişse de, AİHS'nin 6. maddesi'nin lafıyla Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi arasında aynı konuda açık bir çatışma bulunmamaktadır.

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan düzenleme, adil yargılanma hakkına ilişkin genel nitelikte soyut bir düzenlemedir. Oysa Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi'ndeki düzenleme ise, nispi harçlarda ödeme zamanını belirleyen somut bir düzenlemedir. Bu iki düzenleme doğrudan aynı konuyu düzenlememektedir.

Dolayısıyla, her ne kadar Harçlar Kanunu'nun 28/a Maddesi, AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak arama ve başvuru hakkı ile Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyetine aykırılık teşkil ediyorsa da, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemenin bu konu açısından doğrudan uygulama alanı bulması hukuk tekniği açısından doğru görünmemektedir.

Dikkatimizi çeken bir başka husus ise gerek Samsun Asliye Mahkemesi'nin, gerekse Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin verdikleri kararlarda, Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesinin Anayasa'nın "*Hak Arama Hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesine açıkça aykırı olmasını hiç tartışmamış olmalarıdır. Anayasa'nın 36. maddesine ilişkin görüşlerimizi yukarıda belirttiğimiz için burada tekrarlamıyoruz.

Kanaatimizce, hukuk tekniği açısından yapılması gereken, Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun yorumlanması ve bunu müteakip ilgili maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gereği idi. Nitekim Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davada konu bu kapsamda ele alınmış ve 02.07.1964 günlü 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun; **1)** 28. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin "*Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez*" biçimindeki ikinci tümcesinin; **2)** 32. maddesinin "*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*" biçimindeki birinci tümcesinin, iptaline karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Bu iptal istemi üzerine Anayasa Mahkemesi, konuyu 2009/27 Esas sayılı dosyası ile Harçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin Anayasa'ya

aykırı olup olmadığı hususunu incelemeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu makalenin yazıldığı tarihte bu konuya ilişkin henüz bir karar vermemiştir.

VI. Sonuç

Ümit ederiz ki, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alana hak arama özgürlüğü önünde önemli bir engel teşkil eden Harçlar Kanunu'nun ilgili maddesi Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptal edilir. Aksi takdirde, ülkemiz taraf olduğu AİHS ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini tam anlamıyla ifa edemeyecek ve bu konuda AİHM'de açılacak her dava neticesinde tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Daha da önemlisi ülkemiz, adil yargılamanın önemli bir unsuru olan adalete erişim hakkını sağlayamayacak ve bu kapsamda bir hukuk devleti olmanın gereğini de yerine getiremeyecektir.

Bu konuda yapılabilecek diğer bir husus ise Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda karar vermesi beklenmeksizin, yasama organının söz konusu ilgili maddeleri değiştirerek hem Anayasa'ya hem de AİHS'de uygun olacak bir düzenleme yapmasıdır.

Aslında bu kapsamda, 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nun 4/b maddesine göre; *"Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla TC Anayasası ve diğer ilgili mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve ülke uygulamalarının düzeltilmesi için uluslararası sözleşmeleri inceleyerek uygulama ile mevzuat arasında tespit ettiği sorunlar hakkında yasal düzenlemeler önermek"* TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun (Komisyon) görevidir.

Ancak, Komisyon'un kendisinin de ifade ettiği üzere, Anayasa'nın 88. maddesindeki kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekillerinin yetkili olduğu ve İçtüzüğü'nün 35. maddesindeki komisyonların kanun teklif edemeyeceğine ilişkin düzenleme, Komisyon'un görevini gereği gibi yerine getirmesine engel teşkil etmektedir. Bu düzenleme sebebiyle, Komisyon'un görev alanı kısıtlanmakta, Komisyon'un görevi, uygulama ile uluslararası sözleşmeler arasındaki sorunları tespit etmek ve tespit edilen yasal düzenleme ihtiyaçlarını bir rapor veya yazı ile Başbakanlık veya ilgili Bakanlığa göndermekten ibaret olmaktadır.

Birey hak ve özgürlüklerinin korunması, hukuk devleti ilkesinin sıkı sıkıya uygulanmasının sağlanmasını kolaylaştırmak amacıyla öncelikle Komisyonu'nun görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Zira Komisyon, uygulama ile uluslararası sözleşmeler arasında tespit ettiği sorun ve farklılıkların giderilmesi için doğrudan kanun teklifi sunma imkânına sahip olursa uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi daha basit ve kolay bir şekilde, gereksiz hak ve zaman kayıplarına sebep olunmadan halledilebilir