



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 78 Sayı: 2020/1 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz **4306**'ya
Gönder

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik Tasarım | Graphic Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2020

Baskı ve Cilt | Printing and Binding



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) | is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın | (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2020 | Presidency of Ankara Bar Association, 2020
Tüm Hakları Saklıdır. | All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

Yazman | Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇIMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKEY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN
Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
Avrupa Birliği Hukuku		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Deniz Hukuku		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Şükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fırat Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇİŞİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Fikri Mülkiyet Hukuku		
OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞPINAR, Veysel	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŐENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
Milletlerarası Özel Hukuk		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŐKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, IŐıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKİOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU		
Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŐAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŐ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŐ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdir Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Serhat Sinan	Doç. Dr.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
ATILGAN, Eylem Ümit	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AÇAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;
Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR
<https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğünün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages XXI
Av. R. Erinç SAGKAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Belge ve Belgenin Delil Kuvveti..... 1
Arş. Gör. Bersun SARIGÜL ATA

Memurluk Güvencesi ve OHAL Sürecinde Yapılan
İhraç İşlemleri Üzerine Bir İnceleme..... 41
Mehmet Rauf KARSLI

İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Korunması 93
Arş. Gör. Nazlı ÇOBAN

Dernek Organlarının İç İlişkide Birbirlerine Karşı
Hukuki Durumları..... 155
Av. Burak SABUNCU

Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin
Eleştirel Değerlendirilmesi..... 191
Dr. Erdem ERTÜRK



BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Kıymetli MeslektaŐlarım ve Değerli Okurlar,

Elinizde tutmuŐ olduğunuz bu ayki Ankara Barosu Dergisi bir tarihe tanıklık ettiğimiz zamanda vücut buldu. SavaŐlarda, afetlerde ve kitlesel her türlü trajedide olduğu gibi bu küresel salgın sebebiyle de bilimin kıymetini bir kez daha idrak ettik, ona olan inancımızı aklımıza ve kalbimize daha da mühürledik.

Geçmekte olan zaman sadece ölkemize değil tüm dünyaya insanca yaŐamanın ve yaŐatmanın kıymetini hatırlattı. İnsan nasıl bir salgınla bir diğerinin ölümü olabiliyorsa; aynı insan, diğer insanların ve belki de tüm insanlığın kurtarıcısı olabilir. Bunun tek yolu ve yöntemi ise bilimdedir.

Hayatta kalmak için evlerde kaldığımız bu zamanda; küresel bir salgına ve yerel baskılara karşı koyarken biz, bilime yapılan bu katkılar Dergimiz aracılığıyla tarihte vücut bulsun diye çalışmaya ara vermedik. Çünkü zaman geçecek; salgınlar bitecek, hukuksuzluk ve korku tarihteki yerini alacak ama aydınlanmanın ve ilerlemenin yolundaki adımlarımız bir kez dahi sekteye uğramayacak.

İŞte elinizde tutmuŐ olduğunuz dergi, istisnası olmayan bu ilkemizin ve hiç durmadan ilerleme hevesimizin vücut bulmuŐ halidir.

Bu kıymetli sayıda emeğini bizlere ve gelecek nesillere aktaran tüm yazarlarımıza, Ankara Barosu Yayın Merkezi'ne ve emeği geçen tüm çalışanlara en içten teŐekkürlerimi sunuyorum.

Birlikte eski güzel günlerin özlemi ve bir an önce kavuŐmanın umuduyla.

Av. R. Erinç SAĞKAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles



BELGE VE BELGENİN DELİL KUVVETİ*

Bersun SARIGÜL ATA**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5298-5804>

DOI: 10.30915/abd.742275

Makalenin Geldiği Tarih: 26.01.2018 **Kabul Tarihi:** 04.03.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Arş. Gör. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

Medeni usul hukukunda önemli bir yer sahip olan ispat ve deliller konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte belge kavramına yer verilmiştir. Yargılamanın temelini oluşturan delillerin belge kavramı içerisinde çerçevesinin çizilmiş olması tarafların ispat faaliyetini kolaylaştırmaktadır. Belge, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199. maddesiyle ilk defa düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu kavramın varlığıyla birlikte ispat araçları genişletilmiş ve daha da önemlisi senetle ispat zorunluluğu kuralının yumuşatılması amaçlanmıştır. Nitekim bu kuralın yumuşatılması açısından örnekleme niteliğinde bazı belgeler sayılmış ve delil başlangıcı kavramı da daha geniş tutulmuştur. Kanunda hem nelerin belge sayılacağı belirtilirken hem de bu sayılan belgelerden bir kısmının ispat gücünün ne olacağı da açıklanmaya çalışılmıştır. Bu husus açıklanmaya çalışılırken genel olarak senet kavramına da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Belge, senet, belgenin türleri, ticari defterler, belgenin delil kuvveti, belgenin ispat gücü.

THE DOCUMENT AND DOCUMENT'S WEIGHT OF EVIDENCE

ABSTRACT

The concept of document was mentioned in the Code of Civil Procedure in relation to proof and evidence, which hold an important place in civil procedure law. Constituting the foundation of proceedings, evidence's being included in the concept of document simplifies the parties' presenting evidence. The document has been regulated for the first time in Article 199 of the Code of Civil Procedure. Via this concept, the means of evidence was expanded and above all, it was intended that the rule of obligation to prove by deed to be softened. Hence, a number of exemplary documents were specified and the concept of commencement of proof was amplified in terms of softening the aforementioned rule. While pointing out what could be considered as a document, some of these documents' weight of proof were also attempted to be clarified. Having clarified the matter in question, the concept of deed in general was referred to as well.

Keywords: Document, deed, types of documents, commercial registers, document's weight of evidence, document's weight of proof.

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte usul hukuku alanında bir kısım değişiklikler ve yenilikler gündeme gelmiştir. Bu kanunla birlikte getirilen önemli kavramlardan birisi de 199. maddede hüküm altına alınmış olan belge kavramıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu zamanda düzenlenmemiş olan belge ilk defa HMK ile hukukumuzda yer almıştır.

İlk defa düzenlenen belge kavramının ne anlama geldiği, bu kapsamda HMK'ndaki düzenleniş biçimi, belge kavramına ihtiyacın olup olmadığı, getirilen belge kavramının neleri kapsadığı ve bu belgelerin delil kuvveti ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Buna ek olarak da HUMK döneminde de kanunun ispat gücü olarak esas aldığı senedin belge kavramından sonra nasıl şekillendiği, senetle ispat zorunluluğu kuralı ve bu kuralın kaynağı açıklığa kavuşturulmuş olup bu kuralın önemli istisnalarından birisi olan delil başlangıcı kurumuna da değinilmiştir. Konu kapsamında özellikle belge kavramı ve belgenin delil kuvveti üzerinde durulmuş ve senet kavramına genel olarak temas edilmiştir.

1. BELGE KAVRAMI

A. Genel Olarak Belge ve Belgenin Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Düzenleniş Biçimi

Belge sözlük anlamı olarak “*bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika veya doküman*” şeklinde tanımlanabilir^[1]. Belge, aslında medeni usul hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önce de yer almaktaydı. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu belge anlamına gelen vesika kelimesini kullanmıştır^[2].

6100 sayılı HMK'nu belge kavramını düzenlemekle yetinmemiş aynı zamanda bu kavramı tanımlamıştır^[3]. Esasen hükmün gerekçesinde belge konusunda sınırlayıcı bir tanımlamadan ziyade belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir. HMK m. 199, I'de *uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki verilerin*

[1] www.tdk.gov.tr

[2] **Ejder Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s.168.

[3] **Timuçin Muşul**, Medeni Usul Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 2012, s.359.

ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının bu Kanuna göre belge olduğu hükme bağlanmıştır. Bu sayede HUMK'nda ayrıntılı bir şekilde yer almayan belge kavramı senet kavramından farklı yer almıştır. Başka bir deyişle, yapılan yeni düzenlemeyle birlikte belge ve senet kavramları ilk defa birbirinden ayrı tutulmuştur. Belge kavramı senedi de kapsayacak şekilde üst kavram olarak düzenlenmiştir. Buradan her senedin bir belge olduğu ancak her belgenin kanun anlamında senet sayılmadığı sonucuna ulaşılır^[4].

Belgenin tanımı yapılırken hukuk sistemimiz içinde bütünlüğün korunması ve aynı kavramın farklı şekillerde anlaşılması için Bilgi Edinme Kanunu m.3'de tanımlar başlığı altında yer alan belgenin tanımından yararlanılmıştır. Anılan Kanuna göre belge; kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve videokaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını ifade etmektedir.

Son olarak da belgenin tanımı belirtilen hususlar göz önüne alınarak yapılmış olsa da, senedin tanımlanmasından özel olarak kaçınılmıştır. Bunun sebebi ise, senedin öteden beri kanunda yer alması, bu konuda doktrin ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddüdün mevcut olmamasıdır. Hatta senedin tanımlanacak olması sıkıntıları da beraberinde getirir. Çünkü senedin tanımlanmasıyla senede yüklenen anlam ve içerik daraltılmış olur ve zaten senedin ne anlama geldiği bilinmektedir. Bu durumda da senet kavramının neden var olduğu ve belge kavramının yeterli olup olmadığı da düşünülebilir. Belge senedi de kapsayan bir üst kavram olarak düzenlenmiş olsa da hukukumuzda esas olarak senet dikkate alınmakta olup senedin ayrıca ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi de yerindedir. Çünkü sadece belge kavramına yer vermek ispat açısından sorunları gündeme getirir.

[4] **Süha Tanrıver**, Medeni Usul Hukuku, C.1, Ankara 2016, s.828; **Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özkes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz**, Medeni Usul Hukuku-Pekcanitez Usul, C.2, Onbeşinci Bası, İstanbul 2017, s.1771. Bu konuda ispat hukuku kurallarının düzenlenmesinde esas alınan Fransız hukukunda da belgenin senetten daha geniş bir anlama sahip olduğunu ve her senedin belge olup; fakat her belgenin senet özelliklerini taşımadığını söylemek mümkündür (**Hadda Mebrouk**, Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma, Ankara 2012, s.20).

B. Belge Kavramının Gerekliği

Belge kavramı aslında hukukumuzda yabancı bir kavram değildir. HUMK'nun yürürlükte bulunduğu dönemde sadece senet kavramına yer verilmiş olsa da senet dışında olan belgelerin bir kısmı özel hüküm sebepleri adı altında değerlendirilmekteydi. Nitekim HUMK m. 367 hükmü özel hüküm sebeplerini (kanunda açıkça düzenlenmeyen delilleri) öngörmekle delillerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını göstermiştir. Anınla maddeyle, senetsiz ispatı caiz olan davalarda denilmek suretiyle özel hüküm sebeplerinin uygulama alanı belirlenmiştir. Buna göre hukuki işlemlerin ispat dışında temsili nitelik taşıyan ve hukuka aykırı olmayan her unsur delil olabilir^[5]. Özel hüküm nedenleri olarak adlandırılan deliller, dava konusu çekişmeli şeyi tüm duyularıyla yani görme, dinleme, tatma, koklama ve dokunma yoluyla incelenerek edinilir^[6]. Başka bir deyişle bütün duyularla yapılan keşif özel hüküm sebeplerini oluşturur^[7]. Bu kavram daha çok taşınmazlar dışında kalan keşfe ilişkin hususlar olarak anlaşılrsa da, ses kaydı, plân, kroki, fotoğraf, harita, sesli görüntüler bu kavram içindedir^[8]. Özel hüküm sebepleri doktrinde geniş anlamda keşif olarak algılanmıştır^[9]. Özel hüküm sebepleri, taşınmaz dışındaki uyumsuzluk konusu şeylerin keşfi olduğundan hâkim elde ettiği bilgileri serbestçe değerlendirir^[10].

HMK ile birlikte özel hüküm sebepleri kavramı terk edilmiş olup, onun yerine m. 192'de "kanunda düzenlenmemiş deliller" başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Böylece senetsiz ispatı caiz olan davalarda akla, mantığa ve hukuka uygun yollardan edinilen, davayı aydınlayabilecek ve davanın dayanağı olan çekişmeli vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil

[5] **Haluk Konuralp**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkı Basım, Ankara 2009, s.12.

[6] **Ergun Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.233.

[7] **Necip Bilge/ Ergun Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s.553.

[8] HUMK zamanında keşif sadece taşınmazlar üzerinde kabul edildiğinden, taşınmaz dışında kalan konuları özel hüküm sebepleri olarak düzenlenmiştir (**Mehmet Akif Tutumlu**, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, İkinci Baskı, Ankara 2002, s.298; **Serdar Kale/ Salih Keser**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2015, C.21, S.2, Prof. Dr Mehmet Akif Aydın'a Armağan, s.709).

[9] **M. Kamil Yıldırım**, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Altıncı Baskı, İstanbul 2011, s.110.

[10] **Tutumlu**, s.298.

olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. HMK m.199'da yer alan örnekleme niteliğinde sayılan belgelerden de bu kapsamda yararlanılabilir. İspat faaliyetinde kanunda düzenlenmemiş diğer delillere yer verilmesiyle yani senetten başka delillerin de varlığının gündeme gelmesiyle belge kavramı oluşmuştur. Nitekim kanunda düzenlenmemiş diğer delillerle sağlanmak istenen amaç da ispatın kolaylaştırılmasıdır.

Aslında hem doktrin hem yargı uygulamasında sıklıkla yer bulan ancak kanunla açıkça hüküm altına alınmamış olan belge kavramının medeni usul hukukundaki son gelişmelerin bir sonucu olup olmadığı meselesi akla gelebilir. Hatta bu kavramın düzenlenmesine bu zamana kadar ihtiyaç duyulmuş mudur? Yargı kararlarına zaman zaman konu olan ve belge kavramı içinde değerlendirdiğimiz bazı hususların varlığı belge kavramına yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Ancak bu noktada sadece belge kavramının tanımlanması medeni usul hukuku anlamında bir yenilik olarak değerlendirilebilir. Yargı kararlarında ses kaydı, harita, fotoğraf gibi belge türlerine yer verilmesi belge kavramına duyulan ihtiyacın göstergesi olsa da senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının egemen olması belge türlerinin bu ihtiyaca tam olarak cevap verememesine neden olmaktadır. Kaldı ki, hukukumuzda belgeye ilişkin yargı kararlarında sadece o belgenin dikkate alınmadan hüküm kurulmasının isabetli olmayacağına değinilmiştir. Belge kavramıyla senedi de kapsayan genel bir çerçeve çizilmiş olsa da, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının aynı katılıkta uygulanmaya devam edilmesi halinde ispat ve deliller konusundaki sorunların çözümüne yardımcı olunması mümkün değildir.

Buna ek olarak, belge kavramı HMK ile gelen bir yenilik olarak düşünülse de HUMK döneminde de özel hüküm sebepleri adı altında bu delillere başvurma imkânı vardı. Bu kavramın tanımının yapılması ve neleri kapsadığına dair bir çerçevesinin çizilmesi uygulama açısından elbette kolaylıklar sağlamaktadır. Senet kavramının uygulamadaki ihtiyaçları karşılamaya yetmemesi ve diğer başka delillere de duyulan ihtiyaç sebebiyle belge kavramına yer verilmesi zorunluluğu gündeme gelmiştir.

C. Belge Düzenlemesinin Amacı

1086 sayılı HUMK'ndan farklı olarak 6100 sayılı HMK ile daha kapsamlı bir içeriğe sahip olan belge kavramına yer verilmesinde iki temel neden vardır. Bunlardan ilki, hem senetle ispat hem de senede karşı senetle ispat

zorunluluğu kuralının en önemli istisnalarından birisi olan delil başlangıcının düzenlenmesinde, yazılılıkla ilişkilendirme olmaksızın, senede daha geniş bir anlam ve içerik yüklenen belge kavramı esas alınmaktadır^[11]. Bu sayede senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralların yarattığı katılığın aşılması sağlanmakla birlikte katılığın yaratabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla anılan kuralların uygulama alanlarının daraltılması hedeflenmiştir^[12].

Diğer bir neden ise, m.192'de sözü edilen kanunda düzenlenmemiş olan delillere de dayanmak suretiyle ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesinin sağlanmasına imkân vermektir. Aynı şekilde HMK'nda düzenlenmemiş olan diğer deliller kavramına yüklenmesi gereken anlam ve içeriğin belirlenmesinde de senet değil belge kavramından yararlanılması amaçlanmıştır^[13]. Nitekim belge kavramı içinde yer alan, kanunda belirtilmiş bulunan takdiri delillerle ilişkilendirilemeyen çizim, plan, film, fotoğraf, görüntü ve ses kayıtlarının ispat faaliyetinde kanunla düzenlenmemiş delil kapsamında değerlendirilmesi suretiyle, takdiri delil olarak kullanılmasının kapısı aralanmıştır^[14].

D. Belgenin Unsurları

Kanundaki belge tanımından çıkarılan iki temel unsur vardır. Bunlardan birincisi belgenin bir bilgi taşıyıcısı olmasıdır. Bilginin taşınmasından anlaşılması gereken ise, belgenin bilgiyi iletebilmesi veya gönderebilmesi gerektiği, sadece bilgiye sahip olmasının yetmediği ve söz konusu bu iletimin veya gönderimin belgenin sahip olduğu bilgiyi öğrenmeyi sağlayıcı nitelikte olmasıdır^[15].

Diğer bir unsur ise, belgenin uyuşmazlık konusu vakıayı ispata elverişli olmasıdır. Başka bir anlatımla, belgenin ispat aracı olarak kullanılabilmesi için uyuşmazlık konusu vakıayı ispata elverişli olması gerekir. HMK m.187'ye göre, *ispataın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispata için delil gösterilir*. Yani, her bilgi taşıyıcısı değil uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olanlar yargılama hukuku anlamında belge sayılmıştır.

[11] **Tarıver**- Usul, s.829.

[12] **Tarıver**- Usul, s.829.

[13] **Tarıver**- Usul, s.829.

[14] **Tarıver**- Usul, s.830.

[15] **İsmet Mazlum**, Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı, Ankara 2012, s.6 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

Başka bir deyişle, belge kavramına dâhil olan verilerin ortak özelliği ispatı gereken vakıa/vakıalar hakkında bir bilgi taşıyıcısı olmasıdır^[16]. Uyuşmazlık konusu vakıa bir hukuki işlem den veya hukuki fiilden kaynaklanabilir. Burada uyuşmazlık konusu vakıanın ispatına hukuki fiil veya senetle ispat kuralının istisnaları halinde başvurulacağını kabul edersek HMK m.199 hükmünün, HUMK m.367'deki özel hüküm sebeplerinden herhangi bir farkı kalmaz. HUMK m.367 "senetsiz ispatı caiz olan davalarda" diyerek senet veya kesin delilleri kapsam dışında tutarken, burada senet ve kesin delilleri de dikkate almak gerekmektedir.

Bunlardan çıkan sonuç ise, bir şeyin belge sayılabilmesi için senetten farklı olarak yazılı şekilde oluşturulmuş olma zorunluluğunun bulunmamasıdır^[17]. Nitekim m.199, yapılan tanımla belge sayılacak bilgi taşıyıcılarının bir kısmını örnek olarak saymış ancak tüm belgelerin bu sayılanlarla sınırlı olmadığı da hükümet gerekçesinde ortaya konulmuştur. Hatta farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkân tanıyacak bir açıklama yapılmıştır.

E. Belgenin Türleri ve İspat Gücü

Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olmak kaydıyla, elektronik ortamdaki veriler, fotoğraf, görüntü, ses kayıtları, plan, kroki, harita, mektup, fotokopi, faks metni, dosya, film ve senet belgenin türlerinden en sıklıkla başvuru olanlardır. Burada önemli olan belgenin türlerinden ziyade belgenin ispat gücüdür. Belgenin neler olabileceği m.199'da örnekleme şeklinde sayılmış olsa da bu maddede belgenin ispat gücüne ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Anılan maddenin hükümet gerekçesinde belgenin türüne göre delil kuvvetinin takip eden diğer maddelerde düzenlendiği ifade edilmiştir. Ancak belgenin türüne göre belirtilen şekilde bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Senet ve senedin türüne göre ispat gücü kanunda düzenlenmişken, belgenin ispat gücüne yer verilmemiştir. Buradan çıkan sonuç belgenin ispat gücünün onun senet olup olmamasına göre değişmesidir. Belge kesin delil olabileceği gibi hâkimin takdirinde rol oynayan bir bilgi gücünde de olabilir^[18].

[16] **Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz**, Medeni Usul Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 2017, s.397.

[17] **Tanrıver-** Usul, s.829.

[18] **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz**, s.397.

Belgenin ispat gücüne ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme olmamakla birlikte bu durum Yargı kararlarının bir kısmında göz önünde tutulup, değerlendirilmiştir. Bu kararların ele alınıp incelenmesi belgenin ispat gücü açısından yol gösterici olabilir. Yargıtay bir kararında^[19] “Somut olayda, dava 1086 sayılı Kanun döneminde açılmış, davacı tarafça iddianın ispatı için davalı tarafından gönderilen e-maillere dayanılmış ve yargılama henüz tahkikat aşamasındayken 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu durumda derhal uygulanma ilkesi gereğince 6100 sayılı Usul Kanunu hükümlerine göre yürütülmesi gerektiğinden ve bu dönemde de yukarıda yazılı şartları taşıması halinde e-mail çıktılarının delil başlangıcı teşkil etmesi mümkün bulunduğundan” denilmiştir. Anılan kararda e-mail çıktıları bir delil başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Benzer bir kararında^[20] “HMK m.199’da uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir. Bu düzenleme ile mail ve telefon mesajları da belge olarak kabul edilmiştir. Davacı delil olarak davalı ile karşılıklı olarak birbirine gönderdikleri mesajlara da dayandığından, davacının bu delilleri ile davacı tarafından PTT aracılığıyla davalı tarafa gönderdiği havaleler, yukarıda açıklanan ilke ve esaslar doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılarak, sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir” şeklinde ifade etmiştir. Ancak burada mail ve telefonu belge olarak kabul etmiş olmakla birlikte delil gücüne ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmamıştır. Yargıtay, mahkemenin sadece yeterli bir ispat aracı olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini ve buna uymaksızın karar vermesini aykırı görmüştür. Bu karar her ne kadar ispat gücünü belirlememiş olsa da yeterli ispat aracı olup olmadığının değerlendirilmesini istediğinden mail ve telefon mesajlarını takdiri delil olarak ele almıştır. Anılan iki kararda aynı tür belgeden söz edilmiş ve bunlara farklı delil kuvvetleri tanınmıştır. Delil başlangıcı, hukuki işlemin tamamının ispatına yeterli olmamakla birlikte, onu muhtemel gösterirken; belge uyumsuzluk konusu vakıayı ispata elverişlidir.

[19] Karar için bkz. (Y. 11.HD, T.11.4.2014, E.2012/17758, K.2014/7220, Yayınlanmamış).

[20] Karar için bkz. (Y. 13.HD, T.8.9.2015, E.2015/28467, K.2015/26584, Yayınlanmamış). Aynı yönde karar için bkz. (Y. 13.HD, T.3.4.2014, E.2014/5149, K.2014/10114, Yayınlanmamış).

Burada belge ispatı sağlayabildiğinden veya belirli bir vakıanın doğruluğu konusunda hâkimde kanaat uyandırabilen ispat aracı olduğundan takdiri delil olarak değerlendirilmesi daha isabetlidir.

Yargıtay'ın bir diğer kararında da^[21] “*HMK m.199’da belge olarak kabul edilen delil getirilmiştir. Jandarma önünde yapılan beyan altındaki imza inkâr edilmediğine göre, bu beyanın belge olarak kabul edilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirir*” diyerek jandarmada verilen ifadenin belge hükmünde delil sayıldığını kabul etmiş ancak belgenin ispat gücüne ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmamıştır. Yine başka bir karar da^[22] “*cari ayrıntılı hareket raporu başlıklı belgeye dayanmış olup mahkemece bu belge yeterince araştırılıp değerlendirilmemiştir. 6100 sayılı HMK m.199 gereğince belge niteliğinde olan bu kaydın sıhhati araştırılıp ödemenin buna göre belirlenmesi zorunludur*” şeklinde ifade kullanmış ve sonuca varmadan önce bilginin doğru olup olmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Bilgi taşıyıcısı olarak doğrudan nitelendirmeden önce araştırma yapılmalıdır. Burada da yine takdiri delil olarak değerlendirmek mümkündür.

Yargıtay'ın verdiği diğer bir karar ise^[23] “*6100 sayılı HMK m.199 ve 6102 sayılı TTK m.199 kapsamında delil olarak kabul edilen davacının onaylanmış bilgisayar kayıtları üzerinde inceleme yapılmasının gerekli olup bu hususun göz önünde bulundurulmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir*”. Yine burada da diğer birçok kararda olduğu gibi davacının onaylanmış bilgisayar kayıtlarını delil olarak kabul etmiş olmakla birlikte bunların delil gücüne ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır.

Elektronik nitelikteki belgeye itibar edilmesine ilişkin bir kararında ise^[24] Yargıtay, “*6100 sayılı HMK m.199 ile belge kavramı içerisine elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları da alınmıştır. Mahkemece hizmet süresi yönünden davacının üstelik davalıya ait network ağından mail kullanılmasına rağmen bu elektronik nitelikteki belgeye itibar edilmemesinin hatalı olduğu*”ndan hareket etmiştir. Elektronik belgeyi ispat

[21] Karar için bkz. (Y. 13.HD, T.14.1.2013, E.2012/26378, K.2013/275, KBİBB).

[22] Karar için bkz. (Y. 15.HD, T.8.3.2017, E.2015/6113, K.2017/1002, Yayınlanmamış).

[23] Karar için bkz. (Y. 19.HD, T.17.11.2014, E.2014/14036, K.2014/16322, Yayınlanmamış).

[24] Karar için bkz. (Y. 9.HD, T.5.4.2016, E.2014/37491, K.2016/8497, KBİBB).

aracı olarak nitelendirmesi ve bununla birlikte ele alması sonucuna ulaşıldığından bu belge takdiri delil olarak değerlendirilebilir. Elektronik ortamdaki verilere ilişkin diğer bir kararında da^[25] “6100 sayılı HMK m.199 uyarınca uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir. Bu anlamda elektronik posta işyerinde iç yazışmalarda kullanılması ve çalışana ait olması halinde belgedir. Kısaca elektronik postanın gönderildiği kişi kesin bir şekilde belli ise bu elektronik posta delil olarak kabul edilmelidir” şeklinde ifade etmiştir. Bu hususta da kişinin orada çalışıp çalışmadığı, bahsedilen haberleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediği gibi hukuki fiillerin ispatı gerekmekte ve hukuki fiillerin ispatında senetle (kesin delille) ispat zorunluluğu bulunmamaktadır. Elektronik postanın işyeri iç yazışmalarında kullanılması takdiri delil olarak nitelendirilebilir. Son olarak elektronik ortamdaki belgeye ilişkin olarak verilen bir karar da^[26] “%10 fiyat farkı - komisyon - indirim faturası keseceği şeklinde mutabakata vardıklarını, ancak bu mutabakatı ıslak imzalı belge haline getirmediklerini, HMK m.199 gereği elektronik ortamdaki belgelerin sözleşme olduğunu yine delil başlangıcı niteliğinde belge olması halinde tanık dinlenebileceği” ifade edilmiştir. Burada bahsedilen sözleşme maddi hukuk anlamında bir sözleşme değildir. Bu nedenle sözleşme denilince karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile bunun sonucunda senedin meydana geleceği düşünülmemelidir. Ayrıca tarafların iradeleri olsa da senet sayılabilmesi için imzanın da gerekli olduğu unutulmamalıdır. Burada kanunun yukarıda sözü edilen belgeye delil gücü vermek istediği çok açıktır. Belge, ispat hukuku açısından bir bilgi taşıyıcısı olarak değerlendirildiğinden koşulları olması halinde delil başlangıcı veya takdiri delil olarak sayılabilir.

Yargıtay’ın verdiği bir diğer karar da^[27] “davalının davacıya gönderdiği 7.6.2011 tarihli SMS kaydını 6100 sayılı HMK m.199 gereğince belge olduğu ve bu kayıt ile davalının 36.000-TL’lik borcu kabul ettiğini değerlendirmiş ise de, dava 11.4.2012 tarihinde açılmış olup dava tarihi

[25] Karar için bkz. (Y. 9.HD, T.22.11.2016, E.2015/5593, K.2016/20624, Yayınlanmamış).

[26] Karar için bkz. (Y. 19.HD, T.10.4.2017, E.2016/7467, K.2017/2928, Yayınlanmamış).

[27] Karar için bkz. (Y. 13.HD, T.15.6.2015, E.2014/28725, K.2015/20230, Yayınlanmamış).

*itibariyle 6100 sayılı HMK yürürlükte olmadığı gibi, sözü edilen SMS kaydı hakkında davalının açık bir kabulü de bulunmamaktadır. Davalının açık muvafakati bulunmadığından olayda miktar itibariyle tanık da dinlenemez” demıştır. Ancak burada belgeyi ne şekilde değerlendirip, hangi delillin altına koyacağını bilememiş olmasının yanı sıra davalının açık kabulünün olması halinde ikrar sayacağını söylemek yanlış olmaz. Hatta Yargıtay başka bir kararında ikrar hususuna ilişkin daha da ileri gitmiş ve hükme konu olan belgeyi kesin delil olarak kabul etmiştir. Anılan karara göre^[28] “*Davalı tarafta gönderilen 1.11.2013 tarihli Facebook mesajlarında davalının 11.000.00-TL’lik borcuma ödeme planı çıkarsınlar ve ben de ödemeye başlayayım, şeklindeki beyanları açıkça borcu kabul anlamında yorumlanmalıdır. Davalı anılan mesajların kendisi tarafından çekildiğini inkâr etmediğine göre 6100 sayılı HMK m.199 anlamında belge niteliğinde kabulü gereken mesajlar doğrultusunda akdi ilişkiyi de inkâr etmeyen davalının borcu açıkça kabul ettiği gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir*”. Bu verilen kararlar birlikte, davalının elektronik ortamdaki veriyi inkâr etmemesi sebebiyle o vakianın zaten ispatlanmış sayıldığı kabul edilmiştir. Anılan kararda, facebook mesajları ikrarı içeren bir belge olarak sayıldığından senet gücüne sahip olup kesin delil olarak nitelendirilmiştir. Ancak ikrarın var olduğunun kabul edilmesinden önce tarafın isticvabının sağlanmasına ilişkin herhangi ifade dahi yoktur. Tarafın isticvabı ile bahse konu ikrara ilişkin beyanın kendisine ait olduğunu mahkeme önünde de ifade etmesi gerekir. Aksi takdirde delil değeri bu kadar tartışmalı olan bir belgenin kabulü doğrudanlık ilkesine de aykırılık teşkil eder. Yargıtay tarafından verilmiş bu karar hatalı olup tarafın elektronik ortamdaki ikrarını kesin delil olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu bağlamda; kesin delil niteliği dahi tartışmalı olan ikrar, hâkimi bağlayıcı bir noktaya götürmemelidir.*

Bütün bu kararlardan da anlaşılacağı üzere belgenin delil değeri konusunda ortak bir kanı bulunmamaktadır. Kanunda düzenlenmemiş olan belgenin ispat gücü yargı kararlarıyla da tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Her belge ve bu belgenin nitelendirilmesi somut olaya göre değişiklik göstermektedir. Ancak bu konuda yukarıda da özellikle belirtildiği üzere ispat gücü açısından belgenin kesin delil olması mümkün değildir. Çünkü

[28] Karar için bkz. (Y. 19.HD, T.15.2.2016, E.2015/14813, K.2016/2351, Yayımlanmamış).

bütün belgelerin senet olarak görülmesi ve kesin delil olarak değerlendirilmesi isabetli olmaz. Yargı kararlarının bir kısmında belgenin delil başlangıcı bir diğer kısmında da, genellikle belirtilmese de, takdiri delil olarak görülmesi söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında kararların çoğunda belgenin ispat gücü anlamında takdiri delil olduğunun kabulü daha yerindedir. Delil başlangıcının hukuki işlemin ispatına yeterli olmaması hususu ile belgenin uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olması hususu kıyaslandığı zaman Yargıtay'ın kararlarında "mahkemenin yeterli ispat aracı olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği ve bunu göz önünde bulundurmadan karar vermesi halinde usul ve yasaya aykırılık olduğu ve bozmayı gerektirdiği" ibaresinin yer alması belgenin bir takdiri delil olduğu yönünde kanaat oluşturmaktadır.

F. Belgelerin Mahkemeye İbrazı

Belgelerin ibrazı zorunluluğu kapsamında genel ibraz yükümlülüğü ve sınırlı ibraz yükümlülüğü söz konusudur. Genel ibraz yükümlülüğünde davada önem taşıyan belgelerin mahkemeye ibrazı taraflar için genel bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir^[29]. Ancak belgelerin ibrazı konusunda taraflara ve üçüncü kişilere sınırlı ibraz yükümlülüğü getiren Alman Medeni Usul Kanunu her ne kadar sorunlara yol açsa da Alman Medeni Usul Kanununda 2002'de yapılan değişiklikle dahi sınırlı ibraz yükümlülüğünden uzaklaşamamıştır^[30]. Türk hukuku açısından değerlendirecek olursak HUMK döneminde hem taraflar hem de üçüncü kişiler bakımından genel bir usuli ibraz yükümlülüğünden söz edilememekteydi. Bu sebeple taraflar sadece ellerindeki belgeleri mahkemeye vermek zorunda kalmakta ve bunun dışında bir belgeye ihtiyaç duyulduğu zaman kanuni dayanak olmadığı için ibraz talebi reddedilebilmekteydi^[31]. Ancak HMK ile birlikte gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler için kapsamlı bir usuli ibraz yükümlülüğü getirilmiştir. Belirtilen yükümlülüğü anlayabilmek için Alman Medeni Usul Kanununun bu hususu düzenleyen hükmüne bakmak gerekir. Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) §142'de belgelerin ibrazı zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

[29] **Güray Erdönmez**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2011, s.81.

[30] **Erdönmez**, s.87.

[31] **Erdönmez**, s.90.

1. Bir tarafın ya da üçüncü kişinin elinde olan (sahip olduğu) veya tarafın dayanmış olduğunu belgeler veya diğer dokümanlar, mahkeme kararıyla (mahkemenin istemesi halinde) mahkemeye ibraz edilmek zorundadır^[32]. Mahkeme sunulması gereken belgeler için bir süre belirleyebilir ve aynı zamanda belgelerin mahkemenin karar verdiği belirli bir yerde bulunmasına karar verebilir.
2. Üçüncü kişilerin, kabul edilebilir bir mazereti veya Kanun'un §383-§385 paragrafları uyarınca tanıklıktan kaçınma hakları varsa, belge ibraz zorunlulukları ortadan kalkar. §386-§390 paragraflarında düzenlenen hususlar için de bu durum geçerlidir.
3. Mahkeme başka bir dilde sunulan belgelerin tercüme edilmiş haliyle beraber sunulmasını isteyebilir. Tercüme edilmiş belgenin tercümesini o ülkenin hukukuna göre yetkili olan bir kişinin yapmasına veya bu yetkiye denk gelen bir tercüman tarafından yapılmasına karar verilir. Yetkili kişi tarafından yapılan ve onaylanan tercüme doğru ve eksiksiz olarak kabul edilir. Onay belgesinin tercüme tarihini, yerini, tercüme edenin yetkisini ve imzasını içermesi gerekmektedir. Bir belgenin yanlış veya eksik tercüme edildiğine dair delil sunulması mümkündür. Birinci cümledeki düzenleme üçüncü kişileri kapsamaz.

HMK, HUMK'ndan farklı olarak senetlerin değil belgelerin ibraz zorunluluğunu düzenlemiştir. Tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, hiçbir taraf kendi aleyhine veya karşı tarafın lehine olan bir delili göstermekle yükümlü tutulmaması da kanun bazı belgelerin bazı kişiler tarafından verilmesini zorunlu kılmıştır^[33]. HMK m.219'da tarafların belgeleri ibraz zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Yani buradaki amaç, vakıaları ispatlamak olduğundan ispat gücüne sahip belgelerin getirilmesi de zorunluluk teşkil eder.

[32] Mahkemenin tarafların elinde bulunan senet, plan ve benzeri belgeleri ibraz etmelerini emredebileceğine ilişkin bu düzenleme, dava malzemesinin toplanması açısından da hâkime önemli bir yetki vermektedir (**Yavuz Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s.54).

[33] **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz**, s.410; **Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özokes**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Beşinci Bası, İstanbul 2017, s.372.

HMK, belgelerin ibrazı zorunluluğunu davanın tarafları ve üçüncü kişiler bakımından ayrı ayrı düzenlemiştir. Tarafların belgeyi ibraz etmemesine bağlanan sonuçlar m.220'de, üçüncü kişilerin belgeyi ibraz etmemesine bağlanan sonuçlar ise m.221'de yer verilmiştir.

Bu kapsamda ele alınacak üç durumdan söz edilmelidir. Birincisi, belgenin ona dayanan tarafın elinde olması halinde, bu belgeyi o tarafın kendisinin mahkemeye vermesi gerektiği; vermemesi halinde ise belge elinde bulunan tarafın iddiasını ispat edememiş sayılması gündeme gelir^[34].

Diğer bir durum da, bir tarafın dayandığı ve mahkemeye verilmesini istediği belgenin karşı tarafın elinde olması ve m.220,1'de sayılan şartların gerçekleşmesi halinde karşı tarafın bu belgeyi mahkemeye vermesi zorunluluğunun doğmasıdır. Anılan hükme göre; ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygunluğuna mahkeme tarafından kanaat getiriliyor olması, karşı tarafın istenen belgenin elinde olduğunu ikrar etmesi veya ileri sürülen talep üzerine susması yahut belgenin var olduğunun resmi bir kayıtla anlaşılması veya başka bir belgede ikrar olunması halinde mahkeme karşı tarafın elinde olduğunu kabul ettiği belgeyi mahkemeye vermesi ister ve ona kesin bir süre verir. Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen süre içerisinde belgeyi mahkemeye vermez, aynı sürede vermemesine ilişkin geçerli bir mazeret sunamazsa veya belgenin elinde bulunduğunu inkâr ederse mahkeme, belgenin mahkemeye verilmesini isteyen tarafın belge içeriği hakkındaki beyanını gerçek kabul edebilir (m.220,III). Ancak bunun için o tarafın kendisine teklif edilen yemini kabul edip etmemesi veya yerine getirip getirmemesi önem taşır^[35].

Son olarak da, davada dayanılan ve mahkemeye verilmesi istenen belgenin taraflar dışında üçüncü bir kişinin elinde olmasıdır. HMK m.221,1'de, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verilmesi halinde, bu belgeyi üçüncü kişinin mahkemeye vermesine karar vereceği düzenlenmiştir. Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek zorunda olduğu gibi, üçüncü kişinin belgeyi ibraz edememesi halinde de bunun sebebinin ve delillerini açıklaması gerekir (m.222,II). Ancak burada üçüncü kişilerin ellerindeki belgeleri ibraz zorunluluğu bulunduğu gerek

[34] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz, s.411.

[35] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz, s.412.

madde gerekse hükümet gerekçesinde belirtilse de üçüncü kişinin ibrazı istenen belgeyi ibraz etmemesinin sonucunda ne tür bir yaptırımla karşı karşıya kalacağına m.222 kapsamında yer verilmemiştir.

G. Ticari Defterlerin Delil Olması

Tacir olmanın en önemli sonuçlarından birisi de Türk Ticaret Kanunu m.18,1'de düzenlenen ticari defterleri tutma yükümlülüğüdür. Gerek TTK m.83'de gerekse HMK m.222'de mahkemenin ticari davalarda, tarafların ticari defterlerinin ibrazına, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Nitekim TTK'nda ticari defter tutma ve tutulan bu defterlerin ibrazı zorunluluğunun sevk edilmesinin altında yatan düşünce, bu defterlerin, hukuk davaları bağlamında, delil olarak kullanılmasını sağlamaktır^[36]. Senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat zorunluluğunun katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

Türk Ticaret Kanununun ticari defterler ispat hususunu düzenleyen hükümleri, modern kanunlarda benzer hükümlerin yer almaması gerekçeyle yeni 6102 sayılı TTK'na alınmamıştır^[37]. Başka bir deyişle, eski 6762 sayılı eTTK'ndan farklı olarak ticari defterlerin delil olarak kullanılmasyla ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. TBMM Adalet Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere TTK'ndaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümleri HMK'na alınmıştır.

Ticari defterlere ilişkin m.222'de ticari defterlerin ibrazı ve delil olması başlığı altında bu husus düzenlenmiştir. HMK m.222,II'e göre ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır. HMK m.222,III'te ise ikinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında ise açılış veya kapanış

[36] Tanrıver, s.816.

[37] Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s.374.

onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.

HMK m.222'nin hükümleri birlikte değerlendirildiği zaman bazı sonuçlara ulaşılabilir. Her iki tarafın ticari defterindeki kayıtların birbirini tutması halinde bunun delil olarak kullanılabilmesi mümkündür. Ancak taraflardan birinin ticari defterinde bulunan bir kaydın diğer tarafın ticari defterinde bulunmaması halinde yani kayıtsızlık halinde bu durumun hangi tarafın aleyhine veya lehine delil olacağı, kesin delil olarak mı değerlendirileceği, kesin delil denirse yemin teklif edilemeyeceği hususu da gözetildiğinde hangi kesin delil türü ile açıklanacağı gibi sorular akla gelebilir. Burada ticari defterlerin delil olarak dikkate alınması hali kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olmasıdır. Ancak ilk bakıldığında m.222,II'de ticari defterlerin delil olarak kabul edilebilmesi için kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şartı aranırken, m.222,IV'te açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olacağı hükmü birbiriyle çelişmekte görünmektedir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, m.222,II'de yer alan şartların ticari defterlerin delil olması için değil, ticari defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılabilmesi için gerek şartlar olarak kabul etmek yerinde olur^[38]. Ticari defterin eksiksiz ve usulüne uygun tutulmaması yani taraflardan birisinin defterinde kayıt bulunmaması halinde ya ticari defterin delil değerinden söz edilemez ya da söz edilse dahi ancak ticari defterin sahibi aleyhine delil gücüne sahip olabileceği ifade edilebilir.

Ticari defterlerin taraflardan birinin aleyhine veya lehine delil olmasından ziyade bu defterin delil değeri konumuz açısından önem arz etmektedir. Ticari defterlerin ispat gücüne ilişkin herhangi bir belirleme kanunda yapılmamıştır. Bunların delil olduğu m.222,II hükmü uyarınca sabitken, bu defterleri delil kuvveti açısından kesin delil mi takdiri delil mi olarak kabul etmenin daha isabetli olacağına ilişkin doktrinde iki görüş mevcuttur^[39]. Eski 6762 sayılı TTK'da kat'i deliller başlığı altında düzenleme bulunduğu için

[38] **Önder Topal**, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s.122.

[39] HUMK ispat hukuku açısından Fransız hukuku hükümlerini esas almıştır. Fransız hukukunda ticari defterlerin takdiri delil niteliğini söylenmektedir (Mebrouk, s.36).

kesin delil olarak kabul edilmekteydi^[40]. Diğer taraftan, bu husus doktrinde ağırlıklı olarak kesin delil kabul edilse de, TTK'daki bu hükme rağmen ticari defterlerin takdiri delil olduğunu savunanlar da vardı^[41]. HMK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte ticari defterlerin delil olarak hukuki niteliğine ilişkin görüş farklılıkları devam etmiştir. Ticari defterleri kesin delil olarak kabul eden görüşe göre, m.222,I ve m.222,II'de kesin delil olmaya ilişkin genel şartlar, m.222,III'te de ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesinin özel şartlarının düzenlenmesinden dolayı ticari defterlerin kesin delil olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır^[42]. Aynı görüşe göre, taraflardan birinin, kendi defterlerine göre gerçekte var olmayan bir vakıayı kaydederse, usulüne uygun tutulmuş hasmının ticari defter kayıtlarında, bu kayıt olmayacağı için kendi kaydına delil olarak dayanabileceğini ve hasmının da bu kaydın aksini senet veya diğer kesin delillerle ispatlama imkânının olabileceğini ifade etmektedir^[43]. Paralel doğrultuda bir diğer görüş de, m.222,III'te "ticari defterlerin ne zaman sahibi lehine delil olacakları değil, ne zaman kesin delil olacakları" hususları anlatılmaktadır^[44]. Yine m.222,III'teki "defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir" ibaresinden ticari defterlerin kesin delil olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır^[45].

Bu hususta daha ayrıntılı olarak açıklanan bir diğer görüşe göre^[46] ticari defterlerin delil olma niteliği açısından ticari defterin sahibi lehine delil veya aleyhine olarak kullanılması arasında ayırım yapmak gerekir. Ticari defterlerin m.222'deki şartların gerçekleşmesi halinde sahibi lehine kesin delil olarak kabul edilmelidir. Senetle ispat zorunluluğunun uygulandığı hukukumuzda

[40] **M. Kamil Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.217; **Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s.238. Aslında bu hüküm olmasına rağmen doktrinde ağırlıklı olarak kesin delil olarak nitelendirilse de, takdiri delil olduğunu savunanlar da vardı.

[41] **Topal**, s.96-104.

[42] **Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar**, Ticari İşletme Hukuku, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Onuncu Bası, Ankara 2017, s.435.

[43] **Kiraz**, s.59.

[44] **Karslı**, s.620.

[45] **Müjgan Tunç Yücel**, HMK m.222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Y.2013/2, C.9, S.25, s.122; **Levent Börü/ İlker Koçyiğit**, Ticari Dava, Ankara 2013, s.628; **İlayda İrem Polat**, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s.93.

[46] **Topal**, s.109- 117.

ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat zorunluluğunun katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır^[47]. Senetle ispatta belirli bir parasal sınır öngörülmesi, tarafların haklı olsalar dahi ellerinde kesin delil bulunmadığı için aleyhlerine sonuçlanabilir. Hukuki işlemlerin ispatında kendi ticari defterlerine dayanan taraf, şartların bulunması halinde hukuki işlemi, parasal sınır olmaksızın, kesin olarak ispat edebilir. Eğer bir belgenin aksi senet veya diğer kesin delillerle ispat edilebilecekse bu belgenin de kesin delil olduğu sonucu çıkarılabilir. Ticari defterlerinin sahibi aleyhine delil olarak kullanılmasına ilişkin m.222,III hükmü gibi açık bir hüküm bulunmasa da ticari defterlerin sahibi aleyhine delil olarak kullanılmaları halinde kesin delil olacağını kabul etmek gerekir. Nitekim ticari defterleri sahibi lehine kesin delil olarak kabul edip, sahibi aleyhine kesin delil olarak kabul etmemek doğru değildir.

Diğer bir görüş ise ticari defterleri kesin delil olarak kabul etmeyen görüştür. TTK'nun genel gerekçesine bakıldığı zaman, artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticari defterlerin doğal olarak mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini koruduğu ifade edilmiştir^[48]. Bu görüşe göre, TTK'nun genel gerekçesinden yola çıkılarak ticari defterlerin takdiri delil olduğu söylenebilir^[49].

Yargıtay ise bazı kararlarında ticari defterlerin sahibi lehine ve aleyhine kesin delil^[50] olacağını, bazı kararlarında usulüne uygun olarak tutulmamış olan ticari defterlerin sahibi lehine takdiri delil^[51] olacağını ifade etmektedir.

[47] **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.374.

[48] **Budak/ Karaaslan**, s.238.

[49] **Nihat Taşdelen**, 6102 Sayılı Ticaret Kanuna Göre Ticari Defterler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2012, C.3,S.1, s.284- 285.

[50] “Ticari defterler kesin delillerdendir. Yasada delil vasfı taşıdığı takdirde aksinin yazılı veya kesin delillerle ispatı gerektiği düzenlenmiş olduğundan yasanın ticari defterleri kesin delil olarak düzenlendiği açıkça anlaşılmaktadır. Ticari deliller kesin delillerden ise ancak HMK m.222'deki koşullar çerçevesinde ispat aracı olabilir” (Y. 15.HD, T.23.1.2017, E.2016/4087, K.2017/261, KBİBB). Aynı yönde karar için bkz. (Y. 11.HD, T.20.2.2014, E.2013/14354, K.2014/3095, KBİBB).

[51] “Mahkemece iddia, savunma ve bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre davalının 2009 ve 2010 yılı ticari defterlerinin düzenli, usulüne ve yasaya uygun tutulduğundan delil olmaz özelliği taşıdığı, davacı tarafın lehine delil olma vasfı taşıyan defter ve belgeleri ve davalı tarafın her ne kadar usulüne uygun tutmamakla

Hatta Yargıtay bir kararında gerekçe bile göstermeksizin ticari defterlerin delil başlangıcı olabileceğini de ileri sürmüştür^[52].

Kanaatimce ticari defterler birer takdiri delil olarak değerlendirilmelidir. Bu konuda gerek TTK'nun genel gerekçesinde^[53] bu durum açıklansa da, m.222,I uyarınca mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebileceği şeklinde düzenleme yapmıştır. Ticari defterlerin ibrazı üzerine bu defterlerin birbirlerini doğrulayıp doğrulamadığı bilirkişi tarafından bakılacak ve anlaşılacak aynı zamanda diğer delillerle birlikte değerlendirilip kanaat getirilecektir. Yargıtay bu konuya ilişkin kararında^[54] “*Ticari defterlerin sunulması halinde bunlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak taraf delilleri değerlendirilip sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yöndeki davacı talebi dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır*” şeklinde hüküm kurduğundan, ticari defterlerin sunulması halinde bunlar üzerine bilirkişi incelemesi yaptırılıp, taraf delilleri değerlendirilerek

lehine takdiri delil vasfı taşıyan defterlerindeki kayıtların birbiriyle örtüştüğü..” (Y. 11.HD, T.20.5.2013, E.2012/12675, K.2013/10414, Yayınlanmamış).

- [52] Topal, s.118. “Davalı davacının iddia ettiği gibi F.nin filminden dolayı doğan borcunu kabul ettiğini beyan ederek davayı inkar etmiş, ancak (Ninno Yavrum) filminin davacı tarafından dublajı yapılması için zamanı rücu olarak .. liralık bono verdiğini, bunu da ödemiş olduğunu, bu şekilde muamelenin davacının iddiasına delil teşkil etmeyeceğini de savunmuştur. Davalının bu inkarı karşısında davasını ispat davacı tarafa düşeceğinden o şekilde verilen karar üzerine ... delil listesi ile delillerini irae eylemiş ve bunlardan mektupları ibraz etmiştir. Ayrıca ticari defterlerinin incelenmesini ve tanıkların dinlenmesini istemiştir. Bu delillere karşı davalı usulün 288. maddesine dayanarak şahit dinlenemeyeceğini ve diğer delillerinde iddiayı ispata yeterli bulunmadığını savunmuş, davalı aynı kanununun 292.maddesine dayanarak mektupların delil başlangıcı sayılmasını ve bu sebeple tanıkların dinlenmesini istemiş ise de mahkeme mektuplar münderecatı bu nitelikte görülmeyle davalının bu iddiasını reddedilerek dava ispat edilmediğinden dolayı reddedilmiş bulunmaktadır. İki taraf tüccar olduğuna göre davacının ticari defterleri, ibraz edilen mektuplar delil başlangıcı sayılarak, davacının listesini verdiği şahitler dinlenmek, dublaj işi için paranın mahiyeti tespit edilmeden ve ... savunmaları da göz önünde tutularak sonuca göre karar vermek iktiza eder” (Y. TD, 8.10.1962, E.1491, K.3468, **Halil Kılıç**, Açıklamalı- İçtihatlı 6100 Sayılı HMK, C.2, Ankara 2011, s.2125–2126).
- [53] Artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticari defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır.
- [54] Karar için bkz. (Y. 19.HD, T.18.2.2016, E.2015/11427, K.2016/2597, KBİBB).

karar verilmelidir. Buradan çıkan sonuç ise, mahkemenin takdiren bir karar vereceği ve ticari defterleri kesin delil olarak değerlendirmenin isabetli olmayacağıdır. HMK m.222'nin tamamında da bu anlayış benimsenmiştir. Nitekim kesin delil olarak nitelendirilmesi istenseydi, kanun koyucu bunu aynı madde altında hüküm altına alırdı.

Ticari defterlere ilişkin bir diğer husus ise ticari defterlerin belge tanımına dâhil edilip edilemeyeceğidir. Ticari delillerin daha önceden tanımını yaptığımız belgenin tanımına dâhil edilebilirler^[55]. Ticari defter uyuşmazlık konusu vakıayı ispata elverişli bir bilgi taşıyıcısı olarak değerlendirilebilir. Ancak mahkeme bu delili doğrudan değerlendirmemekte, ticari defterler bilirkişi incelemesinden geçmektedir. Burada hâkimin delil olarak bilirkişi raporunu mu değerlendireceği yoksa ticari defterleri mi değerlendirmiş sayılacağı sorusu akla gelebilir. Her ne kadar mahkeme doğrudan ticari defterleri değerlendirmese ve hükme esas alınan bilirkişi raporu olsa da burada delil niteliğine sahip olan ticari defterlerdir. Teknik bir inceleme söz konusu olduğu için bilirkişi inceleyip doğruluk veya yanlışlığı hakkında karar verir. Oysaki ticari defterin incelemesi hâkimin yeterli bilgisi ve tecrübesi olması halinde kendisi tarafından bile bizzat yerine getirilebilir. Burada esas alınan ticari defterler olduğundan bu husus bilirkişi raporu içinde erimiş sayılmaz. Bu rapor ticari defterlerdeki bilgileri açıklar. Bilirkişi raporuyla ticari defterin delil niteliğinin çatışması söz konusu değildir.

[55] “Davacı taraf, HMK’nun 222 son maddesi uyarınca delillerini davalının defterlerine hasretmediği gibi davacı defterleri de usulüne uygun biçimde tutulmadığından ancak sahibi aleyhine delil teşkil edecektir. O halde mahkemece, davacının varlığını iddia ettiği taşıma ilişkisini ispatla yükümlü bulunduğu, sunulan faturaların tek başına bu ilişkinin varlığını kanıtlamaya yeterli olmadığı, davacı tarafın delillerini davalının ticari defterlerine hasretmediği ve ticari defterlerin aynı zamanda HMK’nun 199. maddesi kapsamında belge olduğu hususları da göz önünde bulundurularak ..sonuca göre yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yanılığlı değerlendirme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir” (Y. 11.HD, T.29.9.2015, E.2014/12592, K.2015/9631, Yayımlanmamış). Yargıtay’ın verdiği bu kararda ticari defterlerin belge olduğu izah edilmiştir. Bunu belge ile izah etmeye gerek yoktur. Nitekim HMK m.222’de ticari defterlerin belge olduğu belirlenmiş haldedir.

2. BELGE VE SENET AYRIMI

A. Genel Olarak

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilk defa hukukumuzda belge kavramı ile senet kavramı birbirinden ayrılmış, belge, senet kavramını da içine alacak şekilde bir üst kavram olarak düzenlenmiştir. Senet ve belge ayırımına ilişkin kanunda belge kavramının senet yerine kullanılmadığı ve bu sebeple senetle ispat kurallarının belge ile ispat kuralları haline gelmediği söylenebilir^[56]. Böylece belge kavramı konusundaki tereddütler ortadan kalmış ve senet kavramı ile karıştırılmaması mümkün hale gelmiştir. Ancak bir görüşe^[57] göre belgenin açık bir hükümle düzenlenmesine gerek yoktur. Çünkü senet dışındaki belgeler ya yazılı delil başlangıcı ya da kanunda düzenlenmemiş delildir. Belge kavramını kanunda açıkça düzenlemek senetle ispat zorunluluğu kuralını zora sokabilir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Herhangi bir veri taşıyıcısı, bugün anladığımız anlamda senet ya da güvenli elektronik imza ile imzalanmış elektronik verilerden daha kuvvetli bir ikna gücüne ve güvenliğe sahipse onun kesin delil olarak kabulü de kolaylaşmakta ve kanunun sistematığının bozulmasına da gerek olmamaktadır^[58].

Ayrıca belge ve senet arasında bir ayırım yapılması ve belgenin bir üst kavram olarak kabul edilmiş olması ileride meydana gelecek teknik gelişmelere daha kolay ayak uydurulmasını ve bu yönde düzenleme yapılmasını mümkün kılabilir^[59]. Nitekim bu husus m.199'un hükümet gerekçesinde de aynı şekilde belirtilmiştir. Ancak anılan madde ile farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkân tanıyacak bir tanımlama yapılmasıyla birlikte ispat hukuku açısından serbest delil sistemine geçildiğine ilişkin ilk adımın atıldığı kabul edilse de bu adımın arkası getirilememiştir.

[56] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s.397.

[57] Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.75; Baki Kuru, Yazılı Delil Başlangıcı (HMK m.202), Prof Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1383.

[58] Hakan Pekcanitez, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.25.

[59] Pekcanitez- Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, s.25.

Bu nedenle de arzulanan sonuç olan senetle ispat zorunluluğunun yumuşatılmasına ilişkin kural beklenen sonucu verememiştir. Serbest delil sistemine ilişkin atılan bu adımın arkasının gelmemesi tartışmalara yol açmışsa da bu konuda herhangi bir düzenleme halen yapılmamıştır.

B. Senetle İspat Zorunluluğu

Senetle ispat zorunluluğundan maksat, kesin delillerle ispat zorunluluğudur^[60]. HMK m.200’de hukuki işlemlerin yapıldığı zaman “belli bir miktar veya değer in üstünde olması halinde” senetle yani kesin delillerle ispat edilmesi zorunluluğuna yer vermiştir. Senetle ispat kuralı, senede verilen önemin esas olduğu, tanığın ise hukuki işlemlerin ispatı için yeterince değerli görülmediği bir anlayış çerçevesinde düzenlenen ve uygulanan bir kuraldır^[61]. HMK’ndaki bu düzenleme ile senetle ispat kuralındaki miktar sınırı, 2020 yılı itibariyle 4.480 Türk Lirası olduğu için yani HUMK dönemindeki rakamında çok üzerinde bir değerinin bulunması sebebiyle yapılan bu ciddi artış senetle ispat zorunluluğunun uygulanma alanında kayda değer oranda bir azaltma yaratabilir^[62]. Hem HUMK zamanında senetle ispatın gerek olduğu hukuki işlemin değerinin HMK’na nazaran çok düşük olması, hem de senetle ispat kuralının istisnaları çok dar olması sebebiyle senetle ispat kuralının uygulandığı hallerde yargılama tıkanmaktaydı^[63]. Bu sebeple HMK ile birlikte senetle ispat kuralına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Yapılan düzenlemeyle senetle ispat kuralına ilişkin hukuki işlemin değeri hissedilir şekilde artırıldı ve senetle ispat kuralının istisnaları genişletildi^[64].

Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralın en kuvvetli gerekçesini yalan tanıklığı önlenmesini sağlamak oluşturur^[65]. Yani, Türk hukukunda tanık

[60] **Kuru**, s.263; **Tanrıver-** Usul, s.850; **Arslan/ Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s.413.

[61] **İlhan E. Postacıoğlu**, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s.26.

[62] **Mustafa Göksu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, C.1, S.1, s.55.

[63] **H. Özden Özkaya Ferendeci**, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.2014, C.16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s.818.

[64] **Özkaya Ferendeci**, s.819.

[65] **Konuralp-** İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s.56; **Servet Türktekin**, Senetle İspat Zorunluluğu ve Sınırları, Kayseri 2010, s.59 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans

deliline olan güvensizlik bu kuralın kabul edilmesinin en belirgin göstergesidir^[66]. Bunun yanı sıra mahkemelerin işini kolaylaştırmak, yargıyı hızlandırmak ve hâkimin takdir yetkisini kısıtlamak da senetle ispat kuralının diğer konulma gerekçeleridir^[67].

Bir hukuk sisteminde ispat aracı olan delillerin türlerinin tespiti açısından katı delil sistemi ve serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Katı delil sisteminin kabul edildiği Alman hukukunda kanunda belirtilmiş olan delil türleri^[68] dışında başka bir delil ispat aracı olarak kullanılamaz^[69]. Hukukumuzda ise m.192’de “kanunda düzenlenmemiş deliller” adı altında getirilen hükümle katı delil sisteminin kabul edilmediği anlaşılır.

Hâkimin delilleri değerlendirmesi konusunda ise yine delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve kanuni delil sistemi şeklinde ikili bir sistem vardır. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemin kabul edildiği Alman hukukunda hâkim ileri sürülebilen delillerin gerçeği yansıtmadığını tespit konusunda serbestiye sahiptir^[70]. Hukukumuzda ise karma bir sistem benimsenmiştir^[71]. Şöyle ki, delil sistemi olarak hâkimin takdir yetkisinin olmadığı kesin delile dayalı kanuni delil sistemi ile hâkimi bağlamayan serbest delile dayalı takdiri delil sisteminin her ikisi de vardır^[72]. HMK m.198’de, kanuni istisnalar dışında hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği hükmü yer alsa da belirli bir parasal sınırın üstündeki hukuki işlemlerin senetle ispatını ve senede karşı senetle ispatını öngören hükümler karşısında kesin delille ispat daha çok dikkate alınmakta ve hâkimin delilleri değerlendirmesindeki serbestisi büyük oranda sınırlamaya tabi olduğu ifade edilmektedir^[73]. Başka bir deyişle hâkim delilleri değerlendirme konusunda serbest olmakla birlikte,

Tezi); **Karlı**, s.577.

[66] **Pekcanitez/ Özkes/Akkan/ Taş Korkmaz**, s.1836.

[67] **Gökler**, s.15 vd; **Karlı**, s.579 vd.

[68] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**- Delillerin Değerlendirilmesi, s.87.

[69] **Kale/ Keser**, s.704.

[70] **Kale/ Keser**, s.705.

[71] **Kale/ Keser**, s.705.

[72] **Yavuz Alangoya/ M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren- Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, Yedinci Baskı, İstanbul 2009, s.379 vd; **Özkaya Ferendeci**, s.815.

[73] **Taylan Özgür Kiraz**, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s.41.

bu ilkeye getirilen en önemli istisna hâkimin kesin delille bağlı olmasıdır^[74]. Kanuni delil sistemiyle (Alman ve İsviçre hukukunda egemen olan vicdani delil sisteminin tersi olan) bir yandan hâkimin keyfilığının önüne geçilmesi amaçlanırken diğer yandan da belirli delillerin varlığı halinde hukuki işlemlerin ispatlanmış sayılacağı öngörülmüştür^[75].

Senetle ispat kuralına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlardan bir kısmı kanuni delil sistemini diğer bir kısmı ise serbest delil sistemini savunmaktadır. Bu görüşlerden biri senetle ispat kuralının hak arama hürriyetine aykırı olduğunu, her ne kadar delil sözleşmesi yaparak bu kuralın sıkı şekil şartları ortadan kaldırılsa da hak arama, ispat ve delillerin serbestçe takdiri imkânının ortadan kalktığını savunurlar^[76]. Hatta bu kural delillerin değerlendirilmesini önlemekte olup gerçeğin bulunmasını da engeller^[77]. Çünkü senetle ispatın zorunlu olduğu hallerde senede bağlılık söz konusu olduğundan maddi gerçek yansıtılmasa bile senetle ispat kuralı gereği tanık dinletilemez^[78]. Aynı zamanda gerçeği arayan hâkimi de sınırlandırır^[79]. Modern usul hukukunda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirip, önüne getirilen delillerin iddia edilen olayların ispatına yetip yetmeyeceğine karar verebilmelidir^[80]. Ayrıca hukukumuzda maddi gerçeğe daha çok yaklaşılabilmesi için medeni usul hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, daha kapsamlı biçimde geçerli kılınmalıdır^[81].

Diğer görüş ise^[82] şekilcilik olarak ifade edilen kanuni delil sistemiyle tarafların hukuki işlem yapmadan önce düşünmeye sevk edileceği ve ani karar vermekten uzaklaşıldığı için daha isabetli kararlar verilebileceğini ifade

[74] **Serdar Nart**, Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2007, C.9, S.1, s.209.

[75] **Sema Taşpınar**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.40.

[76] **Yıldırım**- Delillerin Değerlendirilmesi, s.209.

[77] **Yıldırım**- Delillerin Değerlendirilmesi, s.218; **Recep Akcan**, Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2009, C.9, S.1-2, s.185.

[78] **Nart**, s.231.

[79] **Akcan**, s.185.

[80] **İbrahim Ermenek**, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s.169.

[81] **Yıldırım**- İlkeler, s.127.

[82] **Necmeddin M. Berkin**, İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1946, C.12, s.1183-1184.

etmektedir. Ayrıca senet, hakların ispatını kolaylaştırdığından ve hak sahiplerinin haklarını güvence altına aldığından yargılama daha kısa sürede biter. Aynı görüşü destekleyenler^[83], kanuni delil sisteminin bazı olaylarda maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olmasına rağmen faydalarının daha fazla olduğunu belirtmiştir. Hatta kanuni delil sistemi hâkimin takdir yetkisini kullanmasını engellemekle birlikte^[84] tanıkların ölümü, yalan söylemesi gibi tehlikeleri de bertaraf eder^[85]. Senetle ispat kuralının tamamen terk edilerek serbest delil sistemine geçilmesinin isabetli olmayacağı, Yargıtay kararlarıyla bu kuralın sertliğinin giderilmesi gerekliliği de ifade edilmiştir^[86]. Doktrinde daha da ileri gidilerek bu durum şu şekilde belirtilmiştir: Tanıkla ispatın bazı olaylarda gerçeğin açıklanmasına engel olma tehlikesi bulunduğundan, tanık delilinin yasaklanmasının Türkiye'deki toplumsal şartlara uygun olacağı düşünülmektedir^[87].

Peki, Türkiye'deki toplumsal, sosyal ve ekonomik şartlar bir arada değerlendirildiği zaman delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemine geçilmesi için bir ön hazırlık olarak düşünülen belge kavramından istenilen sonuca ulaşılması mümkün müdür? Ülkemizde yüzyıldan fazla bir süredir uygulanan senetle ispat kuralı önemi sebebiyle HMK'nda da aynen benimsenmiştir. Hukuki işlemlerin ispat konusunda kesin delile dayalı delil sistemini benimsemiş ülkelerde kesin delillerin önemi yadsınamaz olmakla birlikte senetle ispat kuralının kesin esaslar dâhilinde uygulanması birtakım rahatsızlıklar doğurmaktadır^[88]. Örneğin, kırsal kesimlerde kişiler maddi hukuk anlamında bir hakka sahip olmasına rağmen yargılamada bunu usulüne uygun delille ispatlayamadığı için davayı kaybettiğinden ortaya çıkan karar vicdanı

[83] **İlhan E. Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s.568; **Necip Bilge**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965, s.363.

[84] **Mustafa Reşit Belgesay**, Deliller, İstanbul 1940, s.79.

[85] **Bilge**, s.363.

[86] **Yavuz Alangoya**, Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.531; **Murat Yavaş**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s.64.

[87] Bu görüş için bkz. **Postacıoğlu**, s.592.

[88] **Abdurrahim Karlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, Üçüncü Baskı, İstanbul 2012, s.574.

zedelemekte olup bunun önlenmesi için bazı esnekliklere ihtiyaç vardır^[89]. Ancak delil serbestisi sistemine geçiş için bir düşünce zemini oluşmuş olsa ve medeni usul hukukunun asıl amacı olan maddi gerçeğe ulaşma konusu hususu öncelikli olarak düşünülse bile hukukumuzda bu hususun suistimal edilebileceği de göz ardı edilmemelidir. Özellikle ticari hayatın devamlılığı için senetle ispat kuralının uygulanmasına devam edilmesi daha isabetli olur. Aynı zamanda daha fazla tatmin etmeyen kararların verilmesine yol açar. Her ne kadar delil serbestisi sistemine ilişkin kapı aralanmış olsa da serbest delil sistemine bir bütün geçilmesi sonucuna ulaşılmamalıdır. Ancak elbette ki bu durumun ileride yapılacak olan yeniliklerin habercisi olacağı da yadsınamaz bir gerçektir^[90].

C. Senetle İspat Zorunluluğu Kuralının Kaynağı

HUMK her ne kadar İsviçre (Neuchatel Kantonu) Medeni Usul Kanunu esas alınarak hazırlanmış olsa da, HUMK'ndaki ispata ilişkin hükümler de Fransız hukukundan^[91] yararlandığı için İsviçre'de hukuk yargılamasında egemen olan delil serbestisi kuralından ayrılmıştır^[92].

Fransız hukuku, senetle ispat zorunluluğunun ve istisnalarına ilişkin HUMK hükümlerinin kaynağıdır^[93]. HUMK'nun ispata ilişkin düzenlemesinin temeli Fransız hukuku olsa da İsviçre (Neuchatel Kantonu) ve Alman^[94] hukuku hükümlerinden de etkilenen karma (eklektik) bir yapı gösterir^[95]. Esasen Fransız hukukuyla Türk hukuku karşılaştırıldığında, Türk hukukunda senetle ispat kuralının daha sıkı şekilde uygulandığı görülür^[96]. Fransız hukukunda hâkim kural olarak delilleri değerlendirme konusunda

[89] **Ahmet Metin Gökler**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat, İstanbul 2010, s.3 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi); **Belgesay**, s.79.

[90] **Özkaya Ferendeci**, s.826.

[91] **Haluk Konuralp**, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Tıpkı Basım, Ankara 2009, s.29.

[92] **Gökler**, s.26.

[93] **M. Kamil Yıldırım**, Kitap İncelemesi- Avrupa İspat Hukuku Tablosu, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s.797; **Konuralp**- İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s.14.

[94] Alman hukuk sisteminde hem hukuki işlemler hem hukuki fiiller alanında serbest delil ilkesi geçerlidir (**Yavaş**- Senetle İspat, s.38).

[95] **Taşpınar**, s.44.

[96] **Yıldırım**- İlkeler, s.119.

serbest olmakla birlikte, bu husustaki en büyük istisna hâkimin kesin delille bağlı olmasıdır^[97]. Fransız hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi hukuki işlemler önemli ölçüde senetle ispat edildiği için senedin delil olarak önemi büyük bir yer tutar^[98].

Gerek HUMK döneminde gerekse HMK döneminde senetle ispat kuralına yer verilmiştir. Belge kavramının Kanun'da çerçevesinin çizilmiş olması, delil başlangıcı ve delil sözleşmelerine yer verilmesiyle bu kural yumuşatılmaya çalışılsa da senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralından tam olarak uzaklaşamamıştır. Her ne kadar Fransız ve İtalyan hukukunda senetle ispat yasağı kuralların son zamanlarda yumuşatılması yolundaki düzenlemeler getirilse de^[99], Akdeniz ülkeleri olan Fransa, İtalya^[100] ve Yunanistan^[101] hukukunda senetle ispat kuralı korunmaktadır^[102]. Değişik hukuk sistemlerine bakıldığında, bu durumun aksine, pek çok hukuk sisteminde de hukuki işlemlerin ispatının senetle sınırlanmadığı ve hatta etkin hukuki koruma yararına delillerin serbestçe değerlendirilmesine izin verildiği tespit edilmiştir^[103].

D. Senetle İspat Kuralının Katılığının Yumuşatılması Bağlamında Delil Başlangıcı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu senede göre bir üst kavram olan belge kavramını kullanmayı tercih etmiş olmakla birlikte delil başlangıcı kavramı belge kavramının yanı sıra senetle ispat kuralının istisnası olduğu için asıl olarak senet kavramıyla ilişkilendirilebilir. Bu hususta delil başlangıcı kavramının belge odaklı yapılmış olması belge merkezli bir

[97] **Mebrouk**, s.17.

[98] **Mebrouk**, s.65.

[99] **Postacıoğlu**, s.592.

[100] İtalyan hukuk sisteminde tanığa duyulan güvensizlik sonucunda tanık delilinin yasaklanması yoluna gidilmiştir. Nitekim İtalyan hukukunda da senetle ispat kuralı geçerliliğini korur (**Yavaş**- Senetle İspat, s.40-41).

[101] Yunan hukukunda tanık deliline birçok yönden sınırlama getirilmiştir Çünkü Yuna hukuku Fransız hukukunu takip etmektedir. Belirli bir miktarı aşan hukuki işlemler bakımından senetle ispat kavramı esas alınmaktadır (**Yavaş**- Senetle İspat, s.46).

[102] **Yıldırım**- Delillerin Değerlendirilmesi, s.209; **Pekcanitez**- Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, s.26; **Göksu**, s.54; **Postacıoğlu**- Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, s.14.

[103] **Yıldırım**- İlkeler, s.127.

kanun sistematığının tercih edildiği anlamına geldiği ifade edilse de^[104] aslında bunu söylemek çok mümkün değildir. HMK m.202,II her ne kadar delil başlangıcını belge olarak değerlendirse de delil başlangıcı senetle ispat kuralının önemli istisnalarından birisidir. Ancak tabii ki belge merkezli (Kanun'un belge olduğunu ifade etmesi) bir delil başlangıcı tanımının yapılmış olması, senetle ispat kuralının istisnası olan delil başlangıcına başvuru imkânını arttırır^[105]. Belge kavramı ne kadar geniş tanımlanırsa, delil başlangıcının uygulama alanı o kadar genişler ve senetle ispat kuralları da o ölçüde sınırlanmış olur^[106]. Hukukumuzda geçerli olan hâkimin kesin delillerle bağlılığının söz konusu olduğu kanunî delil sisteminden serbest delil sistemine geçebilmek de bu sayede daha mümkün hale gelecektir^[107]. Aynı doğrultuda HUMK döneminde de yazılı delil başlangıcı olarak adlandırılan bu kurumun amacı kanuni delil sisteminin yarattığı bazı sakıncaları gidermekti^[108]. Ancak yine yazılı delil başlangıcı hükmünün varlığı kanuni delil sisteminin katı bir biçimde kabul edilmediğini de göstermekteydi^[109].

Senetle ispat zorunluluğu kuralının istisnalarından birisi olan delil başlangıcına Kanun m.202'de yer vermiştir. Buna göre, delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin ispatına tam olarak yetmeyen ancak hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olarak tanımlanmıştır.

Delil başlangıcının unsurlarına bakacak olursak öncelikle ortada bir belge olmalıdır. HUMK döneminden farklı olarak Kanun yazılılık unsurunu şart koşmamıştır^[110]. Yani delil başlangıcı olarak başvurulabilecek belgeler arasında yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları sayılabilir^[111]. Kanun'daki belge tanımının içine girdiği iddia ve ispat edilen her türlü unsura delil başlangıcı olarak dayanmak

[104] **Mazlum**, s.14.

[105] **Mazlum**, s.14.

[106] **Salih Keser**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, İstanbul 2016, s.43.

[107] **Murat Yavaş**, Hukuk Muhakemeleri Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s.542.

[108] **Konuralp**- İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s.38.

[109] **Konuralp**- Yazılı Delil Başlangıcı, s.24.

[110] **Arslan/ Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s.420; Tanrıver, s.855.

[111] **Pekcanitez/ Özekes/Akkan/ Taş Korkmaz**, s.1841.

mümkündür^[112]. Ancak bu noktada doktrinde aksi görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre^[113] m.199 anlamında senet dışındaki bir belgenin kendisi senetle ispat zorunluluğunun istisnası olmadığından delil başlangıcı sayılamaz. Aksi halde m.199'a göre senet dışındaki tam bir belge ile dahi senetle ispat zorunluluğu yerine getirilemezken, bir belgeye senetle ispat zorunluluğunun istisnası olan delil başlangıcı kuvveti tanınmış olur. Bu da kendi içerisinde çelişki barındırır. Bu nedenle senede karşı ileri sürülen delil başlangıcının yazılı olmasının gerekli olduğu^[114] ve m.199'daki senet dışındaki belgelere karşı ileri sürülen delil başlangıcının yazılı olmasına gerek olmadığı görüşündedir. Ancak Kanun'unda açıkça delil başlangıcının yazılı olma zorunluluğu düzenlenmediği için bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Delil başlangıcının diğer unsurları ise belgenin aleyhine sürülen kişi veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olması ve verilen bu belgenin, iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispata yetmemekle birlikte o hukuki işlemin varlığını muhtemel gösterecek bir yeterliliğe sahip olmasıdır^[115].

Bu üç unsurun birlikte bulunması halinde delil başlangıcının varlığından söz edilir ve o hukuki işlem hakkında tanık dinletilebilir. Yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının delil başlangıcı olarak kabul edilmesi sonucunda o hukuki işlem tanıkla da ispat edilebilir. Delil başlangıcının varlığında hâkim, hem delil başlangıcı hem de dinlenen tanık veya diğer takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek

[112] **Pekcanitez/ Özekes/Akkan/ Taş Korkmaz**, s.1842.

[113] **Kuru-** Yazılı Delil Başlangıcı, s.1385–1391; **Kuru**, s.251.

[114] Yargı uygulamasının da kararları bu yöndedir. “Davanın niteliği gereği, çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilmesine karşın, ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Hukuk Genel Kurulunun 2005/21-409 E., 2005/413 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi) yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.. varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesi mümkündür (HMK m. 202).. prime esas kazancın tespiti hususunda, hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, sigortalının imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerin varlığı araştırılmalıdır” (Y.10.HD, T.8.04.2013,E.2012/11991, K.2013/6913,KBİBB).

[115] **Arslan/ Yılmaz/Taşpınar Ayyaz**, s.420; **Tanrıver**, s.855.

bir karar verir^[116]. Ancak şu da unutulmamalıdır ki, delil başlangıcı sadece miktar ve değeri 4.480 Türk Lirasını aşan hukuki işlemin, tanığa başvurulması suretiyle ispatına olanak verirken, başlı başına bir ispat aracı olarak kabul edilemez^[117]. Sonuç olarak delil başlangıcı, başlı başına bir delil değildir^[118]. Takdiri delillerle ispat olanağını sağlayan bir müessese konumundadır ve tanık beyanı ile birlikte değerlendirilmez^[119].

Delil başlangıcına ilişkin olarak m.202'de getirilen düzenleme ile delil başlangıcı sayılabilecek olan unsurlar daha geniş olduğundan, hukukumuzdaki senetle ispat zorunluluğu önemli ölçüde yumuşatılmıştır^[120]. Senetle ispat kuralının istisnası olan delil başlangıcı kurumundaki değişiklik, senetle ispat kuralının eski sert şekilde uygulamasına engel olacaktır^[121]. Bütün bu yenilikler ispat hukuku bakımından büyük değişikliklerdir ve kanun koyucunun senetle ispat kuralının artık çok sert uygulanmasını istemediğinin bir yansımasıdır^[122]. Sonuç itibariyle gerek senetle ispat bakımından hukuki işlemlerin değerinin yükseltilmesi gerekse yazılı delil başlangıcının delil başlangıcı olarak bu kanun tarafından kabul edilmesi ispat hukuku bakımından yeni bir dönemin başladığının göstergesidir^[123].

[116] **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.376; **Pekcanitez/ Özekes/Akkan/ Taş Korkmaz**, s.1845.

[117] **Tanrıver**, s.854.

[118] **Keser**, s.33.

[119] **Mazlum**, s.90.

[120] **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.377;

[121] **Özkaya Ferendeci**, s.825.

[122] **Özkaya Ferendeci**, s.825.

[123] **Özkaya Ferendeci**, s.825.

SONUÇ

6100 sayılı HMK m.199 ile gelen belge kavramı senet kavramını da kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir. HUMK döneminde m.367'de düzenlenen özel hüküm sebepleri birçok sorunu da beraberinde getirdiği için HMK m.192 ile kanunda düzenlenmemiş diğer delillere de açıkça başvuru imkânı getirildiğinden serbest delil sistemine doğru bir adım atılmıştır. Her ne kadar hukuki işlemlerin yapıldığı zamanki miktar veya değerinin 2590 Türk Lirasının üzerinde olması halinde senetle ispat zorunluluğu kuralı halen işlerliğini korusa da gerek belgenin delil gücü gerek ticari defterlerin delil gücü gerekse delil başlangıcının alanının genişletilmesi bu kuralın yumuşatılmaya çalışıldığı anlamına gelmektedir.

Belge kavramının getirilmesiyle hem delil başlangıcı düzenlenmesinde, yazılılıkla ilişkilendirme olmaksızın, senede daha geniş bir anlam ve içerik yüklenen belge kavramını esas almak hem de kanunda düzenlenmemiş diğer delillere dayanmak suretiyle ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesine imkân verilmesi sağlanır.

Belgenin unsurları ve nelerin belge olabileceği m.199'da sayılmış olmakla birlikte belgenin delil kuvvetine ilişkin kanunda herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Bu konuda anılan maddenin hükümet gerekçesinde belgenin türüne göre delil kuvvetinin ilerleyen maddelerde düzenleneceği ifade edilse de senet hariç hiçbir belgenin delil kuvveti hüküm altına alınmamıştır. Senet hariç olmak üzere diğer belgelerin delil kuvveti kanunda yer almadığından yargı kararlarıyla açıklığa kavuşturulmak istenmiştir. Ancak yargı kararlarında da herhangi bir ortak kanıdan bahsedilmesi mümkün değildir. Bazı kararlarında kesin delil, bazı kararların takdiri delil bazı kararlarında da delil başlangıcı olarak nitelendirmiştir. Hâkimin takdiri delilleri serbestçe takdir hakkı olduğu için yargı kararlarına konu olan belgelerin delil kuvveti takdiri delil olmalıdır.

Belgelerin mahkemelere ibrazı açısından ise kanun belirli kişilere belirli durumlarda ibraz zorunluluğu yüklemiştir. Tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandığı ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etme zorunluluğu ana kuralına uymayan tarafların ve üçüncü kişilerin mahkemeye belgeyi ibraz etmemeleri halini ayrı ayrı düzenlemiştir.

Ticari defterlere ilişkin düzenlemeler HMK'da yer almış ve ticari defterlerin delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirlerini doğrulaması şarttır. Ticari defterlerin delil değerinin takdiri delil mi kesin delil mi olduğu konusunda doktrinde tartışma vardır. Belgelerden biri olan ticari defterler takdiri delil olarak kabul edilmelidir. Hem m.222 hükmü hem de TTK'nun genel gerekçesinde bu şekilde ele alması ticari defterleri takdiri delil olarak kabul edildiği anlamına gelir.

Diğer bir senetle ispat kuralının yumuşatılmaya çalışıldığı kurum ise delil başlangıcıdır. HMK m.202'da düzenlenen delil başlangıcı, HUMK'ndan farklı olarak ele alınmış ve bu hükümlerle yazılılık unsuru kaldırılmıştır. Bu sayede de senetle ispat kuralının eski sert şeklinde uygulanmasının önüne geçilmesi sağlanmıştır.

Senet ve belge kavramı ilk defa HMK ile birlikte birbirinden ayrı tutulmuş, her ne kadar senetle ispat kuralı yumuşatılmaya çalışılsa da ispat hukuku bakımından yeni bir dönemin geldiği kabul edilse de bu düşüncenin arkası getirilememiştir. Çünkü bu kuralın kaldırılmasının getireceği birtakım sıkıntılar da mevcut olduğundan bu kuralın bir bütün kaldırılması mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA^[124]

- ALAGONYA, Y.** Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- ALANGOYA, Y.** Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşa için Armağan, Ankara 2004.
- ALANGOYA, Y./
YILDIRIM, M. K./
DEREN YILDIRIM,
N.** Medeni Usul Hukuku Esasları, Yedinci Baskı, İstanbul 2009.
- AKCAN, R.** Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 9, S. 1-2.
- ARSLAN, R./
YILMAZ E./
TAŞPINAR AYVAZ,
S.** Medeni Usul Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 2017.
- AYHAN, R./
ÇAĞLAR, H.** Ticari İşletme Hukuku, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Onuncu Bası, Ankara 2017.
- BELGESAY, M.R.** Deliller, İstanbul 1940.
- BERKİN, N.M.** İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1946, C. 12.

[124] Eserler yazarların soy isimleriyle anılmış olup, aynı yazara ait birden fazla eser varsa, parantez içerisinde kısaltılmış biçimiyle gösterilmiştir. Kısaltma verilmeyen eserlere bir defa atıf yapılmıştır.

- BİLGE, N.** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965.
- BÖRÜ, L./
KOÇYİĞİT, İ.** Ticari Dava, Ankara 2013.
- ERDÖNMEZ, G.** Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, İstanbul 2011.
- ERMENEK, İ.** Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009.
- GÖKLER, A. M.** Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat, İstanbul 2010 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- GÖKSU, M.** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 1, S. 1.
- KALE, S./ KESER, S.** Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, C. 21, S. 2, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan.
- KARSLI, A.** Medeni Muhakeme Hukuku, Üçüncü Baskı, İstanbul 2012.
- KESER, S.** Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, İstanbul 2016.
- KILIÇ, H.** Açıklamalı- İçtihatlı 6100 Sayılı HMK, C.2, Ankara 2011.
- KİRAZ, T. Ö.** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, Ankara 2012.

- KONURALP, H.** Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkı Basım, Ankara 2009 (İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları).
- KONURALP, H.** Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Tıpkı Basım, Ankara 2009 (Yazılı Delil Başlangıcı).
- KURU, B.** Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006.
- KURU, B.** Yazılı Delil Başlangıcı (HMK m.202), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Ankara 2014 (Yazılı Delil Başlangıcı).
- MAZLUM, İ.** Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı, Ankara 2012 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- MEBROUK, H.** Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma, Ankara 2012.
- MUŞUL, T.** Medeni Usul Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 2012.
- NART, S.** Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. 9, S. 1.
- ÖNEN, E.** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- ÖNEN, E./BİLGE, N.** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.

- ÖZKAYA
FERENDECİ, H. Ö.** Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan.
- PEKCANİTEZ, H.** Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006 (Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme).
- PEKCANİTEZ,
H./ ATALAY, O./
ÖZEKES, M.** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Beşinci Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANİTEZ,
H./ÖZEKES, M./
AKKAN, M./TAŞ
KORKMAZ, H.** Medeni Usul Hukuku - Pekcanıtez Usul, C.2, Onbeşinci Bası, İstanbul 2017.
- POLAT, İ. İ.** Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015.
- POSTACIOĞLU,
İ. E.** Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU,
İ. E.** Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964 (Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları).
- TANRIVER, S.** Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara 2016
- TAŞDELEN, N.** 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 3, S. 1.
- TAŞPINAR, S.** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

- TOPAL, Ö.** Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015.
- TUNÇ YÜCEL, M.** HMK m. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Y. 2013/2, C. 9, S. 25.
- TUTUMLU, M. A.** Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, İkinci Baskı, Ankara 2002.
- TÜRKTEKİN, S.** Senetle İspat Zorunluluğu ve Sınırları, Kayseri 2010, s. 59 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- YAVAŞ, M.** Hukuk Muhakemeleri Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009.
- YAVAŞ, M.** Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009 (Senetle İspat).
- YILDIRIM, M. K.** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Altıncı Baskı, İstanbul 2011 (İlkeler).
- YILDIRIM, M. K.** Kitap İncelemesi - Avrupa İspat Hukuku Tablosu, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006.
- YILDIRIM, M. K.** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Delillerin Değerlendirilmesi).
- YILMAZ, E.** Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş Onuncu Baskı, Ankara 2011.



MEMURLUK GÜVENCESİ VE OHAL SÜRECİNDE YAPILAN İHRAÇ İŞLEMLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME*

Mehmet Rauf KARSLI**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5371-2886>

DOI: 10.30915/abd.742280

Makalenin Geldiği Tarih: 28.02.2019 **Kabul Tarihi:** 11.06.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Devlet Personel Uzmanı / Doktora Öğrencisi (Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku A.B.D.).

ÖZ

Modern devlet anlayışının yerleşmesiyle memurluk güvenceli bir meslek halini almıştır. Ancak farklı dönemlerde memuriyet güvencesini ihlal eden uygulamalara gidildiği görülmüştür. Memur güvencesinin kapsamı sınırsız değildir. Memurlar Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Bu çalışmada Cumhuriyet döneminde memurların görevlerinin sona ermesine neden olan uygulamalar irdelenmiştir.

OHAL süresince idari işlemlerle ve KHK eki listelere isim eklemek suretiyle ihraç işlemleri yapılmıştır. İdari işlemlerle ihraç edilenler doğrudan yargı yoluna gidebilmektedir. KHK eki listeye ismi eklenenler ise zorunlu idari başvuru yolunu takiben yargı yoluna gidebilmektedir. Çalışmada bu işlemlerin hukuki niteliği ve denetim yolları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Memurluk güvencesi, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararname, olağanüstü hal işlemlerinin yargısal denetimi, idari başvuru, idari işlemin unsurları.

A STUDY ABOUT CIVIL SERVANTS'
EMPLOYMENT SECURITY AND EXCLUSIONS
DURING STATE OF EMERGENCY

ABSTRACT

With the establishment of the modern state concept, the civil service became a secure profession. However, it has been observed that practices were violated in different periods. The scope of civil servants' assurance is not unlimited. Civil servants are obliged to act in accordance with the Constitution and laws. In this study, the practices that cause the dismissal of the civil servants in the Republic period were examined.

During the state of emergency, exclusions were made by administrative acts and decrees having the force of laws. Those excluded by administrative acts can go directly to administrative courts. Those whose name is added to the list of decrees having the force of laws can go to the Ankara administrative courts following the mandatory administrative application. In this study, the legal nature and control ways of these transactions are examined.

Keywords: Civil servants, The Inquiry Commission on the State of Emergency Measures, state of emergency decree law, judicial control of the state of emergency acts, administrative appeal, elements of the administrative act.

GİRİŞ

Memurların toplum içerisindeki durum ve konumları geçmişten bu yana sıkça tartışılmaktadır. Konu iktisat, siyaset bilimi, yönetim bilimi, tarih, sosyoloji ve psikoloji gibi birbirinden farklı disiplinler açısından ele alınabilecek genişliktedir. Bu çalışmada ise konu idare hukuku perspektifinden ele alınmıştır.

İlk etapta memurluk güvencesi tanımlanarak, kapsamı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bunu takiben günümüzde yaşanan sürecin daha iyi anlaşılmasına katkı sunacağı düşünülerek geçmişte yapılan uygulamalar ve bu uygulamaların hukuki sonuçları irdelenmiştir. Bu açıdan, sistematik olarak memurların kamu hizmetinden çıkartılmasına yönelik uygulamaların incelenmesi tercih edilmiştir. Memuriyet güvencesine ters düşmekle birlikte sistematik olmayan veya görevin sona ermesiyle sonuçlanmayan uygulamalar çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

İkinci bölümde ise öncelikle olağanüstü hal sürecinde yapılan ihraç işlemleri ve bu işlemler arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonrasında, ihraç işlemlerine karşı yapılabilecek başvurular ve bu başvurular üzerine ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar araştırılmıştır. Bu noktada ünük bir nitelik arz eden Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun vereceği kararların sonuçları ve yol açabileceği sorunlar üzerinde durulmuştur.

1. MEMURLUK GÜVENCESİ VE MEMURLUK GÜVENCESİNİ İHLAL EDEN UYGULAMALAR

1.1. Memurluk Güvencesi ve Kapsamı

Modern devlet, demokrasi ve hukuk devleti fikirlerinin yaygınlaşmasıyla birlikte iktidar adına faaliyet yürüten kişilerin birer hizmetkâr olması fikri terkedilmeye başlanmıştır. İdarenin iktidar değişimlerinden daha az etkilenmesi ve kanunlara bağlı olarak faaliyetlerini sürdürmesi gerektiği kabul gören bir ideal halini almıştır.

Bu gelişmelerin bir yansıması olarak devletin asli görevlerini yürüten kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği düşüncesi benimsenmiştir. Kanuna dayanan ve kanunun uygulanmasından kaynaklanan

genel ve sürekli durumları “*objektif hukuki durum*” olarak tanımlayan^[1] Duguit, kamu görevlisinin durumunun atama işlemine değil kanuna bağlı olduğunu belirterek kamu görevlilerinin durumunun objektif bir hukuki durum olduğunu belirtmektedir^[2]. Buna göre kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin temel kuralların kanunda yer alması gerekmektedir. Kamu görevlisinin ancak kanunla önceden belirlenen sebeplerle ve şekil ve usul kurallarına uyulmak suretiyle kamu görevinden çıkartılabilmesi “*memurluk güvencesini*” oluşturmaktadır^[3]. Buna göre bir meslek olarak memurluğu^[4] seçen kişinin keyfi olarak görevine son verilmesi mümkün değildir.

Anayasa’ya göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir^[5]. Hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ise devletin temel amaç ve görevleri arasındadır^[6]. Kanun önünde eşitlik ilkesi gereği “*devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*”^[7]. İdare, bu ilkelerin hem doğrudan bir sonucu olarak hem de hayata geçirilmelerinin zaruri bir aracı olarak yönetilenler karşısında tarafsız olmak zorundadır.

İdarenin yönetilenler karşısında tarafsız olabilmesinin ön koşulu ise kamu hizmetlerini yerine getirecek insan unsurunu oluşturan kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumluluklarının objektif esaslara dayanmasıdır. Memur hukukunun objektif esaslara dayanması yalnızca memurlar açısından bir güvence değildir.

[1] Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s.30.

[2] Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s.121.

[3] Lütfi Duran, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988, s.111.

[4] Memuriyet yasalarla düzenlenmiş bir meslektir. Bkz: Sait Güran, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980, s.126-130.

[5] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.2.

[6] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.5.

[7] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.10/5.

Memurların hangi yetkilerle donatıldığıının açık olması, aynı zamanda yönetilenler açısından da bir güvence oluşturmaktadır^[8]. Memurların, kanunu kural olarak amirlerinin yorum ve emirleri çerçevesinde uygulamaları gerekir^[9]. Kanunlarla emirlerin çelişmesi halinde memurların kanuna bağlı kalabilmesi de ancak çeşitli güvenceler altında mümkün olabilecektir. Anayasa'ya göre kamu görevlileri kanuna sadakatle yükümlüdürler^[10]. Memurların kanuna sadık kalabilmesi içinse Anayasa'nın 137'nci maddesi ile bir güvence getirilmiştir^[11]. Aynı kurala Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) da yer verilmiştir^[12]. Buna göre konusu suç teşkil etmeyen bir kanuna aykırılık hali söz konusu olduğunda amir yazılı olarak emrini tekrarlarsa memur emri yerine getirmek zorundadır. Bu noktada kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesi ile kanunun yorumundan kaynaklanan tereddütler

-
- [8] Emre Akbulut, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.146.
- [9] Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.601.
- [10] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.129/1 “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.*”
- [11] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.137 “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*”
- [12] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.11 “*Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*”

arasında bir denge kurulmak istendiği söylenebilir^[13]. Konusu suç teşkil etmeyen ancak kanuna aykırı bir emri yazılı ısrar üzerine yerine getiren memurun sorumluluğundan söz edilememekte ve bu müessese memur için bir güvence teşkil etmektedir. Öte yandan konusu suç teşkil eden bir emri yerine getiren memur sorumluluktan kurtulamamaktadır. Ceza hukuku açısından^[14] da kanunun emrinin yerine getirilmesi ile amirin emrinin yerine getirilmesi arasında bir ayrıma gidilmiştir. Kanunun emrini yerine getirenin cezai sorumluluğundan bahsedilemezken^[15], amirin konusu suç teşkil eden emrini yerine getiren memur cezai sorumluluktan kurtulamamaktadır^[16]. Buna karşın memurun kastı bulunmaması halinde cezada belirli oranda indirimle gidilmektedir^[17].

Dolayısıyla, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin hayata geçirilebilmesi için kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesinin büyük bir önem arz ettiği söylenebilir. Statünün kanunla düzenlenmesi ise memurlar açısından bir güvencedir. Anayasa Mahkemesi de statünün kanunla düzenlenmesinin memurlar için bir güvence teşkil ettiğini belirtmektedir^[18]:

“Anayasa’nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilerek, memurlar ve diğer kamu görevlileri

-
- [13] Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, TODAİE Yayınları No:132, Ankara, 1972, s.39.
- [14] Konunun ceza hukuku açısından kanunsuz emir konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- [15] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.24/1 “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”
- [16] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.24/3 “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”
- [17] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.27/1 “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.”
- [18] Anayasa Mahkemesi, K.G. 16/01/2014, E:2013/110– K:2014/8, 09/05/2014 tarihli ve 28995 sayılı RG.

maddede sayılan özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu konuların kanunla düzenlenmesi memurlar için güvencedir.

Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, yasal düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz.”

Statünün esaslı unsurlarının kanunda gösterilmesi ve kanunda öngörülen haller dışında memurun görevine son verilememesi, diğer haklarından mahrum bırakılmaması memurluk güvencesinin temelini oluşturmaktadır. Cumhuriyet Dönemi’nde memur statüsünü düzenleyen ilk kanun olan 788 sayılı Memurin Kanunu’nun 59’uncu maddesinde “*İdareten azil mülgadır*” hükmüne yer verilerek memurların kanunlarda öngörülen sebepler dışında görevine son verilmesinin önüne geçilmek istenilmiştir. Günümüzde de yürürlükte olan, DMK’nin “Güvenlik” kenar başlıklı 18’inci maddesinde yer alan “*Kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilmez, aylık ve başka hakları elinden alınamaz.*” ifadesi doktrinde kabul edilen görüşün açık bir yansıması niteliğindedir.

Memurlara sağlanan güvenceler statünün kanunla düzenlenmesi ile sınırlı değildir. Tutum, konuya ilişkin incelemesinde statünün kanunla düzenlenmesi yanında, kadrosuz memur çalıştırılmamasını, görev ve yer değiştirmeye ilişkin esasları, kanunsuz emre itiraz hakkını, disiplin ve ceza kovuşturmasında memura haklar tanıyan düzenlemeleri, vatandaşların açtığı davaların idare aleyhine açılabilmesini, memurlara örgütlenme hakkı tanınmasını ve memurların isnat ve iftiralara karşı korunmasını da bir çeşit memurluk güvencesi olarak ele almıştır^[19].

Memur güvenceleri, memuru devlete karşı koruyan ve memuru yönetilenlere karşı koruyan güvenceler olarak iki ana grup altında ele alınabilir^[20].

Tutum memurların yönetilenlere karşı güvencesinin isnat ve iftiralara karşı koruma^[21] olduğunu ve bunun da uygulamada pek işlemediğini

[19] Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, TODAİE Yayınları No:132, Ankara, 1972.

[20] Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, s.11.

[21] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.25 “*Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı*

belirtmektedir^[22]. Ancak, kişilerin uğradıkları zararlar aleyhine açacağı davalarda tarafın idare olması da memurların yönetilenler karşısında sahip olduğu önemli bir güvencedir^[23]. Bu güvence ile memur kişisel kusuru sabit oluncaya kadar herhangi bir mali yükümlülük altına girmemektedir. Kişisel kusuru bulunan memurlara ise idarece tazmin edilen tutar kusurları oranında rücu edilmektedir. Öte yandan kamu görevlilerine karşı işlenen suçların cezalandırılmasında ağırlaştırıcı hükümler bulunması da memurların görevleri esnasında yönetilenler karşısında sahip oldukları önemli bir güvencedir.

Memurların devlet organlarına karşı korunmasında daha kapsamlı ve çeşitli güvenceler geliştirilmeye çalışılmıştır. Memurluk güvencesinin sağlanmasında en önemli aşama memurun amirleri ve iktidar karşısında korunmasıdır. Ancak bu konuya değinmeden önce memurların yasama ve yargı organları karşısındaki güvencelerine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Memurların yasama organı karşısındaki güvencelerinin anayasada yer alan bazı temel ilkelerin^[24] yasama sürecinde memur statüsü düzenlenirken göz önünde tutulması olduğu söylenebilir^[25]. Memurluk güvencesinin temelinde statünün kanunla düzenlenmesi olduğunu belirtmiştik. Yasama organının statüyü düzenlerken birtakım kurumlardan sadece bahsetmesi

ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler.”

[22] Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, s.11.

[23] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.129/5 “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13/1 “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

[24] Bu ilkeler için bkz: Mehmet Rauf Karslı, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı (Anayasa’nın 128. Maddesi Çerçevesinde Bir İnceleme)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.52-61.

[25] Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, s.11-12.

yeterli değildir. Kurallara ilişkin çerçevenin ve esaslı unsurların kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Ancak, memur statüsüne ilişkin önemli pek çok kurumun kanunda sadece zikredildiği ve konunun idarenin düzenlemelerine terkedildiği görülmektedir^[26]. Burada idareye bırakılan alan uzmanlık ve tekniğe ilişkin detayların yanında uygulamanın özünü teşkil edecek esasların tespitini de içermektedir.

Yargı organı karşısında ise memurlara tanınan güvence memurların görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlar aleyhinde yapılacak soruşturmalarda ve haklarında açılacak davalarda özel hükümlerin uygulanmasıdır^[27]. Kovuşturma açılmadan önce ilgili merciden izin alınması Anayasa ile güvence altına alınmış bir ilkedir^[28]. Konuya ilişkin detaylar ise özel bir kanunla düzenlenmiştir^[29]. Yargılama izni verilmemesi mutlak bir koruma sağlamamaktadır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yargılama izni verilmemesine karşı Danıştay veya Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilmesi mümkündür. Memurluk güvencesinin en önemli unsuru açıktır ki memurların amirleri ve iktidar gücünü elinde bulunduran siyasiler karşısında birtakım haklara sahip olmasıdır. Tanım gereği bir hiyerarşi içerisinde yer alan memurun tüm işlem ve eylemleri amirlerinin denetimi altındadır.

[26] Konuya ilişkin bir örnek olarak: “DMK’nin 50’nci maddesinin birinci fıkrası ilk defa Devlet memuru olarak atanacakların açılacak sınavlara girmelerini ve bu sınavlarda başarı göstermeleri kuralını getirmektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise sınavlara ilişkin hiçbir esas getirmeksizin konunun yönetmelikle düzenlenmesini öngörmekte, hatta yönetmelikte belirlenecek görevlere sınava tabi tutulmadan atama yapılmasına da imkân tanımaktadır. Hâlbuki DMK’de sınav şartından muaf tutulan istisnai memurluklar (m.59), istisnai memurluklara atanacaklarda aranacak şartlar (m.60) ve istisnai memurlara uygulanacak kurallar (m.61) belirlenmiştir. Dolayısıyla, idareye sınavların yapılış usulüne ve sınavlarda geçerli ilkelere ilişkin hiçbir sınırlama getirilmeksizin, hatta sınav şartını kaldırmayı da olanaklı kılan bir düzenleme alanı bırakılması Anayasa’nın 70’inci ve 128’inci maddeleri açısından tartışmalıdır.” Mehmet Rauf Karlı, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, s.66-67.

[27] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.24 “Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.”

[28] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.129/6 “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”

[29] 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun.

Aynı şekilde memurun önceden belirlenmiş kurallar içerisinde statüsünde meydana gelecek değişiklikler de amirlerinin iradesiyle gerçekleşmektedir.

Memur hukuku kural olarak objektiftir. Amirlerin emirlerindeki personele eşitlik içerisinde muamele etmesi ise Anayasa’da yer alan hukuk devleti ve eşitlik ilkesinin memur hukukuna bir yansıması niteliğindedir^[30]. İdarenin, görevde yükselme, nakil, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma gibi memur açısından önemli pek çok konuda karar alırken geniş bir takdir imkânı bulunmaktadır. Bu konularda takdir yetkisinin kullanılması esnasında, hizmet gerekleri yanında ölçülülük ve eşitlik ilkelerine de riayet edilmesi gerekmektedir.

Bir örnek vermek gerekirse “*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*^[31]” memurluktan çıkarmayı gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Hangi hareketlerin memuriyetle bağdaşmayacağı konusu ister istemez kişisel yargıları da içerecek derecede geniş ve muğlak bir ifadedir. Erem’in belirttiği gibi yüz kızartıcı fiillerin hangileri olduğu kesinlikle belirli değildir ve bu konuda oluşacak yanlış bir değerlendirme ağır sonuçlara yol açabilir^[32]. Buna karşın Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır^[33]:

“İdarenin faaliyetleri çok çeşitli, karmaşık ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesi güçtür. Kuralın incelenmesinden de görüleceği üzere memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici

[30] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.10 “*Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar. Amir, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranır. Amirlik yetkisini kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar içinde kullanır. Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez ve maiyetindeki memurdan hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz, hediyesini kabul edemez ve borç alamaz.*”

[31] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.125/E-g.

[32] Faruk Erem, Yüz Kızartıcı Suç Kavramı, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2, Ankara, 1976, s.172-173.

[33] Anayasa Mahkemesi, K.G. 16/01/2014, E:2013/110– K:2014/8, 09/05/2014 tarihli ve 28995 sayılı RG.

hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin çizildiği anlaşılmaktadır.”

Mahkeme, DMK'nin yer değiştirme suretiyle atamalar için de yeterli çerçeveyi belirlediği görüşündedir^[34]:

“Vergi Müfettişlerinin yer değiştirme koşulları KHK'da belirtilmemiş olmasına karşılık 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesinde Devlet memurlarının yer değiştirme suretiyle atamalarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan Kanun'un 72. maddesinin birinci fıkrasında 'Kurumlarda yer değiştirme suretiyle atanmalar; hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye'nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılır.' denildiğinden genel kanun niteliğinde olan 657 sayılı Kanun'un anılan hükmünün aksine bir hüküm bulunmadığı sürece Vergi Müfettişlerinin yer değiştirme suretiyle görevlendirilmelerinde de uygulanacaktır. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından yürütme organına tanınan yetkinin sınırlarının belirli olduğu ve temel ilkelerinin kanunla belirlendiği açıktır.”

Memurların görevde yükselmesinde ise sadece şef ve şube müdürlüğü düzeyinde atamalar için sınav yapılması öngörülmektedir^[35]. Açık Anayasa hükmüne^[36] rağmen üst düzey görevlere atanacaklara ilişkin hizmet süreleri^[37] dışında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Memurların yükselme niteliği taşımayan görev değişikliklerinde de idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır^[38].

[34] Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/11/2017, E:2017/51– K:2017/163, §21, 21/12/2017 tarihli ve 30277 sayılı RG.

[35] Buna göre şef olabilmek için yazılı sınavda, şube müdürü olabilmek içinse yazılı sınavda ve takiben sözlü sınavda da başarılı olmak gerekmektedir. (Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik).

[36] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.128/3 “Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Faruk Günay, Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.62, Ankara, 2006, s.152-172.

[37] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.68/B

[38] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.76/1 “Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro

Öte yandan, memurların kadrolarının kaldırılması^[39] ya da görev yaptıkları kurumun özelleştirilmesi^[40] nedeniyle işsiz kalmaları söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda Devlet Personel Başkanlığı (DPB) ilgililerin başka kurum ve kuruluşlara atanmasını teklif etmekte ve mevzuatında gösterilen süreler içerisinde ilgililer görevlerine başlamaktadırlar. Dolayısıyla, memurların mali haklarının güvence altına alındığı söylenebilir.

Belirttiğimiz üzere kanunla getirilen güvenceler çoğu zaman idareye çok geniş bir düzenleme ve takdir yetkisi bırakmaktadır. Anayasa ve kanunlarla sağlanan güvencelerin hayata geçirilebilmesi ve işlerlik kazanmasında etkili bir yargısal denetimin önemi yadsınamaz. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulması yönetilenler kadar memurlar için de önemli bir güvence teşkil etmektedir. Keza, DMK'de kanunların uygulanması için idareye başvurmak^[41] yanında yargı yoluna başvurmak^[42] da memurlara tanınan haklar arasında sayılmıştır. Elbette, böyle bir hüküm olmaksızın da memurlar kendilerine uygulanan işlemler aleyhine dava açabilirlerdi. Ancak, yargısal denetim bu hükümle bir hak olarak memur statüsüne dahil edilmiş ve statünün bir unsuru haline almıştır. Türkiye'de yaşanan tecrübeler de memurluk güvencesini sağlamada yargısal denetimin önemini göstermektedir. Kanunlarla bırakılan geniş takdir ve düzenleme alanı içtihat ile geliştirilen ilkeler çerçevesinde şekillenmektedir. Etkili bir yargısal denetimin varlığı halinde idarenin hukuka uygun ve nesnel davranma eğiliminin artacağı açıktır.

derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.”

[39] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.91.

[40] 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m.22.

[41] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.17. “*Devlet memurları, bu kanun ve bu kanuna dayanılarak yayınlanan tüzük ve yönetmeliklere göre tayin ve tesbit olunup yürürlükte bulunan hükümlerin kendileri hakkında aynen uygulanmasını istemek hakkına sahiptirler.*”

[42] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.21/1 “*Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayet ve dava açma hakkına sahiptirler.*”

1.2. Cumhuriyet Döneminde Memurluk Güvencesini İhlal Eden Uygulamalar

Cumhuriyetin kuruluşundan kısa sayılabilecek bir süre sonra memur statüsü etraflı biçimde ve dönemin doktrininde benimsenen ilkelere uygun biçimde düzenlenmiştir^[43]. Çok partili hayata geçişe kadar memur statüsünde önemli gelişmeler sağlanmış ve memurluk itibarlı bir meslek halini almıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan ekonomik gelişmeler ve çok partili hayata geçişle birlikte memur statüsü ve memurların hakları tartışmalara neden olmuştur^[44].

Demokrat Parti döneminde enflasyonist kalkınma modeli benimsenmiş ve memurların toplum içerisindeki ekonomik konumlarında ve prestijlerinde önemli gerilemeler yaşanmıştır^[45]. Parti yetkilileri pek çok söylemlerinde de memurların korunaklı konumlarını eleştirmişlerdir^[46]. Bu dönemde memurluk güvencesini ihlal eden ve yargı denetimine kapatılan başlıca iki uygulamaya başvurulmuştur:

- i. Re'sen emekliye sevk,
- ii. Vekalet emrine alma.

1.2.1. Re'sen Emekliye Sevk İşlemleri

1953 yılında 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 39'uncu maddesinde 30 fiili hizmet yılı olarak düzenlenmiş olan re'sen emekliye sevk yaşı 25 fiili hizmet yılına indirilmiş ve bu işlemler aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır^[47]:

“Bu fıkra hükümlerine göre re'sen emekliye sevk edilenler hakkındaki kararlar katidir. Bu kararlar aleyhine hiçbir suretle kaza mercilerine başvurulamaz.”

[43] 31/03/1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanunu.

[44] Cahit Tutum, **Türkiye'de Memur Güvenliği**, s.79-80.

[45] Mehmet Göküş, Demokrat Parti Döneminde Türk Kamu Bürokrasinin Genel Görünümü, **Selçuk Üniversitesi İ.İ.B.F. Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, S:5, Konya, 2003, s.44-55.

[46] Cahit Tutum, **Türkiye'de Memur Güvenliği**, s.81-86.

[47] 09/07/1953 tarihli ve 6122 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi. (11/07/1953 tarihli ve 8455 sayılı RG.)

1954 yılında çıkarılan bir kanunla aynı madde yeniden düzenlenerek uygulama genişletilmiştir^[48]. Uygulamadan memurların yanında yüksek yargı mensupları ve öğretim üyeleri de etkilenmiştir.

Re'sen emeklilik işlemlerine karşı yargı yolu kapalı olmasına karşın Danıştay şeklen ve kanundaki kurallara uyulup uyulmadığını denetlemek üzere minimum denetim yoluna gitmiştir^[49]. Danıştay söz konusu hükmü faaliyete geçmesini takiben Anayasa Mahkemesine taşımıştır. Mahkeme konuya ilişkin kararında 1961 Anayasası ile kanunlarla idari işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmasına imkân tanınmadığını ifade etmiştir^[50]:

“...İdarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz”. Şeklindeki Anayasanın 114 üncü maddesi de, kazai denetimi bütün idari eylem ve işlemlere teşmil etmek suretiyle Devlet faaliyetlerinin kazai denetim sistemini tamamlamış bulunmaktadır. Anılan 114 üncü madde hükmü, bu konuda hiç bir tereddüt ve şüpheye yer vermiyecek kadar kesin ve açıktır. Nitekim bu maddenin gerekçesinde, bir çok kanunlarda, o kanunlara ilişkin idari kararlara karşı kazai müracat yollarının kapatılmış bulunduğu bir vakıa olduğu ve bu hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı açık olmakla beraber, bundan böyle, geçmiş tatbikatta olduğu gibi, her hangi bir tereddüde yer ve imkân vermemek maksadiyle yeni Anayasa’da bu maddeyi sevke zaruret görüldüğü belirtilmiştir.”

1.2.2. Vekalet Emrine Alma

Vekalet emrine alma ilk olarak 1931 yılında Memurin Kanunu’nda yapılan bir değişiklikle uygulamaya konulmuştur^[51]:

“Her derece ve sınıftaki memur lüzumu sabit olduğu takdirde tayinindeki usule göre mensup olduğu vekâlet emrine alınabilir. Bu takdirde on beş seneden aşağı hizmeti olanlara dörtte bir, on beş seneden yirmi seneye kadar hizmeti olanlara üçte bir, yirmi seneden fazla hizmeti olanlara

[48] 21/06/1954 tarihli ve 6422 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi. (25/06/1954 tarihli ve 9702 sayılı RG.)

[49] Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunun 8/4/1960 günlü ve 1960/80 sayılı kararı.

[50] Anayasa Mahkemesi, K.G. 30/01/1963, E: 1962/262– K: 1963/21, 11/03/1963 tarihli ve 11352 sayılı RG.

[51] 788 sayılı Memurin Kanunu’nun 23/03/1931 tarihli ve 1777 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle değişik 60’ıncı maddesi. (29/03/1931 tarihli ve 1760 sayılı RG.)

yarım maaş verilir. Bu tarzda vekâlet emrine alınanlardan hizmet müddeti on beş seneden aşağı olanlar en çok üç, on beş seneden yukarı olanlar en çok beş sene zarfında hizmete tayin olunamazlarsa haklarında tekaüt kanununa göre muamele yapılır.”

Buna göre “lüzumu sabit” olması halinde memurlar vekalet emrine alınacaktır. Vekalet emrine alınan memura hizmet yılına göre maaşının dörtte biri ile yarısı oranında bir maaş ödenecektir. Vekalet emrinde yine hizmet sürelerine göre üç ila beş yıl kalan ve başka bir göreve atanamayan memurlar ise mevcut hizmet süreleri üzerinden emekliye sevk edilecektir.

1936 yılında çıkartılan bir Kanun ile uygulama yeniden düzenlenmiştir^[52]. Bu düzenleme ile uygulama detaylandırılmış; kesintili maaş ödenecek sürelerle vekalet emrinde geçirilebilecek azami süreler ayırıştırılmıştır. Kesintili maaş ödenebilecek süreler kısaltılırken ve vekalet emrinde geçebilecek azami süreler uzatılmıştır. Dolayısıyla, hizmet süresine göre iki ila üç sene eksik maaş olarak vekalet emrinde bekleyen bir memur bu sürelerin sonunda aynı süre kadar maaşsız olarak bir göreve atanmayı ya da kendisine bir görev teklif edilmesini bekleyecektir. Bu süre içerisinde kendilerine teklif edilen muadil veya bir derece aşağıda görevi kabul etmeyenler ise emekliye sevk edilecektir. Dolayısıyla bu düzenleme ile vekalet emrine alma işleminin özüne

[52] 788 sayılı Memurun Kanunu'nun 06/03/1936 tarihli ve 2919 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle değişik 60'ıncı maddesi: “Her derece ve sınıftaki memur lüzumu sabit olduğu takdirde, tayinindeki usule göre mensub olduğu vekâlet veya umum müdürlüğün emrine alınabilir. Bu takdirde on beş seneden aşağı hizmeti olanlara dörtte bir, on beş seneden yirmi seneye kadar hizmeti olanlara üçte bir, yirmi seneden fazla hizmeti olanlara yarım maaşları nisbetinde; hizmet müddetleri on beş seneye kadar olanlar için iki sene ve hizmetleri on beş seneden yukarı olanlar için üç sene müddetle maaş verilir. Bu müddetler, memurun vekâlet emrine alındığı tarihten başlar.

Yukarıdaki hükme göre vekâlet emrine alınan memurlardan vekâlet emrine alındıkları tarihten itibaren hizmet müddeti on beş seneye kadar olanlar dört sene ve hizmet müddeti on beş seneden yukarı olanlar altı sene zarfında buldukları dereceye muadil veya bir derece aşağısındaki bir memuriyete tayin edilmeyenlerle tayin bulunduğu halde o memuriyeti kabul etmeyenler haklarında Tekaüd Kanununun 13 üncü maddesi hükümleri mecburî olarak tatbik edilir. Şukadar ki, memur bu müddeti beklemezsizin kendi hakkında Tekaüd Kanununun tatbikini isterse mecburî hizmet müddetini doldurmuş olmak veya 1237 numaralı kanunun hükmünüükümünetirmiş bulunmak şartile bu isteği kabul edilir. Ancak muhakeme altına alınmış memurlar hakkında Tekaüd Kanununun tatbik mecburiyeti muhakemenin neticesine bırakılır.” (21/03/1936 tarihli ve 3259 sayılı RG.)

dokunulmamakla birlikte vekalet emrine alınan memurun maaş alacağı sürelerle emekliliğe sevki için gereken sürelerin ayrıştırıldığı ve emekliye sevkini geciktirildiği söylenebilir.

Memurin Kanunu'nda yer verilen vekalet emrine alma uygulaması “lüzumunun sabit olması” gibi büyük ölçüde takdire dayanan ve kişisel yargılar çerçevesinde başvurulabilecek bir yol olarak düzenlenmiştir. Buna karşın bu düzenleme çerçevesinde yapılan vekalet emrine alma işlemlerine karşı yargı yoluna gidilmesi mümkündür.

Demokrat Parti Dönemi'nde Danıştay kararları neticesinde vekalet emrine alma uygulamasının işlemez bir hal aldığı öne sürülmüştür. İktidar, kırtasiyeciliğin ve mevzuatın “aşırı himayesinin” önüne geçilerek vekalet emrine alma uygulamasına işlerlik kazandırılması gerektiğini savunmuştur^[53]. Bu doğrultuda, yasama çoğunluğunu elinde bulunduran Demokrat Parti vekillerince verilen bir teklifle vekalet emrine alma uygulamasını özel bir kanunla düzenlemiştir^[54].

6435 sayılı Kanun askeri personel dışındaki tüm kamu görevlilerini kapsamına almıştır Kanuna göre akademisyenler, Maarif Vekilince re'sen vekalet emrine alınabilecektir^[55]. Hakimlerin kendi kanunlarında gösterilen usule göre vekalet emrine alındıktan sonra 6435 sayılı Kanun'da gösterilen kurallara tabi olacağı belirtilmiştir^[56]. Ayrıca, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan müesseselerde de idare, müessese veya teşekkül emrine almak suretiyle görevden uzaklaştırma yapılması yoluna gidilmiştir. Dolayısıyla vekalet emrine alma uygulamasının hem personel hem de teşkilat bazında

[53] Cahit Tutum, **Türkiye'de Memur Güvenliği**, s.89-90.

[54] 05/07/1954 tarihli ve 6435 sayılı Bağlı Buldukları Teşkilât Emrine Alınmak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanun. (08/07/1954 tarihli ve sayılı 8749 RG.)

[55] 6435 sayılı Kanun m.2. “*Bu kanunun birinci maddesi, üniversitelerin kurulu kadrolarına dâhil bilûmum mensupları hakkında senatonun mütalâası alındıktan sonra tayinlerindeki usule bakılmaksızın Maarif Vekili tarafından re'sen tatbik olunur.*”

[56] 6435 sayılı Kanun m.1/1 hakimlerin kapsam dışında olduğu belirtilmektedir. Ancak dördüncü fıkrada “*2556 sayılı Hâkimler Kanununun 82 nci maddesi hükmü mahfuzdur. Ancak mezkûr madde mucibince vekâlet emrine alınan hâkimler hakkında bu maddenin 2 ve 3 üncü fıkraları ve bu kanunun 3 üncü maddesi hükümleri tatbik olunur.*” denilmektedir.

genişlediği ve askeri personel haricinde tüm kamu personelini kapsamına aldığını söylemek mümkündür.

Uygulamanın kapsamının genişlemesinin yanında vekalet emrinde geçirilebilecek azami süre altı ay olarak belirlenmiştir^[57]. Vekalet emrinde geçirilebilecek sürenin diğer uygulamalara göre çok kısa tutulması yanında 6435 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Yargı yolunun kapatılması yanında idari başvuru dahi yapılamayacağını belirtmesi ise çarpıcıdır^[58]:

“Bu kanun gereğince ittihaz olunacak vazifeden uzaklaştırma karar ve muamelelerinden dolayı bu muameleyi tatbik eden idare ve şahıslar aleyhinde hiçbir idari ve adli kaza merciine müracaat olunamaz.”

Vekalet emrine alma işlemleri hakkında hukuki ve idari denetim yolları kapatılmak istenilmiş ve işlemi tesis edenlere de güvence sağlanmıştır. 1959 yılında Fransız Personel Uzmanı Maurice Chailloux-DANTELE tarafından hazırlanan “*Türkiye’de Devlet Personeli Hakkında Bir Araştırma*” da konuya ilişkin önemli tespitlerde bulunulmuştur^[59]:

“6435 sayılı kanunun müsaade etmekte olduğu üzere ve muayyen bir müddet zarfında geri alınmayan işten uzaklaştırma kararı otomatik olarak azile inkılap ettiği, sebep bildirilmeksizin ve kendisine bir kazaî makama müracaat imkanı verilmeksizin bir memuru, bir profesörü, bir hâkimi işinden uzaklaştırmak, hem bir başka hata, hem de Hukuk Devleti mefhumuna karşı işlenmiş bir kusurdur.

Bu kanun bütün teminat sistemini ilga etmektedir. Çok az tatbik edilmesi şayanı şükran olmakla beraber bu kanun, dairelerdeki muhiti zehirleyen bir tahdit olarak kalmaktadır.”

[57] 6435 sayılı Kanun m.1/3.

[58] 6435 sayılı Kanun m.3.

[59] **Hükümete Sunulan Yabancı Uzman Raporları (1949-1959 Yılları Arasında)**, DPB Yayınları No:7, Ankara, 1963, s.123.

Memurluk Güvencesi ve OHAL Sürecinde Yapılan
İhraç İşlemleri Üzerine Bir İnceleme

Kanun	Kapsam	Personelin Hizmet Süresi (PHS)	Ödenecek Maaş Oranı	Maaş Ödenecek Süre	Azami Bekleme Süresi	Yargı Yolu
1931 (1777)	Memurlar	15 > PHS	1/4	3 yıl	3 yıl	Açık
		15 ≤ PHS ≤ 20	1/3	5 yıl	5 yıl	
		20 < PHS	1/2	5 yıl	5 yıl	
1936 (2919)	Memurlar	15 > PHS	1/4	2 yıl	4 yıl	Açık
		15 ≤ PHS ≤ 20	1/3	3 yıl	6 yıl	
		20 < PHS	1/2	3 yıl	6 yıl	
1954 (6435)	Askeri personel hariç tüm kamu personeli	15 > PHS	1/4	6 ay	6 ay	Kapalı
		15 ≤ PHS ≤ 20	1/3	6 ay	6 ay	
		20 < PHS	1/2	6 ay	6 ay	

Tablo 1: Vekalet emrine alma uygulamalarının karşılaştırması

1924 Anayasası'nın 8'inci maddesinde “*Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.*”, 103'üncü maddesinde ise “*Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsaklanamaz ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.*” hükümlerine yer verilmiştir. Buna karşın re'sen emekliye sevk ve vekalet emrine alınma işlemlerine karşı yargı yolu yasa ile kapatılmıştır.

Öğretide, bu Anayasa hükümlerinden yola çıkarak genel mahkemelerin önlerine gelen davalarda Anayasa'ya aykırı buldukları kanun hükümlerini ihmal etmek suretiyle denetim yapmasının önünde bir engel bulunmadığını savunanlar olmuştur^[60]. Bu görüşü benimseyen yazarlar iptal davası için açık düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu kabul etmekle birlikte, genel

[60] Hüseyin Nail Kubalı, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1958, s.95 (Nakleden: Yılmaz Aliefendioğlu, Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve

mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapabilmesi için açık düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığını savunmuşlardır.

Onar, Sarıca ve Belgesay'ın dâhil olduğu başka bir grup yazar ise anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için Anayasa'da açık bir dayanak bulunması gerektiğini savunmuşlardır^[61].

Uygulamada bu iki farklı görüşü benimseyen kararlara^[62] rastlanmakla birlikte Yargıtay Temyiz Hukuk Genel Kurulu doğrudan Anayasa'yı uygulamak suretiyle kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğini kabul etmemiştir^[63].

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu konuya ilişkin olarak verdiği ilk kararda^[64] mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu

İtiraz Yolu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, s.103).

- [61] Amerika Birleşik Devletleri örneğinin bu görüşe ilham kaynağı olduğu görülmektedir. Anayasa yargısının ilk kez bu ülkede içtihat yoluyla uygulama bulduğu kabul edilmektedir. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşın içtihatla bu yol açılmıştır. (Amerikan Federal Mahkemesi'nin 1803 tarihli 'Marbury v. Madison' kararı.) (Metin Kıratlı, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:212-194, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966, S.11.
- [62] Hâkim Refik Gür tarafından verilen 7/4/1952 tarihli ve 132/216 sayılı ısrar kararı bu konuda meşhur bir örnek olarak gösterilebilir: "...Bizde Anayasanın yukarıda arz ve münakaşa edilen hükümleri, ruh ve prensipleri, kaza organına tanınan müstakil hüviyet ve durumun delâleti dolayısıyla, mahkemelerin yalnız inceledikleri hukukî hâdisenin sınırı ve çerçevesi içinde kalmak, ona şamil ve maksur olmak kayıt ve şartıyla, Anayasa hükümlerinin yürürlüğü ve dokunulmazlığı mürakabesini yapmaları ve o kanunda Anayasaya aykırı hükümler bulunduğu takdirde hâdiseye tatbikten çekinmeleri, Anayasa hükmünün hiç bir sebep ve bahane ile savsanamıyacağı ve işlerlikten alıkonamıyacağı yolundaki temel, esas ve kaidelerin kaidesi olan düsturun başlıca tezahürü ve garantisini teşkil eder." Karar metni için bkz: Selçuk Özçelik, Mahkeme İçtihatları, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:21, Sayı:1-4, İstanbul, 1957, s.482-496.
- [63] Yargıtay Temyiz Hukuk Genel Kurulunun 03/12/1952 tarihli ve E:4/209/96, K:140 sayılı kararı. Karar ve kararın eleştirisi ile o dönemde kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine ilişkin öğretilerdeki görüşlerin özeti için bkz. Selçuk Özçelik, Mahkeme İçtihatları, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:21, Sayı:1-4, İstanbul, 1957, s.482-496.
- [64] Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 28/01/1950 tarihli ve E.1949/318, K.1950/22 numaralı kararı.

denetleyemeyeceğini kabul etmiş, ancak emekliye sevk edilme işleminin iptali istemiyle açılan bir davada mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu inceleyebileceğini kabul etmiştir^[65].

Danıştay bu dönemde kanunlar ve olgular arasında bir fark bulunması halinde minimum denetim yoluna gitmiştir. Başka bir ifadeyle vekalet emrine alma ya da re'sen emekliye sevk işlemlerinin dayanağı olan sebepleri irdelemeksizin uygulamanın kanunda gösterilen usul ve sürelerle uyularak yapılıp yapılmadığını denetlemiştir. Vekalet emrine alınmış bir memurun kanunen tanınan bir hak olan istifasının kabul edilmeksizin emekliye sevk edilmesini iptal eden bir kararında şu gerekçeye yer vermiştir^[66]:

“Memurların vekalet emrinde 6 aylık müddeti doldurmuş olduğu ileri sürülmek suretiyle emekliye sevk olunması vekalet emri müessesini cezai mahiyete sunmuş olacağından memur hukuku ve adalet prensipi ile kabili telif olamaz. Çünkü bir memurun emekliye sevk muamelesi ile istifasının muameleye konulması arasındaki netice hukukiyeler ayrı ayrıdır. İstifa eden memurun istifası muameleye konulursa hizmet müddeti tam değilde noksanını tamamlamak için tekrar devlet memuriyetine intisap eder. Halbuki emekliye sevk muamelesi böyle değildir. Tekrar memuriyete intisabında T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 102 nci maddesi kısmen

[65] 5250 Sayılı Kanun geçici 2'nci maddesi, yetersizlikleri gerekçesiyle emekliye sevk edilecek memurların, emekliye sevk işlemine karşı yargı yolunu kapatmakta ve bu işlemlere karşı ne adli ne de idari yargıda dava açılmayacağını öngörmekteydi. Davacı, bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu, zira Anayasa hükümleri karşısında hiçbir kanunun bireylerin, kendileri hakkında tesis edilmiş idari işlemlere karşı yargı yoluna başvurmaktan men edemeyeceğini ileri sürmüştür. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, söz konusu kararında, kanunların Anayasa'ya aykırı sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanamayacağını belirterek, emekliye sevk işlemine karşı yargı yoluna gidilemeyeceğine ilişkin hükmü yorum ile aşarak, davayı esastan incelemiştir. (Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 30/03/1950 tarihli ve E.1949/320, K.1950/128 numaralı kararı.) Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: Kemal Galip Balkar, Hukuk Tekniğinin Kudreti, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, Ankara, 1960, s.203-209; Kemal Galip Balkar, Esas ve Salahiyet Yönlerinden Hukuka Aykırı Kararların İptali Talebiyle Açılan Davalarda Meydana Gelen Önemli Meseleler, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 4, Ankara, 1960, s.248-256.

[66] Danıştay Beşinci Dairesi, K.T. 04/11/1959, E:1959/1201, K:1959/2352 (Aktaran: Kemal Galip Balkar, **Hukuk Tekniğinin Kudreti**, s.207.)

memur lehine bir hüküm kabul etmişse de memurun eski vaziyeti ile yeni vaziyeti hukukiyesi arasında farklar vardır.”

Danıştayın tutumu döneminde övgüyle karşılanmıştır. Keza, yargısal denetim dışında tutulmak istenilen bir alanın asgari ölçülerle de olsa denetlenmesi önemlidir. Ancak bu denetimde işlemin sebebinin teşkil eden ve öznel değerlendirmelere açık “lüzumunun sabit olması” kanısına nasıl ve hangi gerekçelerle varıldığı araştırılmamaktadır.

1961 Anayasası’nda hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla önemli pek çok ilke ve mekanizmaya yer verilmiştir. İdarenin tarafsızlığının sağlanması amaçlanmış ve memurluk güvencesi de ilerleme kaydetmiştir. Ancak 27 Mayıs 1960 sonrasında yaşanan geçiş döneminde re’sen emekliye sevk ve vekalet emrine alma işlemleri devam etmiş ve bir tasfiye hareketine girişilmiştir^[67]. Yayımlanan bir Başbakanlık Genelgesiyle, alt görevlerde bulunan personelin tasfiye sürecinden etkilenmesinin tepkilere neden olacağı belirtilerek hassas davranılması istenilmiştir^[68].

1.2.3. Sıkıyönetim Komutanının İstemi Üzerine Göreve Son Verme

12 Eylül 1980 darbesi sonrasında 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nda yapılan bir değişiklikle sıkıyönetim komutanlarına kamu personelinin görev yaptıkları kurum veya kuruluştan görevden uzaklaştırılmasını ya da görevine son verilmesini isteme yetkisi verilmiştir^[69]:

[67] Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, s.96.

[68] “1- Bazı Bakanlıklarla İktisadi Devlet Teşekküllerinin muhtelif sebeplerle bilhassa küçük memurları işlerinden uzaklaştırmakta, oldukları öğrenilmiştir. Bu gibi muamelelerin vatandaşlar arasında huzursuzluk yaratacağı malumdur.

2- Tasfiye muamelelerinde, daha ziyade hizmete zararlı olmuş ve olabilecek mesul mevkilerdeki eşhas üzerinde durulmalıdır.

3- Ablâksızların vazifelerinden uzaklaştırılmaları tabiidir. Bu sebep haricinde küçük memur, müstahdem ve işçilerden kanunen suç işlemiş olanlar hakkında kanun ve talimatnameleri hükümlerince muamele yapılmalıdır.

4- Hâlen nezaret altında bulunan eşhasa yakınlıkları sebebiyle veya partizan olduklarını dair yapılmış ihbarlar yüzünden işine son verilmiş küçük memur, müstahdem ve işçilerin vazifelerine iadeleri cihetine gidilmelidir.

Buna göre hareket olunmasını rica ederim.” (02/07/1960 tarihli ve 10541 sayılı RG.)

[69] 2301 sayılı 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesine ve Bazı Hükümler Ekleneğine Dair Kanun m.1.

“Sıkıyönetim komutanlarının; bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre atanması veya işine son verilmesi, yerel yönetimde çalışanların görevden uzaklaştırılması veya işlerine son verilmesi hakkındaki istemleri ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirilir.”

Buna göre, sıkıyönetim komutanlarına bölgelerindeki kamu görevlilerinin;

i. Genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülmeleri,

ii. Hizmetlerinin yararlı olmaması,

halinde görevden uzaklaştırılmalarını ya da görevlerine son verilmesini talep etme yetkisi tanınmıştır. İlgili merci talepleri derhal yerine getirmekle yükümlü tutulmuştur. Personeli hakkında işlem yapılması istenilen idarenin takdir yetkisi bulunmadığı dikkate alındığında sıkıyönetim komutanının talebinin bir emir niteliğinde olduğu söylenebilir.

Sıkıyönetim Kanunu’na 1982 yılında eklenen geçici bir maddeyle de sıkıyönetim komutanlarının talebi üzerine görevine son verilenlerin “bir daha” kamu görevine dönemeyecekleri belirtilmiştir^[70]:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2 nci maddesine 19/9/1980 tarih ve 2301 sayılı Kanunla eklenmiş bulunan fıkra hükümlerine göre, sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilenlerin durumları; sıkıyönetim komutanlıklarınca yeniden tetkik edilip, kamu hizmetlerinde görevlendirilemeyecekleri tespit edilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar. Bunlar hakkında tabi oldukları; 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu veya diğer sosyal güvenlik kurumları hakkındaki kanun hükümleri uygulanır.”

Sıkıyönetim komutanlarının talimatıyla her statüden pek çok kamu görevlisinin görevine son verilmiş ya da görev yeri değiştirilmiştir. Bu işlemlerden tanınmış öğretim üyeleri de etkilenmiş, konu kamuoyunda uzunca müddet tartışılmıştır.

[70] 28/12/1982 tarih ve 2766 Sayılı Kanun’un geçici maddesi.

Öte yandan, 1982 Anayasası'nın geçici 15'inci maddesinin son fıkrası^[71] ile darbe döneminde çıkarılan kanunların Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi önlenmiştir.

Sıkıyönetimin sona ermesini takiben görevine son verilenlerden bazıları görevlerine iade edilmelerini talep etmiş; netice alamayınca da konuyu idari yargıya taşımıştır. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu konuya ilişkin kararında^[72] önemli bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Öncelikle sıkıyönetim komutanlarına verilen yetkinin belirsizliği ve memurluk güvencesi açısından ne ifade ettiği tespit edilmiştir:

“... Görüleceği üzere sıkıyönetim komutanının takdirine esas alacağı nedenlerin tanımını yapmak, oluşumunu saptamak, niteliğini ve sınırlarını ortaya koyabilmek oldukça güçtür ve bu nedenler, büyük ölçüde kişisel değerlendirmelere bağlı olarak değişebilecek bir özellik göstermektedirler. Özellikle “hizmetleri yararlı olmamak” nedeni, sıkıyönetim komutanlarının uzmanlık alanı dışında kaldığından, kamu idarelerine ve bu idarelerin yetkili yöneticilerine, sıkıyönetim komutanlarına öneride bulunmak suretiyle, kendi statüleri içinde sahip olmadıkları, kişisel yargılarına bağlı yeni bir yetki sağlamış ve bu yolla çok sayıda kamu görevlisinin işlerine son verme imkanı ortaya çıkmıştır. Bu yetkiye dayanılarak yapılan idari işlemlerin her türlü denetimin dışında tutulması, yetkinin kamu yararı dışındaki amaçlarla da kullanılmasına müsait bir ortam oluşturmuştur. Böylece 18.3.1926 günlü, 788 sayılı Yasanın 59 uncu maddesinde kaldırıldığı açıklanan “idareten azil” müessesesi yeniden ihdas edilmiş ve Türk kamu personeli hukuku 1926 yıllarının gerisine götürülmüştür.”

Kararda, herhangi bir usul ve savunma hakkının da tanınmadığı ve bu durumda hatalı işlemler yapılmasının olası olduğu saptandıktan sonra Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen hükümlerin Anayasa'ya ve hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yorumlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir:

[71] “Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.” Düzenleme 2010 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

[72] Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, K.T. 07/12/1989 E: 1988/6, K: 1989/4.

“Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki bir yasanın, kabul ve yürürlük tarihi itibariyle Anayasanın geçici 15. maddesi kapsamında olduğu için, Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyecek olması, onun mümkün olduğu ölçüde, Anayasa’ya uygun olarak yorumlanmasına engel değildir. Anayasa Mahkemesinin 28.9.1984 günlü, 1 sayılı kararında (AMKD, Cilt 20, Sh:450) da belirtildiği gibi Anayasa’nın 15. maddesi kapsamına giren yasaklardaki kuralların “Anayasa’nın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları” hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.”

Bu yaklaşım neticesinde Kanun’da geçen “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” ifadesinin sadece sıkıyönetim dönemini kapsayacak şekilde yorumlanmıştır:

“Söz konusu hükümdeki “bir daha” deyiminin dilimizde, tüm zamanı kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılması mümkün olduğu gibi, belli bir zaman dilimi ile sınırlı olarak da kullanılması mümkündür. Deyimin yoruma müsait olan bu kullanım biçimi, içinde yer aldığı hükmün de hukuk kurallarına uygun olarak yorumunu mümkün ve müsait hale getirmektedir.

2766 sayılı Yasanın gerekçesi ve Danışma Meclisindeki “tartışmalar “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” hükmünün sürekli bir yasaklama hükmü olarak ele alındığını göstermektedir. Ancak sadece yasanın gerekçesine bağlı kalınarak yapılacak bir yorumun bizi, yasanın kabul edildiği tarihteki koşullarda belirlenmiş bir sonuca götüreceği açıktır. Son derece dar ve sınırlı olan bu yorum yolu ile, sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine işine son verilenlerin sıkıyönetim kalktıktan sonra da kamu görevlerinde çalıştırılmayacakları sonucuna varılması haksız ve olumsuz birçok uygulama sorununu da beraberinde getirecektir.”

Karar sıkıyönetim komutanının isteğiyle görevine son verilenlerin görevlerine tekrar başlamalarının önündeki hukuki engeli kaldırmıştır. 1994 yılında çıkartılan bir kanunla da ilgililerin müracaat etmeleri halinde tekrar görevlerine atanabilecekleri hüküm altına alınmıştır^[73]. Ancak bu düzenlemeye göre ilgililere çalışmadıkları dönem için bir ödeme yapılması ve açıkta geçen sürelerin hizmette geçmiş gibi değerlendirilmesi mümkün değildir.

[73] 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Kanun geçici m.2.

2. OLAĞANÜSTÜ HAL KAPSAMINDA YAPILAN İHRAÇ İŞLEMLERİ VE MÜRACAAT YOLLARI

Olağanüstü Hal (OHAL) Anayasa'nın 119'uncu ile mülga 120 ve 121'inci maddelerinde düzenlenmiş bir olağanüstü yönetim usulüdür. Usulüne uygun olarak, OHAL ilan edilmesi halinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun yetki kanunu bulunmaksızın kanun hükmünde kararname (KHK) çıkartması mümkündür^[74]. Bu kapsamda çıkartılacak KHK'lerle Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenlemeler yapılmasının önünde de anayasal bir engel yoktur^[75]. Bu kapsamda Anayasa'ya aykırı tedbirlerin alınmasına da imkân tanınmıştır. Ancak her hâlükârda milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemeli ve ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir^[76]. Ayrıca, hiçbir şartta “*savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*”^[77]

Öte yandan, OHAL KHK'si çıkartma yetkisinin yer ve zaman yönünden sınırlandırıldığını söylemek mümkündür^[78]. Buna göre OHAL KHK'leri ile ancak OHAL kapsamında olan bölgelerde ve OHAL süresiyle sınırlı olarak düzenleme yapılması mümkündür.

Belirtilen bu kısıtlamalara karşın, OHAL KHK'lerinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi mümkün değildir^[79]. Ancak, Anayasa Mahkemesi 2016 yılına kadar benimsediği içtihadında bir KHK'nin OHAL KHK'si

[74] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası mülga m.122/son. (Hükümet sisteminin değişmesiyle söz konusu madde yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak konu döneminde yürürlükte olan mevzuat çerçevesinde ele alınmıştır.)

[75] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.91/1.

[76] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.15/1.

[77] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.15/1.

[78] Metin Günday, OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, Ankara, 2017, s.31.

[79] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.148/1.

başlığı taşıyıp taşımadığına bakmaksızın yukarıda belirtilen kısıtlamalara uyulup uyulmadığını incelemiştir^[80].

15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişimini takiben 20/07/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı^[81] ile Anayasa'nın 120'nci maddesi çerçevesinde OHAL ilan edilmiş^[82] ve bu karar T.B.M.M. tarafından onaylanmıştır^[83]. OHAL ilanını takiben yayımlanan 668 sayılı OHAL KHK'sinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi içtihadını değiştirmiştir^[84]:

“Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvuru usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre nitelendirilebilir. Hangi kriter esas alınırsa alınsın yapılan nitelendirmenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'lerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir. (§19)

...

Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'si şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır. (§22)”

[80] Söz konusu içtihadla ilişkin kısa bir değerlendirme için bkz: Metin Günday, **OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum**, s.32-34.

[81] 21/07/2016 tarihli ve 29777 sayılı RG.

[82] Gözler, yaşanan hadisenin bir ayaklanma olarak nitelenmesinin ve OHAL değil sıkıyönetim ilan edilmesi gerektiği görüşündedir. (Kemal Gözler, 15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, Ankara, 2017, s.41-42.)

[83] 21/07/2016 tarihli ve 1116 sayılı Karar, 22/07/2016 tarihli ve 29778 sayılı RG.

[84] Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/10/2016, E:2016/167– K:2016/160, 04/11/2016 tarihli ve 29878 sayılı RG.

Karara göre OHAL KHK'lerinin anayasa yargısınca denetlenmesi mümkün değildir. Bu konuda denetim yetkisi münhasıran T.B.M.M.'ye aittir^[85].

2.1. İhraç İşlemleri

Anayasa'nın 8'inci maddesinde yürütmenin Anayasa ve kanunlara uygun olarak faaliyet göstereceği 123'üncü maddesinde ise idarenin kanunla düzenleneceği^[86] hüküm altına alınmıştır^[87]. Bu hükümler ve hukuk devleti ilkesinin açık bir sonucu olarak idare kanuna uygun hareket etmek zorunda ve faaliyetlerinde kanunla kendisine tanınan yetkinin çerçevesi içerisinde kalmalıdır.

Anayasa koyucu idareyi kanunlara riayet etmekle yükümlü kılan bu açık düzenlemelerin yanında kamu hizmeti içerisindeki her bir bireyin de Anayasa ve kanunlara sadık kalmasını hedeflemiştir^[88]:

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.”

1982 Anayasası'ndan önceki anayasalarda rastlanmayan bu hükmün yaşanan olumsuz tecrübelerin bir ürünü olduğu düşünülebilir. Hükmün gerekçesinde *“Kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak görev yapacakları ilkesine Anayasada yer verilerek açıklık kazandırılmıştır.”* ifadesine yer verilerek sadakat ilkesinin anayasal düzeyde hükme bağlanmasına ihtiyaç bulunduğu belirtilmiştir.

[85] *“Bu amaç çerçevesinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinde olağanüstü dönem KHK'larının Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması ve bunların TBMM'ce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün TBMM İçtüzüğü'nde belirlenmesi öngörülmüştür. Bu itibarla Anayasa, olağanüstü hâl süresince olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağanüstü hâl KHK'sı çıkarma yetkisini, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, bunları denetleme yetkisini ise yasama organına vermektedir.”* Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/10/2016, E:2016/167– K:2016/160, (§16), 04/11/2016 tarihli ve 29878 sayılı RG.

[86] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.123/1 *“İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.”*

[87] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.8 *“Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”*

[88] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.129/1.

DMK öncesi döneme göz atıldığında Memurin Kanunu'nda kanunsuz emir müessesesine yer verilmekle birlikte^[89], sadakat yükümlülüğünün açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Anılan Kanun'un 39'uncu maddesi ise bu açıdan ayrıca önem arz etmektedir:

“Kanunun ve nizamnamelerde sarahat olmayan ve hakkında emri mahsus bulunmayan mesailde memurların içtihadî hareketleri caizdir.”

Bu hükümlerden yola çıkarak, Memurin Kanunu döneminde memurların kanuna aykırı faaliyet göstermeleri önlenmek istenilmişse de kanunda açıklık bulunmayan konularda kendi takdirleri çerçevesinde hareket etmelerine imkân tanındığı söylenebilir^[90]. Bu açıdan, kamu hizmetlerinde sürekliliğin sağlanmasına dönük bir düzenleme görüntüsü vermekle birlikte kanunlara sadakat yükümü açısından daha esnek bir yaklaşımın benimsendiği düşünülebilir.

Memurların sadakat ödevi 1965 yılında yayımlanan DMK'nin 6'ncı maddesinde *“Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına sadakatla bağlı kalmak ve Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar.”* şeklinde düzenlenmiştir^[91]. 1982 yılında yapılan değişiklikle bu ifadeye yemin usulü de eklenmiştir. Dolayısıyla, 1960 ve 1980 öncesinde yaşanan hadiselerle duyulan tepkiler neticesinde memurların Anayasa'ya ve kanunlara sadakat yükümlülüğü ilk olarak yasal daha sonra anayasal bir düzenleme halini almıştır. Buna ilaveten kanunda bir yemin düzenlemesine gidilerek sadakat pekiştirilmek istenilmiştir.

Kamu görevlilerinin, kamu yararı dışında bir amaçla organik hiyerarşileri dışında bir organizasyon içerisinde örgütlenmek ve kamu gücü kullanmak suretiyle faaliyet göstermeleri hukuk devleti ve kanuni idare ilkeleri ile sadakat yükümlülüğünün doğrudan ihlal edilmesine neden olacaktır. Elbette kamu görevlilerinin bir anayasal hak olarak sendikal örgütlenmeye gitmeleri ya da dernek kurmaları mümkündür. Sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesinde ayırt edici olan unsur kamu gücünün kamu yararı dışında bir amaçla kullanılmasıdır.

[89] 31/03/1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanunu m.40.

[90] 19/09/1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun “İçtihadî hareket” başlıklı 27'nci maddesi hala yürürlüktedir.

[91] 23/07/1965 tarihli ve 12056 sayılı RG.

15 Temmuz 2016 günü yaşanan darbe girişiminin ve bu girişimi önceleyen birtakım illegal faaliyetlerin arkasında Fethullahçı Terör Örgütü (FETÖ) / Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak adlandırılan örgütün bulunduğu belirtilmektedir^[92].

OHAL ilanını takiben yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin^[93] verdiği yetkiye dayanılarak idarelerce ve sonradan çıkartılan bazı OHAL KHK'lerinin ekinde doğrudan isimlerine yer verilmek suretiyle iki farklı yöntemle “*terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen*”^[94] kişiler kamudaki görevlerinden ihraç edilmişlerdir.

2.1.1. İhraç İşlemlerinin Usulü

i. İdari İşlemlerle İhraç

OHAL ilanını takiben çıkarılan ilk OHAL KHK'si olan 667 sayılı KHK ile kamu kurum ve kuruluşlarına MGK tarafından tespit edilen oluşumlara mensup olduklarını ya da bu oluşumlarla iltisaklı olduklarını değerlendirdikleri personeli ihraç etme yetkisi tanınmıştır. KHK'de genel olarak ilgili bakanın belirleyeceği kurulun bir değerlendirme yapması ve bunun üzerine yine ilgili bakanın imzasıyla personelin görevine son verilmesi usulüne yer verilmiştir^[95]. İlgili bir bakanın bulunmaması halinde^[96] ise bu yetkiler atamaya yetkili amir tarafından kullanılacaktır. Buna göre, personelin^[97]

[92] FETÖ/PDY'nin devlet içerisinde örgütlenmesine, terör örgütü ilan edilmesine ve darbe girişimindeki rolüne ilişkin özet bir bilgi için bkz: Anayasa Mahkemesi, 04/08/2016, E:2016/6 (Değişik İşler) – K:2016/12 (Karar Bilgi Bankası)

[93] 667 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Kanun olarak yasalasmıştır.

[94] Bu ifadeye 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ve sonrasında gelen OHAL KHK'lerinde yer verilmiştir. Ancak, diğerlerinden farklı olarak 668 sayılı OHAL KHK'sinin 2'nci maddesinde “*Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan*” ifadesine yer verilmiştir.

[95] 667 sayılı OHAL KHK'si m.4/1.

[96] Örneğin Kamu Denetçiliği Kurumu.

[97] KHK, işçi statüsünde olanlar dahil olmak üzere tüm kamu personelini kapsadığı için memur ya da kamu görevlisi ifadeleri yerine “personel” ifadesi tercih edilmiştir.

durumu öncelikle görev yaptığı idare içerisinde oluşturulan kurul tarafından değerlendirilecektir. Kurulun yapacağı değerlendirme istişari niteliktedir. Nihai kararı verecek olan ilgili bakan ya da ilgili bakan bulunmayan kurumlar için atamaya yetkili amirdir. Hakimleri ve savcılarını ihraç yetkisi HSYK'ye tanınmıştır^[98]. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay başkanı, daire başkanı ve üyeleri hakkında ise kendi kurullarınca ihraç tedbiri uygulanabilecektir^[99].

İhraç işlemine göreve son verme dışında da sonuçlar bağlanmıştır:

“[G]örevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır^[100].”

[G]örevlerine son verilenlerin silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar^[101].”

KHK'ye göre, ihraç edilenlerin bir daha kamu hizmetlerinde herhangi bir şekilde görev almaları mümkün değildir. Bu kişilerin arızı olarak yürüttükleri üyelik görevleri de ihraçla birlikte sona ermektedir.

[98] 667 sayılı OHAL KHK'si m.3/1.

[99] 7 sayılı OHAL KHK'si m.3/1 “Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; Danıştay daire başkanı ve üyeleri hakkında Danıştay Başkanlık Kurulunca; hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi daire başkanı ve üyeleri hakkında Başkanlar Kurulunca; Askeri Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Başkanlar Kurulunca; askeri hâkimler hakkında Millî Savunma Bakanının başkanlığında, Millî Savunma Bakanı tarafından birinci sınıf askeri hâkimler arasından seçilecek iki askeri hâkimden oluşan komisyonca ve Sayıştay meslek mensupları hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcılığı ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.”

[100] 667 sayılı OHAL KHK'si m.4/2.

[101] 667 sayılı OHAL KHK'si m.4/3.

ii. KHK Eki Liste ile İhraç

667 sayılı OHAL KHK'si sonrasında çıkartılan 668 sayılı OHAL KHK'sinde ve sonrasında çıkartılan bazı OHAL KHK'lerinin eklerinde ihraç edilen kamu personeli liste halinde yer almıştır. Bu işlemler kamuoyunda da sık sık tartışmalara neden olmuştur. Kural olarak düzenleyici bir işlem niteliğinde olan KHK'lerle doğrudan birel işlem tesis edilmesi, örneğine sık rastlanılmayan bir uygulamadır.

Gözler'e göre darbe teşebbüsünü takiben 668 sayılı KHK ile askeri personelin liste halinde ihraç edilmesi olası bir darbe teşebbüsünü önlemek açısından istisnai bir uygulama olarak kabul edilebilir^[102]. Yazar, bunun dışında kalan süreçlerin bürokratların sorumluluktan kaçması ve hak arama özgürlüğünün kısıtlanması gibi nedenlerle 667 sayılı KHK ile gösterilen usul yerine doğrudan KHK ile gerçekleştirilmesinin makul kabul edilemeyeceğini savunmaktadır.

Bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla ihraç edilenlerin sayısı 117.000'i aşmıştır. İhraç işlemleri kamuoyunda sıkça tartışmalara neden olmuş ve zaman zaman FETÖ/PDY ile ya da diğer terör örgütleri ile ilgisi olmayanların da ihraç edildiği iddia edilmiştir^[103]. Durumlarının tekrar değerlendirildiği anlaşılan yaklaşık 1800 kişi ise bu süreçte KHK'lerin eklerine isimleri konulmak suretiyle görevlerine iade edilmiştir.

iii. OHAL Sonrası İhraç İşlemleri

OHAL 18/07/2018 tarihi itibarıyla tekrar uzatılmamak suretiyle kalkmıştır. OHAL'in kalkmasıyla birlikte KHK eki listede isimlerine yer vermek suretiyle ihraç işlemi tesis etme imkânı da ortadan kalkmıştır.

Buna karşın, 7125 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen geçici 35'inci madde ile kamu personelinin üç yıl süreyle idari işlemlerle ihraç edilmesine yasal dayanak oluşturulmuştur. Getirilen düzenleme 667 sayılı OHAL KHK'sinde benimsenen ihraç usulünün büyük bir benzerlik göstermektedir. Buna göre, genel olarak ilgili bakanın onayı ilgili bakan bulunmaması halinde ise atamaya yetkili amirin onayı ile kamu personelinin

[102] Kemal Gözler, **15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme**, s.46.

[103] Kemal Gözler, **15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme**, s.49-50.

görevine son verilmesi mümkündür. Hâkim ve savcıların ise HSK kararı ile görevlerine son verilebilecektir. Yüksek yargı mensupları ise genel kurul veya kurulacak komisyonun vereceği kararla ihraç edilebilecekleridir^[104].

2.1.2. İhraç İşlemlerinin Niteliği

Anayasa Mahkemesi iki üyesinin meslekten çıkartılmasına ilişkin verdiği Kararda^[105] ihraç işlemlerine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Karar, 667 sayılı KHK çerçevesinde bir idari işlem niteliğinde olmakla birlikte Mahkemenin konuya ilişkin görüşlerini yansıtmaya açısından önemlidir:

i. İhraç İşlemlerinin Amacı ve Kapsamı

“Olağanüstü hâli gerekli kılan konu, 667 sayılı KHK’nın amacı ile 3. ve 4. maddelerinde düzenlenen tedbirlerin kapsamı ve mahiyeti birlikte dikkate alındığında, anılan tedbirler vasıtasıyla başta FETÖ/PDY olmak üzere terör örgütlerine veya MGK’ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen kişilerin tamamının tüm kamu kurum ve kuruluşlarından çıkarılması sonucuna ulaşılmak istendiği anlaşılmaktadır. (S78)”

Mahkemeye göre, ihraç işlemlerinin amacı milli güvenliğe karşı faaliyet yürüttüğüne MGK tarafından karar verilen yapılara mensubiyeti bulunan veya bunlarla iltisakı veya irtibatı olduğu değerlendirilenlerinin tamamının

[104] 375 sayılı KHK geçici madde 35/1-A “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; Danıştay daire başkanı ve üyeleri hakkında Danıştay Başkanlık Kurulunca; hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunca, askeri hâkimler hakkında Milli Savunma Bakanının başkanlığında, Milli Savunma Bakanı tarafından birinci sınıf askeri hâkimler arasından seçilecek iki askeri hâkimden oluşan komisyonca ve Sayıştay meslek mensupları hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.”

[105] Anayasa Mahkemesi, K.T. 04/08/2016, E:2016/6 (Değişik İşler) – K:2016/12 (Karar Bilgi Bankası)

kamu ile ilişinin kesilmesidir. Buna göre, OHAL ilanının sebep unsurunu teşkil eden darbe girişiminden^[106] sorumlu tutulan FETÖ/PDY yanında MGK'nın milli güvenliğe karşı faaliyet yürüttüğünü karara bağladığı diğer yapılar da kapsamdadır.

ii. İrtibatlı ve İltisaklı Olma

“[M]addeye göre meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba “üyelik” veya “mensubiyet” şeklinde olması zorunlu olmayıp “iltisak” ya da “irtibat” şeklinde olması da yeterlidir. (§85)

Son olarak maddede, terör örgütleri veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile üyeler arasındaki bağın “sübut” derecesinde ortaya konulması aranmamıştır. Böyle bir bağın Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca “değerlendirilmesi” yeterli görölmüştür. Buradaki değerlendirme Genel Kurulun salt çoğunluğunda oluşacak bir “kanaati” ifade etmektedir. Kuşkusuz bu kanaat cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak sadece meslekte kalmanın uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeden ibarettir. (§86)”

Mahkemeye göre ihraç tedbirinin uygulanması için üyelik ya da mensubiyet derecesinde bir bağlantıya ihtiyaç bulunmamaktadır. Kişilerin terör örgütleri ve milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu belirtilen yapılarla birlikte hareket ettiği kanaatine varılması yeterlidir.

Birinci bölümde yer verilen örneklerde olduğu gibi bir kanaate varılması esnasında kişisel görüş ve yargıların rol oynaması ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimalin farkında olan Mahkeme keyfilikten uzak durulması gerektiğini belirtmektedir:

“[B]u kanaate varılabilmesi için belli bir tür delile dayanma zorunluluğu öngörölmemiştir. Bu kanaatin hangi hususlara dayanılarak oluşacağı Genel Kurulun salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan belli bir kanaate varılırken keyfilikten uzak durulmasıdır. (§87)”

[106] Kemal Gözler, **15 Temmuz Kararnemeleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme**, s.40.

Mahkemeye göre, ihraç işlemi için özel bir tür delile ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşın iltisaklı olma kanaatine varılırken somut olaylara dayanılmalı^[107] ve keyfilikten uzak durulmalıdır.

667 sayılı KHK’de bu KHK çerçevesinde “*karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz*”^[108] hükmü yer almaktadır. Hüküm karar alıcılara bir güvence sağlayarak gereken tedbirleri alma iradesini güçlendirmekle birlikte, karar süreçlerine kişisel yargı ve kanaatlerin karışmasına da imkân verebilecek bir niteliktedir. Buna karşın kamu yararı dışında bir amaçla hareket edilmesinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır.

iii. İhraç İşleminin Niteliği

“[M]eslekten veya kamu görevinden çıkarma; adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütleri ile milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran “olağanüstü tedbir” niteliğindedir. (§79)”

Burada ihraç işlemleri olağanüstü tedbir olarak nitelendirilmektedir. Adli veya disiplin suçları karşısında yürütülen süreçlerden farklı bir yaptırım söz konusudur. Dolayısıyla, bu süreçlerdeki iddia ve savunma mekanizmaları ihraç sürecinde işletilmemiştir^[109]. Bu noktada ihraç işlemlerinin OHAL çerçevesinde başvuru olan olağanüstü tedbirler olduğu konusunda bir tereddüt bulunmadığı söylenebilir.

Mahkeme ihraç işlemlerinin doğurduğu sonuçların ise geçici olmayan, nihai sonuçlar olduğu görüşündedir. Öncelikle, Karar idari bir işlem niteliğinde olduğuna ve 667 sayılı OHAL KHK’sine dayanılarak yapılan bu

[107] “Şüphesiz yukarıda belirtilen bağın bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken, yetkili kurulları belli bir kanaate ulaştıracak nedenler her somut olayın özelliğine göre değişebilecektir.” (§88).

[108] 667 sayılı KHK m.9.

[109] Altıparmak, bu süreçte öncelikle ilgilinin görevden uzaklaştırılması ve bu süreç içerisinde soruşturma yapılması gerektiği görüşündedir. (Kerem Altıparmak, Ölü Doğan Çoçuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, Ankara, 2017, s.77.)

işleme karşı yargı yolu açık olduğuna göre “nihai sonuç” ifadesinin idari kesinliğe atıf yaptığını kabul etmek gerekir. Ancak daha sonra Danıştay, doğrudan OHAL KHK’siyle gerçekleştirilen bir işleme ilişkin bir kararında bu paragrafa yer vermiştir^[110].

Geçici olmamanın ise neyi ifade ettiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Danıştayın eski içtihadı ve OHAL tedbirlerinin OHAL süresince geçerli olacağı kabulünden yola çıkıldığında ihraç işlemlerinin de belirsiz bir süre için geçerli olacağı düşünülebilir. Başka bir ifadeyle OHAL tedbirlerinin sona ereceği açık bir tarih bulunmamaktadır. Bu anlamda tedbirler geçici değildir ve belirsiz bir süreyle uygulanacaktır.

Başka kanunlarca da atıf yapılan ve memur olmak için gereken asgari şartları gösteren DMK’nin 48’inci maddesine göre “*kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından*” mahkûm olanlar memur olamazlar. Görevdeyken bu suçları işleyenlerin ise memuriyetleri sona erer^[111].

Dolayısıyla, ceza yargılaması sonucunda suç işlediği sabit hale gelenlerin kural olarak memur olma niteliklerini kaybedecekleri ve bir daha kamu hizmetine dönemeyecekleri söylenebilir.

Memuriyete engel bir ceza almayanların durumu ise idari işlemlerle veya idari yargı kararları ile açıklığa kavuşacaktır.

2.2. İhraç İşlemlerine Karşı Başvurular

2.2.1. İdari İşlemlerle İhraca Karşı Başvurular

667 sayılı KHK hükümlerine dayanarak ihraç edilenlerin idari yargıda iptal davası açması mümkündür. Ancak, bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilememektedir^[112]. Danıştay HSYK aleyhine açılan davada

[110] Danıştay Beşinci Dairesi, K.T. 04/10/2016, E:2016/8196, K:2016/4066. (http://danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/03_11_2016_012445.pdf)

[111] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.98/1-b.

[112] 6749 sayılı Kanun m.10. “*Bu Kanun kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.*”

ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da incelenecek bir işlem olmadığından dosyayı ilk derece mahkemesine yollamıştır^[113].

Ancak daha sonra çıkarılan bir KHK ile Hâkimler ve savcılar ile yüksek yargı mensuplarından KHK'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde ihraç edilenlerin ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda dava açabilecekleri düzenlenmiş ve dosyalar Danıştaya gönderilmiştir^[114]. Diğer kamu personeli ise genel görev ve yetki kuralları çerçevesinde ilgili idari yargı yerinde dava açabilmektedir.

Öte yandan, ilgililerin idareye müracaat ederek işleme itiraz etmelerinin önünde de bir engel yoktur. Kural olarak idare hatalı tesis ettiğini değerlendirdiği ihraç işlemini geri alabilmektedir. Süreç içerisinde bu yola nadiren de olsa başvurulduğu gözlenmiştir. Keza, daha sonra 667 sayılı KHK 6749 sayısı ile kanunlaşmış ve Kanuna bu yönde bir düzenleme eklenmiştir:

“Bu maddede öngörülen usuller uyarınca, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek idari işlem tesis edilmek suretiyle kamu görevinden çıkarılanların itirazları üzerine yapılacak değerlendirme sonucunda görevlerine iadesine ilişkin işlemler aynı usullerle yapılır. Bu kapsamda görevine iade edilenlere kamu görevinden çıkarıldıkları tarihten göreve başladıkları tarihe kadar geçen süreye tekabül eden mali ve sosyal hakları ödenir. Bu kişiler, kamu görevinden çıkarılmalarından dolayı herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz. Bu personelin görevlerine iadesi, kamu görevinden çıkarıldıkları tarihte buldukları yöneticilik görevi dışında öğrenim durumları ve kazanılmış hak aylık derecelerine uygun kadro ve pozisyonlara atanmak suretiyle de yerine getirilebilir^[115].”

Düzenlemeyle idarenin işlemini geri alması halinde ilgiliye çalışmadığı döneme ilişkin mali hakları iade edilecektir. Ancak, ilgilinin bunun haricinde bir tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Ayrıca, yöneticiyen

[113] Danıştay Beşinci Dairesi, K.T. 04/10/2016, E:2016/8196, K:2016/4066. (http://danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/03_11_2016_012445.pdf)

[114] 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.11/2.

[115] 6749 sayılı Kanun'un 17/04/2017 tarihli ve 690 sayılı OHAL KHK'sininin 72'nci maddesi ile eklenen m.4/5. hükmü.

ihraç edilenlerin başvurusunun idarece kabulü halinde atamaları öğrenim durumlarını uygun başka bir kadroya yapılabilmektedir. Bu durum yöneticilik görevi olanlar açısından geri alma ile yargı tarafından verilecek iptal kararı arasında doğacak hukuki sonuçta farklılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, düzenlemede “*bu maddede öngörülen*” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, hakimlerin, savcılarının ve yüksek yargı mensuplarının düzenlemenin kapsamı dışında tutulduğu söylenebilir.

2.2.2. KHK Eki Liste ile İhraca Karşı Başvurular

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerinin anayasaya uygunluğunun denetlenemeyeceğine karar vermesini takiben, ilgililer idari yargı yerlerine başvurmuştur. Açılan, bir davada Danıştay ilk derece mahkemesi olarak göreceği bir işlem bulunmadığını belirterek dosyayı idare mahkemesine yollamıştır^[116]. Ancak, idare mahkemeleri de görev yönünden davaları reddetmiştir. Bu süreçte, AİHM'e 45 bin başvuru yapıldığı ve bu başvurunun 100 bini bulmasının beklendiği belirtilmiştir^[117].

Gelişmeleri takiben 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yayımlanarak, KHK ile ihraç işlemlerini değerlendirmek üzere bir kurul oluşturulmuştur. Kurulun oluşturulmasını takiben AİHM yapılan başvuruları iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur^[118].

i. Komisyonun Oluşumu ve Niteliği

685 sayılı KHK^[119] ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (Komisyon) kurulmuş ve KHK ekinde ismine yer verilerek ihraç edilenlerin bu komisyona başvuru yapabilecekleri belirtilmiştir. 667 sayılı

[116] Danıştay Beşinci Dairesi, K.T. 04/10/2016, E:2016/8136, K:2016/4076. (http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/03_11_2016_012927.pdf)

[117] Engin Yıldırım'ın beyanatu (Aktaran: Kerem Altıparmak, **Ölü Doğan Çoçuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu**, s.70.)

[118] Zihni/Türkiye, no: 59061/16, 29.11.2016; Altıparmak, genel olarak 685 sayılı KHK ile kurulan komisyonun etkisiz bir başvuru yolu olduğu ve asıl amacın AİHM'in incelenmesini geciktirmek olduğu görüşündedir. Kerem Altıparmak, **Ölü Doğan Çoçuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu**, s.70.

[119] 685 sayılı OHAL KHK'si 01/02/2018 tarihli ve 7075 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır.

KHK çerçevesinde ihraç edilenlerin ise Komisyona başvurması mümkün değildir^[120].

KHK'ye göre üç üye kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanınca, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanınca birer üye Yargıtayda ve Danıştayda görev yapan tetkik hâkimleri arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenecektir^[121]. Komisyon yedi üyeden oluşmakta ve bu üyelerin dördünün hakimlik ve savcılık mesleğinden olması gerekmektedir. Komisyonun sekretarya hizmetleri Başbakanlıkça yürütülecektir^[122]. Komisyonun çalışma usul ve esasları da yine Başbakanlıkça belirlenip ilan edilecektir^[123].

Ardıçoğlu, bu düzenlemelerin yanında, karar alırken bağımsız hareket edeceği yönünde bir düzenleme olmadığını de belirterek Komisyonun, Başbakanlık hiyerarşisi içerisinde özel, yardımcı bir idari kurul olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir^[124]. Buna göre komisyonun görevleri ve yetkileri belirli özel bir idari birim olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Komisyonun görev süresi iki yıl olarak öngörülmüştür. Ancak, bu süre Bakanlar Kurulu kararlarıyla birer yıllık sürelerle uzatılabilecektir. Dolayısıyla, Komisyonun arızı bir idari birim olduğu söylenebilir^[125].

Komisyonun başvuru üzerine kabul veya ret olmak üzere iki karardan birini verecektir^[126]. İncelemeler, dosya üzerinden yapılacaktır^[127]. Komisyon üyelerinin çoğunluğunun hâkim ve savcılardan oluşması alınacak kararların hukuki isabeti üzerinde katkı sağlayabilir. Ancak, Komisyon idari bir

[120] 685 sayılı KHK m.10/3-e.

[121] 685 sayılı KHK m.1/2.

[122] 685 sayılı KHK m.12/1.

[123] 685 sayılı KHK m.13/1.

[124] Artuk Ardıçoğlu, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, Ankara, 2017, s.32.

[125] 685 sayılı KHK m.3/1.

[126] 685 sayılı KHK m.9/1.

[127] 685 sayılı KHK m.9/1.

komisyon olduğuna göre yerindelik denetimi yapmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır^[128].

ii. Başvuru Usulü

Komisyonun yapılacak başvurularında süre altmış gündür^[129]. Bu süre komisyonun başvuru almaya başladığı 17/07/2017 gününden başlayarak 14/09/2017 günü mesai saati bitiminde sona ermiştir. 17/07/2017 gününden sonra yayımlanan KHK'lerle ihraç edilenler içinse başvuru süresi KHK'nin yayımını takip eden gün başlamaktadır.

Başvurular doğrudan Komisyona yapılmamaktadır^[130]. KHK'ye göre başvuruların son görev yapılan kuruma veya valiliklere yapılması öngörülmektedir^[131]. Başvurunun yapıldığı gün olarak da bu tarih kabul edilecektir. İlgili kurumlar veya valilikler başvuruları gecikmeksizin Komisyona iletacaktır. Başvurularda, Komisyonca hazırlanan matbu form kullanılmaktadır^[132]. İlgililerin bizzat ya da yasal temsilcileri veya vekilleri aracılığıyla başvurması gerekmektedir^[133].

Başvurular, raportörler tarafından söz konusu ön incelemeye tabi tutulmaktadır^[134]. Başta, başka kanun yolunun bulunması^[135] gibi 685 sayılı KHK'de belirtilen koşulların taşınmadığına karar verilmesi halinde başvurular esası incelenmeden reddedilecektir. Ancak giderilmesi mümkün bir eksiklik varsa eksikliğin giderilmesi için on beş gün süre verilmesi mümkündür^[136].

[128] Artuk Ardiçoğlu, **Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği**, s.46.

[129] 685 sayılı KHK m.7/3.

[130] Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar m.6/2. (12/07/2017 tarihli ve 30122 sayılı mükerrer RG.)

[131] 685 sayılı KHK m.7/1.

[132] Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar m.7. (12/07/2017 tarihli ve 30122 sayılı mükerrer RG.)

[133] Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar m.4/1. (12/07/2017 tarihli ve 30122 sayılı mükerrer RG.)

[134] 685 sayılı KHK m.8. Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar m.10/1 (12/07/2017 tarihli ve 30122 sayılı mükerrer RG.)

[135] Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar m.10/3-g (12/07/2017 tarihli ve 30122 sayılı mükerrer RG.)

[136] Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar m.11 (12/07/2017 tarihli ve 30122 sayılı mükerrer RG.)

Komisyonun ilgili mercilerden gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri istemesi de mümkündür^[137].

iii. Komisyon Kararlarının Uygulanması

Komisyonca başvurusu reddedilenler için yeni bir idari işlem yapılmayacak olup, bu kişilerin yargı yoluna gitmeleri mümkündür. Başvurusu kabul edilenler, Devlet Personel Başkanlığına (DPB) bildirilecektir^[138].

7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde 685 sayılı KHK uyarınca, statü, unvan ve yürüttükleri görev itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar eski kurumlarında istihdam edileceklerdir. Statü, unvan ve yürüttükleri görev itibarıyla başka kurumlarda görevlendirmeleri mümkün olanların atama tekliflerinin ise DPB tarafından, ikamet ettikleri il dikkate alınarak on beş gün içerisinde yapılmasını öngörmüştür. Buna göre, atama teklifi yapılan kadro ve pozisyonlar ihdas, tahsis ve vize edilmiş sayılacaktır.

Yöneticilik görevinde iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında ise yöneticilikten önceki kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınacaktır^[139].

Düzenlemeye göre, öncelikle ilgilinin statü, unvan ve yürüttükleri görev bakımından başka kurumlarda görevlendirmeleri mümkün olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bir unvanın ya da bir statünün münhasıran sadece bir kurumda bulunması halinde ilgili eski kurumunda yeniden göreve başlayacaktır. Ancak yürüttüğü görev itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilemeyecek olanların kimler olduğu belirsizdir. Bu hususta DPB'nin takdir yetkisi kullandığı düşünülebilir. Geri kalan personel ise farklı kurumlarda göreve başlayacaktır.

Öte yandan, DPB'nin bildirişi takiben on beş gün içerisinde atama teklifini gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak ilgili kurumların bu personelin atamasını gerçekleştirilmesi için azami bir süre öngörülmemiştir. Hâlbuki benzer düzenlemelerde kurumların atama işlemini gerçekleştirilmesi için

[137] 685 sayılı KHK m.5.

[138] 685 sayılı KHK m.10/1.

[139] Bu uygulama 7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında da değişmemiştir.

azami sürelerle de yer verilmiştir^[140]. Bu süreçte aşağıda belirtildiği üzere ilgililerin mali haklarından faydalanma imkânı olmamıştır.

7145 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 31/07/2018 tarihine kadar Komisyon kararları yukarıda belirtilen usul çerçevesinde uygulanmıştır. Anılan Kanun'un 22'nci maddesi ile 7075 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi değiştirilmiş ve “*kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişkisi kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü hâlinde karar, kadro veya pozisyonunun bulunduğu kuruma*” bildirilmesi ve atanması usulü benimsenmiştir. Böylece DPB'nin ilgililerin atanacağı kurum ve kuruluşun tespitine ilişkin yetkisi sonlanmıştır. DPB'nin teklifi üzerine son görev yapılan kurum veya kuruluştan farklı bir yerde göreve başlayanların da son görev yerlerine dönmeleri sağlanmıştır^[141].

Öte yandan, 685 sayılı KHK'ye sonradan eklenen bir cümleyle akademisyenlerin başvurularının kabulü halinde bildirimim YÖK'e yapılacağı belirtilmiştir^[142]. Öğretim elemanlarının atama teklifleri YÖK tarafından öncelikle 2006 yılından sonra kurulan ve İstanbul, Ankara ve İzmir dışında olan üniversitelere yapılacaktır. Dolayısıyla akademisyenlerin üç büyük şehirde ve son görev yaptıkları üniversitede göreve başlamaları bu düzenlemeye göre mümkün değildir. 7145 sayılı Kanun ile bu usulde bir değişikliğe gidilmemiştir. Böyle ayrımlara gidilmesinin nedenini ortaya koyacak bir veriye ise rastlanmamıştır.

7145 sayılı Kanun ile 7075 sayılı Kanun'a eklenen 10/A maddesiyle Komisyon kararlarının uygulanmasına ilişkin bir istisna daha getirilmiştir. Düzenlemeye göre, Milli Savunma, Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarında eski görev yerine dönmesi ilgili bakanın onayıyla uygun görülmeyenler oluşturulacak araştırma merkezlerinde istihdam edileceklerdir^[143].

Bu kapsam istihdam edileceklerden “*binbaşı ve üstü rütbelerde olanlar ile emniyet hizmetleri sınıfında bulunan her sınıftaki emniyet müdürlerinin*

[140] Örneğin, genel düzenleme olan DMK'nin m91/3 hükmünde bu süre otuz gün olarak belirlenmiştir. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m.22 hükmüne dolayısıyla özelleştirme kapsam ve programında olan kurumlardan diğer kurumlara yapılan nakillerde de bu süre otuz gündür.

[141] 7075 sayılı Kanun'a 7145 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi ile eklenen geçici 3'üncü maddesi.

[142] 15/08/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK m.198.

[143] 7145 sayılı Kanun ile 7075 sayılı Kanun'a eklenen m.10A/1.

atamaları araştırma merkezlerindeki araştırmacı unvanlı kadrolara, diğerlerinin atamaları ise Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine ilgisine göre İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı tarafından tespit edilen araştırma merkezlerindeki diğer kadrolara” yapılacaktır^[144].

Diğer taraftan, 7145 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar ilgililerin çalışmadıkları döneme ilişkin olarak mali haklarının iade edileceği veya edilmeyeceği yönünde bir düzenleme de bulunmaktaydı. Doğrudan KHK ile görevine iade edilenler, KHK’lerde mutad olarak yer verilen bir hüküm çerçevesinde son görev yaptıkları kurumda yeniden göreve başlamakta ve çalışmadıkları sürenin mali hakları taraflarına ödenmiştir. Ancak ilgililerin ihraç işlemi nedeniyle tazminat talep etmesi mümkün olmamıştır.

Bu durumda KHK ile doğrudan göreve iade edilmekle, Komisyon kararı neticesinde tekrar işe alınmak arasında, geçmiş mali haklara kavuşmak ve görev yapılacak kurum açısından önemli bir fark oluşmuştur. 7145 sayılı Kanun ile bu fark ortadan kaldırılmış ve Komisyon kararı ile görevine iade edilenlerin sosyal ve mali haklarının kendilerine ödeneceği ve ihraç işlemi nedeniyle tazminat talebinde bulunamayacakları hükme bağlanmıştır.

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, Ardıçoğlu’nun da belirttiği üzere, yapılan işlemin bir geri alma ya da kaldırma olarak nitelenmesi mümkün görünmemektedir^[145]. Bir işlem yapılması talebiyle yapılan başvurular için öngörülen zımnî ret müessesesinin işletilmeyeceğinin belirtilmesi^[146] de bu tespiti güçlendirmektedir. Dolayısıyla, Komisyonun başvuruyu kabul etmesi yeni bir idari işlem yapılmasının dayanağını oluşturmaktadır.

iv. Komisyon Kararlarının Yargısal Denetimi

KHK’de Komisyon kararlarına karşı HSK tarafından belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde iptal davası açılabileceği belirtilmiştir^[147]. Maddede açıkça iptal davası açılabileceği belirtilmekle birlikte ilgililerin tam yargı davası açmasının önünde bir engel bulunmadığı da söylenebilir. Keza, mali haklarının iade edilmesine dönük bir düzenleme bulunmadığından

[144] 7145 sayılı Kanun ile 7075 sayılı Kanun’a eklenen m.10A/2.

[145] Artuk Ardıçoğlu, **Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği**, s.52.

[146] 685 sayılı KHK m.7/2.

[147] 685 sayılı KHK m.11/1.

kurumların ilgililere bir ödeme yapması olası görünmemektedir. Komisyon kararıyla göreve başlayanların mali taleplerinin karşılanıp karşılanmayacağına tam yargı davaları çerçevesinde şekilleneceği söylenebilir.

Öte yandan, dava açılabilmesi için Komisyondan açık bir yanıtın gelmesi beklenilecektir^[148]. Komisyonun incelemesi beklenen işlem sayısı göz önünde tutulduğunda altmış günlük zımni ret süresi içerisinde tamamının nihayete ermesini beklemek çok iyimser bir yaklaşım olacaktır. Bu açıdan zımni ret süresinin işletilmemesi makul karşılanabilir. Ancak, yargı yoluna başvurabilmeleri adına Komisyonun reddettiği başvuruları bir an önce ilgililere tebliğ etmesi gerekmektedir. Ayrıca, yerleşik içtihadı göre ilgililerin başvurularının reddedildiğini öğrenmeleri halinde dava açabilecekleri de ileri sürülebilir.

Açılacak davalarda husumet Komisyona ya da Başbakanlığa yöneltilmeyecektir^[149]. Davalar en son görev yapılan kurum aleyhine açılacaktır. Komisyonun geçici olması ve Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesini takiben Başbakanlık Makamının kaldırılacak olması bu düzenlemenin gerekçesi olarak kabul edilebilir. Ayrıca, aynı KHK eki ihraç listelerinin biçimlerinin kurumlara göre farklılık göstermesinden bu listelerin hazırlık işlemlerinin ilgili kurumlarca yapıldığı izlenimi edinilmektedir. Başvuruların reddi halinde KHK ile yapılan işlemde bir değişiklik olmamaktadır. Hasım mevkiine son görev yapılan kurumun konulması ise ihraç işlemlerinde kurumların görüşüne başvurulduğu izlenimini güçlendirmektedir. Buraya kadar belirtilenler ayrıksı bir düzenleme olmasına karşın Komisyonun işlemlerine karşı açılacak davalarda hasım olarak son görev yapılan kurumun gösterilmesinin makul karşılanmasını savlayabilecek gerekçeler olarak kabul edilebilir. Buna karşın Komisyonun başvuruyu ön incelemeden reddetmesi halinde açılacak davanın başka kurumlarca savunulması çok olası görünmemektedir. Bu durumda kurumların Komisyondan aldıkları bilgileri mahkemeye sunmaları beklenebilir.

[148] 685 sayılı KHK m.7/2 “*Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında yapılan başvurular hakkında 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uygulanmaz.*”

[149] 685 sayılı KHK m.11/1.

Ön incelemeden ret üzerine yargı yoluna başvurulması halinde Komisyonun görev süresinin devam edip etmeği önem arz edecektir^[150]. Komisyon görev süresi içerisinde ön inceleme ret kararının mahkemece iptal edilmesi halinde komisyon başvuruyu esastan inceleyecektir. Komisyonun görev süresinden sonra böyle bir kararın verilmesi halinde ise Ardiçoğlu'na göre Komisyonun yapacağı inceleme ve bildirim son görev yapılan kurum tarafından yapılacaktır^[151]. Ancak Komisyonun varlığı sona ereceği için işin esasının da idare mahkemesince incelenebileceği düşünülebilir. Bu süreçte, ilgili kurumdan işin esasına ilişkin görüşü istenilebilir. Böyle bir yorum usul ekonomisi yaklaşımına da uygun düşecektir.

[150] Artuk Ardiçoğlu, **Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği**, s.40.

[151] Artuk Ardiçoğlu, **Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği**, s.41.

SONUÇ

Memurluk güvencesinin temelinde statünün kanunla düzenlenmesi bulunmaktadır. Kanunlarla sağlanan güvencelerin uygulamada kendine yer bulabilmesi ise etkili yargı denetimine bağlıdır.

Memurların yönetilenler, amirleri ve yürütme karşısında kanuna dayanan güvencelerinin olması hukuk devleti ilkesi açısından da önem arz etmektedir. Memurların, Anayasa ve kanunlara bağlı kalarak, tarafsız hareket etmeleri esastır. Bunu temin etmek için anayasalarda gittikçe artan detaylarda düzenlemelere yer verilmiştir.

Çok partili hayata geçişi takiben ve darbelerden sonra yaşanan geçiş dönemlerinde memurluk güvencesini ortadan kaldıracak uygulamalara başvurulmuştur. Tamamen takdire dayanması ve yargı yolunun kapalı olması bu uygulamaların ortak noktası olmuştur. Ancak bu dönemlerin sonunda yargı kararları ve/veya yasal düzenlemelerle bu kişilerin memur olma nitelik ve şartlarını kaybetmemiş olmaları kaydıyla tekrar memuriyete dönmelerine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla, önemli değişimlerin yaşandığı dönemlerde memurluk güvencesinin geçici bir süreyle ortadan kaldırıldığını söylemek mümkündür.

15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişimi sonrasında OHAL ilan edilmiş ve benzer tedbirler alınmıştır. OHAL süresince çekirdek haklara dokunmamak kaydıyla Anayasa'ya aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Memurluk güvencesi ise çekirdek haklar arasında sayılmamıştır.

Bu süreçte yapılan ihraç işlemleri takdire dayanması açısından geçmiş uygulamalara benzemektedir. Ancak süreç içerisinde idari başvuru ve yargı yolunun açık olması açısından diğer uygulamalardan ayrılmaktadır. Bu imkân, çeşitli yönleriyle eleştirilebilir olmakla birlikte hak arama özgürlüğü açısından önemlidir.

KHK eki liste ile Komisyon kararı sonrasında kamu hizmetine dönecek olanlar arasında mevzuat çerçevesinde çeşitli farklılıklar oluşmuştur. Geçmiş mali haklarının ödenmesine ve son görev yapılandan farklı kurum ve kuruluşlara atanmaya ilişkin bu farklılık ortadan kaldırılmıştır. Ancak, akademik personelin son görev yaptıkları üniversiteden farklı bir üniversiteye atanmalarına devam olunmaktadır. Ayrıca, Milli Savunma, Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarında başvurusu Komisyonca kabul edilenlerin ilgili bakanın onayı ile araştırma merkezlerinde eski unvanlarından farklı unvanlarla

görevlendirilebilmesine imkân tanınmıştır. Milli güvenlikle doğrudan ilgili görev yapacak personele ilişkin böyle bir uygulamaya gidilmesi anlaşılabilir olmakla birlikte, akademik personelin İstanbul, Ankara ve İzmir ve son görev yaptıkları üniversite dışında bir üniversiteye atanması yönündeki uygulamanın sürdürülmesine neden ihtiyaç duyulduğunu gösteren bir veriye rastlanamamıştır.

Memurlar Anayasa'ya ve kanunlara sadakatle yükümlüdürler. Kamu gücünü kamu yararı dışı amaçlarla kullanmak bu yükümlülüğü açıkça ihlal edecektir. Başta darbe girişimi olmak üzere, yasadışı faaliyetlere dahil olduğu yargılama sonunda sabit olanlar kamu hizmetine girme imkanını kaybedeceklerdir. Eski uygulamaların tecrübesiyle, memur olma nitelik ve şartlarını kaybetmeyenlerin kamu hizmetine dönmeleri ise Komisyon ve yargı kararları neticesinde olasılık dahilinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- **Hükümete Sunulan Yabancı Uzman Raporları (1949-1959 Yılları Arasında)**, DPB Yayınları No:7, Ankara, 1963.
- Akbulut, Emre** **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Aliefendioğlu, Yılmaz** **Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu**, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, s.103-137.
- Altıparmak, Kerem** **Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu**, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Ankara, 2017, s.69-88.
- Ardıçoğlu, Artuk** **Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği**, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Ankara, 2017, s.26-56.
- Balkar, Kemal Galip** **Hukuk Tekniğinin Kudreti**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Ankara, 1960, s.203-209.
- Esas ve Salahiyet Yönlerinden Hukuka Aykırı Kararların İptali Talebiyle Açılan Davalarda Meydana Gelen Önemli Meseleler**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 4, Ankara, 1960.
- Demirel, Muhammed** **Amirin Emri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Duguit, Leon** **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Duran, Lütfi** **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.

- Erem, Faruk** **Yüz Kızartıcı Suç Kavramı**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, Ankara, 1976, s.172-173.
- Göküş, Mehmet** **Demokrat Parti Döneminde Türk Kamu Bürokrasinin Genel Görünümü**, Selçuk Üniversitesi İ.İ.B.F. Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S:5, Konya, 2003, s.40-62.
- Gözler, Kemal** **15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme**, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Ankara, 2017, s.39-68.
- Günay, Faruk** **Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.62, Ankara, 2006, s.152-172.
- Günday, Metin** **OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum**, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Ankara, 2017, s.29-38.
- Güran, Sait** **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980.
- Karlı, Mehmet Rauf** **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı (Anayasa'nın 128. Maddesi Çerçevesinde Bir İnceleme)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Kıratlı, Metin** **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:212-194, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.
- Onar, Sıddık Sami** **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

- Özçelik,
Selçuk** **Mahkeme İctihatları**, İstanbul Hukuk Fakültesi
Mecmuası, Cilt:21, Sayı:1-4, İstanbul, 1957,
467-496.
- Tutum, Cahit** **Türkiye’de Memur Güvenliği**, TODAİE Yayınları
No:132, Ankara, 1972.



İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN FESHE KARŞI KORUNMASI*

Nazlı ÇOBAN**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0943-6332>

DOI: 10.30915/abd.742296

Makalenin Geldiği Tarih: 24.07.2019 **Kabul Tarihi:** 26.11.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Arş. Gör. / Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

ÖZ

İşyeri sendika temsilcileri, sendikayı işyerinde temsille görevli, işçilerin dilek ve şikayetlerini dinleyen, sendikal işleyişi takip eden, iş kanunu ve toplu iş sözleşmesinde düzenlenen çalışma koşullarının işyerinde uygulanmasını sağlamakla yükümlü kişilerdir. İşyeri sendika temsilcileri üstlendikleri bu görevler nedeniyle, işverenle sık sık karşı karşıya gelebilmektedir. Temsilcilerin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmesi için her türlü baskıya, özellikle de işverenlerden gelebilecek baskılara karşı etkin bir şekilde korunması gerekmektedir. Zira, işyeri sendika temsilcilerinin işlerini kaybetme riskiyle karşılaşmaları temsilcilik görevini layıkıyla yerine getirememelerine neden olabilir. Bu nedenle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.24’de işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunmasına özel olarak yer verilmiştir. 6356 sayılı Kanun m.24’ün yanı sıra, işyeri sendika temsilcilerinin aynı Kanun m.25’de düzenlenen “Sendika Özgürlüğünün Güvencesi” hükmünden de yararlanmaları mümkündür.

Anahtar Kelimeler: İşyeri Sendika Temsilcisi, Feshe Karşı Koruma, Haklı Nedenle Fesih, İşe İade Davası, Sendika Özgürlüğünün Güvencesi.

THE PROTECTION OF TRADE UNION REPRESENTATIVE AGAINST TERMINATION

ABSTRACT

Trade union representatives are the person who represent the trade union in the workplace, listen to the employee's wishes and complaints, follow the trade union functioning and responsible for ensuring that the working conditions set out in the labor law and collective labor agreement are applied in the workplace. Trade union representatives often face the employers because these tasks. In order for the trade union representatives to perform their tasks properly, it must be effectively protected against all kinds of pressure, especially against the pressures coming from the employers. This is because the trade union representatives are at risk of termination of their employment contract and this situation will lead to the result that they cannot fulfill their duties. For this reason, Law no. 6356 on Trade Unions and Collective Agreements article 24 provides protection of trade union representatives against termination. In addition to article 24 of Law no. 6356, it is possible for the trade union representatives to benefit from the provisions of "Assurance of Trade Union Freedom" in the same Law article 25.

Keywords: Trade Union Representative, Protection of Against The Termination, The Rightful Termination, Reinstatement Lawsuit, Assurance of Trade Union Freedom.

GİRİŞ

İşyeri sendika temsilcileri belirli koşullar altında o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen sendika tarafından atanırlar. Görev yapmakta olduğu işyerinde sendikalı olup olmaması önem arz etmeksizin tüm işçilerin sorunları ile ilgilenmesinin yanı sıra iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinde belirlenen çalışma koşullarının uygulanmasını sağlamakla da yükümlü olan işyeri sendika temsilcilerinin işverenle bu yüzden ters düşmesi çoğu zaman kaçınılmaz olmaktadır. Bu çatışmanın neticesinde temsilcilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmek istenebilmektedir. Temsilcilerin işveren ile sendika arasındaki söz konusu pozisyonları gereği, diğer işçilere nazaran daha özel bir güvenceye ihtiyaç duydukları açıkça ortadadır. İşyeri sendika temsilcilerinin etkin bir şekilde korunması taraf olduğumuz 135 Sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin ILO Sözleşmesi ile de taahhüt edilmiştir.

Bu itibarla, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.24 ile işyeri sendika temsilcilerine “feshe karşı koruma” ve “işyeri değişikliğine karşı koruma” olmak üzere iki farklı güvence öngörülmüştür. Çalışmamızda, sadece işyeri sendika temsilcisi için öngörülen “feshe karşı koruma” incelenecek olup, işyeri sendika temsilcilerinin “işyeri değişikliğine karşı korunması”na değinilmeyecektir. 6356 sayılı Kanunla getirilen güvence,

iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçilere tanınan güvence ve sendika özgürlüğünün güvencesi (STİSK m.25) ile karşılaştırıldığında, bu güvencenin işyeri sendika temsilcilerine diğer işçilere nazaran daha kapsamlı ve etkin bir koruma sağladığı görülmektedir.

6356 sayılı Kanunun getirdiği güvence ile temsilcinin işyerindeki varlığının devamlılığının sağlanması ve bu devamlılık süresinde temsilcinin görevini herhangi bir baskıya maruz kalmadan yerine getirebilmesi amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra temsilcinin görevi sebebi ile işverenin zararlı işlemlerine maruz kalması önlenmek istenmiştir.

Temsilcinin feshe karşı korunmasını düzenleyen STİSK m.24 ile genel iş güvencesi hükümlerine yollama yapılmadan, özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, anılan maddede işverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı ve açık olarak belirtmedikçe feshedemeyeceği öngörülmüştür. Temsilcinin iş sözleşmesinin

Kanunun öngördüğü bu sınır dışına çıkılarak feshedilmesi halinde, temsilciye işine iade edilme imkanı sağlanmıştır.

Biz de çalışmamızda, işyeri sendika temsilcisinin feshe karşı korunmasını, yeri geldiğinde 6356 sayılı Kanundan önceki düzenlemelerle karşılaştırarak, STİSK m.24 ve m.25 çerçevesinde uygulamadaki yönleri ve aksayan yönlerini tespit ederek inceleyeceğiz.

1. GENEL OLARAK İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ

I. İşyeri Sendika Temsilciliği Kavramı

İşyeri sendika temsilciliği, sendika özgürlüğünün gereği olarak sendikaların işyerlerinde de faaliyette bulunabilme hakkının tanınmasının sonucu şeklinde nitelendirilebilir. İşyeri sendika temsilcileri, sendikayı işyerinde temsille görevli, işçilerin dilek ve şikayetlerini dinleyen, sendikal işleyişi takip eden, iş kanunu ve toplu iş sözleşmesinde düzenlenen çalışma koşullarının işyerinde uygulanmasını sağlamakla yükümlü kişilerdir^[1].

[1] **Ertürk**, Şükran, İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi, Legal İSGHD, Y.2007, S.13, s.12.

İşyeri sendika temsilcilerinin üstlendikleri bu görevler nedeniyle, işverenle sık sık karşı karşıya gelme olasılığı vardır. Temsilcilerin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için her türlü baskıya, özellikle de işverenlerden gelebilecek baskılara karşı etkin bir şekilde korunmaları gerekmektedir. Nitekim işyeri sendika temsilcilerinin etkin bir şekilde korunması ülkemizin taraf olduğu 135 Sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin ILO Sözleşmesiyle taahhüt edilmiştir^[2].

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu^[3] m.24'de, işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunması düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle hem iş güvencesi kapsamındaki işçilere sağlanan güvenceden hem de sendika özgürlüğünün güvencesinden daha kapsamlı ve etkin bir koruma getirilmiştir.

Öğretide, işyeri sendika temsilcisi kavramı birbirinden farklı şekillerde tanımlanmıştır. Kimi tanımlarda, işyeri sendika temsilcileri, “*sendika ile işyerinde çalışanlar arasında köprü görevi gören, sendikanın işyerindeki*

[2] 135 Sayılı Sözleşme Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 20 Haziran 1971 tarihinde kabul edilirken, ülkemizde 25 Kasım 1992 tarihinde ve 3845 Sayılı kanunla onaylanmıştır (11.12.1992 t. ve 21432 S.lı RG). Sözleşme ile işçi temsilcilerinin temsilcilik sıfatları veya sendikal faaliyetlerinden dolayı maruz kalabilecekleri her türlü zarar verici davranıştan korunmaları amaçlanmıştır. Sözleşmede bahsedilen “işçi temsilcileri” deyiminden anlaşılması gerekenin, ulusal mevzuat çerçevesinde sendikalar tarafından veya bu tür kuruluşların üyelerince seçilen veya atanan temsilciler, başka bir ifadeyle sendika temsilcilerini ve ulusal mevzuat veya toplu sözleşme hükümlerine göre işletmenin işçileri tarafından seçilen ve ilgili ülkede sendikalara tanınan özel ayrıcalıklı faaliyetleri içermeyen görevlere sahip temsilciler olduğu Sözleşme m.3'de belirtilmektedir. Bkz. **Aktay**, Nizamettin, Sendika Hakkı (Uluslararası Dayanakları Bakımından Eleştirel Bir Yaklaşımla Türk Hukukunda Sendika Hakkı ve İlgili Belgeler), 1.B., Ankara 1993, s.85. Sözleşme m.1 uyarınca, işçi temsilcileri, kanunlara, toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşuluyla işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından ya da bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından ya da sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her türlü işleme karşı etkili bir korumadan yararlanacaklardır. Sözleşme m.2'de ise, işçi temsilcilerinin görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için kendilerine gerekli kolaylıkların sağlanacağı öngörülmüştür. Bu sözleşmeyle işyeri sendika temsilcileri için ayrı ve daha etkin bir koruma sağlanmak istenmiştir. Bkz. **Odaman**, Serkan, Fransız Hukukunda ve 2821 Sayılı Kanunda Yapılması Öngörülen Değişiklik Çerçevesinde Türk Hukukunda İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s.567.

[3] 07.11.2012 t. ve 28460 S.lı RG.

gözü kulağı” şeklinde ifade edilerek temsilcilik müessesesinin amacı üzerinde durulmuştur^[4]. Kimi tanımlarda ise, “*sendikayı işyerinde temsil eden, işyerindeki sorunlar ile sendikal işleyişi takip eden ve bu görevlerini kendilerine sendika adına hareket etme yetkisi verilmesiyle yapan sendika üyeleri*” şeklinde ifade edilerek, işyeri sendika temsilcilerinin görevleri üzerinden hareket edilmiştir^[5]. Bir diğer tanıma göre işyeri sendika temsilcileri, işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine haiz olan sendika tarafından atanan ve o işyerinde, bilhassa toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve işyeri barış ve düzeninin korunması maksadıyla görevlendirilmiş kişilerdir^[6]. Diğer bir yazara göre ise, işyeri sendika temsilcisi, sendikalara kanunen tanınan hakkın kullanılması sonucunda ortaya çıkan ve sendikanın işyerinde kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını koruyarak sendikayı temsil eden kişidir^[7].

Kanuni düzenlemelere bakıldığında ise, işyeri sendika temsilcisi kavramının ilk kez 274 sayılı Sendikalar Kanununda^[8] kullanıldığı görülmektedir. Anılan kanundan önce de bu kurum bulunsa da, “sendika temsilcisi” değil, “işçi temsilciliği” kavramı kullanılmaktaydı. Nitekim işyeri sendika temsilciliği kurumu ilk kez 3008 sayılı İş Kanununda^[9] ve “işçi mümessilleri” yani işçi temsilciliği olarak düzenlenmiştir^[10]. İşçi temsilciliği ve işyeri sendika temsilciliği birbirinden farklı kavramlardır. İşçi temsilcileri, işçiler

[4] Bu şekildeki tanımlar için bkz. **Tunçomağ**, Kenan, İş Hukuku Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s.159; **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9.B., İstanbul, 2018, s.324; **Akyiğit**, İş Hukuku, 12.B., Ankara, 2018, s.622; **Göktaş**, Seracettin, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, s.307.

[5] Bkz. **Taşkent**, Savaş, İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s.263; **Keser**, Hakan, İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. Eylül 2009, S.15, s.129.

[6] **Demir**, Fevzi, İşveren Sendika Temsilciliği, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II, İstanbul, 2001, s.1556.

[7] **Okur**, Ali Rıza, Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul, 1985, s.2.

[8] 24.07.1963 t. ve 11462 S.lı RG.

[9] 15.06.1936 t. ve 3330 S.lı RG.

[10] **Tunçomağ**, s.170; Aynı yönde bkz. **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25.B., İstanbul, 2012, s.437; **Odaman**, Serkan/**Öztürk**, M. Onat, The Protection of Trade Union Representatives in The Turkish Trade Union Law and Amendment Drafts, “İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Ekim 2010, C.12, S.4, s.70.

tarafından seçilerek atanırken, işyeri sendika temsilcileri, işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine haiz sendika tarafından atanmaktadır. Öğretide kimi yazarlara göre, işçi temsilcilerinin seçiminde işyerindeki tüm işçilerin seçime katılması ve atamanın tamamen seçime dayalı olarak yapılması daha demokratiktir^[11]. Diğer bir görüşe göre, işçi temsilcileri, sendikal düşünceleri dışında tüm çalışanların temsilcisi sayıldığı ve seçilmeleri bir sendikaya üye olmaları yahut bir sendikanın faaliyetini izlemelerine bağlanmadığı için işyeri sendika temsilciliği kurumundan ayrılmaktadır^[12]. Ancak tam aksi görüş, işçi toplulukları tarafından seçilen işçi temsilcilerinin kendilerini “taraf” olarak görme eğilimlerinde olduklarını ve kimi zaman sendika disiplini dışına çıktıklarının görüldüğünü, kolektif ilişkilerin sendikalar tarafından yürütülmekte ve bu ilişkiye sendikanın taraf olduğunu belirterek, sendikal disiplinin sağlanması amacıyla, işçi temsilciliği sisteminin değil, sendika temsilciliğinin benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir^[13]. 274 sayılı Kanundan sonra, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu^[14] ve son olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda da “işyeri sendika temsilcisi” deyimini tercih edilmiştir. Başka bir ifadeyle, yürürlükteki temsilcilik kurumunun özelliği sendikanın temsil edilmesidir^[15].

II. İşyeri Sendika Temsilcisinin Atanması

İşyeri sendika temsilcisi, o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen sendika tarafından, işyerinde çalışan sendika üyeleri arasından seçilerek atanır (STİSK m.27/1). Şayet sendika tüzüğünde işyeri sendika temsilcisinin seçimle belirleneceğine ilişkin bir düzenleme varsa, zorunlu olarak seçim yoluna gidilir ve seçilen üye temsilci olarak atanır (STİSK

[11] **Çelik**, Nuri, İşyeri Sendika Temsilcisinin Atanmasına ve Görev Süresine İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996, s.98; **Kutal**, Metin, Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s.512.

[12] **Okur**, Sendika İşyeri Temsilciliği, s.7.

[13] **Demir**, Fevzi, Sendikalar Hukuku, Ankara, 1988, s.170; **Yüreklı**, Sabahattin, İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul, 2014, s.20-21; **Sur**, Melda, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Prof. Dr. Turhan Esener 2.İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s.182; **Sur**, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 8.B., Ankara, 2019, s.173; **Demir**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.1556.

[14] 07.05.1983 t. ve 18040 S.lı RG.

[15] **Sur**, s.172.

m.27/II)^[16]. Bu düzenlemeyle, işyeri sendika temsilcisinin işçiler tarafından seçilebilmesine imkan tanınmıştır. Sendika atamış olduğu temsilciyi her zaman görevden alabilir veya değiştirebilir^[17]. Ayrıca işyeri sendika temsilcisi atanmasına ilişkin usul ve esaslar sendika tüzüğünde düzenlenebilir^[18]. Böylece, işyeri sendika temsilcisini sadece o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen sendika atayabilir ve temsilcinin görevi sendikanın yetki süresi boyunca devam eder.

İşyeri sendika temsilcinin toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikaca atanacağına (STİSK m.27/I) ilişkin düzenleme uyarınca, işyeri sendika temsilcisi atama yetkisi toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın yanı sıra henüz toplu iş sözleşmesi akdetmemiş olsa dahi yetkisi kesinleşen sendikaya da tanınmış olmaktadır^[19]. Konuyla ilgili olarak öğretideki bir görüş, sendikanın yasal usul gereği yetkisi kesinleşmeden, bu bağlamda yetkiye itiraz süresi geçtikten sonra kesin yetki belgesi almadan ya da yetki itirazı davası devam etmekteyken yapılan işyeri sendika temsilcisi atamasının geçersiz olduğunu belirtmektedir^[20].

İşyeri sendika temsilcisi sayısı işyerindeki işçi sayısına göre belirlenir. Buna göre, o işyerinde işçi sayısı elliye kadarsa bir, elli ile yüz arasındaysa en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasındaysa en çok üç, beş yüz ile bin arasındaysa en çok dört, bin bir ile iki bin arasındaysa en çok altı, iki binden fazlaysa en çok sekiz işyeri sendika temsilcisi atanabilir (STİSK m.27/I). Sendika, bu temsilcilerden birini baş temsilci olarak görevlendirebilir. Kanunda yer alan bu sayılar emredici nitelikte olup, tüzük yahut toplu iş sözleşmesiyle değiştirilemez. Anılan düzenlemede, “işyerindeki” işçi sayısından bahsedildiğinden atanacak temsilci sayısı her işyerinde çalışan işçi sayısı esas alınarak belirlenecektir. Şayet bir işletme mevzu bahisse temsilciler, işletmenin içerisinde bulunan tüm işyerlerindeki işçilerin toplam sayısına göre değil, her bir işyerindeki işçi sayısına göre belirlenir^[21]. Bu halde, işletme toplu

[16] **Ekmekçi**, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, 1.B., İstanbul, 2018, s.141.

[17] **Sur**, s.173.

[18] **Başbuğ**, Aydın/**Yücel Bodur**, Mehtap, İş Hukuku, 5.B., İstanbul, 2018, s.252.

[19] **Tuncay**, A. Can/**Savaş Kutsal**, F. Burcu, Toplu İş Hukuku, 6.B., İstanbul, 2017, s.140.

[20] **Ekmekçi**, s.141.

[21] **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.141.

iş sözleşmesi^[22] söz konusu ise işletmeye dahil her bir işyeri için ayrı ayrı temsilci atanması mümkündür^[23].

İşyerindeki işçi sayısı, atama zamanından sonra değişirse bu durumda ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Öğretideki bir görüşe göre, temsilci sayısı işyerindeki işçi sayısının değişimine göre yeniden düzenlenmelidir. Anılan görüşe göre, işyerinde işçi sayısı azalmışsa bu durumda temsilci sayısının da azaltılması, artması halindeyse temsilci sayısının da artırılması gerekir^[24]. Tam aksi görüşe göre ise, temsilcilik düzeni, istikrarı ve sürekliliği açısından işçi sayısında meydana gelebilecek değişiklikler temsilci sayısını etkilememelidir^[25].

III. İşyeri Sendika Temsilcisinin Görevleri

İşyeri sendika temsilcisinin görevleri STİSK m.27/III'de belirtilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, işyeri sendika temsilcisi ve baş temsilci, işyeri ile sınırlı olmak üzere, işçilerin dileklerini dinlemek ve şikayetlerini çözmek, işçi ile işveren arasındaki işbirliğini, çalışma barışı ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir.

- [22] İşletme toplu iş sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aktay**, Nizamettin, *Toplu İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ocak, 2015, s.189-192; **Akyiğit**, Ercan, *Toplu İş Hukuku El Kitabı*, 1.B., Ankara, 2015, s.559-562; **Narmanlıoğlu**, Ünal, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3.B., İstanbul, 2016, s.332-338; **Sur**, s.277-281; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.224-227; **Ekmekçi**, s.187-188.
- [23] **Tuncay**, A. Can, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu Hükümlerine Göre İşyeri Sendika Temsilciliği, İktisat ve Maliye, Temmuz 1985, s.148; **Narmanlıoğlu**, Ünal, İşyeri Sendika Temsilcileri, DEÜHFD, C.3, S.1-4, s.185; **Çelebi**, Duygu, İşyeri Sendika Temsilcisi, Prof. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İSGHD Özel Sayı, s.402; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.141.
- [24] **Akyiğit**, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), 1.B., Ankara, 2007, s.358, **Akyiğit**, Ercan, Sendika İşyeri Temsilciliği İşyerindeki İşçi Sayısına Endeksli Midir?, Kamu-İş, Ocak 1994, s.63-76.
- [25] **Ekonomi**, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, 1999, s.207; **Başbuğ**, Aydın, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, Ankara, 2012, s.81; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 31.B., Ankara, 2018, s.802; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.444; **Akyiğit**, İşyerindeki İşçi Sayısı, s.67; **Kutal**, s.517; **Ertürk**, s.17; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.141; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.253; İşyerindeki işçi sayısında meydana gelen azalma sonucunda işverenin temsilci sayısını kendiliğinden düşüremeyeceğine yönelik görüş için bkz. **Sur**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.184.

Anılan görevlere ek olarak, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği^[26] m.15'e göre, işçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren tarafından atanmış bir kişinin başkanlığında oluşturulan izin kuruluna işyeri sendika temsilcilerince iki kişi seçilir. Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliği^[27] m.4 uyarınca, en az elli işçi çalışan ve altı aydan fazla süreli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür. İşveren tarafından kurulacak bu kurul sendika temsilcilerinin kendi aralarından seçecekleri kişiden yahut işyerinde sendika temsilcisi olmaması halinde o işyerindeki işçilerin seçeceği kişiyle beraber kurula başkanlık eden işveren ya da işveren vekilinden ve yönetmelikte gösterilen kişilerden oluşur. Bunların yanı sıra 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu^[28] m.20'de düzenlenen çalışma temsilcisi sıfatıyla iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin görevleri yerine getirmekle de yükümlüdür. Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmeliği^[29] m.8 uyarınca da değerlendirme kurulunda üye olarak görevlendirilirler.

Yönetmeliklerin yanı sıra işyeri sendika temsilcilerine toplu iş sözleşmeleriyle de görevler verildiği görülmektedir. Toplu iş sözleşmeleriyle işyeri sendika temsilcilerine, genellikle işçilerin işyerine ilişkin sorunlarını dinlemek gibi yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Toplu iş sözleşmelerinin yanı sıra sendika tüzük ve yönetmelikleriyle de işyeri sendika temsilcilerine sendika duyurularını yapmak, üyelere sendika çalışmalarını konusunda bilgi vermek gibi görevler verilebilir.

2. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİ İÇİN KANUNDA ÖNGÖRÜLEN KORUMANIN ANLAMI VE KAPSAMI

I. Genel Olarak

Daha evvel bahsettiğimiz üzere^[30], sendikanın ve işçilerin işyerindeki menfaatlerini korumakla yükümlü bulunan işyeri sendika temsilcileri, görevlerini yerine getirirken işverenle sık sık karşı karşıya gelecektir. Bu durum da işyeri sendika temsilcisinin, iş ilişkisine son verilme korkusuyla görevini

[26] 03.03.2004 t. ve 25391 S.İ. RG.

[27] 18.01.2013 t. ve 28532 S.İ. RG.

[28] 30.06.2012 t. ve 28339 S.İ. RG.

[29] 28.02.2004 t. ve 25387 S.İ. RG.

[30] Bkz. § 1, I.

gerektiği gibi yerine getirememesine neden olabilecektir. İşini kaybetme ve işveren veya işveren vekilleri tarafından görevleri nedeniyle zararlı bir işleme maruz kalma tehlikelerine karşı özel olarak korunmaları gerekmektedir^[31].

Hukukumuzda işyeri sendika temsilcilerinin özel olarak korunmasına ilişkin ilk düzenleme 1963 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu'nun 25.01.1950 tarih ve 5518 sayılı Kanunla getirilen değişik m.78'de yer almıştır^[32]. Anılan düzenlemeyle, işçi temsilcilerine, işçiler ile işveren arasında çıkabilecek iş ihtilaflarını gidermek için işveren yahut vekiliyle konuşup uzlaşmak, uzlaştırmaya çalışmak görevi verilmiş, bahsi geçen kişilerin iş sözleşmelerine son verilmesi durumunda il hakem kuruluna başvurulacağı, il hakem kurulunun feshin geçersizliğine karar vermesi halinde bu kararın kesin olacağı hüküm altına alınmıştır. İl hakem kurulu tarafından alınan karar neticesinde, iş sözleşmesi feshedilen temsilciye çalışmadığı süreler için ücret ve diğer haklarının ödeneceği de ayrıca belirtilmiştir.

İşyeri sendika temsilcilerinin özel olarak korunmasına ilişkin ikinci olarak 274 sayılı Sendikalar Kanunu m.20'de bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Hizmet akitlerinin işveren tarafından 19. madde hükümlerine aykırı olarak feshedildiği, 31. maddenin 3. bendi gereğince verilen hükmün kesinleşmesi suretiyle sabit olursa 19. maddenin 3. bendi saklı kalmak kaydıyla feshedilmiş olan hizmet akdi işçinin yukarıda söz konusu hükmün kesinleştiği tarihten başlayarak bir ay içinde yazıyla işverenden istemesi takdirinde yürürlükten kalkmış olduğu tarihe kadar geriye yürümek şartıyla kendiliğinden yürürlüğe girer*”. Burada da 3008 sayılı İş Kanunu'ndakine benzer olarak, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde, temsilcinin talebi üzerine bölge çalışma müdürlüğü önce işveren ve temsilciyi uzlaştırmayı deneyecek, uzlaşma sağlanamazsa bu kez il hakem kurulu devreye girecektir. İl hakem kurulu tarafından, yapılan feshin geçerli olup olmadığı araştırıldıktan sonra, feshin haklı nedene dayanmadığına karar verilirse, temsilcinin işe iadesine kesin

[31] İşyeri sendika temsilcilerinin özel olarak korunması gereği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Saymen**, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s.216; **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Cilt II- Kolektif İş Hukuku- Sendikalar, 2.B., İstanbul, 1979, s.134; **Narmanlıoğlu**, s.275-278; **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.469-470.

[32] **Odaman/Öztürk**, s.70; **Okur**, s.2; Aynı yönde bkz. **Baskan**, Ş. Esra, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, 1.B., Ankara, 2013, s.132.

olarak karar verilmekte, bu halde işten çıkarıldığı tarihten itibaren görev süresince ücret ve diğer bütün haklarının ödeneceğine hükmedilmekteydi^[33].

İşyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini feshe karşı korumaya yönelik 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.30 ile de bir güvence getirilmişti. Bahsi geçen düzenlemeye göre, “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir neden olmadıkça, nedenini açık ve kesin belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimünün tebliği tarihinden bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ayda sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkeme, temsilcinin işe iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş görülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamına ücreti ve diğer bütün hakları işveren tarafından ödenir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. İşine iade kararı verilen işçi altı iş günü içerisinde işe başlamak zorundadır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenmez. Mahkemenin kararı kesin olmakla beraber işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakkı saklıdır”. Ancak 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra maddenin son hali, “İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Temsilcinin iş sözleşmesinin, temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir” şeklini almıştır.

2821 sayılı Kanun m.30’un değişiklikten evvel ve sonraki hali arasında önemli farklar vardır. Yapılan değişiklikte, işyeri sendika temsilcileri için getirilen özel koruma kaldırılarak, işyeri sendika temsilcilerinin İş Kanunundaki iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları öngörülmüş ve diğer işçilerle aynı iş güvencesi hükümlerine tabi tutulmuşlardır^[34]. 2821 sayılı

[33] **Uşan**, Fatih, İş Hukuku Cilt-1, 2.B., Ankara, 2009, s.208; **Demir**, Sendikalar Hukuku, s.181-182; **Baskan**, s.133.

[34] **Sur**, Melda, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, Ankara, 2009, s.221, **Özveri**, Murat Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar, Birleşik Metal-İş Yayınları, İstanbul, 2012, s.85; **Şahlanan**, Fevzi, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. Mart 2013, S.29, s.145; **Alpagut**, Gülsevil, Sendika Yöneticileri, İşyeri Sendika Temsilcileri ve Sendikal Güvenceler, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, İzmir, 2013, s.34; **Özkaraca**, Ercüment, 6356

Kanun m.30 ile ilgili öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, maddenin önceki halinde ancak haklı bir nedenin varlığı halinde işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi feshedilebiliyorken, değişiklikten sonra geçerli nedenle feshedilmesinin önü açılmıştı^[35]. Bunun yanı sıra maddenin önceki halinde işyeri sendika temsilcisinin güvenceden yararlanabilmesi için feshin sendikal faaliyet nedeniyle yapılması şartı aranmıyorken, değişiklikle birlikte işyeri sendika temsilcisi sadece sendikal faaliyet nedeniyle feshe karşı koruma altına alınmıştır^[36]. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.30'un değişiklikten önceki hali hem belirsiz hem de belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcilerini güvence kapsamına alırken^[37], değişiklikten sonra sadece belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcileri güvence kapsamına alınmıştır^[38]. Söz konusu maddenin değişiklikten önceki ve sonraki hali arasındaki en önemli fark ise, maddenin önceki halinde iş sözleşmesi sona erdirilen temsilciye mutlak bir işe iade hakkının tanınmış olmasıdır^[39]. Maddenin ilk halinde, mahkemece işe iade kararı verilmesi halinde, temsilci işe başlatılmasa dahi, fesih tarihinden itibaren temsilcilik süresinin devamı boyunca ücret ve diğer haklarının ödenmesi öngörülmüştü. Ancak, değişiklikten sonra mahkemece feshin geçersizliğine ve temsilcinin işe iadesine karar verilmesi halinde, işverene adeta bir seçimlik hak tanınmış ve temsilciyi işe başlatmak istememesi durumunda tazminat

Sayı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013/3, S.38, s.191-192; **Centel**, Tankut, 6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2014, S.31, s.15; **Odaman**, İşyeri Sendika Temsilcileri, s.576.

- [35] **Şahlanan**, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1986, s.276; **Demir**, Sendikalar Hukuku, s.178; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.1569. Aynı yönde bkz. **Uçum**, Mehmet, Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Koruması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, GÜ-İB İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, s.191. Anılan dönemde işverenin temsilcinin iş sözleşmesini sadece haklı nedenle değil geçerli nedenle de feshedebileceği yönündeki görüşler için bkz. **Eyrenci**, Öner, Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları, İstanbul, 1984, s.161; **Sümer**, Haluk Hadi, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Mimoza Yayınevi, Konya, 1997, s.133; **Tunçomağ**, s.184; **Taşkent**, s.281; **Narmanlıoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcileri, s.209.
- [36] **Demir**, Sendikalar Hukuku, s.179.
- [37] **Tunçomağ**, s.182; **Göktaş**, s.316.
- [38] **Çil**, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunundaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. Mart 2008, S.9, s.32; **Göktaş**, s.316.
- [39] **Baskan**, s.134.

ödeyerek iş ilişkisine son verebilme seçeneği getirilmiştir^[40]. Değişiklikten evvel temsilcinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedenle yapıldığının ispat yükü işverendeyken^[41], değişiklikten sonra feshin temsilcilik nedeniyle yapıldığının ispatının işçiye yüklenmesi, maddenin önceki ve sonraki hali arasındaki diğer bir farktır^[42]. Son olarak, 4773 sayılı Kanunla işyeri sendika temsilcilerinin iş akitlerinin feshinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına atıf yapıldığı için bu durumda iş güvencesine tabi olmayan işyeri sendika temsilcilerinin güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı hususu o dönem öğretide tartışmalara neden olmuştur^[43]. Bilindiği üzere iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için o işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalıştırılması ve en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence geçerli veya haklı bir neden olmaksızın feshedilmiş olması gereklidir^[44]. O dönemde öğretideki bir görüş, otuz işçiden daha az işçi çalıştırılan veya kıdemi altı aydan az olan ya da belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcilerinin güvenceden yararlanmasının mümkün olmadığı yönündeydi^[45]. Ancak tam aksi görüşe göre, işyeri sendika temsilcileri için 2821 sayılı Kanun m.30'da özel bir düzenleme getirilmiş olup, İş Kanununa yapılan atıf sadece geçerli fesih nedenleri ve fesih usulüne ilişkindir. Bu nedenle temsilcilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmada aranan şartlara bakılmaksızın

[40] **Ekonomi**, Münir, Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, Özel Ek, s.7.

[41] **Şahlanan**, Sendikalar Hukuku, s.279; **Demir**, Sendikalar Hukuku, s.183; **Demir**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.1572.

[42] **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.447-448; **Baskan**, s.135.

[43] **Özkaraca**, s.192-193.

[44] **Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E.Tuncay, İş Hukuku, 6.B., Ankara, 2013, s.186; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.226; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.188.

[45] **Tuncay**, A. Can, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren Dergisi, Y. Ocak 2003, S.1, C.17, s.16; **Tuncay**, A. Can, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Ankara, 2011, s.244; **Manav**, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009, s.217; **Demir**, Fevzi, Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanuna Göre İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesine İlişkin Olarak Getirilen Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Aralık 2012, s.62-63; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.446; **Sur**, Değerlendirme, s.228; **Odaman**, İşyeri Sendika Temsilcileri, s.577; **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.359; **Ertürk**, s.22; **Keser**, s.135.

temsilciler güvence hükmünden yararlanmalıdır^[46]. Bu dönemdeki bir diğer görüşe göre ise, yeni bir kanuni düzenlemeyle, temsilciler için iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartlarının aranmaması gerektiği hüküm altına alınmalıydı^[47].

Yargıtay bu dönemde verdiği bir kararında, işyeri sendika temsilcisi için özel olarak öngörülen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.30'daki güvencenin doğrudan “temsilcilik sıfatına” dayalı olduğunu, işçide sadece bu sıfatın olmasının güvenceden yararlanabilmesi için yeterli görüldüğünü, ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısı ve en az altı aylık kıdeme bakılmasına gerek olmadığını belirtmiştir^[48].

Öğretide 2821 sayılı Kanun m.30'un ilk halinde işyeri sendika temsilcilerine tam anlamıyla bir koruma sağlandığı ve 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle düzenlemenin geriye götürüldüğü belirtilerek yapılan değişiklik bizce de haklı olarak eleştirilmiştir^[49].

[46] **Ekonomi**, s.7; **Yürekli**, s.176; Aynı yönde bkz. **Eyrenci**, Öner, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Ankara, 2010, s.234; **Cengiz (Urhanoglu)**, İstar, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması, Kamu-İş, Y. 2009, C.11, S.1, s.69; **Hafizoğlu**, Sıla, Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri, Ankara, 2015, s.170; **Çil**, Yeni Düzenlemeler, s.32; **Baskan**, s.138.

[47] **Odaman**, İşyeri Sendika Temsilcileri, s.577; **Keser**, s.146.

[48] Yarg. 9HD, 21.07.2008, 25552/20932: “2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30.maddesinde “İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” Kuralına yer verilmiştir. Buna göre, temsilci için özel yararlanma şartları olarak gösterilen söz konusu güvence doğrudan “temsilcilik sıfatına” dayalı olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdeminin varlığına bakılmaz...” www.legalbank.net (e.t. 28.05.2019).

[49] **Uçum**, Mehmet/**Okcan**, Necdet, 2821 Sayılı Sendikalar Kanununda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi Ön Tasarıların Hazırlanma Süreci, Legal İSGHD, 2004/1, s.93; **Alp**, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, Y.2003, C.5, S.1, s.33; **İncirlioğlu**, Lütfi, Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s.66; **Özkaraca**, Ercüment, Sendika Yöneticileri ile İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Ankara, 2014, s.186; **Ertürk**, s.21; **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.354; **Yürekli**, s.174; **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.470; 4773 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.30'un İş Kanununa uygun hale getirildiği yönündeki görüşler için bkz. **Ulucan**, Devrim, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin

4773 sayılı Kanunla, 2821 sayılı Kanun m.30'da yapılan değişikliğe getirilen eleştiriler, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hazırlanırken dikkate alınmış ve işyeri sendika temsilcilerine ilişkin özel koruma getiren bir düzenleme kanunda yer bulmuştur. STİSK m.24'de, “(1) İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir. (2) Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi kesin olarak karar verir. (3) Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile karar kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır” ifadelerine yer verilerek 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.30'un ilk haliyle benzer bir düzenleme getirilmiştir^[50]. Bu bağlamda, 6356 sayılı Kanunda işyeri sendika temsilcileri için “feshe karşı koruma” ve “işyeri değişikliğine karşı koruma” olmak üzere iki farklı güvence öngörülmüştür. Çalışmamızda ise sadece işyeri sendika temsilcisi için öngörülen “feshe karşı koruma” konusu incelenecektir.

III. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN “FESHE KARŞI KORUMA” GÜVENCESİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

1. Genel Olarak

İşyeri sendika temsilcilerine ilişkin güvenceden yararlanabilmenin koşulları STİSK m.24'de düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca; “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı neden olmadıkça feshedemez”. Düzenlemede herhangi bir sınırlama getirilmeksizin “işyeri sendika temsilcileri” nin güvencesinden bahsedildiğinden, 4857 sayılı İş

Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara, 2005, s.159-161; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.447; **Özveri**, s.85; **Göktaş**, s.315-316; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.144-145.

[50] STİSK m.24'de öngörülen güvenceyle, söz konusu güvencenin çok genişletildiği ve iş güvencesi sistemi ile çelişen bir durum yaratıldığı yönündeki eleştiriler için bkz. **Savaş**, Fatma Burcu, Sendikal Güvencelerde Son Durum, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakeimli Hukuk Dergisi, Y.2012, C.8, S.93-94, s.128.

Kanunu^[51], 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (kısaca Basın İş Kanunu)^[52], 854 sayılı Deniz İş Kanunu^[53] veya 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na^[54] kapsamına giren, iş güvencesi hükümlerine tabi olan ve olmayan tüm temsilciler anılan hükmün korumasından yararlanabilecektir^[55]. Bunun yanı sıra, temsilcinin iş sözleşmesinin iş güvencesi hükümleri kapsamına girip girmediği, belirli veya belirsiz süreli, tam ya da kısmi süreli sözleşme olup olmadığının da bir önemi yoktur^[56]. Deneme süreli iş sözleşmeleri açısından ise, öğretide, temsilcinin deneme süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı sırada temsilci olarak atandığı hallerde kural olarak temsilcilik güvencesinden yararlanamayacağı belirtilmektedir^[57]. Bunun yanı sıra işyerinin bütünüyle kapatılması nedeniyle temsilcinin iş sözleşmesinin feshi, temsilciye işe iade talep etme hakkını vermez. Zira artık ortada çalışacak bir işyeri kalmamıştır^[58].

[51] 10.06.2003 t. ve 5134 S.lı RG.

[52] 20.06.1952 t. ve 8140 S.lı RG.

[53] 29.04.1967 t. ve 12586 S.lı RG.

[54] 04.02.2011 t. ve 27836 S.lı RG.

[55] **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 16.B., İstanbul, 2018, s.652-653; **Demir**, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 11.B., İzmir, 2018, s.570; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.147; **Narmanlıoğlu**, s.281; Akyiğit, Toplu İş Hukuku, s.472; **Özkaraca**, s.194; Aynı yöndeki bir Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Yarg. 7HD, 25.05.2016, 5336/11378, www.lexpera.com, (e.t. 20.03.2019), "...24. madde herhangi bir sınırlama getirmeksizin işyeri sendika temsilcilerine güvence sağlamaktadır. Farklı bir anlatımla temsilci, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında çalışsa, iş güvencesi hükümlerine tabi olsa veya olmasa da getirilen güvenceden yararlanır...".

[56] **Astarlı**, Muhittin, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, GÜHFD, C.XVII, Y.2013, S.1-2, s. 156; **Özkaraca**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.187; **Demir**, İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesi, s.65; **Alpagut**, s.34; **Hafizoğlu**, s.174.

[57] **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.472; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.148.

[58] **Esener**, Turhan/**Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz, Sendika Hukuku, 2.B. İstanbul, 2017, s.259; **Özkaraca**, Arcüment, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016, s.251; **Şahlanan**, Sendikalara İlişkin Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.129; **Süzek**, s.656; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar 5, İstanbul, 2014, s.227; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.118; **Özkaraca**, s.195; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.148; **Özkaraca**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.189.

STİSK m.24'deki korumadan yararlanabilmek için işyeri sendika temsilcilerinin STİSK m.27'de öngörülen usule uygun olarak atanmış olmaları, başka bir ifadeyle temsilcilik sıfatına sahip olmaları ve iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olması gerekir. Aşağıda bu şartları ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız.

2. Temsilcilik Sıfatının Bulunması

İşyeri sendika temsilcilerinin STİSK m.24'deki güvenceden yararlanabilmeleri için, STİSK m.27'de öngörülen usule uygun olarak temsilcilik görevine getirilerek temsilcilik sıfatının başlamış ve fesih anında da bu sıfatın hala devam ediyor olması gerekir^[59]. Bu nedenle, işyerinde farklı isimler altında sendika temsilcilerine yardım veya vekalet eden kimseler olsa dahi, anılan kimselerin temsilcilik güvencesinden yararlanmaları söz konusu olmayacaktır^[60]. Öğretide temsilcilik sıfatının, sendika tarafından atamanın işçiye bildirildiği tarihte başlayacağı belirtilmektedir^[61].

İşyeri sendika temsilcisi güvenceden temsilcilik süresince faydalanabilir. Temsilcilik görevinin sona ermesiyle söz konusu güvence kaybedilmektedir. Öğretide bu durum haklı olarak eleştirilmektedir^[62]. Zira, işçiyle temsilcilik süresince uyumsuzluk içinde bulunan işverenin, temsilcilik süresinin sona ermesiyle işçinin iş sözleşmesini feshetme ihtimali yüksektir. Öğretide kimi yazarlar tarafından, bu durumda yapılacak bir feshin sendikal faaliyet nedeniyle yapılmış bir fesih niteliğinde olduğu ve eski temsilcinin STİSK

[59] **Narmanlıoğlu**, s.280; **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.471; **Baskan**, s.139; Aynı yönde bkz. **Astarlı**, s.155-156; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.115; STİSK m.27'deki usule uygun olarak atanmamış işçinin temsilcilik güvencesinden yararlanamayacağına ilişkin bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir; "...6356 sayılı Kanun'un 24. ve 27. maddeleri ve 135 sayılı ILO sözleşmesinin 1,3 ve 4. maddeleri değerlendirildiğinde ulusal mevzuatımız 6356 sayılı Kanun, ILO sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında korumadan yararlanacak temsilcileri yetkili sendika tarafından atanan işyeri temsilcileri olarak belirlemiştir. 6356 sayılı Kanun 24. madde hükmünün davacı gibi işçiler tarafından seçilen işçi temsilcisine uygulanması imkanı bulunmamaktadır..."", Yarg. 9HD, 22.03.2018, 2402/6034, www.lexpera.com, (e.t. 20.03.2019). Aynı yöndeki bir başka Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9HD, 21.11.2018, 8455/21083, www.yargitay.gov.tr (e.t.20.03.2019).

[60] **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.225; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.259.

[61] **Okur**, s.139; **Süzek**, s.653; **Narmanlıoğlu**, s.269.

[62] **Uçum**, s.189; **Özveri**, s.90.

m.25'deki güvenceden yararlanabileceği ileri sürülmektedir^[63]. Bu görüşe karşılık öğretilerde, eski temsilcinin STİSK m.25'den yararlanabilmesi için feshin sendika temsilciliği görevi sona erdikten sonra makul bir süre içinde gerçekleşmiş olması gerektiği belirtilmektedir.^[64] Bir başka görüşe göre ise, fesih için ortada makul bir neden yok ve fesih, işçinin önceki yıllarda yapmış olduğu temsilcilik ya da sendikal faaliyetten kaynaklanmışsa, işçi temsilcilik güvencesinden yararlanabilir^[65].

Uluslararası düzenlemelere baktığımızda, 158 sayılı ILO Sözleşmesi m.5'de, “*Özellikle aşağıdaki hususlar son verme için geçerli bir neden teşkil etmezler... İşçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya talip olmak...*” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Sözleşmedeki bu hükümlerle, güvenceden, sadece halen temsilcilik yapanlar değil, daha önce temsilcilik yapmış olan ve hatta temsilciliğe aday olanların da yararlanacağı belirtilmiştir. Öğretilerde, hukukumuzda da bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesinin isabetli olabileceği ifade edilmektedir^[66]. Konu ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu m.18/III-b'de yer alan ve işyeri sendika temsilciliği yapmanın fesih için geçerli bir sebep teşkil etmeyeceğine ilişkin düzenlemenin, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere 158 sayılı ILO Sözleşmesi dikkate alınarak hazırlandığı göz önüne alındığında öğretilerdeki anılan görüşle örtüştüğü ifade edilebilir. Başka bir görüşe göre ise, temsilcilik sıfatı sona eren işçilerin, belirli bir süre daha (örneğin en az bir yıl gibi) temsilcilik güvencesinden yararlanacaklarına ilişkin bir düzenleme yapılması isabetli olur^[67].

3. Sözleşmenin İşveren Tarafından Haklı Bir Neden Olmaksızın Feshedilmesi

İşyeri sendika temsilcisinin kendileri için öngörülen özel güvence hükümünden (STİSK m.24) yararlanabilmesi için, iş sözleşmesinin fesih yolu ile

[63] **Süzek**, s.654; **Sümer**, İşçinin Feshe Karşı Korunması, s.131; **Demir**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.1575; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.259.

[64] **Yürekli**, s.209.

[65] **Akyiğit**, İş Güvencesi, s.254-255.

[66] **Yürekli**, s.179; **Baskan**, s.141.

[67] **Demir**, Sendikalar Hukuku, s.187; **Süzek**, s.654; **Yürekli**, s.209; **Demir**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.1575; **Tuncay**, İş Güvencesi, s.160; **Uçum**, s.189; **Göktaş**, s.322; **Özkaraca**, s.198; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.192; **Özveri**, s.90; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.116; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.260; **Hafizoğlu**, s.172; **Baskan**, s.141.

sona erdirilmesi gerekir. Sözleşmenin tarafların anlaşması (ikale) ya da daha önce öngörülmüş sürenin bitimi suretiyle sona ermesi halinde, temsilci bu güvenceden yararlanamayacaktır^[68]. Ancak, temsilcilik sıfatı sebebiyle işveren tarafından baskıya maruz kalarak iş sözleşmesini temsilcinin feshettiği durumlarda da temsilcinin STİSK m.24'deki güvenceden yararlanabileceği kanaatindeyiz. Zira, Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında, işveren baskısı neticesinde işçi tarafından yapılan feshi, işverence yapılmış bir fesih olarak nitelendirmektedir^[69].

STİSK m.24'e göre, işveren, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini yazılı bir şekilde açık ve kesin olarak belirtmedikçe feshedemez. Burada üzerinde durulması gereken husus anılan düzenlemede yer verilen "*haklı sebep olmadıkça*" deyiminden ne anlaşılması gerektiğidir. Öğretideki tartışmalar, kanun koyucunun işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshinde fesih türünü belirlemeyi amaçlayıp amaçlamadığı hususu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, "*haklı sebep olmadıkça*" deyiimiyle işverenin fesih hakkının temsilcinin tabi olduğu kanundaki "*bildirimsiz fesih*" halleriyle (örneğin İŞK m.25/II, Deniz İŞK m.14/I, Basın İŞK m.11, m.12, TBK m.435, STİSK m.70/I) mi sınırlandığı yoksa "*bildirimli fesih*" hallerini (İŞK m.18) de içerisine aldığı hususu tartışmalıdır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından "*fesih türleri*" ne değinmenin faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Fesih, sürekli borç ilişkilerini, tek taraflı bir irade beyanıyla, karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın, geleceğe yönelik olarak, derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir haktır^[70]. Bu

[68] **Narmanlıoğlu**, s.283.

[69] Bu konuda Yargıtay bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "*İşverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak, tazminatları ödeme koşulu, benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir...*" bkz. Yarg. 9HD, 01.06.2019, 2018/34027, 2019/14977, www.legalbank.net (e.t.18.07.2019). Aynı yöndeki başka Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9HD, 03.05.2018, 2015/16084, 2018/9793, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2018/4, s.2310-2314, Yarg. 9HD, 28.03.2018 2698/6873, Yarg. 9HD, 18.12.2017, 2016/33150, 2017/21641, www.legalbank.net (e.t.18.07.2019), Yarg. 9HD, 30.09.2015, 2014/13547, 2015/26816, www.legalbank.net (e.t.18.07.2019).

[70] **Kaplan**, Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 1987, s.14; **Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2.B., Ankara, 2018, s.221;

çerçevede, iş sözleşmesinin derhal yahut belirli bir sürenin geçmesinden sonra sona ermesi ve fesih sebepleri açısından, fesih, bildirimli fesih (sürelî fesih) ve bildirimsiz fesih (haklı nedenle fesih) olmak üzere ikiye ayrılır^[71]. Bildirimli fesih, taraflara belirsiz süreli iş akdini tek taraflı irade beyanıyla, bildirim sürelerinin bitiminde sona erdirme yetkisi veren, iş akdinin feshinin şimdiden bildirildiği bir irade beyanıdır^[72]. Bildirimli fesihle, belirsiz süreli iş akitleriyle çalışan işçilerin sözleşmeleri, iş güvencesi kapsamında olup olmadıkları önem arz etmeksizin sona erdirilebilir. İş güvencesi kapsamında olmayan belirsiz süreli iş akdiyle çalışan işçinin sözleşmesinin bildirimli olarak feshedilmesinde herhangi bir sebep gösterilmesi zorunlu değildir^[73]. İş güvencesi kapsamında olan belirsiz süreli iş akdiyle çalışan işçinin sözleşmesinin bildirimli feshindeyse, İşK m.18'de belirtilen geçerli nedenlerden birinin varlığı gereklidir^[74].

Bildirimsiz fesih (haklı nedenle derhal fesih) ise, dürüstlük kuralı gereğince iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa (işveren veya işçi), belirli yahut belirsiz süreli iş akdini derhal feshetme yetkisi veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır^[75]. Bildirimsiz fesihte, “*iş ilişkisinin sürdürülmesi taraflardan biri için çekilmez hale*” gelmiş olmalıdır. Bu husus, TBK m.435'de, “*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir... Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır*” şeklindeki düzenlemeyle hukuki dayanağını bulmaktadır.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9.B., Ankara, 2018, s.257; **Aktay**, Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay, İş Hukuku, Yenilenmiş 6.B., Ankara, 2013, s.173; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.198-199; **Süzek**, s.517; **Uşan**, s.100; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.183.

[71] **Kaplan**, s.32; **Süzek**, s.517; **Senyen-Kaplan**, s.259; **Uşan**, s.100; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s.175; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.184; Aynı yönde bkz. **Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, 12.B., Ankara, 2018, s.253;

[72] **Kaplan**, s.34; **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.204; **Süzek**, s.517; **Senyen-Kaplan**, s.261; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.258; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s.175-176; **Uşan**, s.102; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.256.

[73] **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.217-218; **Süzek**, s.519; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s.176.

[74] **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s.226; **Süzek**, s.519-520; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s.190; **Uşan**, s.107.

[75] **Kaplan**, s.32-33; **Süzek**, s.679; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.221-222; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s.207; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.272.

İŞK m.24'de işçiler ve İŞK m.25'de işverenler için haklı nedenle fesih hakkı tanıyan haller sayılmıştır. Ne var ki öğretide isabetle belirtildiği üzere, haklı nedenle fesih halleri anılan maddelerde sayılan durumlarla sınırlı olmayıp, TBK m.435 gereğince, objektif olarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin işçi veya işverenden beklenemeyeceği hallerde de, işveren ya da işçinin sözleşmeyi derhal fesih hakkı bulunmaktadır^[76].

STİSK m.24'de geçen “*haklı sebep olmadıkça*” deyiminin kapsamı hususunda öğretideki iki farklı görüş vardır. İlk görüşe göre, anılan düzenlemedeki deyim neticesinde, işveren, işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesini sadece bildirimsiz (haklı sebep) fesih yoluyla sona erdirebilecektir. Söz konusu görüşe göre haklı nedenler sadece İŞK m.25/II'de sayılanlarla sınırlı değildir. İŞK m.25/II'de sayılan sebepler ve benzerleri, başka bir ifadeyle yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş ilişkisinin devamını işveren bakımından çekilemez hale getiren bir durum da haklı sebep sayılacaktır^[77]. Şunu da belirtmek gerekir ki, buradaki haklı nedenden anlaşılması gereken, temsilcinin tabi olduğu kanuna göre haklı neden sayılan haller ve benzerleridir^[78].

İkinci görüşe göre ise, anılan ifade genel olarak kullanılmış bir kavram olup, sadece bildirimsiz fesih halleri kastedilmemiştir. Bu nedenle ister bildirimli ister bildirimsiz olsun işverence yapılan bütün fesihler ilgili maddenin kapsamı içerisindedir. Anılan görüşe göre, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi, sadece İŞK m.25/II'de sayılan hallerde değil, iş ilişkisi içerisinde dürüstlük kuralı gereğince “haklı” sayılabilecek bir nedenle, başka bir deyişle, bildirimli fesih yoluyla da sona erdirilebilir^[79].

[76] Şahlanan, s.146-147; Süzek, s.679; Sur, s.69-70.

[77] Şahlanan, Fevzi, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2014, Hukuk Eki, s.3; Aynı yazar, Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.127; Demir, İş Hukuku Uygulaması, s.569-570; Şahlanan, s.238 vd.; Aynı yazar, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.147; Alpagut, s.35-36; Özkaraca, s.194-195; Aynı yazar, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.188; Bozkurt Gümrükçüoğlu, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.117-118; Sur, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.188-189; Başbuğ, s.82; Akyiğit, s.472-473; Ekmekçi, s.144; Tuncay/Savaş Kutsal, s.147; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.261; Baskan, s.143.

[78] Akyiğit, Ercan, Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Legal İSGHD, C.9, S.36, Y.2012, s.23.

[79] Oğuzman, M. Kemal, Türkiye'de İşçilerin Feshe Karşı Korunması, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul, 1997, s.24; Günay, Cevdet İlhan, İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara, 2013, s.782; Kılıçoğlu, Mustafa,

Kanaatimize göre ikinci görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, işyeri sendika temsilcisinin iş akdinin bildirimli fesih yoluyla da sona erdirilebileceğinin kabulü, STİSK m.24’de işyeri sendika temsilcileri için öngörülen ayrıcalıklı korumayı etkisiz kılacaktır. Böylece, işyeri sendika temsilcilerinin iş akitlerinin feshedilmesi şartları normal bir sendika üyesinin feshe karşı korunmasıyla aynı düzeye indirgenmiş olacaktır. Nitekim kanun koyucu amacının, “2821 sayılı Sendikalar Kanununda işyeri sendika temsilcisine diğer işçilerle aynı düzeyde güvence sağlayan düzenlemenin, daha etkili bir koruma sağlamasını öngören ILO’nun 135 ve 138 sayılı sözleşmeleri ile çelişmesi de dikkate alınarak, sendika işyeri temsilcisinin güvencesini artırmak amacıyla birinci fıkranın feshin şartlarını ağırlaştırıcı şekilde yeniden düzenlenmesi...” olduğunu anılan madde gerekçesinde belirtmiştir. Madde ve gerekçesi birlikte ele alındığında kanun koyucunun işyeri sendika temsilcisinin feshe karşı korunmasında, özel bir koruma hükmü getirmeyi amaçladığı ve bu nedenle, düzenlemede geçen “*haklı sebep olmadıkça*” ifadesinin sadece bildirimsiz fesih (haklı nedenle) hallerini kapsadığı, başka bir deyişle, İŞK m.18’de sayılan, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple sona erdiremeyeceğinin kabul edilmesi daha isabetli olacaktır^[80]. Bu durumda, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerine İŞK m.18’in gerekçesinde örnek olarak sayılan, “*sık sık devamsızlık yapmak,*

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara, 2013, s.191; **Narmanlıoğlu**, s.285.

[80] İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedilemeyeceğine ilişkin bir Yargıtay kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi başlıklı 24/... maddesinde, “(...) İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir.” hükmü düzenlenmiş olup, davacının... .. Sendikası üyesi olduğu ve2013 tarihinde davalı iş yerine işyeri sendika temsilcisi olarak atandığı ve fesih tarihi itibarı ile de aktif olarak sendika temsilciliğini devam ettirdiğinin anlaşılması göre, anılan Kanun maddesinin nazara alınmaması hatalı olmuştur. Davacının iş akdi haklı nedenle değil geçerli nedenle feshedildiğinden emsallerinden farklı olarak işyeri sendika temsilcisi olan davacının işe iade talebi kabul edilmelidir...” Yarg. 22HD, 20.03.2017, 23849/5535, www.yargitay.gov.tr (e.t. 04.07.2019). Aynı yöndeki bir başka Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9HD, 07.05.2015, 6762/16717, www.yargitay.gov.tr (e.t. 04.07.2019), Yarg. 9HD, 24.03..2015, 3211/11636, www.yargitay.gov.tr (e.t. 04.07.2019).

işverene zarar vermek veya zarardın tekrarı tedirginliğini yaratmak, işyerinde arkadaşlarını rahatsız edecek şekilde borç para istemek, işyerinde uzun telefon görüşmeleri yapmak” gibi haller geçerli fesih sayılmaktadır ve söz konusu durumlarda işveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini anılan nedenlere dayanarak feshedemeyecektir. Ancak STİSK m.27/IV’de yer alan, “*İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile görevlerini yerine getirir...*” düzenlemesi nedeniyle, bahsi geçen nitelikteki hal ve davranışların, geçerli sebep sayılacak seviyeye ulaşmasından sonra da devam etmesi ve buna bağlı olarak işyerindeki olumsuzlukların sürekli bir hal alması durumunda artık geçerli sebebin haklı sebebe dönüştüğünün kabulü gerekir ve temsilcinin iş akdi haklı nedenle feshedilebilir^[81].

Temsilcinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilip feshedilmediğinin incelendiği bir Yargıtay kararına konu olan uyuşmazlıkta, satış trafik şefi olarak çalışan işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi, davacının kendisi ve ailesi için muhtelif dönemlerde davalı havayolu şirketinin çalışanlarına tanıdığı ücretsiz veya indirimli bilet hakkı sağlayan uygulamadan prosedüre aykırı bir şekilde 18 adet bilet aldığı gerekçesiyle feshedilmiştir. Davacı işçi ise, işyeri sendika temsilcisi olduğunu ileri sürerek, iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshedildiğini belirtmiş ve STİSK m.24’e dayanarak işe iade davası açmıştır. Yerel mahkemece, davalı tarafından ileri sürülen fesih sebebinin haklı bir neden olmadığına karar verilerek davanın kabulüne hükmedilmiştir. Mahkeme kararına davalı tarafından itiraz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından yapılan inceleme sonucunda, yüksek mahkeme, “*Somut uyuşmazlıkta, mahkemece davacının işe iadesine karar verilmiş ise de davacının değişik tarihlerde kendisi ve ailesi adına Pass Bilet İşlemleri Prosedürü’ne aykırı şekilde 15 adet pas(indirimli) bilet aldığı, davacının savunmasında limitleri zorlayarak ailevi nedenle pas bilet alımı yaptığını kabul ettiği, davacının satış trafik şefi olması karşısında bu şekilde davranmasının “doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış” niteliğinde olup, davacının bu davranışları nedeniyle yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşıl- makla davanın reddi yerine yanılığılı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...*” ifadelerine yer vererek

[81] **Demir**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.1567; **Özkaraca**, s.195; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.189; **Aynı yazar**, Değerlendirme, s.251; **Alpagut**, s.36; **Baskan**, s.146.

davacının feshe konu eylemini “doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış” olarak nitelendirerek, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğine bizce de isabetli bir şekilde hükmetmiştir^[82].

İşyeri sendika temsilcinin iş sözleşmesinin, işverence ancak haklı nedenle feshedilebilmesinin yanı sıra, feshe dayanak olarak gösterilen haklı neden yazılı olarak, açık ve kesin bir şekilde belirtilmek zorundadır. Feshin usulüne ilişkin getirilmiş bu şartın, bir geçerlilik şartı olduğunu belirtmekte fayda vardır^[83].

III. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ GÜVENCESİNE DAYANILARAK DAVA AÇILMASI

1. İşyeri Sendika Temsilcisinin İşe İade Davası Açma Hakkı

İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi, işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın yahut nedeni yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmeden feshedilmişse, temsilci veya üyesi olduğu sendika tarafından, fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilir (STİSK m.24/I). Görüldüğü üzere, Kanun, dava açma hakkını, temsilcinin yanı sıra üye olduğu sendikaya da tanımıştır. Bireysel nitelikteki bu işe iade davasının temsilcinin üye olduğu sendika tarafından açılabilmesi için sendika temsilcisinin STİSK m.26'ya göre yazılı başvurusunun bulunması gerekir^[84].

[82] Anılan karar için bkz. Yarg. 9HD, 10.10.2016, 2015/33946, 2016/17537, www.yargitay.gov.tr (e.t. 04.07.2019).

[83] Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 22HD, 02.10.2018, 12743/20819: “Somut olayda, fesih tarihi itibarıyla davacının işyeri sendika temsilcisi olduğu anlaşılmaktadır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu ... Sözleşmesi Kanunu'nun 24/1. maddesinde “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin ... sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez.” hükmü bulunmaktadır. Davalılarca, haklı fesih savunması ileri sürülmüş ise de, anılan kanun hükmü uyarınca fesih bildirimiminin yazılı olarak yapılması şarttır. Davacının ... sözleşmesi, yazılı fesih bildirimini yapılmadan sona erdirildiğinden fesih geçersizdir. Bu sebeple, Mahkemece, feshin geçersizliği ile davacının alt işveren şirket işyerinde işe iadesine karar verilmesi isabetlidir...” www.yargitay.gov.tr (e.t.04.07.2019). Yargıtay ile aynı yöndeki görüş için bkz. **Şahlanan**, Sendikalara İlişkin Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.127; **Centel**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.16; **Astarlı**, s.157; **Akyığıt**, Toplu İş Hukuku, s.473; **Özkaraca**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.189.

[84] STİSK m.26/II: “Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında

Sendika temsilcisinin dava açma iradesinin bulunmadığı ya da sendikaya dava açma konusunda yazılı başvurusu olmadığı hallerde sendikanın bu davayı kendisinin açması mümkün değildir^[85].

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İşMK^[86] ile işe iade davasının açılması usulünde önemli bir değişiklik getirilmiştir. 5521 sayılı İşMK^[87] döneminde, arabulucuya başvurma zorunluluğu olmadan, işe iade davası açılabilirken, 7036 sayılı İşMK m.3/I uyarınca, “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*”. Bu nedenle işyeri sendika temsilcisinin STİSK m.24’de öngörülen güvenceden yararlanabilmesi için fesih bildirimiminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurması gerekir^[88].

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda iradi arabuluculuk öngörülmüşken (m.1/II, m.3/I), 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda zorunlu arabuluculuk sistemi getirilmiştir. Öğretide tartışmalara

üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez. Aynı yöndeki görüşler için bkz. **Ulucan**, Devrim/Nazlı, **Seçkin**, Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Sarper Süzek’e Armağan Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1678. İşçinin dava açılmasını istemediği durumlarda sendikanın dava açmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.475; **Astarlı**, s.157. Temsilcinin üyesi bulunduğu sendikaya dava açma hakkının tanınmasının temelinde, temsilcinin çeşitli baskılarla dava açmadığı hallerde üyesi olduğu sendikanın doğrudan davayı açarak temsilcinin güvencesiz kalmasının önlenmek istenmesi düşüncesi bulunduğunu belirten görüş için bkz. **İnce**, Ergun, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1983, s.131, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.148; **Demir**, İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesi, s.62. Temsilcinin üye olduğu sendikaya dava açma hakkının tanınmasının kolektif sendika özgürlüğünün yararına olduğu yönündeki görüş için bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.121.

[85] **Astarlı**, s.157. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Hafizoğlu**, s.177.

[86] 25.10.2017 t. ve 30221 S.lı RG.

[87] 04.02.1950 t. ve 7424 S.lı RG.

[88] Bir aylık arabulucuya başvurma süresinin “fesih bildirimiminin tebliği tarihinden” itibaren işleyeceğine ilişkin düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Astarlı**, Muhittin, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2017, S.38, s.42.

neden olan^[89] arabuluculuğun bir dava şartı olarak öngörülmesi, başka bir

- [89] İş uyuşmazlıklarında (iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile, bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hariç olmak üzere (İşMK. m.3/III) zorunlu arabuluculuk sisteminin öngörülmüş olması, öğretilerde, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediği yönünden yoğun tartışmalara neden olmuştur. Öğretilerdeki bir görüşe göre, zorunlu arabuluculuk ve arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi, arabuluculuk yönteminin ruhuna ve buna uygun gerekçelere dayalı AYM kararlarına, dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil eder. Anılan görüş, bu düşüncesinin gerekçesini daha evvel Anayasa mahkemesinin benzer konularla ilgili vermiş olduğu kararlardan hareket ederek açıklamaktadır. Söz konusu görüş ilk olarak, arabuluculukta ihtiyarılık sistemini benimseyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun çok sayıdaki düzenlemesinin iptali için AYM'ye başvurulmuş kararı ele almıştır. Yargıtay konu ile ilgili olarak vermiş olduğu kararında, "... Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf etmez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yolların başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 9. ve 36. Maddelerine aykırı bir yönü yoktur" şeklindeki hükmüyle HUAK'nun hükümlerini Anayasaya aykırı bulmamıştır (25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı RG, AYM, 10.07.2013, 2012/94, 2013/89). Görüş, ikinci olarak, İşK m.20'nin ilk yürürlük metnindeki, "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" ifadelerinin iptali için AYM'ye başvurulmuş kararına değinmiştir. Gerçekten de ilgili kararında AYM, "... 20. maddenin birinci fıkrasının son tuncesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tuncesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... özel hakeme götürülür" denilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez..." ...Bu nedenlerle, kuralın "... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir" ifadelerine yer vererek iptal istemini haklı bulmuştur (24.11.2007 tarih ve 26710 sayılı RG, AYM, 19.10.2005, 2003/66, 2005/72), Bkz. **Güzel**, Ali, İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/3 (50), s.1135-1137; Aynı yönde, **Karacabey**, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s.461-473; **Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat, "Yeni İş Mahkemeleri

ifadeyle “zorunlu arabuluculuk” sisteminin getirilmiş olmasıdır. Nitekim bu tartışmalar neticesinde, arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmesinin Anayasa m.9 ve m.36’ya aykırı olduğu belirtilerek, ilgili hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili verdiği kararında, iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak düzenlenen İŞMK m3/1’in AY m.9 ve m.36’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır^[90].

Kanunu Üzerine” Toplantısı, İstanbul, Temmuz 2018, s.41-123, s.88-94; Zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu ve bağımsız ve tarafsız yargıya ulaşımı geciktirdiği, anlaşamama halindeyse maliyetli hale geleceği yönündeki görüş için bkz. **Doğan Yenisey**, Kübra, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40.Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul, Mayıs 2016, s.182-183; Arabuluculuğun esasında serbest pazarlık yöntemiyle, tarafların karşılıklı ödün vererek çözümlenmesinin yer aldığı, ancak bu mantığın, işçilerin, işveren karşısında güçsüz olan işçinin korunması esasına dayanan iş hukukunun işçi lehine asgari norm teşkil eden pek çok düzenlemesinden daha az bir miktara razı olması ile sonuçlanabileceği yönünden isabetli bulmayan görüş için bkz. **Soyer**, M. Polat, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, Y.2018, C.15, S.57, s.29-34. Aynı yönde bkz. **Namlı**, Mert, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40.Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul, Mayıs 2016, s.160; Zorunlu arabuluculuk sürecinin tarafların dava hakkının elinden almadığı, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenememesi halinde tarafların iş mahkemesinde davaya devam edilmesini isteyebileceği gerekçeleriyle, ilgili düzenlemenin Anayasa m.36’ya aykırı olmadığına ilişkin görüşler için bkz. **Manav Özdemir**, Eda, İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/4 (47), s.207; **Erdoğan**, Ersin, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, Y.2017, C.14, S.55, s.1229-1236.

- [90] Anayasa Mahkemesi’nin konu ile ilgili verdiği kararın gerekçesinde dikkat çeken noktalar şu şekildedir: “...*Kanun’da arabuluculuk kurumunun, mahkemelerin yerine geçecek bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak düzenlenmediği, mahkemelere ait olan uyuşmazlıkları çözme yetkisinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle dostane bir çözüm yolu olan arabuluculuğun yargılama faaliyeti veya yargıyla rekabet içinde bulunan bir yöntem olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Arabuluculuğun, yargısal yolların yanında yer alan, yargı yetkisine müdahale etmeden işlerlik kazanan kendine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla kuralın Anayasa’nın 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı yöndeki kurala aykırı bir yönü de bulunmamaktadır... Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak*

Arabuluculuk faaliyeti sonrasında anlaşmaya varılamaması durumunda, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içerisinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Tarafların anlaşması halinde, uyuşmazlık aynı süre içerisinde iş mahkemesi yerine özel hakeme götürülebilir. Kanunda öngörülen bir aylık süre hak düşürücü süre nitelikte olup, bu süre içinde feshin geçersizliği iddiasıyla arabulucuya başvurmayan işyeri sendika temsilcisi işe iade davası açma hakkını kaybeder. Zira 7036 sayılı İşMK m.3/II'de, "... Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir" ifadeleri nedeniyle hakimın dava şartı eksikliğini süre vererek gidermesi mümkün değildir^[91]. Gerçekten de anılan maddenin gerekçesinde, "Bir başka ifadeyle dava şartı noksanlığının giderilmesi (arabulucuya başvurulması) için mahkemece davacıya süre verilmeyecektir. Böylece açılan davaya ilişkin dosya mahkemede derdest halde beklemeyecektir" denilmektedir^[92].

aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir...", AYM, 11.07.2018, 2017/178, 2018/82, 11.12.2018 t. ve 30622 S.lı RG.

[91] Arabuluculuk süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, 2012, **Günay**, Cevdet İlhan, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara, 2017, s.81-115; **Akın**, Levent, İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, Çimento İşveren Dergisi, Y.Ocak 2018, C.32, S.1, s.12 vd.; **Narmanlıoğlu**, Ünal, İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2017, S.38, s.12; **Özekes**, Muhammet, 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2018, S.39, s.64; **Çil**, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara, 2018, s.25; **Astarlı**, İş Mahkemeleri, s.41.

[92] HMK m.114/I'de, dava şartları tek tek sayılmış ve m.114/II'de diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. HMK m.115/II'deyse, "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir.

Bununla beraber, arabulucuya başvurulmadığı için usulden reddedilen davada, işçiye, İşMK m.11'de yer alan, “*Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir*” şeklindeki düzenlemeyle ek bir süre verilmektedir. Söz konusu iki haftalık süre içerisinde arabulucuya başvurmayan işyeri sendika temsilcisi, artık işe iade davası açamaz.

İşyeri sendika temsilciliğinin feshe karşı korunmasında, işyeri sendika temsilcisi tarafından feshin geçersizliğinin tespiti için kanunda öngörülen süre içerisinde arabulucuya başvurulmuş olması gerekir. Ancak, taraflar anlaşmamışsa, temsilci, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir. Ne var ki, İşMK m.3 gereğince, anlaşmaya varılmadığına ilişkin son arabuluculuk tutanağının aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Arabuluculuk aşaması tamamlanmasına rağmen, kanunda öngörülen bu usule göre dava açmayan temsilciye, söz konusu usuli eksikliğin giderilmesi için bir imkan tanınmıştır. Bu durumda, İşMK m.3/II'de yer alan, “*Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir*” hükmüyle, davacıya belirli bir süre tanınarak eksikliği tamamlayabilme olanağı getirilmiştir.

İşe iade davası açılması halinde feshin haklı nedene dayandığını ispat yükü işverene aittir^[93]. İşveren fesih bildiriminde belirttiği nedenle bağlı olup dava sırasında fesih nedenini değiştiremez ya da daha evvel bildirmediği

Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder” şeklindeki hükümlerle dava şartı noksanlığı halinde mahkemeye ne yapılacağı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, dava şartlarından birinde eksiklik olması halinde, şayet bu eksiklik giderilebilir bir eksiklik ise süre verilmesi, aksi halde davanın usulden reddedileceği öngörülmüştür. Ancak 7036 sayılı İşMK m.3/II'nin açık hükmü karşısında hakimin arabuluculuk dava şartına ilişkin ek süre vererek bu eksikliği gidermesi mümkün değildir.

[93] **Şahlanan**, Sendikalara İlişkin Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.128; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.147; **Özkaraca**, s.197.

başka bir nedene dayanamaz^[94]. Açılan işe iade davası sonucunda, işverence feshin haklı nedenle yapıldığı ispat edilirse dava reddedilir. Bu durumda temsilcinin iş sözleşmesi feshin işverence tebliğ edildiği tarihte sona ermiş sayılır^[95]. İşverenin feshe dayanak olarak gösterdiği haklı nedeni ispat edememesi yahut fesih sebebini yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtmediği halde, temsilcinin açtığı işe iade davası kabul edilir.

2. Temsilcinin İşe İade Davası Açmasının Sonuçları

A) İşe İade Davası Açmanın Ücret ve Diğer Haklar Bakımından Sonuçları

Mahkemece temsilcinin iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanılmadan veya usulüne uygun bir şekilde feshedilmediğine karar verilmesi halinde fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydı ile fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları temsilciye ödenir (STİSK m.24/III)^[96]. Düzenlemede dikkat edilmesi gereken nokta, temsilciye fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının^[97] ödenmesinin, genel işe iade isteminden farklı olarak, temsilcinin işverene

[94] **Şahlanan**, Sendikalara İlişkin Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.135; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.147; **Centel**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.16; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.228; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.148; **Özkaraca**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.189.

[95] **Tunçomağ**, s.186; **Şahlanan**, Sendikalar Hukuku, s.279; **Süzek**, s.656; **Özkaraca**, s.197; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.191; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.121, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.149.

[96] 4857 sayılı İş Kanunu m.21/III'e göre ise, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, kararın kesinleşmesi tarihine dek işçiye çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği düzenlenmiştir.

[97] "Diğer haklar" kavramının açıklandığı bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "...Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların, işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışmış gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz...", Yarg. 22HD, 19.03.2018, 2015/27893, 2018/7062, Karar metni için bkz. **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2018/4, S.59, s.2517-2519.

başvurusu veya işe başlatılıp başlatılmaması gibi şartlara bağlanmamış olmasıdır^[98]. Zira, kanun koyucu, temsilcinin altı iş günü içinde işe başlamak için gereken başvurusunu sadece işverenin işe başlatma yükümlülüğünün başlamasının bir şartı olarak öngörmüştür^[99]. Sonuç olarak temsilci, işe başlamak için başvurmuş olup olmamasına bakılmaksızın, temsilcilik süresini aşmamak kaydı ile, fesih tarihi ile mahkeme kararının kesinleşmesine dek geçecek süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesini talep edebilir^[100].

Temsilcinin boşa geçen süre ücretinin tamamına hak kazanabilmesi için fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki sürede temsilcilik görevinin devam etmiş olması gerekir. Şayet fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki süre içerisinde temsilcilik görevi sona ermiş ise, temsilci sadece görevinin devam ettiği süre ile sınırlı olarak boşa geçen süre ücretini talep edebilir^[101].

Anılan maddede geçen “ücret ve diğer hakları” deyimini, eski kanun döneminde olduğu gibi yeni dönemde de tazminat değil, ücret niteliğindedir^[102].

B) Süresi İçerisinde İşe Başlayan Temsilcinin İş Sözleşmesinin Hiç Feshedilmemiş Gibi Devam Etmesi

a) Genel Olarak

İşyeri sendika temsilcisinin STİSK m.24’e dayanarak açtığı işe iade davası sonucunda mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi feshin mutlak geçersizliği sonucunu doğurur^[103]. Buradaki geçersizliğin hukuki niteliği kesin hükümsüzlük olup, fesih hüküm ve sonuç doğurmaz, başka bir deyişle,

[98] **Şahlanan**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.148; **Centel**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.18; **Süzek**, s.656; **Akyiğit**, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, s.27; **Ekmekçi**, s.145; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.149; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.122; **Özkaraca**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.190; **Baskan**, s.201.

[99] **Astarlı**, s.158.

[100] **Astarlı**, s.158.

[101] **Astarlı**, s.158.

[102] **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.478-479. 274 sayılı Kanun döneminde “ücret ve diğer haklar” deyiminin ücret değil tazminat olduğu yönündeki görüş için bkz. **İnce**, s.131. 2821 sayılı Kanun döneminde “ücret ve diğer haklar” deyiminin ücret değil tazminat olduğu yönündeki görüş için ise bkz. **Demir**, Sendikalar Hukuku, s.184.

[103] **Narmanlıoğlu**, s.291; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.149; **Başbuğ**, s.82; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.123.

temsilcinin iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi varlığını devam ettirir^[104]. Nitekim kanundaki ilgili düzenlemede açıkça, mahkemece temsilcinin işine iadesine karar verilmesi halinde feshin geçersiz sayılacağı belirtildikten sonra kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içerisinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içerisinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiğinin kabul edilerek ve ücret ile diğer haklarının temsilcilik süresince ödenmeye devam edileceği düzenlenmiştir^[105].

b) İş İade Kararının Yapılan Feshe Etkisi ve İş Sözleşmesinin Akıbeti

Mahkemece verilen işe iade kararının, işveren tarafından yapılan feshi baştan itibaren geçersiz hale getireceği ve temsilcinin iş sözleşmesinin hiç bozulmamışçasına işçinin temsilcilik süresi boyunca devam edeceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ne var ki temsilcilik süresinin

[104] **Narmanlıoğlu**, s.291; **Astarlı**, s.157.

[105] Genel işe iade hükmü olarak nitelendirilebileceğimiz 4857 İş Kanunu m.21/III'de ise, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Anılan düzenlemede her ne kadar “feshin geçersizliği” kavramı kullanılmış ise de, bu, hukuki manada genel hükümlere uygun bir geçersizlik kavramını ifade etmemekte, kendine özgü geçersizlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira genel hükümlere uygun mutlak anlamda geçersizlik, tıpkı STİSK m.24’de öngörüldüğü gibi, verilen işe iade kararı sonrasında iş sözleşmesinin aynen devam etmesi, bir başka ifadeyle işverence yapılan feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç yaratmamasıdır. Ancak ilgili düzenlemede işe iade yaptırımı tam olarak kabul edilmeyerek, işverene işçiyi işe başlatma veya başlatmama hususunda seçimlik bir hak tanınmıştır. Bu yöndeki görüşler için bkz. **Şahlanan**, Fevzi, İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiyi İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, *Tekstil İşveren*, Hukuk 73, S.388, Ağustos-Eylül 2012, s.3; **Savaş Kutsal**, Fatma Burcu, Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade ve Tazminat, Prof. Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s.270, dn.11; **Yiğit**, Yusuf, İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt II, İstanbul, 2011, s.1159-1161; **Centel**, İş Güvencesi, s.162-163; **Ekonomi**, s.16; **Süzek**, s.620; **Kar**, s.1223-1224; Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesini, iş sözleşmesinin bu süre için askıda kalması ve işverenin temerrüde düştüğü yönündeki görüş için bkz. **Aktay**, Nizamettin, İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.3, Eylül 2006, s.106.

bitiminde, işveren tarafından yapılmış mahkeme kararına konu olan bu feshin geçerlilik kazanıp kazanmayacağı tartışmalıdır. Zira kanunda her ne kadar işe iade kararının temsilcilik süresi ve yeniden atanma halinde bu sıfatın devamı süresince ayakta tutulacağı belirtilse de daha evvel yapılan fesih beyanının akıbeti hakkında bir açıklık bulunmamaktadır^[106]. Bu durumda, temsilcilik sıfatının sona ermesiyle daha evvel yapılmış olan fesih yürürlüğe girerek iş ilişkisini sona erdirecek midir?

Öğretideki bir görüşe göre, temsilcilik sıfatının sona ermesi ile daha evvel yapılmış fesih yürürlüğe girecek ve iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Söz konusu görüş, kanun koyucunun iş sözleşmesini askıya aldığını ve askı halini temsilcilik sıfatı devam ettiği sürece korumayı amaçladığını belirtmektedir^[107]. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, temsilcilik süresinin sona ermesi ile temsilcinin iş sözleşmesi işveren tarafından fiilen feshedilmiş sayılır ve bu “eylemlili fesih” tarihinden itibaren feshe bağlı haklar talep edilebilir^[108]. Bir başka yazara göre ise, temsilcilik süresinin dolması ile iş sözleşmesi değil, işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi hali (TBK m.408, STİSK m.24/III) sona erer^[109]. Bu konudaki başka bir görüş, temsilcilik süresinin sona ermesi ile yeni bir fesih işleminin meydana geleceğini, temsilcinin de şartlarının bulunması halinde STİSK m.25’deki güvence dahil olmak üzere tabi olduğu mevzuattaki haklarını kullanabileceğini belirtmektedir^[110]. Temsilcilik süresinin sona ermesiyle daha evvel yapılmış olan feshin kendiliğinden hüküm doğurmayacağını ileri süren görüşe göre ise, STİSK m.24 düzenlemesi ile kanun koyucu açıkça işe iade kararının feshi baştan itibaren geçersiz kıldığını ayrımsız olarak kabul etmiştir. Yine bu görüşe göre, temsilcinin feshe karşı korunması hükmünün STİSK m.24’de geçen “yeniden temsilciliğe atanma halinde de” uygulanacağına ilişkin açık ve kesin ifadesi karşısında kanun koyucunun böyle bir çözümü öngörmediği sonucuna ulaşılabacaktır^[111]. Zira, yeniden temsilci seçilebilmek için işyerinde çalışan bir işçi olmak gereklidir. İş sözleşmesinin temsilcilik süresinin sonunda kendiliğinden kalkacağı

[106] **Narmanlıoğlu**, s.292.

[107] **Tunçomağ**, s.187-188; **İnce**, s.132.

[108] **Şahlanan**, Sendikalara İlişkin Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.130; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.148; **Özkaraca**, s.196-197; **Süzek**, s.657.

[109] **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.482.

[110] **Özkaraca**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.191.

[111] **Centel**, İşyeri Sendika Temsilciliği, s.18; **Narmanlıoğlu**, s.293.

kabul edildiğinde bu işçinin yeniden temsilci olarak atanması söz konusu olamayacaktır. Bu durumda da STİSK m.24 hükmünün “yeniden temsilci atama halinde” aynen uygulanacağına ilişkin kanun emri abesle iştiğal ederek anlamını yitirecektir^[112]. Kanaatimizde de, temsilcilik süresinin sona ermesi ile iş sözleşmesinin kendiliğinden ortadan kalkacağına ilişkin görüş kanunun işyeri sendika temsilcisini feshe karşı koruma amacına aykırı düşer. Gerçekten, böyle bir durumda işverenin daha evvel yaptığı fesih meşrulaştırıp işyeri sendika temsilcisi olarak görev yapan işçinin iş sözleşmesinin akıbeti işverenin keyfine bırakılmaktadır. Bu nedenle 6356 sayılı Kanunun öngördüğü sistemde temsilcilik sıfatının sona ermesi ile iş sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkmaz^[113]. Mahkemece verilmiş olan işe iade kararı, işveren tarafından yapılmış olan feshi tümüyle ortadan kaldırır. Bu nedenle temsilcilik sıfatı sona erse de, iş sözleşmesi taraflarca feshedilinceye ya da başka bir sona erme nedeni ortaya çıkıncaya kadar devam eder^[114].

c) İşine İade Kararı Verilen İşçinin Belirli Bir Süre İçinde İşe Başlamak Üzere Başvurma Zorunluluğu

İşyeri sendika temsilcisinin, hakkında verilen işe iade kararı üzerine STİSK m.24/III hükmü uyarınca altı iş günü içerisinde işe başlamak için başvurması gerekir. Kanunda öngörülen bu süre hak düşürücü süre niteliğinde olup, sürenin başlangıcı bu konudaki mahkeme kararının kesinleşme tarihidir. Temsilcinin boşta geçen döneme ilişkin ücret ve diğer hakları için işverene başvuruda bulunması şartı aranmazken, işe başlatılması için işverene başvuruda bulunması zorunludur^[115]. Kanunda başvuru süresinin başlangıcı olarak “tebliğ tarihinden itibaren” değil de “kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren” ifadesinin tercih edilmesi öğretilde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre, altı iş günlük başvuru süresi kararın kesinleştiği

[112] **Narmanlıoğlu**, s.293.

[113] **Narmanlıoğlu**, s.293-294; 2821 sayılı Kanun döneminde bu yöndeki bir görüş için bkz. **Ekonomi**, Münir, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Atanması, Görevleri ve Teminatı, BASİSEN Eğitim Semineri, İstanbul, 1986, s.26; 274 sayılı Kanun döneminde bu yöndeki bir görüş için bkz. **Okur**, Ali Rıza, Sendika Tüzüğünde Öngörülen Temsilcilik Süresinin Temsilcilik Güvencesine Etkisi, İHU, SenK. 20 No:14.

[114] **Narmanlıoğlu**, s.294.

[115] **Narmanlıoğlu**, s.295; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.149; **Ekmekçi**, s.145; **Sur**, s.70-71; **Özkaraca**, s.196; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.125.

tarihten itibaren başlayacaktır^[116]. Bir başka görüş ise, kanun hükmünde altı iş günlük sürenin sadece kesinleşmesinden bahsedilmesini, kararın sendikaya veya işçiye tebliğinden söz edilmemesini, kararın işçi veya davayı sendika açmışsa sendikanın duruşmaya katılmadığı bir halde kesinleşmesi ihtimalinde kendisine tebliğ edilmeyen bir karardan haberdar olamayacağı ve sürenin nasıl başlayacağına belirsiz olduğu yönüyle eleştirmiştir^[117]. Bu konudaki bize göre de isabetli olan başka bir görüşe göre ise, altı iş günlük sürenin başlangıcı kararın teffim veya tebliğ tarihi olarak anlaşılmalıdır^[118]. Konuyu Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru süresine ilişkin düzenlemenin yorumlanmasından yola çıkarak ele alan görüşe göre ise, olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde sürenin kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren değil de tebliğinden itibaren başlamasının öngörülmesi daha doğrudur^[119]. Genel işe iade hükümlerine kıyasla^[120] daha kısa bir işe iade başvuru ve işe başlatma süresinin öngörülmüş olması, öğretide, temsilcilik görevinin yürütülmesi ve işyerinin temsilcisi kalmaması bakımından yararlı bulunmuştur^[121].

[116] **Özkaraca**, s.196.

[117] **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.480.

[118] **Narmanlıoğlu**, s.295.

[119] **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.125, dn.24. Bu görüşün dayandığı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru süresinin yorumlanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “*Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Başvuru süresi ve mazeret” kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir: “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuruçunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder”,* AYM, 07.11.2013, 2013/1582, 05.12.2013 t. ve 28842 S.lı RG.

[120] 4857 sayılı İş Kanunu m.21/V uyarınca, işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçinin başvurusu üzerine ise işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır (İşK m.21).

[121] **Astarlı**, s.158; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.125.

Temsilcinin altı iş günlük süre içerisinde işverene başvurmaması halinde ise ne olacağına dair kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır^[122]. Öğretide bu durumda, iş sözleşmesinin temsilci tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir^[123]. Ancak başka bir görüşe göre, temsilcinin başvurusu üzerine, işveren tarafından işe başlatılma veya başlatılmama halinde sözleşmenin devam edeceği kabul edildiğinden, temsilcinin süresi içinde işverene başvurmamasını, temsilci tarafından yapılan bir fesih olarak değil de işverence yapılan ve yargılamaya konu olan feshin geçerlilik taşıdığı şeklinde yorumlamak daha isabetlidir^[124].

İşe iade kararı verilmesi üzerine, altı iş günü içinde işe başlamak üzere başvuruda bulunan işçinin altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edildiğinden, çalışmayan temsilci ücret ve diğer haklarını bir iş karşılığı olmaksızın temsilcilik süresince alır. Bu nedenle temsilcinin başvurusu üzerine işverenin temsilciyi işe başlatmaması fesih sayılmamalıdır^[125]. Öğretide kanun düzenlemesinde açıkça “*iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek*” ifadelerine yer verildiğinden, işe başlatılmayan temsilciye ödenmeye devam edilecek ücret ve diğer haklarının tazminat değil ücret niteliğinde olduğu belirtilmektedir^[126].

İşverenin mahkeme kararına karşın temsilciyi çalıştırmaması durumunda ücret ödeneceği STİSK m.24’de belirtilmemiş olsaydı dahi, bu durum işveren temerrüdü sayılacağı için TBK m.408’deki, “...işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusura ile engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup...” düzenlemesi uyarınca temsilciye ödeme yapılması gerekecekti. İşverenin temsilciyi işe başlatmamasının işverenin temerrüdü anlamında olduğu kabul edildiğinde, TBK m.408 hükmünün son cümlesi uyarınca temsilcinin söz konusu engellemesi nedeniyle yapmaktan

[122] İşK m.25/V’de işe işe iade ile ilgili olarak işçinin süresi içerisinde işverene başvuruda bulunmaması halinde işverence yapılmış feshin geçerli bir fesih olarak kabul edileceği ve işverenin sadece bu sonuçlarla sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

[123] **Tunçomağ**, s.184; **Astarlı**, s.160; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.125.

[124] **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.479.

[125] **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.482.

[126] **Şahlanan**, Sendikalara İlişkin Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s.129; **Aynı yazar**, Karar İncelemesi, s.4; **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.479; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.126.

kurtulduğu giderler ile başka bir işte çalışarak kazandığı yahut kazanmaktan kaçındığı giderler ücretinden indirilebilecek midir?

Yargıtay'ın 2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminde bu konuda vermiş olduğu bir kararında, “*Davanın konusu Sendikalar Kanunu'nun 20/1. maddesine dayanan tazminat isteğinden ibaret olup mahkemece istek kabul edilmiş, ücret vesair haklarını tahsiline karar verilmiş ise de olayda uygulanması gereken Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin “Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut değer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur” yolundaki hükmü açısından araştırma ve inceleme yapılmadan karar verilmiştir. Mahkemece, re'sen dikkate alınması gereken bu hüküm açısından deliller toplanıp incelenerek sonucu uyarınca karar verilmek icap ederken eksik inceleme ile yetinilmesi isabetsizdir..”* ifadeleriyle TBK m.325 (şimdi m.408) uyarınca indirim yapılmasına hükmetmiştir^[127]. Ancak, öğretide bizce de isabetli olarak belirtildiği üzere burada işverenin temsilciyi işe başlatmaması bu durumda genel hüküm niteliğinde olan TBK m.408'in uygulanma kabiliyeti yoktur^[128]. Gerçekten de, işyeri sendika temsilcisine ödenmesi gereken boşta geçen süre ücreti ve iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilerek ödenmesi gereken ücret ve diğer haklarından indirim yapılması, işyeri sendika temsilcileri için getirilen özel korumanın ruhuna aykırıdır.

IV. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ- NÜN GÜVENCESİNE BAŞVURMASI

İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen temsilcinin temsilcilik güvencesine (STİSK m.24) başvurması zorunlu değildir. Zira, işyeri sendika temsilciliği nedeniyle yapılan fesih her şeyden evvel bireysel sendika özgürlüğünün^[129]

[127] Yarg. 9HD, 11.04.1984, 2857/3863, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası (e.t.17.07.2019).

[128] **Taşkent**, s.269-270; **Astarlı**, s.160; **Hafizoğlu**, s.182.

[129] Öğretide de kabul edildiği üzere, sendika özgürlüğünün bireysel ve kolektif olmak üzere iki farklı yönü mevcuttur. Bkz. **Esener**, Turhan, İş Hukuku, Cilt III: Sendika Hukuku, Ankara, 1973, s.259; **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Cilt II- Kolektif İş Hukuku-Sendikalar, Nihat Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, İstanbul, 1979, s.82-83; **Tuğ**, Adnan, Sendikalar Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1992, s.9; **Aktay**, s.38; **Narmanlıoğlu**, s.29; **Sur**, s.32; **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.168-169; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.21; **Ekmekçi**, s.25; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.39. Bireysel sendika özgürlüğü, sendika özgürlüğünün bireylerin güvencelerine ilişkin kısmını ifade etmektedir. Bireyin sendika özgürlüğünün de olumlu ve olumsuz olmak üzere

görünüm biçimlerinden olan olumlu sendika özgürlüğünün ihlali niteliğinde olup, sendikal nedenle fesih niteliğindedir. Gerçekten, işyeri sendika temsilciliğiyle ilgili yürütülen faaliyetler sendikal faaliyet kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle işyeri sendika temsilcilerinin görevleri kapsamında yürüttükleri faaliyetler nedeniyle iş sözleşmelerine son verilmesi sendikal nedenle fesihtir^[130]. Bu nedenle, temsilci, dilerse sendika özgürlüğünün güvencesinin düzenlendiği STİSK m.25'den de yararlanabilir^[131]. Öğretide temsilcinin, temsilcilik süresinin bitimine yaklaşılana, yeniden temsilci olarak atanmanın mümkün olmadığı veya temsilcinin işyerine dönmek

iki görünüşü vardır. Hukuk sistemimizde olumlu sendika özgürlüğü, sendika kurma, sendikaya üye olma, sendikaların Anayasa ile korunan faaliyetlerine katılabilme ve bunların yanı sıra kurulmuş olan birden fazla sendikadan dilediğini seçebilme haklarını kapsamaktadır. Bkz. **Çelik**, Sendikalar, s.84; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.32; **Akyigit**, Toplu İş Hukuku, s.169; **Ekmekçi**, s.26.

[130] İşçilerin kendilerine kanunlar ve Anayasa ile tanınan sendika özgürlüğüne ilişkin haklarını kullanmaları sebebiyle işveren tarafından iş sözleşmelerinin sonlandırılması, sendikal nedenle fesih niteliğindedir. Bir başka ifadeyle sendikal nedenle fesih, işçinin iş sözleşmesinin, işveren tarafından, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması ya da sendikal faaliyeti sebebiyle feshedilmesidir. Sendikal nedenle fesihten söz edebilmek için, feshin temel sebebinin “işçinin sendikal haklarının kullanılmasını engellemek” olması, bir başka ifadeyle işverenin iş sözleşmesini fesih amacı ile işçinin sendika özgürlüğü arasında bir bağlantının bulunması gerekir. Sendikal nedenle fesih konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sümer**, İşçinin Feshe Karşı Korunması; **Bayram**, Fuat, Sendikal Fesih Karinesi, Legal İSGHD, Y.2006, S.12, s.1221-1251; **Terzioğlu**, Ahmet, Sendikal Nedenle Fesih, İstanbul, 2007 (Yayımlanmamış Doktora Tezi); **Sümer**, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2011, s.1623-1665; **Şahlanan**, Fevzi, Sendika Üyelikinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İSGHD, Y.2013, C.10, S.37, s.3-15; **Baskan**, Ş. Esra, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2013; **Öztürk**, M. Onat, İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, s.217-242; **Baskan**, Ş. Esra, İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30, s.77-86; **Sümer**, Haluk Hadi, İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi, Legal İSGHD, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, İstanbul, Nisan 2016, s.229-249; **Bulut**, Ali, Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016; **Çoban**, Nazlı, Türk İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyelikinin Korunması, Ankara, 2019 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[131] **Sur**, s.71; **Ekmekçi**, s.145-146; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.150; **Özkaraca**, s.197; **Bozkurt/Gümrükçüoğlu**, s.127.

istemediği hallerde STİSK m.24 değil de m.25'e başvurulmasının yararlı olacağı belirtilmektedir^[132]. Ancak burada söz konusu iki madde arasında ispat yükü bakımından önemli bir fark vardır. Zira, temsilcinin m.24'e göre açtığı davada işveren temsilcinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ispatlamakla yükümlü iken temsilcinin üzerinde bir ispat yükü yoktur. Ne var ki m.25'e göre açılan davada işveren dayandığı geçerli veya haklı nedeni, temsilci ise iddia ettiği sendikal nedeni ispat etmekle yükümlüdür.

Temsilcinin sendika özgürlüğünün güvencesi hükmüne başvurması halinde dayandığı temel sendikal ayrımcılık olacaktır. STİSK m.25 ile işçiler, sendikal ayrıma karşı işe alınmada, çalışma ilişkisinin devamında ve son verilmede olmak üzere üç aşamada korunmuştur^[133].

Sendikal ayrımcılığın yaptırımını olarak ise sendikal tazminat öngörülmüştür. Sendikal tazminat, sendikal özgürlüğün güvencesinin ihlali ve sendika özgürlüğünün ihlalinden doğan zararları önleyebilmek amacıyla hizmet eden kanunda öngörülen ve işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmayacak şekilde belirlenmiş olan bir yaptırımdır^[134]. Sendikal tazminat kanunda her ne kadar, "...işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir" şeklinde düzenlenmiş, başka bir ifadeyle

[132] **Sur**, s.71; **Özkaraca**, s.197; **Aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisi, s.191; **Sümer**, Haluk Hadi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 2018, s.633.

[133] STİSK m.25/I'de, işçilerin işe alınmalarının belirli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belirli bir sendika üyeliğini sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri ya da herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartlarına bağlı tutulamayacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma şartları veya çalıştırılmaya son verilmesi açısından herhangi bir ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Son olarak üçüncü fıkrada, işçilerin işveren tarafından, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izniyle iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmaları sebebiyle işten çıkarılamayacakları ve farklı işleme tabi tutulamayacakları düzenlenmiştir. Sendikal ayırım yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Çoban**, s.113-166.

[134] Bu tanımlama için bkz. **Terzioğlu**, Ahmet, İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar, Kamu-İş Dergisi, Y.2008, C.10, S.1, s.49-75; **Terzioğlu**, s.129; **Sur**, s.64; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.120; **Akyiğit**, Toplu İş Hukuku, s.387; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.242.

bu miktar bir tazminat olarak öngörülmüşse de, aslında sendikal tazminat teknik anlamda bir tazminat değil, bir tür “medeni ceza” ya da “özel ceza” niteliğindedir^[135]. Nitekim sendikal tazminatın amacı, ortaya çıkan bir zararı gidermek değil, fesih hakkını kötüye kullanan işverenin cezalandırılması ve fesih hakkını kötüye kullanmasının engellenmesidir^[136]. Bunların yanı sıra, sendikal tazminata hak kazanabilmek için, sendikal özgürlüğün ihlal edilerek sendikal ayrımcılık yapılması ve bunun salt ispatı yeterli olup, aynı zamanda bir zararın meydana gelmiş olması şart değildir^[137].

Hem STİSK m.24 hem de STİSK m.25’e dayanılarak talepte bulunulup bulunulamayacağı, daha açık bir ifadeyle, temsilcilik güvencesi hükümlerinden yararlanmanın yanı sıra sendikal tazminatın da talep edilip edilemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüşe göre, STİSK m.24’e dayanılarak açılmış bir dava söz konusu ise bu durumda işe başlatmama ya da sendikal tazminatın da talep edilebilmesi mümkün değildir^[138]. Nitekim Yargıtay da yerleşmiş içtihadı doğrultusunda, bir davada hem STİSK m.24 hem de m.25’e göre talepte bulunulması halinde, aynı nedene dayanılarak iki farklı güvence hükmünden yararlanılamayacağı bu nedenle davacıya öncelikle işyeri sendika temsilciliğinin güvencesinin düzenlendiği m.24’den mi yoksa sendika özgürlüğünün güvencesinin düzenlendiği m.25’den mi yararlanmak istediğinin açıklattırılarak sonuca varılması gerektiğine karar vermektedir^[139].

[135] **Süzek**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, 1976, s.163; **Okur**, Zeki, Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Ankara, 2014, s.165; **Narmanlıoğlu**, Ünal, İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçilerin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi), Legal İSGHD, Y.2005, C.2, S.5, s.249. **Sümer**, Sendikal Fesih, s.1655; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.121; **Terzioğlu**, s.131; **Terzioğlu**, Sendikal Tazminat, s.51; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.206; **Sur**, s.65; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.242;

[136] **Sümer**, Sendikal Fesih, s.1655; **Terzioğlu**, Sendikal Fesih, s.131; **Terzioğlu**, Sendikal Tazminat, s.51.

[137] **Süzek**, s.646; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.121; **Terzioğlu**, Sendikal Fesih, s.131; **Terzioğlu**, Sendikal Tazminat, s.51-52; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.206; **Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.242.

[138] **Sümer**, Değerlendirme, s.634; **Ekmekçi**, s.146; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.150; **Özkaraca**, s.197 .

[139] Yargıtay konu ile ilgili bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Görüldüğü üzere 6356 Sayılı Kanun’un 24. maddesinde düzenlenen sendika temsilciliğinin güvencesine

Öğretideki bizce de daha isabetli olan tam aksi görüşe göre ise, sendikal tazminat ile temsilcinin işine iadesine karar verildiği durumda işe başlatılmaması halinde işverenin temerrüdüne dayalı olarak ücret ve diğer haklarının ödenmesi aynı amaca hizmet eden yaptırımlar değildir. Zira, temsilciye işe başlatılmaması halinde ödenmesi öngörülen ücret, iş ilişkisi devam ettiği halde işe başlatılmamanın yaptırımıyken, sendikal tazminat sendikal ayrımcılığın yaptırımıdır. Şayet temsilcilik güvencesinde ayrıca bir tazminat yaptırımı öngörülseydi o vakit aynı sebebe dayanan iki ayrı tazminatın birlikte istenilemeyeceği sonucuna varılabilirdi. Bu yönde bir düzenleme olmadığına göre, STİSK m.24'e dayanılarak açılan bir davada sendikal tazminat da talep edilebilir^[140].

Bize göre de, sendikal tazminat ile temsilcilik güvencesi hükümlerinden aynı anda yararlanılamayacağı kabul edilirse, bu durumda işverenin sendikal ayrımcılık yapması yaptırımsız bırakılmış olur. Zira, işyeri sendika temsilciliğinin feshe karşı korunmasına ilişkin öngörülen düzenleme ile sendikal tazminatın koruma amaçları ile hukuki dayanakları birbirinden tamamen farklıdır. Temsilcinin işe başlatılmaması halinde öngörülen hukuki yaptırım, feshin geçersizliğinin değil, temsilcinin işverene işe iade edilmek için

*dayanılarak açılan işe iade davası ile, 6356 Sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen sendika özgürlüğünün güvencesine dayanılarak açılan davanın uygulanma şartları ve sonuçları birbirinden farklıdır. ... Gıda ... Sendikası ... yeri temsilcisi olan davacı 6356 Sayılı Yasa'nın 24. maddesinin " bu madde hükümleri işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır " şeklindeki 5. maddesi nedeniyle 24. madde hükümlerinin uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Elbette davacı 24. madde yerine 25. madde hükümlerinin uygulanmasını isteyerek de dava açabilecektir. Ancak her iki hükmün amacı, uygulanma şartları ve sonuçları farklı olduğundan, dairemiz uygulamasına göre karma talepli açılmaz ve karma uygulanamaz. Bu bakımdan dava dilekçesinde hem 6356 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin uygulanmasını hem de 6356 Sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca tazminat talep eden davacıya öncelikle "sendika işyeri temsilciliğinin güvencesi"ni düzenleyen 24. maddenin mi uygulanmasını yoksa koşulları farklı 25. maddenin mi uygulanmasını istediği hususu açıklattırılmalı sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Bu yön gözetilmeden karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 22HD, 22.10.2018, 13823/22787, www.yargitay.gov.tr (e.t. 03.07.2019), Aynı yöndeki diğer Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9HD, 02.10.2017, 2016/18436, 2017/14666, Yarg. 9HD, 21.01.2016, 25394/1474, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2017/1, s.107 vd. Öğretideki bu yöndeki bir görüş içi bkz. **Özkaraca**, Değerlendirme, s.253.*

[140] Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, s.128-129.

süresi içerisinde başvurması ancak işverenin temsilciyi işe başlatmamasının yaptırımını iken; işveren tarafından ödenmesi gereken sendikal tazminat, işçinin başvurusu yahut işverenin işe başlatması ya da başlatmamasına bağlı olmayan ve işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapmasını önlemeye yönelik bir yaptırımdır. Teorik açıdan bakıldığında, STİSK m.24 ile STİSK m.25'de öngörülen yaptırımların aynı anda uygulanmasına engel herhangi bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haksız feshi halinde, temsilci, temsilcilik güvencesinin yanı sıra sendikal nedeni ispat etmesi halinde sendikal tazminata da hak kazanmalıdır.

SONUÇ

İşyeri sendika temsilcisinin feshe karşı korunmasında 6356 sayılı Kanundan önce, temsilcinin güvencesinin düzenlendiği 2821 sayılı Kanun m.30'un 4773 sayılı Kanun ile değiştirilerek, temsilcilerin genel iş güvencesi hükümlerine tabi tutulması, öğretide isabetli bulunmamış ve STİSK m.24 ile eleştirilere son verilerek etkin bir koruma sağlanmıştır. Ne var ki, temsilcilik güvencesinin temsilcilik sıfatı ile dolayısı ile temsilcilik süresi ile sınırlı tutulması, görevi biten ve yeniden atanamayan temsilcinin iş sözleşmesinin akıbetinin işverenin insiyatifine bırakıldığına işaret etmesi nedeni ile eleştirilmiş ve kanuni düzenlemenin eksikliği olarak görülmüştür.

Bununla birlikte, STİSK m.24'de genel iş güvencesi hükümlerine atıf yapılmadan temsilci için özel olarak bir koruma öngörülmesi ve bu korumanın hukuki yaptırımını olarak yine genel iş güvencesi hükümlerinden farklı olarak "mutlak bir işe iade" olanağının getirilmesi isabetlidir. Ne var ki, işe iade davası sonucunda haklı bulunarak davası kabul edilen temsilcinin iş sözleşmesinin akıbetinin, temsilcilik süresinin sonunda ne olacağına dair kanunda açıkça bir düzenleme bulunmaması öğretide tartışmalara neden olmuştur. Bu konuda öğretideki, temsilcilik süresinin sona ermesini, daha evvel yapılan feshin kendiliğinden yürürlüğe gireceği veya iş sözleşmesinin değil olsa olsa işverenin işi kabulde temerrüde düşmesinin sona ereceği ya da sürenin sona ermesini yeni bir fesih işlemi olarak yorumlayan görüşlerden birine katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Bize göre, temsilcilik süresinin sona ermesi ile iş sözleşmesinin kendiliğinden ortadan kalkacağı sonucuna varan bu görüşler, Kanunun işyeri sendika temsilcisini feshe karşı koruma amacına aykırı düşer. Gerçekten de, böyle bir durumda işverenin daha evvel yapmış olduğu fesih meşrulaştırılarak işyeri sendika temsilcisi olarak görev yapan işçinin iş sözleşmesinin akıbetinin işverenin keyfine bırakılmasına yol açılmaktadır. Keyfilik önüne geçilebilmesi adına temsilcilik sıfatının sona ermesinin iş sözleşmesinin kendiliğinden ortadan kaldırılması sonucunu doğurmayacağı kabulü kanaatimizce daha isabetlidir. Zira, mahkeme tarafından verilen işe iade kararı işverence yapılan feshi ortadan kaldırır. Hal böyle iken, temsilcinin iş sözleşmesi temsilcilik sıfatı sona erse dahi devam eder.

İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde, STİSK m.24'deki güvence ile birlikte STİSK m.25'deki güvenceden de yararlanarak sendikal tazminat da talep edilebilmesi, hem öğretide hem de uygulamada

kabul görmemekte, böyle bir durumda temsilciye talebi açıklattırılarak hangi güvenceden yararlanmak istediğini belirlenmesi ve buna göre bir karara varılması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, STİSK m.24 ile STİSK m.25 birbirinden farklı yaptırımlar olup, m.24 temsilcinin işe başlatılmamasının yaptırımı ve ücret niteliğinde iken m.25 sendikal ayrımcılığın yaptırımı ve bir tür medeni ceza niteliğindedir. Bu nedenle iki farklı amaca hizmet eden bu taleplerin aynı davada birlikte ileri sürülmesi, bunu engelleyen herhangi bir kanun hükmü de olmadığına göre, mümkün olmalıdır. Elbette burada her iki hükme dayanılarak işe iade talep edilebilmesi mümkün değildir ve işe iade talebinin hangi hükme dayanılarak istendiğinin belirtilmesi gerekir. Varılan bu sonuç, sendikal tazminat talebinin işe iade talebinden bağımsız bir şekilde ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent,** İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, Çimento İşveren Dergisi, Y. Ocak 2018, C.32, S.1, s.8-13.
- Aktay, A.
Nizamettin/Arıcı,
Kadir/Senyen-
Kaplan, E. Tuncay,** İş Hukuku, 6.B., Ankara, 2013.
- Aktay, Nizamettin,** İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006, s. 103-109 (**İşe İade**).
- Aktay, Nizamettin,** Sendika Hakkı (Uluslararası Dayanakları Bakımından Eleştirel Bir Yaklaşımla Türk Hukukunda Sendika Hakkı ve İlgili Belgeler), 1.B., Ankara 1993.
- Aktay, Nizamettin,** Toplu İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ocak, 2015 (**Toplu İş Hukuku**).
- Akyiğit, Ercan,** Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), 1.B., Ankara, 2007 (**İş Güvencesi**).
- Akyiğit, Ercan,** İş Hukuku, 12.B., Ankara, 2018 (**İş Hukuku**).
- Akyiğit, Ercan,** Sendika İşyeri Temsilciliği İşyerindeki İşçi Sayısına Endeksli Midir?, Kamu-İş, Ocak 1994, s.63-76 (**İşyerindeki İşçi Sayısı**).
- Akyiğit, Ercan,** Toplu İş Hukuku El Kitabı, 1.B., Ankara, 2015 (**Toplu İş Hukuku**).

- Akyiğit, Ercan,** Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Legal İSGHD, C.9, S.36, Y.2012, s.3-37 (**Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi**).
- Alp, Mustafa,** İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, Y.2003, C.5, S.1, s.1-40.
- Alpagut, Gülsevil,** Sendika Yöneticileri, İşyeri Sendika Temsilcileri ve Sendikal Güvenceler, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, İzmir, 2013, s.31-47.
- Astarlı, Muhittin,** 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, GÜHFD, C.XVII, Y.2013, S.1-2, s.141-183.
- Astarlı, Muhittin,** 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2017, S.38, s.40-53 (**İş Mahkemeleri Kanunu**).
- Baskan, Ş. Esra,** İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30, s.77-86 (Sendikal Tazminat).
- Baskan, Ş. Esra,** İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, 1.B., Ankara, 2013.
- Başbuğ, Aydın,** Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara, 2012.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur,** Mehtap, İş Hukuku, 5.B., İstanbul, 2018.

- Bayram, Fuat,** Sendikal Fesih Karinesi, Legal İSGHD, Y.2006, S.12, s.1221-1251.
- Bozkurt
Gümrükçüoğlu,
Yeliz,** İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.107-134 (**İşyeri Sendika Temsilcisi**).
- Bozkurt
Gümrükçüoğlu,
Yeliz,** Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar 5, İstanbul, 2014, s.165-242.
- Bulut, Ali,** Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Cengiz (Urhanoglu),
İştar,** İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması, Kamu-İş, Y. 2009, C.11, S.1, s.59-83.
- Centel, Tankut,** 6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2014, S.31, s.7-23 (**İşyeri Sendika Temsilciliği**).
- Centel, Tankut,** İş Güvencesi, İstanbul, 2013.
- Çelebi, Duygu,** İşyeri Sendika Temsilcisi, Prof. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İSGHD Özel Sayı, s.395-427.
- Çelik, Nuri,** İş Hukuku Cilt II- Kolektif İş Hukuku-Sendikalar, 2.B., İstanbul, 1979 (**Sendikalar**).
- Çelik, Nuri,** İş Hukuku Dersleri, 25.B., İstanbul, 2012 (**İş Hukuku Dersleri**).
- Çelik, Nuri,** İşyeri Sendika Temsilcisinin Aranmasına ve Görev Süresine İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, 1996, s.98-106.

- Çelik, Nuri/
Caniklioğlu,
Nurşen/Canbolat,
Talat,** İş Hukuku Dersleri, 31.B., Ankara, 2018.
- Çil, Şahin,** 4857 Sayılı İş Kanunundaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. Mart 2008, S.9, s.27-47 (**Yeni Düzenlemeler**).
- Çil, Şahin,** İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara, 2018.
- Çoban, Nazlı,** Türk İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyelikinin Korunması, Ankara, 2019 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Demir, Fevzi,** İş Hukuku ve Uygulaması, 11.B., İzmir, 2018 (**İş Hukuku Uygulaması**).
- Demir, Fevzi,** İşverenin Sendika Temsilciliği, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II, İstanbul, 2001, s.1545-1576 (**İşyeri Sendika Temsilciliği**).
- Demir, Fevzi,** Sendikalar Hukuku, Ankara, 1988 (**Sendikalar Hukuku**).
- Demir, Fevzi,** Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanuna Göre İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesine İlişkin Olarak Getirilen Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Aralık 2012, s.62-68 (**İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesi**).

- Doğan Yenisey,
Kübra,** İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40.Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul, Mayıs 2016, s.167-195.
- Ekmekçi, Ömer,** Toplu İş Hukuku Dersleri, 1.B., İstanbul, 2018, s.141.
- Ekonomi, Münir,** Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, Özel Ek, s. 1-40.
- Ekonomi, Münir,** İşyeri Sendika Temsilcilerinin Atanması, Görevleri ve Teminatı, BASİSEN Eğitim Semineri, İstanbul, 1986.
- Ekonomi, Münir,** Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, 1999, s.185-231 (**Değerlendirme**).
- Erdoğan, Ersin,** 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, Y.2017, C.14, S.55, s.1211-1243.
- Ertürk, Şükran,** İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi, Legal İSGHD, Y.2007, S.13, s.11-35.
- Esener, Turhan,** İş Hukuku, Cilt III: Sendika Hukuku, Ankara, 1973.
- Eyrenci, Öner,** Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları, İstanbul, 1984.

- Eyrenci, Öner,** Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Ankara, 2010, s.229-253.
- Göktaş, Seracettin,** İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010 s.307-325.
- Günay, Cevdet İlhan,** İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara, 2013.
- Günay, Cevdet İlhan,** İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara, 2017.
- Güzel, Ali,** İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/3 (50), s.1131-1146.
- Hafizoğlu, Sıla,** Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri, Ankara, 2015.
- İnce, Ergun,** Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1983.
- İncirlioğlu, Lütfi,** Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s.65-68.
- Kaplan, Emine Tuncay,** İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 1987.
- Kar, Bektaş,** İş Güvencesi ve Uygulaması, 3.B., Ankara, 2017.

- Karacabey, Kürşat,** Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s.457-489.
- Keser, Hakan,** İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. Eylül 2009, S.15, s.129-153.
- Kılıçoğlu, Mustafa,** 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara, 2013.
- Kutal, Metin,** Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000.
- Manav Özdemir, Eda,** İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/4 (47), s.185-221.
- Manav, Eda,** İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009 (**Geçersiz Fesih**).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş,** İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2.B., Ankara, 2018.

- Namlı, Mert,** İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul, Mayıs 2016, s.151-167.
- Narmanlıoğlu, Ünal,** İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçilerin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi), Legal İSGHD, Y.2005, C.2, S.5 (**Sendikal Tazminat**).
- Narmanlıoğlu, Ünal,** İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3.B., İstanbul, 2016.
- Narmanlıoğlu, Ünal,** İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2017, S.38, s.9-22 (**Yeni Çerçeve**).
- Narmanlıoğlu, Ünal,** İşyeri Sendika Temsilcileri, DEÜHFD, C.3, S.1-4, s.169-230 (**İşyeri Sendika Temsilcileri**).
- Odaman, Serkan,** Fransız Hukukunda ve 2821 Sayılı Kanunda Yapılması Öngörülen Değişiklik Çerçevesinde Türk Hukukunda İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006 (**İşyeri Sendika Temsilcileri**).

- Odaman, Serkan/
Öztürk, M. Onat,** The Protection of Trade Union Representatives in The Turkish Trade Union Law and Amendment Drafts, “İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Ekim 2010, C.12, S.4, s.67-78.
- Oğuzman, M.
Kemal,** Türkiye’de İşçilerin Feshe Karşı Korunması, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul, 1997.
- Okur, Ali Rıza,** Sendika Tüzüğünde Öngörülen Temsilcilik Süresinin Temsilcilik Güvencesine Etkisi, İHU, SenK. 20 No:14.
- Okur, Ali Rıza,** Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul, 1985 (**Sendika İşyeri Temsilciliği**).
- Okur, Zeki,** Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Ankara, 2014 (**Sendika Özgürlüğünün Güvencesi**).
- Özekes, Muhammet,** 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2018, S.39, s.64.
- Özekes, Muhammet/
Atalı, Murat,** “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı, İstanbul, Temmuz 2018, s.41-123.
- Özkaraca,
Ercüment,** 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013/3, S.38, s.173-216.

- Özkaraca, Ercüment,** Sendika Yöneticileri ile İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4, Ankara, 2014, s.167-199 (**İşyeri Sendika Temsilcisi**).
- Özkaraca, Ercüment,** Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016, s.195-359 (**Değerlendirme**).
- Öztürk, M. Onat,** İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, s.217-242.
- Özveri, Murat** Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar, Birleşik Metal-İş Yayınları, İstanbul, 2012.
- Savaş Kutsal, Fatma Burcu,** Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade ve Tazminat, Prof. Dr. Turhan Esener 2.İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s. 267-299.
- Savaş, Fatma Burcu,** Sendikal Güvencelerde Son Durum, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y.2012, C.8, S.93-94, s.116-134.
- Saymen, Ferit Hakkı,** Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay,** Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9.B., Ankara, 2018.

- Soyer, M. Polat,** Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, Y.2018, C.15, S.57, s.21-46.
- Sur, Melda,** İş Hukuku Toplu İlişkiler, 8.B., Ankara, 2019.
- Sur, Melda,** İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Prof. Dr. Turhan Esener 2.İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s.181-199 (**İşyeri Sendika Temsilcisi**).
- Sur, Melda,** Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2009, s. 215-250 (**Değerlendirme**).
- Sümer, Haluk Hadi,** İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi, Legal İSGHD, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, İstanbul, Nisan 2016, s.229-249.
- Sümer, Haluk Hadi,** İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2011, s.1623-1665 (**Sendikal Nedenle Fesih**).
- Sümer, Haluk Hadi,** İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Mimoza Yayınevi, Konya, 1997 (**İşçinin Feshe Karşı Korunması**).
- Sümer, Haluk Hadi,** Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 2018, s.585-721 (**Değerlendirme**).

- Süzek, Sarper,** İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, 1976 (**Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**).
- Süzek, Sarper,** İş Hukuku, Yenilenmiş 16.B., İstanbul, 2018.
- Şahlanan, Fevzi,** 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, s.110-142 (**Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**).
- Şahlanan, Fevzi,** İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, Tekstil İşveren, Hukuk 73, S.388, Ağustos-Eylül 2012, s. 2-8 (**İhbar Öneli**).
- Şahlanan, Fevzi,** İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2014, Hukuk Eki (**Karar İncelemesi**).
- Şahlanan, Fevzi,** İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. Mart 2013, S.29, s.145-151 (**İşyeri Sendika Temsilcisi**).
- Şahlanan, Fevzi,** Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İSGHD, Y.2013, C.10, S.37, s.3-15.
- Şahlanan,** Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1986 (**Sendikalar Hukuku**).
- Taşkent, Savaş,** İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993.

- Taşpolat Tuğsavul, Melis,** Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, 2012.
- Terzioğlu, Ahmet,** İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar, Kamu-İş Dergisi, Y.2008, C.10, S.1, s.49-75 (**Sendikal Tazminat**).
- Terzioğlu, Ahmet,** Sendikal Nedenle Fesih, İstanbul, 2007 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Tuğ, Adnan,** Sendikalar Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1992.
- Tuncay, A. Can,** 2821 sayılı Sendikalar Kanunu Hükümlerine Göre İşyeri Sendika Temsilciliği, İktisat ve Maliye, Temmuz 1985.
- Tuncay, A. Can,** İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren Dergisi, Y. Ocak 2003, S.1, C.17, s.3-18. (**İş Güvencesi**).
- Tuncay, A. Can,** Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Ankara, 2011, s. 227-281 (**Değerlendirme**).
- Tuncay, A. Can/ Savaş Kutsal, F. Burcu,** Toplu İş Hukuku, 6.B., İstanbul, 2017, s.140.
- Tunçomağ, Kenan,** İş Hukuku Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut,** İş Hukukunun Esasları, 9.B., İstanbul, 2018.

- Uçum, Mehmet,** Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Koruması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, GÜ-İB İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, s.161-226.
- Uçum, Mehmet/
Okcan, Necdet,** 2821 Sayılı Sendikalar Kanununda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi Ön Tasarıların Hazırlanma Süreci, Legal İSGHD, 2004/1, s.81-119.
- Ulucan, Devrim,** Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara, 2005, s.157-187.
- Ulucan, Devrim/
Nazlı, Seçkin,** Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Sarper Süzek'e Armağan Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1665-1720.
- Uşan, Fatih,** İş Hukuku Cilt-1, 2.B., Ankara, 2009.
- Yiğit, Yusuf,** İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt II, İstanbul, 2011, s. 1143-1207.
- Yürekli, Sabahattin,** İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul, 2014.



DERNEK ORGANLARININ İÇ İLİŞKİDE BİRBİRLERİNE KARŞI HUKUKİ DURUMLARI*

Burak SABUNCU**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9797-7229>

DOI: 10.30915/abd.742403

Makalenin Geldiği Tarih: 13.11.2019 **Kabul Tarihi:** 18.12.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Avukat, Ankara Barosu / Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

ÖZ

Türk Medeni Kanunu'nun 72/2. maddesine göre derneklerin, zorunlu organlarının yanında, ihtiyaçlarına göre tüzüklerinde belirleyeceği ihtiyari organları oluşturabilmesi mümkündür. Dernek zorunlu organlarının görev ve yetkilerinin ihtiyari organlara devrinin mümkün olmadığına yer verilmeyle birlikte zorunlu organların kendi arasında yetki devrine ise engel bulunmadığını belirtmek gerekir. İhtiyari organlara yetki devri yasağına rağmen devrin yapılması, çok sayıda sorunu da beraberinde getirmektedir. Genel kurul, derneğin en üst nitelikte yetkili organı olsa da bu yetkilerini kanunun emredici hükümleri ve tüzüğe uygun kullanması gerekecektir. Bu bakımdan diğer zorunlu organları bertaraf edemez. Diğer zorunlu organlar olan yönetim ve denetim kurulunun ise hiyerarşik bir üstünlükleri söz konusu değildir. Organlar arasında yaşanan çatışma ve tereddütlerin kapsamlı tüzük ve ikincil düzenlemelerle giderilmesi mümkündür. En nihayetinde ise dernek içinde yaşanabilecek yönetsel sorunların yine derneğin kendi iradesi doğrultusunda dernek özerkliği kapsamında çözülmesi esastır.

Anahtar Kelimeler: Dernek, organ, iç ilişki, yetki, çatışma.

LEGAL STATUS OF THE ORGANS OF THE ASSOCIATIONS IN INTERNAL RELATIONS

ABSTRACT

According to the Turkish Civil Code, it is possible for associations to establish optional organs besides mandatory organs. Although the duties and the powers of the mandatory organs cannot be transferred to the optional ones, there is no obstacle for the transfer of authority amongst mandatory organs. The transfer of powers to the optional organs, despite the prohibitory decree against it, brings about many problems. Despite being the highest authority, General Assembly has to use its powers in accordance with bylaws and imperative provisions. Thus, it is not to eliminate other mandatory organs. The administrative and supervisory boards, as the other mandatory organs, have no hierarchical superiority over each other. Conflicts amongst organs can be resolved by comprehensive bylaws and secondary regulations. Finally, administrative problems that may be experienced within the association should be solved within.

Keywords: Association, organ, internal relations, power, conflict.

I. GİRİŞ

Bu çalışmamızda, dernek organlarının genel hatlarıyla görev ve yetkileri ile dernek organları arasındaki iç ilişki ayrıntılı şekilde değerlendirilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 72/2. maddesinde zorunlu organların görev ve yetkisinin ihtiyari organlara devredilemeyeceği yer almıştır. Bu kapsamda ihtiyari organlara yapılacak görev ve yetki devri ile zorunlu organların kendi arasındaki görev ve yetki devirlerine ilişkin hukuki durum incelenecektir.

Dernek özerkliği ilkesi doğrultusunda, gerek Türk Medeni Kanunu'nun gerekse de Dernekler Kanunu'nun derneklerin iç ilişkilerini düzenlememiş olması nedeniyle, derneklerin iç ilişkilerini kendi tüzüklerinde yönetsel sorunlara yol açmayacak şekilde düzenlemesi temel gereklilik olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada dernek organları arasındaki temel çatışma alanları ile organlar arasındaki hiyerarşik durum konusunda değerlendirilmeler yapılacaktır.

Bu bakımdan çalışmamız ile derneklerin yönetsel sorunlar nedeniyle işleyemez hale geldiği ve kuruluş amaçlarına yönelik faaliyetleri yerine getirememesi sonucunu doğuran bu alanlara ilişkin organlar arasındaki hukuki durumun belirlenmesiyle teorik ve pratik sonuçların ortaya konulması amaçlanmıştır.

II. Organ Kavramı ve Hukuki Niteliği

Tüzel kişilerin, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanacağı, Türk Medeni Kanunu'nun 49.maddesinde ifade edilmiştir^[1].

AKÜNAL organı; tüzel kişinin örgütü içinde yer alan, örgütün iradesinin oluşmasını sağlayan ve bu iradenin hukuk alanına yansımaları gerçekleştirmek üzere kanun, tüzük veya bunlara uygun olarak yapılan iç yönetmelik uyarınca oluşturulan, tüzel kişi için karar verme, yürütme ve

[1] “Demek ki yerine göre bildirim ya da tescil anında kazanılan ehliyetin harekete geçirilebilmesi, işletilip güncel hale getirilmesi tüzel kişinin organlarının oluşumuna bağlıdır. Eli ve dili olmayan tüzel kişi hareketsizliğe mahkum edilmiş bir kişi sayılır.” **SEROZAN**, Rona, Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, 2. Bası, İstanbul, 1990, s. 31; “Organsızlık hali, medeni hakları kullanma ehliyetsizliği doğurur, bu halde yargıç tarafından kayyım atanmak suretiyle ehliyetsizlik giderilebilir.” Bkz. **EGGER**, August, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, İkinci Kısım, Tüzel Kişiler, Mad.52-89, Ankara, 1948. (Çev. Çernis, Volf), s. 43.

denetleme fonksiyonları üstlenmiş bulunan kişi veya kurullardır şeklinde tanımlamıştır^[2].

Tüzel kişiler, organları aracılığı ile hakları edinip, borçları üstlenebilirler. Başka bir ifade ile fiil ehliyetini organları vasıtasıyla kullanırlar^[3]. Organlar, tüzel kişinin iradesini açıklama, yönetme ve temsil fonksiyonunu icra eder^[4]. Organların oluşumu, seçim ya da atama suretiyle mümkün olabilecektir^[5].

Organ, tüzel kişiden ayrı bir kişi değil, onun bir parçasıdır^[6]. Organ sıfatını taşıyan kişi tarafından açıklanan irade tüzel kişinin iradesidir^[7]. Organı aracılığı ile işlemi yapan da bizzat tüzel kişinin kendisidir^[8]. Tüzel kişilere

-
- [2] **AKÜNAL**, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995, s. 34; “Organ kanuni maddeleri, tüzel kişinin statüsü, nizamnamesi veya iç talimatlarıyla yetkili kılınan ve tüzel kişi önemli olan korporatif görevleri devamlı ve bağımsız olarak üçüncü şahıslarla olan münasebetlerde, gerek tüzel kişinin iç teşkilatında, yerine getirmesi için yetkili kılınan veya bu tip görevlerin fiilen ve dışa karşı belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen şahıs veya şahıs gruplarıdır.” Bkz. **ÖZTAN**, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970, s. 82; “Örgüt, hükmi şahsın kolu, eli, ayağı, vücudu, kafası demektir. Hükmi şahsın örgütünü organları teşkil eder.” Bkz. **DOĞANAY**, Y. Ümit, Hükmi Şahıslar (Ders Notları), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1969, s. 28.
- [3] **ÖZSUNAY**, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi/ Dernekler/Vakıflar, 5. Bası, İstanbul, 1982, s. 72; **AKİPEK**, Jale G./ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 13. Bası İstanbul, 2016, s. 548; **DOĞANAY**, s. 28.
- [4] **KÖPRÜLÜ**, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul, 1979, s. 411; **ARSEBÜK**, Esat, Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul, 1938, s. 273.
- [5] **DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017, s. 266; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 602.
- [6] **BELGESAY**, M. Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, I. Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku, İstanbul, 1945, s. 179; **ZEVKLİLER**, Aydın / **HAVUTÇU**, Ayşe, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara, 2005, s. 629; **OĞUZOĞLU**, H. Cahit, Medeni Hukuk I. Şahsın Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1956, s. 347; **VELİDEDEOĞLU**, H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1963, s. 246; **SEROZAN**, s. 31.
- [7] **ARSEBÜK**, s. 273; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 266; **AKÜNAL**, s. 38.
- [8] **BELGESAY**, s. 179; **KÖPRÜLÜ**, s. 409; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 550.

tanınan bağımsız kişiliğin bir sonucu olarak organların yapacağı işlem ve eylemler de tüzel kişiyi bağlamaktadır^[9].

Organın dışa karşı temsil fonksiyonunda, Borçlar Hukuku anlamında bir temsil ilişkisinden değil, kişiler hukukunda kaynağını kanundan alan bir ilişkinin varlığından söz etmek mümkündür^[10].

İşaret edilen bu farklılarla birlikte hukuki mahiyeti bakımından organ, temsilcinin durumuyla benzerlik göstermekte ve Borçlar Kanunu'nda yer alan temsilciye ilişkin hükümlerin, Türk Medeni Kanunu ve diğer özel kanunlarla çatışmadığı sürece organın hukuki işlemleri bakımından da uygulanabileceği ifade edilmektedir^[11]. Ancak belirtmek gerekir ki organın temsil yetkisi bu anlamda bir iradi temsile ilişkin olmayıp, korporasyonlara özgü, kaynağını organ sıfatında bulan ve geri alınamayan bir yetki olarak tanımlanmaktadır^[12].

Türk Medeni Kanunu'nda organın hukuki niteliği bakımından belirleyici bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak DURAL/ÖĞÜZ; organın, tüzel kişiye tabi olarak, belirli olan veya belirli olmayan bir zaman süreklilik arz eden şekilde faaliyet göstermesi halinde *hizmet sözleşmesi*, tüzel kişiye tabi olmaksızın ve herhangi bir zaman kaydı olmayan şekilde faaliyet göstermesi durumunda *vekalet sözleşmesi* olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğuna işaret etmiştir^[13].

III. Organların Tasnifi

Organlar, kanun tarafından tipik olarak belirlenebileceği gibi, tüzel kişi tarafından da bünyelerine uygun nitelikte, tüzel kişinin ihtiyacı

[9] KÖPRÜLÜ, s. 409; VELİDEDEOĞLU, s. 249; ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 104.

[10] VELİDEDEOĞLU, s. 246; OĞUZOĞLU, s. 347; DURAL/ÖĞÜZ, s. 251.

[11] ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 88; ÖZSUNAY, s. 219.

[12] OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 16. Bası, İstanbul, 2016, s. 288; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 550.

[13] DURAL/ÖĞÜZ, s. 253; Farklı görüş olarak, organ tüzel kişi ilişkisinin kanunda doğan bir yetki ilişkisi olduğunu kabul etmekte olup, tüzel kişi ile organ arasındaki ilişkide hizmet ya da vekalet sözleşmesine dair hükümlerin ancak kıyas yolu ile uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 289.

doğrultusundaki örgütlenme modeli kapsamında kanuna aykırı olmamak kaydıyla tüzüklerinde belirlenen şekilde oluşturulabilecektir.

Doktrinde, tüzel kişinin organları, fonksiyonları da dikkate alınarak çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlar; kanunda öngörülmüş olup olmama bakımından, zorunlu-ihiyari organ, işlevleri bakımından karar-yürütme organı, faaliyet alanları bakımından iç-dış organ ve oluşturan sayılar bakımından fert-kurul organ olarak tasnif edilmektedir.

A. Zorunlu Organ - İhtiyari Organ

Kanun tarafından tüzel kişinin türüne göre belirlenen ve tüzel kişinin sahip olması mecbur kılınan organlar zorunlu organlardır^[14]. Tüzel kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi bakımından bu zorunluluk kamu düzeninden ileri gelmektedir^[15].

Zorunlu organlarını oluşturan tüzel kişilerin bunun yanı sıra tüzel kişinin türüne, amacına, faaliyet yapısına ve ihtiyaçlarına göre kendi örgütlenmesi kapsamında isteğe bağlı olarak organ oluşturabilmesi de mümkündür^[16].

Bu ihtiyari organların neler olacağı^[17], görev ve yetki durumları, faaliyet, kuruluş ve kaldırılış usulleri tüzel kişinin ana statüsünde yer alabileceği gibi sonradan alınacak kararlarla tesis edilmesi de mümkündür^[18]. Bu halde artık ihtiyari organlar da tüzel kişinin örgütüne dahil olacaktır^[19].

[14] AKÜNAL, s. 36; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 662.

[15] DURAL/ÖĞÜZ, s. 254.

[16] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 551; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 662; DURAL/ÖĞÜZ, s. 254.

[17] Uygulamada genellikle, başkanlar kurulu, haysiyet divanı, danışma kurulu, yayın kurulu, bilim kurulu gibi kurulların ihtiyari organlar olarak tüzel kişi yapılanmalarına dahil edildikleri görülmektedir.

[18] ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 98; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 662; AKİPEK, Jale, Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, Ankara, 1973, s. 302.

[19] AKÜNAL, s. 36; İhtiyari organların neler olabileceğine ilişkin ana statüde gösterilmek şartıyla kanunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri, 3.Bası, İstanbul, 2016, s. 125.

B. Karar Organı - Yürütme Organı

Tüzel kişinin iradesini meydana getiren, iradesinin yerine getirilmesi için diğer organlara gerekli talimatları veren organı, karar organıdır^[20]. Tüzel kişiler bakımından da genelde bu organ genel kuruldur^[21].

Yürütme organı ise karar organının aldığı kararları uygulayan, üçüncü kişiler ile tüzel kişi adına ilişki kuran işlemler yapan organdır^[22]. Temsil görevi bu yürütme organı aracılığı ile yerine getirilir^[23]. Yürütme organı da genelde yönetim kuruludur. Bunun yanında ticari vekil, ticari mümessilin de yer alması mümkündür^[24].

C. Fert Organ - Kurul Organ

Fert organ, organın tek bir kişiden ibaret olması halini ifade eder. Bu durumda organın görevi bu kimse tarafından yerine getirilir. Vakıflarda yönetim organında tek kişiden bahsetmek mümkündür^[25].

Bununla birlikte tüzel kişiye ait görevlerin bir kişi yerine birden fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından yerine getirilmesi söz konusu olması halinde kurul organdan bahsetmek gerekir^[26]. Örneğin genel kurullar, kurul organdır.

D. İç Organ - Dış Organ

İç organ, tüzel kişinin örgütü ile iç ilişkilerine ilişkin görevler icra eden organdır^[27]. Dernek ve sendikalarda genel kurul, denetim kurulu ve disiplin kurulu iç organ mahiyetindedir.

[20] KÖPRÜLÜ, s. 73; DURAL/ÖĞÜZ, s. 254.

[21] Vakıflar bakımından durum ayrıksı olup genel kurul organı yer almamaktadır. Siyasi partilerde de kurultay, kongre gibi isimler adı altında genel kurulun işlevini gören karar organı söz konusudur.

[22] ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 95; DURAL/ÖĞÜZ, s. 254.

[23] AKİPEK, s. 310; AKÜNAL, s. 38; DURAL/ÖĞÜZ, s. 255.

[24] ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 95.

[25] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 291; AKÜNAL, s. 37.

[26] ÖZTAN, Bilge, Tüzel Kişiler, Ders Notları, Ankara, 1994, s. 34; DURAL/ÖĞÜZ, s. 254.

[27] ÖZSUNAY, s. 74; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 34; "Kararlar seçimler, nizamnamede yapılacak değişiklikler, içtüzük tanzimi." Bkz. EGGER, s. 41.

Dış organ ise, tüzel kişinin üçüncü şahıslarla ilişkilerini yürüten, dışa karşı temsil eden organdır^[28]. Dernek ve sendikalarda yönetim kurulu, vakıflarda yönetim organı dış organdır.

IV. Derneğin Zorunlu Organları

A. Derneğe İlişkin Temel Kavramlar ve Mevzuat

Yürürlükten kaldırılan Medeni Kanun'un aksine, Türk Medeni Kanunu'nun bizzat dernek tanımına kendisinin yer verdiğini görüyoruz. Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesi; *Dernekler, gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır.*" şeklindeki ifadesiyle dernek kavramını tanımlamıştır^[29]. Benzer şekilde 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2/a maddesinde de derneğin tanımına yer verilmiştir. Bununla birlikte yapılan tanımlardan hareketle derneğin, şahıs, gaye, devamlılık ve şahsiyet unsurlarından teşekkül edeceğine yer verilmiştir^[30].

Dernekler, kişi topluluğu niteliğinde medeni hukuk tüzel kişileridir. Kazanç paylaşma amacıyla değil, ideal (manevi) amaçlarla kurulan dernekler bugün itibarı ile farklı terimlerle ve farklı görünümler altında tanımlanmıştır^[31]. Siyasi partiler, işçi ve işveren sendikaları, spor kulüpleri, şehir

[28] EGGER, s. 41; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 291; DURAL/ÖĞÜZ, s. 255; AKÜNAL, s. 37.

[29] Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nda yer alan "en az yedi gerçek kişi" ifadesi, 30.07.2003 tarihli 4963 sayılı kanunla "gerçek veya tüzel en az 7 kişi" şeklinde değiştirilerek, tüzel kişilerin de dernek kurucusu olabilmelerinin yolu açılmıştır. Bu halde derneklerin birleşerek federasyon ve konfederasyon şeklinde örgütlenebilmeleri mümkün hale gelmiştir. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 269; "Cemiyetler, korporasyon nevinden olan medeni hukuk hükmi şahıslarıdır." Bkz. AKİPEK, s. 281.

[30] AKÜNAL, s. 50; VELİDEDEOĞLU, H. Veldet/ ATAAY, Aytakin M., Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul, 1956, s. 5; "Ortak gaye, ortak gayenin gerçekleşmesi için faaliyetler ve nihayet cemiyetin gayesini tespit ve iç düzeni tayin eden nizamname. Bunlara Cemiyetin temel unsurları demek de mümkündür." Bkz. DOĞANAY, s. 82.

[31] DURAL/ÖĞÜZ, s. 269; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 567; Dernekleri şirketlerden ayıran en temel özelliği kazanç paylaşma amacı gütmemesidir. Bkz. VELİDEDEOĞLU/ATAAY, s. 45; Aynı yönde bkz. OĞUZOĞLU, s. 365; Kazanç paylaşma ile iktisadi amaç gütmeye kriterleri bakımından tartışmalara ilişkin ayrıntılı

kulüpleri esasında hep dernek niteliğindedir^[32]. Bu itibarla isimleri ne olursa olsun, ideal (manevi) amaçları yerine getirmek üzere bir araya gelerek örgütlenen kişi topluluklarının mahiyetlerinin dernek niteliğinde olduğu ifade edilmektedir^[33].

Örgütlenme özgürlüğü ve dernek özerkliği, demokrasinin temel taşları olarak ifade edilir. Dernek kurma özgürlüğünün yanında derneğin kendi iç işleyişini belirleme serbestisinin (dernek özerkliği)^[34] sağlanması ise teminat altındaki hakkın kullanımını bakımından vazgeçilmez gereklilik olarak yerini alır^[35].

Diğer yandan derneğe uygulanacak kurallar bakımından hem Türk Medeni Kanunu hem de Dernekler Kanunu emredici hükümler öngörmüş, derneğe ilişkin gerek kamu hukuku bakımından uygulanacak kurallar, gerekse de özel hukuk bakımından düzenlemeler yerini almıştır^[36]. Dernek özerkliği

bilgi için bkz. **ANSAY**, Tuğrul, *Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Ankara, 1967, s. 57-78.

[32] **SEROZAN**, s. 47; **KÖPRÜLÜ**, s. 418; **KILIÇOĞLU**, s. 510; “Cemiyet, dernek, birlik, kurum, kulüp, ocak ile ifade edilmek istenen mana birbirinin aynıdır.” Bkz. **VELİDEDEOĞLU/ATAAY**, s. 3.

[33] **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 567.

[34] **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 570; En genel ifadeyle dernek özerkliği, derneğin kendi kurallarını belirleyerek, kendisini yönetmesi olarak tanımlanmıştır. Bkz. **İKİZLER**, *Metin, Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi*, Ankara, 2012, s. 99.

[35] **SEROZAN**, s. 47; Anayasa Mahkemesinin 13.07.2004 tarih ve 2004/52E. 2004/94K. sayılı kararında; “...*dernek tüzel kişiliğinin kurucu unsurlarının derneğin tüzük ve organları olduğu, derneklerin kuruluş sözleşmesi niteliğindeki tüzüklerini kendilerinin oluşturabilecekleri, değiştirebilecekleri, organlarını belirleyebilecekleri, organlarının iradeleri dışında derneklerin ancak mahkeme kararı ile kapatılabilecekleri anlaşılmaktadır.*” Bkz. **SAKA**, Zafer, *Dernekler Hukuku, Teoride ve Uygulamada*, İstanbul, 2010, s. 15; Dernek özerkliği ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin eleştiriler için bkz. **SEROZAN**, s. 47 vd.; Dernek özgürlüğüne ilişkin gelişmeler hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **YOKUŞ**, Sevtap, “Dernek Özgürlüğü Çerçevesinde Türkiye’de Değişen Hukuksal Düzenlemeler”, Erdoğan **TEZİÇ**’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 257-267.

[36] **ÖZDAMAR**, Demet/ **TÜRK**, Ahmet/**İKİZLER**, *Metin/ÇAĞIRGAN*, Senar, *Yeni Dernekler Hukuku Mevzuatımızın Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*, Ankara, 2008, s. 15; Dernekler Kanunu ile Medeni Kanun arasındaki ilişkide, Dernekler Kanunu özel kanun niteliğinde olduğundan, Dernekler Kanunu hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması ve bu kanunda boşluk olan hallerde tamamlayıcı

kapsamında derneklerin iç işleyişine yönelik hususlarda kendi tüzüklerinde belirlemeler de yapabilir. Bu hususta Türk Medeni Kanunu'nun 58/2.maddesinde, kanunlarda yer alan emredici hükümlere aykırı olmamak üzere derneklerin tüzüklerinde düzenlemeler yapabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu anlamda kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde ya da kanunların emredici nitelikte düzenlemedikleri konularda tüzükte yer alan düzenlemeler uygulanacaktır^[37]. Tamamlayıcı nitelikteki hükümler ise en son sırada uygulama bulacaktır^[38]. Diğer yandan, başkaca düzenlemenin olmadığı hususlarda, her ne kadar doğrudan uygulanması mümkün olmasa da duruma uygun düştüğü ölçüde özellikle anonim şirketlerin iç organizasyonuna ilişkin kurallar ve bu alanda oluşan bilimsel görüşlerden de faydalanılmasının mümkün olduğuna işaret edilmiştir^[39]. Sendikalar bakımından da aynı hususu yineleyebiliriz.

B. Derneğin Zorunlu Organları ve Kendilerine Tanımlanan Fonksiyonları

Dernekler bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 73.maddesinde, derneğin zorunlu organlarını, yönetim kurulu, denetim kurulu ve genel kurul olarak belirlemiştir.

1. Yönetim Kurulu

Türk Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde derneğin zorunlu organları arasında yönetim kurulu yerini almıştır. Yönetim kurulu, dernek kararlarının uygulanması, günlük cari işlerin yerine getirilmesi gibi iç işlerinin

hükümler olarak Medeni Kanun hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bkz. **ÖZTAN**, Tüzel Kişiler, s. 39; Derneklerin özel hukuk ilişkilerine bütün olarak Medeni Kanun'un uygulanması gerektiği yönünde bkz. **ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN**, s. 15.

[37] **ÖZSUNAY**, s. 207; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 577; **NOMER**, Haluk, N., Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, 1.Baskı, İstanbul, 2008, s. 138.

[38] **AKİPEK**, s. 219; **İKİZLER**, s. 120-123.

[39] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, "Azınlığın Dernek Genel Kurulunun Olağanüstü Toplantıya Çağırılması İsteme Hakkının Kötüye Kullanılması", Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 388

yönetilmesini, dışa karşı ise temsil görevini icra eden zorunlu organ olarak tanımlanmaktadır^[40].

Temsil görevinin yönetim kurulu tarafından kurul üyelerinden birine ya da üçüncü bir kimseye verilebileceği Türk Medeni Kanunu'nun 85.maddesinde yer almıştır^[41].

Yönetim kurulu, dernek genel kurulu tarafından, beş asıl beş yedek üyeden az olmamak kaydıyla tüzükte belirlenen sayıda olacak şekilde oylama yolu ile seçilir^[42].

Görev ve yetkileri de dernek tüzüğünde yer alacak olup, kanun ve tüzüğe uygun olarak yürütme ve temsil görevini yerine getirecektir^[43].

Türk Medeni Kanunu'nun 85.maddesinde yönetim kurulunun görevleri bakımından tüzüğe işaret edilmiş olup, kanun yetki ve görev konusunda bir belirleme yapmaktan kaçınmıştır. Benzer şekilde yeni Dernekler Kanunu'muzda da yürürlükten kalkan Dernekler Kanunu 27.maddesinde sayılan yönetim kurulunun görev ve yetkilerine ilişkin hususlar yer almamış ve dernek özerkliği ilkesi çerçevesinde bu iç işleyişin dernek tüzüğünde belirlenmesine yönelik sistem benimsenmiştir. Yönetim kurulunun temsil yetkisine ilişkin tüzükte sınırlamalar öngörülebilir. Örneğin derneğin borçlanması, kredi çekebilmesi hususlarında genel kurul kararının gerekli olduğu tüzükte

[40] **EGGER**, s. 108; **SEROZAN**, s. 62; **KÖPRÜLÜ**, s. 502; **AKÜNAL**, s. 92; Derneğin iç işlerinin yönetilmesinden kasıt, gelir gider hesaplarına ilişkin işlemler, personel işlemler, kiralama işlemleri, üyelik başvurularını karara bağlamak, aidatları toplamak, şubelerin kurulması ve işleyişi, yükümlü olduğu defterlerin tutulması, genel kurula çağrı yapılması vs. işlemlerdir. Bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 620.

[41] **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 352; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara, 2016, s. 622; Derneğin temsili ifadesinin klasik anlamdaki temsilden ziyade, derneğin üçüncü kişilerle ilişkiye kurması ve işlemler yapması anlamında ifade bulunmaktadır. Bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 620.

[42] Medeni Kanun'da asgari sayı olarak beş asıl beş yedek üye kuralı yer almış olup, bu sayı tüzükte azaltılamayacak ancak arttırılabilecektir. Bkz. **ÖZSUNAY**, s. 211; Derneğin kuruluşunda, genel kurul toplanıp yönetim kurulu seçilinceye kadar, dernek kurucuları tarafından geçici yönetim kurulu oluşturulur. Bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 617.

[43] **DOĞANAY**, s. 82; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 662; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 318; **SAKA**, s. 194.

yer alabilir^[44]. Yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemlerin askıda hükümsüz olduğu ve ancak icazet verilmesi halinde geçerli olabileceği ifade edilir^[45].

2. Denetim Kurulu

Türk Medeni Kanunu'nda yer verilen bir diğer zorunlu organ da denetim kuruludur. Denetim kurulu, derneğin iç denetim organıdır^[46].

Türk Medeni Kanunu'nun 86. maddesinde yer verildiği şekilde, denetim kurulu üç asıl ve üç yedek üyeden az olmamak üzere genel kurul tarafından seçilecektir. Dernekler Kanunu 4/f maddesinde, denetim kurulu üyelerinin seçimi, sayısı, görev ve yetkilerinin belirlenmesine ilişkin hususların tüzükte yer alması gerektiği belirtilmiştir.

Denetim kurulunun amacı, dernek organlarının etkin şekilde bir iç denetime tabi olması olup, bu bakımdan organların her türlü faaliyeti ile defter, belge ve diğer kayıtlarını, kanun ve tüzük hükümlerinde belirlenen esaslar çerçevesinde gerek mali gerekse de idari yönden inceleme yetkisine sahiptir^[47].

Denetim kurulu, tüzükte belirlenen esaslar dahilinde bir yılı geçmeyecek aralıklarla inceleme ve denetimlerini yaparak, bu hususta rapor düzenleyerek genel kurulun bilgisine sunar^[48]. Genel kurulda, yönetim kurulunun ibrası bakımından bu raporların görüşülmesi zorunlu olup, alınacak kararlarda bu raporlar dikkate alınacaktır^[49].

[44] ÖZSUNAY, s. 217.

[45] HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku, 6.Bası, İstanbul, 2017, s. 118.

[46] Denetleme kurulu, dernek tüzüğünde belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde genel kurul haricinde derneğin diğer organlarının işlem ve faaliyetlerini denetler. Bkz. KÖPRÜLÜ, s. 509.

[47] KÖPRÜLÜ, s. 509; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 352; DURAL/ÖĞÜZ, s. 322.

[48] Dernekler Kanunu 9/2 maddesinde, “Denetim kurulu; derneğin, tüzüğünde gösterilen amaç ve amacın gerçekleştirilmesi için sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediğini, defter, hesap ve kayıtların mevzuata ve dernek tüzüğüne uygun olarak tutulup tutulmadığını, dernek tüzüğünde tespit edilen esas ve usullere göre ve bir yılı geçmeyen aralıklarla denetler ve denetim sonuçlarını bir rapor halinde yönetim kuruluna ve toplandığında genel kurula sunar.” şeklinde emredici hükmü yer almıştır.

[49] ÖZSUNAY, s. 218; DURAL/ÖĞÜZ, s. 322; Demokratik ilkelere uygunluğun gereği olarak sendikaların denetimlerinin şeffaf olarak sağlanması gerektiği hakkında

Dernekler Kanunu'nun 9. maddesinde, derneklerin iç denetim konusunda bağımsız denetim kuruluşlarınca da denetim yaptırabilmesinin mümkün olduğu yer almış olmakla birlikte aynı maddenin devamında diğer zorunlu organların ya da bağımsız denetim kuruluşlarının yapacağı denetimin, denetim kurulunun denetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı açıkça ifade edilmiştir^[50].

Türk Medeni Kanunu'nun 75. maddesinde denetim kuruluna gerekli gördüğü hallerde derneğin olağanüstü toplantıya çağrılmasını isteme gibi son derece etkin ve önemli bir yetki verdiği görülmektedir. Yönetim kurulunun bu çağrıyı yerine getirmemesi halinde üyelere birinin başvurusu üzerine sulh hakimince üç dernek üyesinden oluşan heyete toplantıya çağırma yetkisi verilir.

Bunun yanında, Türk Medeni Kanunu'nun 84/2. maddesinde, yönetim kurulunda yaşanan eksilmeler sonrası yedek üyelerin de çağrılmasına rağmen, yönetim kurulunun üye tamsayısının yarısının altına düşmesi halinde de yine denetim kuruluna dernek genel kurulunu toplantıya çağırma yetki ve görevi verilmiştir.

3. Genel Kurul

Türk Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde yer alan zorunlu organlardan biri de genel kuruldur. Bununla birlikte Kanun'un 73.maddesinde; genel kurulu, "*Genel kurul, derneğin en yetkili karar organı olup; derneğe kayıtlı üyelere oluşur.*" şeklindeki ifadeyle kısaca tanımlandığı da dikkat çekmektedir. Bu itibarla genel kurulu, derneğin irade ve karar organı olarak tanımlamak mümkündür^[51].

Derneğin üyeleri, doğrudan doğruya katıldıkları genel kurul aracılığı ile derneğin faaliyetlerini ve iradesini oluşturmaktadır^[52]. Bu anlamda derneğe ilişkin en önemli kararların alındığı organdır^[53].

bkz. **ŞAHLANAN**, Fevzi, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerle Uygunluğu, İstanbul, 1980, s. 210.

[50] **ŞAHLANAN**, s. 172; **SAKA**, s. 202.

[51] **EGGER**, s. 91; **ARSEBÜK**, s. 219; **BELGESAY**, s. 192; 7

[52] **EGGER**, s. 91; **ÖZTAN**, Tüzel Kişiler, s. 65; **AKÜNAL**, s. 85; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 344; "Cemiyetin en önemli unsuru azadır." Bkz. **ARSEBÜK**, s. 207.

[53] **ÖZSUNAY**, s. 172; **DOĞANAY**, s. 77; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 311.

Genel kurul, dernek kurulduktan sonra seçilmez, kanun gereği varlığını bulmaktadır^[54]. İç organ niteliğinde olan genel kurul, iç ilişkide diğer organlara karşı derneği temsil etmektedir^[55].

Türk Medeni Kanunu'nun 73.maddesinde de ifade edildiği üzere genel kurul, derneğin üyelerinden oluşmaktadır. Bununla birlikte çok sayıda üyesi olan derneklerin "delege usulü" ile toplanma, tüm üyelerin toplanmaksızın yazılı katılımı ile karar alınması ya da çağrısız toplanma gibi usullerle toplanabilmesi de mümkündür^[56].

Dernekler Kanunu'nun 4/d-e hükmünde, genel kurulun toplanmasına ilişkin toplanma zamanları, şekilleri, toplantı ve karar yeter sayıları gibi hususların dernek tüzüğünde belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Dernek özerkliği kapsamında kanunun öngördüğü bu ilke diğer yönüyle de dernek tüzüğünde bulunması zorunlu unsurlar arasında yerini almıştır^[57].

Genel kurul, irade organı olmasının yanı sıra diğer yönüyle ayrıca derneğin en üst denetleme ve danışma organı olarak da değerlendirmek gerekir^[58].

Genel kurulun görev ve yetkilerine ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nun 80.maddesinde; "*Genel kurul, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir; dernek organlarını seçer ve derneğin diğer bir organına verilmemiş olan işleri görür. Genel kurul, derneğin diğer organlarını denetler ve onları haklı sebeplerle her zaman görevden alabilir.*" şeklindeki esaslar da yerini almıştır.

[54] EGGER, s. 92; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 65; KÖPRÜLÜ, s. 488; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 344.

[55] ÖZSUNAY, s. 171; Genel kurul dışı karşı temsil organı olmayıp, alınan kararların icrasına ilişkin yetkisi olmadığından bu anlamda sorumluluğundan bahsedilememektedir. Bkz. SAKA, s. 89.

[56] AKÜNAL, s. 85; DOĞANAY, s. 78; Delege usulü, temsili demokrasinin bir yansıması olarak nitelendirilebilir. Bkz. GÜNAY, Cevdet İlhan, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara 2017, 165; Genel kurulun üyelerle toplanması kural olup, delege usulü ise istisnaidir. Bkz. ŞAHLANAN, s. 120.

[57] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 605.

[58] ARSEBÜK, s. 219; AKÜNAL, s. 86; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 344; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 66.

Bu bakımdan da derneğin geleceğine dair her türlü kararı almak ve bu konuda icra organı olan yönetim kuruluna yol göstermek ve denetlemek, genel kurulun başlıca görevi olduğunu söylemek gerekir^[59].

V. Dernek Organlarında Yetki Devri

Türk Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde; “*Derneğin zorunlu organları, genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur. Dernekler zorunlu organları dışında başka organlar da oluşturabilirler. Ancak, bu organlara zorunlu organların görev, yetki ve sorumlulukları devredilemez.*” hükmü yer almıştır. Düzenlemeye göre, derneğin zorunlu organları sayma yoluyla (numeraus clauses) ifade edilmekle birlikte, bunlar haricinde derneğin ihtiyari organlar kurabileceğine yer verilmiştir.

Maddenin devamında ise ihtiyari organlara, zorunlu organlarının görev ve yetkilerinin devredilemeyeceği ilkesi yer almıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki dernek özerkliği ilkesi kapsamında derneğin iç ilişkilerinin derneğin bizzat kendisinin belirlemesi, buna ilişkin esasların da dernek tüzüğünde yer alması temel prensiptir^[60]. Nitekim Medeni Kanunu'nun 58. maddesinde, dernek tüzüğünde yer almayan hususlarda Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağına yer verilmiştir. Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu'nun emredici nitelikteki hükümleri dışında öngörülen kurallar, yedek kurallar olarak uygulama bulacaktır. Emredici nitelikteki kurallara aykırı tüzük hükümlerinin ise batıl olup uygulama bulmasının mümkün olmadığına işaret etmek gerekir^[61].

[59] **EGGER**, s. 99; **ARSEBÜK**, s. 219; **ÖZSUNAY**, s. 174; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 605; **AKÜNAL**, s. 86.

[60] **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 280; “Tüzük kavramı ile sadece derneğin anayasası niteliğindeki Dernekler Kanunu md.7 anlamında yazılı belge değil, derneğin iç düzenine ilişkin kuralların tümü anlaşılır.” Bkz. **ÖZSUNAY**, s. 207; Nitekim tüzük, normatif bir belge olup örgütün iç işleyişine dair kurallar bütünüdür. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 339.

[61] **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 577; **AKİPEK**, s. 287; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 652; **AKÜNAL**, s. 66; Sendikalar bakımından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ile Toplu Sözleşme Kanunu, siyasi partiler için ise 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu emredici hükümleri özel kanun niteliğinde uygulanacaktır. Bunlarda hüküm bulunmayanlar hallerde yine Dernekler Kanunu ve Medeni Kanun'un emredici hükümleri dikkate alınacaktır.

Bu kapsamda dernekler, faaliyetlerine ilişkin görev ve yetkilerin hangi organlarda olduğu konusunda tüzüklerinde istedikleri şekilde belirleme yapabilecektir. Bunun sınırının ise emredici nitelikteki kanun hükümlerine aykırılık oluşturmamak koşulu olduğu açıktır.^[62]

Türk Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde, yetkinin devredilmesi bakımından işaret edilen husus ihtiyari organlara ilişkindir. Yani zorunlu organlarının görev ve yetkilerinin ihtiyari organlara devredemeyeceği yönündedir.

Bu halde bu hükme aykırı şekilde zorunlu bir organın görev ve yetkisi dernek tüzüğünde ihtiyari bir organa devredilmişse durum ne olacaktır? Peşinen söze konu dernek tüzüğünde yer alan bu hükmün batıl olacağını söylemek mümkünse de yapılan iş ve işlemlerin akıbeti, dernek üyelerinin mevcut durumu ve yargısal süreçler bakımından sorunun cevabının bu denli kolay olduğu söylenemez.

Diğer yandan Kanun'da emredici nitelikte olarak ifade edilen husus, zorunlu organların görev ve yetkisinin ihtiyari organlara devredilemeyeceği yönündedir. Ancak zorunlu organların kendi arasında (yönetim, denetim ve genel kurul) görev ve yetkilerini birbirlerine devretmelerinin mümkün olup olamayacağı hususunda kanunda bir belirleme bulunmamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 80/1. maddesinde; “*Genel kurul, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir; dernek organlarını seçer ve derneğin diğer bir organına verilmemiş olan işleri görür.*” hükmü yer almıştır. Buna göre, *derneğin başkaca bir organına verilmemiş olan işleri görür*, şeklindeki düzenlemeye göre, görev ve yetkiye ilişkin tereddüt duyulan her durumda genel kurulun yetkili olduğu sonucuna mı varılacaktır? Ayrıca derneğin tüzüğünü düzenleme yetkisi bulunan genel kurulun diğer zorunlu organlara ait görev ve yetkilerini kendi uhdesine alacak şekilde tüzük hükümleri belirleyebilecek midir?

A. Zorunlu Organların Görev ve Yetkisinin İhtiyari Organlara Devredilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde yer verildiği üzere zorunlu organlar görev ve yetkisi ihtiyari organlara devredilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak buna rağmen uygulamada da sıklıkla görüldüğü üzere, bu yetki devredilmişse durum ne olacaktır?

[62] OĞUZOĞLU, s. 361; ÖZSUNAY, s. 141; İKİZLER, s. 120.

Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 80/1. maddesinde; “*Genel kurul, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir*” hükmü yer almış olup, derneğin üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma işlemleri bakımından yetkinin genel kurulda olduğuna işaret etmiştir. Uygulamada ise genellikle üyelikten çıkarma işlemlerinin disiplin kurulu ya da onur kurulu gibi dernek tarafından oluşturulan ihtiyari organlar tarafından gerçekleştirildiğine rastlanmaktadır. Bu halde genel kurulun ihraç yetkisini bir ihtiyari organa devretmesi söz konusudur^[63].

Derneğin tüzüğünde, çıkarma yetkisinin genel kurul dışında başkaca bir organa verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir^[64]. Her ne kadar çıkarma yetkisinin başkaca bir organa verilmesi mümkün olsa da bu yetki devrinin mutlak değil nispi olacağı, bu bakımdan başkaca organa çıkarma yetkisi verilse dahi genel kurulun da bu yetkisinin devam edeceğine işaret edilmektedir^[65].

[63] **NOMER**, s. 128; **ARSEBÜK**, s. 218.

[64] **GÖNENSAY**, A. Samim, Medeni Hukuk (Hukuk Hakkında Umumi Malumat-Başlangıç, Şahsın Hukuku) Cilt 1, İstanbul, 1936, s. 162; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 634; **AKÜNAL**, s. 82; **ÖZSUNAY**, s. 247; Yargıtay 4.H.D 24.02.1959 tarih ve 7135/2012 sayılı kararında, Tüzükte bu yetkinin genel kuruldan başka organa verilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. **KÖPRÜLÜ**, s.478; **ENGİN**, ideal olarak, genel kurulun üyelikten çıkarma yetkisini zorunlu ya da ihtiyari bir organa devredebilmesinin mümkün görülmesi gerektiği ancak mevcut yürürlükte MK 72/2 hükmü karşısında, genel kurulun yetkisini ihtiyari organa devretmiş olsa da ve ihtiyari organ kararının tüzükte nihai olacağı ifade edilse de genel kurulun bu yetkisinin devam edeceği, disiplin kurulu kararına rağmen üyelik ilişkisinin devam edeceği hususuna işaret etmiştir. Bkz. **ENGİN**, B. İlkay, “Dernek Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Geçici İhraç Kararı”, İÜHFİM, C. LXI, S.1-2, 2003, s. 286-291.

[65] **ÖZSUNAY**, s. 247; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 311; **NARMANLIOĞLU**, s. 105; “Zorunlu organlara ait bazı yetkiler son söz yine zorunlu organda kalmak şartıyla ihtiyari organlara devredilebilir.” Bkz. **ÖZTAN**, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 98; Yargıtay 2.H.D 01.12.1972 tarih ve E. 7221 K.6790 sayılı kararında; “*Dernek genel kurullarının bir takım yetkilerini (seçimlik organlara) devretmeleri mümkündür. Bu itibarla dernekler ihraç yetkilerini (MK.58) doğrudan doğruya kullanabilecekleri gibi bunu başka bir organa, olayda olduğu gibi haysiyet divanına devredebilir. İhraç yetkisinin haysiyet divanına terk edilmiş olması, genel kurulun ihraç kararı vermesine engel olamayacağı gibi tüzükte başvurma yönünden açıklık olmasa bile derneğin en yetkili organı olarak kongrenin ihraç kararlarına karşı itirazları inceleyip karar vermesi de mümkündür. Yani yetki devri mutlak değil nisbidir...*” Bkz. **AKÜNAL**, s. 82.

Sorunun çözüme kavuşturulması esasında ihraç kararı verilen üyenin ihraç kararına karşı açacağı dava bakımından önemlidir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 83/3. maddesinde; “*Diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz.*” şeklindeki düzenlemesi, açılacak davada dava şartı bakımından öncelikle incelenecek husus olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 80/1. maddesinde üyelikten çıkarma işlemlerine ilişkin yetkinin genel kurula verilmiş olması karşısında, disiplin kurulu tarafından üyeye verilen ihraç kararı, tüzükte bu yetki disiplin kuruluna verilmiş olmasına rağmen (tüzükte kararın nihai olacağı ifade edilse de) dernek cezası olarak kabul görmeyecek, dernek içi denetim yolları tüketilmediğinden yani genel kurulun bir kararı bulunmadığından bu karara karşı dava açılmayacaktır^[66]. Açılan dava da dava şartı yokluğundan reddedilecektir.

Ayrıca üyenin disiplin kurulu tarafından alınan ihraç kararı konusunda yönetim kurulunun üyelik hakları bakımından ne yönde işlemler tesis etmesi gerekeceği hususunda da tereddütler oluşabilecektir. Tüzükte ihraç yetkisi disiplin kuruluna verilmiş ve genel kurula da itiraz yolu öngörülmemişse (disiplin kurulu kararının kesin olduğu ifade edilmişse), yönetim kurulunun bu üyenin üyelik hakları konusunda nasıl davranması gerekeceği de tartışmalıdır. Örneğin disiplin kurulunun ihraç kararı sonrasında bu üyeden aidat istenecek midir? Ya da derneğe ait tesis ve hizmetlerden üye yararlanılacak mıdır? Yönetim kurulu bu durumda disiplin kurulunun bu ihraç yetkisine ilişkin yetki devrinin kanuna aykırı olduğu, tüzükte yetki devri olsa da hala genel kurulun bu konuda son sözü söylemeye yetkili olduğu, genel kurulun bu kararı vermeksizin üyelik ilişkisinin devam edeceği yönünde karar verebilecek midir?

Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu'nun 85. maddesinde; “*Yönetim kurulu, derneğin yürütme ve temsil organıdır; bu görevini kanuna ve dernek tüzüğüne uygun olarak yerine getirir.*” hükmü gereğince, yönetim kurulunun görevini yerine getirirken sadece tüzük hükümlerini değil, kanun hükümlerine de uygun davranması gerekeceği yer almıştır. Dahası kanunun emredici hükümlerine aykırı nitelikteki tüzük hükümlerinin batıl olacağına da tereddüt yoktur^[67]. Bu halde kanuna uygunluk bakımından öncelikli

[66] AKÜNAL, s. 82; ENGİN, s. 289; DURAL/ÖĞÜZ, s. 305.

[67] OĞUZOĞLU, s. 347; GÖNENSAY, s. 159; Mutlak butlanla sakat nitelikte tüzük hükümleri, davaya gerek olmaksızın kendiliğinden hükümsüz olup ancak ilgililer

olarak bir değerlendirme yapılması gerekeceği anlaşılmalıdır^[68]. Hakkında ihraç kararı verilen üyenin itiraz etmesi halinde, tüzükte aksi öngörülse dahi yönetim kurulunun, ihraç kararını itiraz doğrultusunda genel kurul gündemine sevk ederek, genel kurulun en üst denetleme ve itiraz merci olması kapsamında üyelikle ilgili nihai bir karar almasının sağlanması mümkün görülmelidir^[69].

Disiplin kurulu kararına karşı itiraz hakkını kullanan üyenin ise genel kurulun itiraz hakkındaki kararını vermesine kadar ki ara dönem içinde de üyelik ilişkisinin devam ettiğinin kabulü gerekeceği açıktır. Nitekim Yargıtay'ın da bu husustaki görüşü bu yöndedir^[70].

herhangi bir süreye tabi olmaksızın butlanın tespitini de mahkemeden isteyebilecektir. Bkz. **SUNGURBEY**, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, C.2, İstanbul, 1970, s. 46 vd.

[68] “Şu halde nizamname hükümleri, Cemiyetler Kanunuyla Medeni Kanunu'nun amir hükümlerinden sonra tatbik edilir.” **AKİPEK**, s. 287.

[69] “Dernek tüzüğünde üyelikten çıkarma kararını alma yetkisi bir ihtiyari organa tanınmışsa, dernek içi itiraz yolu öngörülmüş olmasa bile çıkarma yetkisi MK. 72 II. C.2 sebebiyle bu organa kesin olarak devredilmiş sayılmayacağı için üye hakkındaki nihai çıkarma kararını genel kurul verecektir.” **ENGİN**, s. 292; Aynı yönde **AKÜNAL**, s. 82; Yok hükmünde ya da butlanla sakat bir tüzük hükmüne aykırılıktan söz edilemeyeceğine ilişkin bkz. **KIRCA**, İsmail/**ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan/**MANAVGAT**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İkinci Bası, Ankara, 2017, s. 87; Aynı yönde **MOROĞLU**, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8.Baskı, İstanbul, 2017, s. 231; **NOMER**, s. 144; “Dernek tüzüğüne konulacak bir hükümle disiplin kurulu veya yönetim kurulu tarafından verilecek üyelikten çıkarma (kesin ihraç) kararının kesin olduğu ve karar tarihinden itibaren hüküm doğuracağı kararlaştırılmış olsa dahi üyelik ilişkisi genel kurula yapılacak itirazın karara bağlanmasına kadar devam eder ve ancak genel kurulun itirazın reddine ilişkin karar ile sona erer.” **AKÜNAL**, Teoman, “Ceza Hukuku İlkeleri Işığında Dernek Cezaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 106.

[70] Yargıtay 18. H.D 12.01.2015 tarih E:2014/21848 K: 2015/36 sayılı kararında; “...Şahıs hukukuna dair karar ve işlemler kesinleşmeden uygulanamaz. Kesin nitelikte olmayan kararların üyelik ilişkisi üzerinde olumsuz bir etkisi de söz konusu değildir. Dernek üyeliğinden geçici uzaklaştırma veya çıkarmaya dair dernek yönetim kurulu veya onur kurulu kararı henüz kesinleşmediğinden, bunun bir sonucu olarak çıkarmaya dair kararın kesinleşmesine kadar üyelik ilişkisi devam eder. Dolayısıyla dernek içi denetim yollarının kullanıldığı safhada bu yolları kullanan üyenin, dernek üyeliği devam etmektedir...” <http://www.kazanci.com> (Son erişim T. 06.11.2019)

Bir başka durum olarak, örneğin genel kurul tarafından, derneğin yönetim ve temsil yetkisi ya da denetim kurulunun denetleme yetkisi alınarak başka bir ihtiyari organa verilebilir mi?

Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 80/2. maddesinde genel kurulun derneğin diğer organları denetleme ve haklı nedenlerle her zaman görevden alma yetkisi bulursa da bir sebepten -dernek içi grup rekabeti nedeniyle- organ üyelerini değiştirmek (ya da kanundaki haklı neden şartı gereği değiştirememek) yerine organ yetkilerini başka bir ihtiyari organa bütünüyle devretmek istemesi söz konusu olabilir. Ya da örneğin genel kurul, yönetim kurulunun harcama ve işlem yetkisini alıp, derneğin bir ihtiyari organına vermesi halinde durum ne olacaktır? Yönetim kurulunun bu yetki devrine razı olması mı gerekir?

Kanaatimizce, genel kurulun, yönetim kurulunun bazı yetkilerine ilişkin sınırlama getirebilmesi mümkün olmakla^[71] beraber (örneğin banka kredi alması konusunda belirli bir limit koyması gibi) yönetim kurulunun yetkisini bütünüyle başka bir ihtiyari organa devri amacı aşar nitelikte değerlendirilmeli ve Türk Medeni Kanunu'nun 72/2 maddesine göre mümkün görülmemelidir^[72]. Genel kurulun derneğin en üst karar organı olması sıfatı, kanunlarda emredici hükümlere aykırı nitelikte yetki gaspı niteliğinde kararlar da alabileceği anlamına gelmemelidir. Sınırsız ve ölçüsü belirsiz bir yetkinin varlığının kabulü, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturacak olup, Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesi kapsamındaki dürüstlük ilkesine de uygun görülmez. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 80/2. maddesinde genel kurulun, organları görevden alma yetkisi de bu esaslar dahilinde haklı neden bulunması koşuluna bağlanmış durumdadır^[73]. Buna rağmen yetkinin

[71] ÖZSUNAY, s. 217.

[72] “Kanunun idare heyetine verdiği vazifeler nizamname ile tamamıyla ondan alınamaz, olsa olsa ancak tahdit edilebilir.” AKİPEK, s. 310; Aynı yönde bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 621.

[73] EGGER, s. 100; ŞAHLANAN, Demokratik İlkeler, s. 172; DURAL/ÖĞÜZ, s. 312; “Kanun bu hüküm ile uzuvların azledilmek endişesi olmaksızın hile ve entrikalarına ve gayrimeşru menafı temin edebilmelerine mani olmak gayesini takip etmiştir.” GÖNENSAY, s. 163; “Genel kurullar, yasa ve tüzüklerde öngörülen hükümlere aykırı düşecek nitelikte bir seçim kararı alma hakkına sahip bulunmamaktadır.” Bkz. BALLAR, Suat, Türk Dernekler Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2019, s. 552.

devredilmesi durumunda yönetim kurulunun bu karara uymayabileceği değerlendirilmelidir^[74].

Aynı esaslara göre, dernek organlarının kendi görev ve yetkilerini de bizzat kendilerinin başka ihtiyari organlara devretmesi mümkün olamayacaktır.

B. Zorunlu Organlardan Birinin Görev ve Yetkisinin Yine Başka Bir Zorunlu Organa Devredilmesi

Bir önceki başlıkta, zorunlu organlarının yetkisinin ihtiyari bir organa devri hususundaki duruma yer vermiştik. Peki zorunlu bir organın görev ve yetkisi yine kanunda yer alan başka bir zorunlu organa devretmesi mümkün müdür?

Türk Medeni Kanunu'nun 72/2. maddesinde görev ve yetkinin devredilmesi bakımından işaret edilen husus ihtiyari organlara ilişkindir. Yani zorunlu organlarının görev ve yetkilerinin ihtiyari organlara devredemeyeceği yönündedir.

Yetki ve görevlerin zorunlu organlara devredilmesi hususunda ise her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Genel kurulun üyelikten ihraç yetkisi bakımından önceki başlıkta işaret ettiğimiz üzere esasen genel kurulun üyelikten ihraç yetkisini zorunlu ya da ihtiyari organlara devredebileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak burada önem arz eden konu, yetkinin devredilmesine rağmen genel kurulun bu yetkisinin sona erip ermediği ve devredilen organın verdiği kararın kesin nitelikte olup olmadığı yönündedir. Bu durum ise ihraç kararına karşı açılacak davada dava şartı konusunda nasıl bir sonuç ortaya çıkacağı hususunda belirleyici olacaktır.

Genel kurulun ihraç yetkisinin ihtiyari organa (disiplin kuruluna) devredilmesi halinde, tüzükte bunun kesin nitelikte olduğu belirtilmesine (ya da itiraz yolu öngörülmemesine) rağmen Türk Medeni Kanunu'nun 72/2. maddesine aykırı olması nedeniyle alınan kararın kesin nitelikte kabul

[74] “Yönetim kurulu da genel kurulun kararlarına itiraz edebilir. Hatta kendisine verilen görevlerin hukuka aykırı olup olmadığını tetkik zorundadır.” Bkz. ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 106; Sebepsiz görevden alınan organ üyelerinin tazminat hakkının bulunduğu yönünde bkz. BELGESAY, s. 196; Yönetim kurulunun genel kurul kararlarına karşı dava açabilmesi tartışmalıdır. Buna ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. İKİZLER, s. 344-347.

edilemeyeceği, genel kurulun yetkisinin devam edeceği, bu halde ihraç kararına dava açılması halinde, dernek içi denetim yollarına başvurulmamış olması nedeniyle dava şartı yokluğundan davanın reddinin gerekeceği hususlarına işaret etmiştik.

Bu noktada genel kurulun ihraç yetkisi ihtiyari bir organa değil de başka bir zorunlu organa, uygulamada görüldüğü üzere örneğin yönetim kuruluna devredilmesi halinde de aynı sonuca varabilecek miyiz?

İhtiyari organa verilen yetkiye rağmen bu organ tarafından alınan ihraç kararının kesin nitelikte kabul edilememesi, Türk Medeni Kanunu'nun 72/2. maddesi kapsamında yetki ve görevlerin ihtiyari organa devredilemeyeceği yasağı nedeniyle söz konusudur. Ancak bu yetki ve görevin başka bir zorunlu organa devredilmesini engelleyen bir kanun hükmü ise bulunmamaktadır. Bu halde bu yasağın uygulanmasına neden olabilecek bir engelin bulunmadığını ifade etmek gerekir.

Bu durumda yönetim kurulu tarafından verilen ihraç kararının ihtiyari organa devir engeli söz konusu olmayacağı için, tüzükte kararın kesin olduğu belirtilmişse ya da buna itiraz yolu öngörülmemişse artık bu kararın kesin nitelikte olabileceği ve genel kurulun bu noktada son sözü söyleme yetkisinin bulunmadığı sonucuna varmak mümkün olabilecektir^[75]. Genel kurulun yetkisinin de devam etmesi isteniyorsa bu durum tüzükte yer almalıdır. Bu halde de artık yönetim kurulunun aldığı ihraç kararına doğrudan iptal davası açılması halinde, iç denetim yollarının tüketilmediği gerekçesiyle davanın, dava şartı yokluğundan reddedilmemesini gerektirecektir. Nitekim Yargıtay'ın da bu husustaki görüşünün de aynı yönde olduğunu belirtmek gerekir^[76].

[75] **ENGİN**, s. 290-291; **NOMER**, s. 128; **İKİZLER**, s. 153; "Ancak kesin kararı genel kurul dışında bir organın vereceği öngörülmüşse bu takdirde bu karar aleyhine doğrudan doğruya mahkemeye başvurulacağı kabul edilmiştir." Bkz. **ÖZTAN**, Tüzel Kişiler, s. 94; Dernek tüzüğünde çıkarma yetkisi yönetim kuruluna ait olduğu belirtilmiş ve bu kararın kesin olacağı öngörülmüşse, genel kurul toplantısı için uzun bir süre söz konusu ise genel kurula itirazı beklemeden TMK 2. madde kapsamında yönetim kurulu kararına doğrudan dava açılacağı yönündeki görüşü hakkında bkz. **HATEMİ**, s. 110.

[76] Yargıtay 8.HD. 10.10.2017 tarih ve E: 2017/3995 K:2017/12603; Yargıtay 18.HD. 16.02.2016 tarih E:2016/338 K:2016/2537 ; "...Somut olayda, davalı derneğin asıl üyesi olan davacının, dernek üyelik kaydının silinmesine dair 21.02.2015 tarihli dernek yönetim kurulu kararının iptalini istediği; davacının davalı derneğin genel kuruluna bu hususta itirazda bulunmadan yani iç denetim yollarını tüketmeden

Kanaatimizce de üyelikten çıkarma yetkisinin tüzükle zorunlu organlardan birine devri mümkün olup, bu yetki verilmişse ve bu kararın kesin olacağı ifade edilmişse (ya da tüzükte itiraz yolu bulunmuyorsa) artık genel kurula itiraz hakkından değil doğrudan karara karşı iptal davası açmaktan bahsetmek gerekir. Ancak bu yetki ihtiyari organlardan birine devredilmişse bu halde Türk Medeni Kanunu'nun 72/2 maddesinde yer alan yetki devrine dair emredici hüküm karşısında genel kurulun yetkisinin devam edeceğinde tartışma bulunmamaktadır.

Diğer yandan genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun görev ve yetkilerinin yine bu organlar arasında birbirlerine devrinin mümkün olup olmayacağını değerlendirmek gerekir. Örneğin genel kurul, tüm yetki ve görevleri kendi üzerine alabilecek midir? Ya da denetim kurulunun yetkilerini alıp yönetim kuruluna verebilecek midir?

Daha önce ifade ettiğimiz üzere genel kurul derneğin, en üst karar organı olup, aynı zamanda en üst denetim ve danışma organıdır. Bunun yanı sıra genel kurul dernek tüzüğünü istediği şekilde, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere değiştirme ve tüm organların görev ve yetkilerini belirleme hakkı bulunmaktadır. Her zaman dernek organlarını da görevden alma yetkisine sahiptir.

Tüm bunların yanı sıra zorunlu organlar arasında yer alan yönetim kurulu ve denetim kurulu da Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu'nda kendisine varlık atfedilmiş organlardır. Genel kurulun en üst düzeyde irade organı olması ve işaret edilen en üst düzeyde yetkilere sahip olması, kanunda kendilerine amaç atfedilen diğer organları yok sayacak bir sonucu ortaya çıkaramaz. Aksi düşüncede kanun yalnızca genel kurulu zorunlu organ olarak gösterebilir ve diğer tüm organların da genel kurulun isteğine göre oluşturulmasını öngörebilirdi^[77]. Ancak kanun, genel çerçevede hükümlere yer vermişse de amacın yerine getirilmesi doğrultusunda bu organların oluşumunu zorunlu kılmıştır.

doğrudan bu davayı açtığı ve davalı derneğin tüzüğünde de yönetim kurulu kararının kesin olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı anlaşıldığından, dava şartı gerçekleşmeyen davanın usulden reddine karar verilmesi yerine işin esasına girilerek davanın kabulü doğru görülmemiştir... <http://www.kazanci.com> (Son erişim T. 06.11.2019)

[77] Devlet teorisindeki “Kuvvetler birliği” ve “kuvvetler ayrılığı” kavramları durumla özdeşleştirilebilir.

Örneğin denetim kurulu, tüzükte belirlenen esaslar dahilinde bir yılı geçmeyecek aralıklarla inceleme ve denetimlerini yaparak bu hususta rapor düzenleyerek genel kurulun bilgisine sunar^[78]. Genel kurulda, yönetim kurulunun ibrası bakımından bu raporların görüşülmesi zorunlu olup kararda bu raporlar dikkate alınacaktır^[79]. Bu durumda denetim kurulunun denetim raporu hazırlama yetkisinin alınarak bunun da yönetim kuruluna devredileceği yönündeki bir düzenleme ve yetki devri açıkça kanuna ve denetimin amacı ve mahiyetine aykırı nitelikte bir uygulama olacaktır. Bu halde de bu yönde tüzüğe konulacak bir hükmün ya da genel kurulun bu yönde alacağı bir kararın batıl olacağını belirtmek gerekir.

Benzer şekilde yönetim kurulunun temsil ve idare yetkisinin denetim kuruluna devredilmesi durumunda da aynı esaslar söz konusudur. Yine bu organların bizzat kendi görev ve yetkilerini diğer zorunlu organlara devretmesi durumunda da aynı hususları yinelemek gerekecektir.

Kanaatimizce kanunlarda kendisine varlık atfedilen zorunlu organların, varlık amacına yönelik öngörülen esaslı görev ve yetkilerinin, başka zorunlu organlara devri mümkün görülmemelidir. En üst düzeyde yetkili kılınan genel kurulun bu itibarla bu organları işlevsiz kılacak nitelikte kararlar alamayacağını ifade etmek gerekir. Bunun yanı sıra asli nitelikte olmayan konularda ise genel kurulun, diğer zorunlu ve ihtiyari organların görev ve yetkililerini serbestçe belirlemesi ise mümkündür. Hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayacak doğrultuda, derneğin tüm yapısı ve iradesini şekillendirme konusunda tam yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

VI. Dernek Organları Arasında Hiyerarşik Durum

Dernek organları arasındaki ilişkide bir hiyerarşinin bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar ortaya konulmuştur.

[78] Dernekler Kanunu 9/2 maddesinde, “Denetim kurulu; derneğin, tüzüğünde gösterilen amaç ve amacın gerçekleştirilmesi için sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediğini, defter, hesap ve kayıtların mevzuata ve dernek tüzüğüne uygun olarak tutulup tutulmadığını, dernek tüzüğünde tespit edilen esas ve usullere göre ve bir yılı geçmeyen aralıklarla denetler ve denetim sonuçlarını bir rapor halinde yönetim kuruluna ve toplandığında genel kurula sunar.” şeklinde emredici hükmü yer almıştır.

[79] ÖZSUNAY, s. 218.

Organlar arasındaki ilişkinin hiyerarşik ve kademeli bir düzene göre değil, *eşitlik prensibi* temelinde, iş bölümü esasına dayandığını ileri süren görüşe göre; tüzel kişilerin amacını yerine getirme üzere söz konusu olacak faaliyetlerinde görevler organlar arasında bölüştürülmüş olup, her organ kendine düşen görev ve sorumlulukları, kanun ve tüzük hükümlerine göre yerine getirecek, kendi görevlerini başka organa devredemeyecek ve kendi görevine girmeyen hususları da ifa edemeyecektir^[80].

Buna karşın organlar arasında astlık-üstlük ilişkisinin bulunduğu, derneğin en yüksek yetkili organının genel kurul olduğunu ifade eden *yetki teorisi* görüşü ve yine genel kurulun en yüksek yetkiye sahip organ olduğunun kabulü ile birlikte bu yetkinin kanun ve tüzük hükümlerine göre kullanılmasının zorunlu olduğu, alacağı kararların tüzel kişinin amacına uygun olması gerektiği ve genel kurulun da bu anlamda keyfi davranamayacağını ileri süren *sınırlı yetki teorileri* ortaya konulmuştur^[81].

Kanımızca da sınırlı yetki teorisinin bugün itibarı ile derneklere ilişkin genel esaslara ve mevzuatımıza uygun düştüğünü kabul etmek gerekir. Gerek Türk Medeni Kanunu gerekse de Dernekler Kanunu'nun, genel kurulu, derneğin en üst düzeyde irade karar, denetim ve danışma organı olarak tanımlandığına şüphe yoktur. Haklı nedenlerle^[82] organları her zaman görevden alabilen, derneğin anayasası olarak kabul edilen dernek tüzüğünü değiştirebilen bir organın, dernek özerkliği ilkesi de dikkate alındığında en yetkili organ olarak kabulünde herhangi bir çekince bulunmamaktadır^[83]. Ancak bununla beraber, genel kurulun, kanunda yer verilen diğer organların varlığını ortadan kaldıracak, onları işlevsiz hale getirecek şekilde keyfi ve sınırsız bir yetkisinin olduğunu kabul ise her şeyden önce hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Diğer yandan üye ve dernek yöneticilerinin hakları ve hukuki durumlarının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri kapsamında öngörülebilir olması gerekliliği, bu yaklaşımı zorunlu kılmaktadır.

[80] ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 105.

[81] ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı, s. 106.

[82] "Seçme hakkına sahip bulunan genel kurulun görev ve yetkilerini yapmayan, ya da hak ve yetkilerini yanlış kullanan ya da derneği zarara sokan ya da kamu düzeni ve ahlaka aykırı hareket eden bir organdaki üyelerini görevden alması doğaldır" Bkz. BALLAR, s. 555.

[83] Genel kurul, yönetim kurulunu belirli bir konuda belirli bir yönde davranmaya sevk edebilecektir. Bkz. SAHLANAN, s. 172.

Tüm yetkilerine rağmen genel kurulun bu yetkilerden doğan haklarını dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmak zorunda oldukları da yine Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesinin bir gereği olarak kabul görmelidir.

Diğer yandan denetim ve yönetim kurulları arasında ise kanaatimizce bir astlık üstlük ilişkisi değil, eşitlik prensibinin geçerli olduğunu kabul etmek amaca uygun düşecektir. Yönetim kurulunun ağırlıklı icrai ve temsil yetkisi nedeniyle daha yetkili olması ya da yönetim kurulunu denetleme fonksiyonu nedeniyle denetim kurulunun bir vesayet makamı olarak kabul görmesi söz konusu olamayacaktır.

VII. Dernek Organları Arasında Yetki-Görev Çatışmaları

Özellikle üye sayısı bakımından çok sayıda üyesi olan dernekler, siyasi partiler, birlikler, sendikalar gibi tüzel kişilerde, yönetime talip olmaya yönelik rekabetin olması kaçınılmaz ve doğaldır.

Dernek organlarının seçimlerine de yansıyan bu rekabette, yarışan farklı grupların ve yarış içindeki birliklerin dernek organlarına seçilmesi durumunda bu rekabetin çoğu zaman dernek organları arasında çatışmaya dönüşebildiği de bir gerçektir. Herhangi bir rekabetin söz konusu olmadığı durumlarda dahi organların birbirleriyle olan ilişkilerinde yetki-görev karmaşası, astlık üstlük konusundaki çekişme ve tereddütlerin yaşandığı görülmektedir.

Dernek özerkliği kapsamında derneklerin iç ilişkilerini kendileri tarafından tüzüklerinde istekleri gibi belirleyebileceği ilkesinin, her ne kadar anayasal örgütlenme özgürlüğünün temeli ve olmazsa olmazı olduğunun kabulü ile birlikte, derneklerin iç işleyişine yönelik yasal mevzuatımızdaki bu alanı düzenlememe konusundaki bilinçli yaklaşım, yetersiz ana statü (tüzük) ile birleştiğinde çoğu zaman içinden çıkılmaz yönetsel sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dernek tüzüğünün gerekli ve yeterli düzenlemeleri içermemesi halinde, en basit yönetsel konular dahi dernekler içerisinde kaos yaşandığı görülmektedir. Çoğu zaman da bu yönetsel sorunların içinden çıkılmaması, derneğin kuruluş amacı doğrultusunda kendisinden beklenen faaliyetleri yerine getirilememesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Elbette ki çerçeve niteliğinde genel düzenlemeler içermesi gereken dernek tüzüğünün kazuistik nitelikte her alanı ayrıntılı düzenlemesi beklenemezse

de yönetsel konulardaki ana kural ve temel ilkelere doğru şekilde yer vermesi aranır^[84]. Tüzükte bu çerçevenin doğru oturtulmasıyla birlikte, görev yönetmeliği, seçim yönetmeliği, disiplin yönetmeliği/yönergesi gibi ikincil nitelikteki düzenlemelerle, normlar hiyerarşisi prensibine uygun daha ayrıntılı düzenlemeler yapılması gerekli ve sorunların çözümünde temel anahtardır^[85].

Daha önceki bölümlerde işaret ettiğimiz üzere Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu dernekler için üç zorunlu organ öngörmüştür. Tüzel kişilik kazanılabilmesi için de bu üç organın varlık kazanmış olması zorunludur. Kanunun bu organların her birinin varlığını zorunlu kılması, her biri için ayrı bir önem ve bir misyon yüklemiş olmasından ileri gelmektedir. Bu bakımdan değerlendirildiğinde zorunlu organlar olan genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun birbirlerini bertaraf edecek, işlevsiz kılacak şekilde davranamayacaktır.

Organlar arasındaki hiyerarşik duruma ilişkin esaslara da yer vermiştik. Genel kurulun sınırlı yetki teorisi kapsamında derneğin en yetkili karar ve denetim organı olduğu ancak emredici kanun hükümleri ile dernek tüzüğüne uygun hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Diğer yandan icrai ve temsil yetkisi ön planda olan yönetim kurulunun kendisini, denetim kurulunun üzerinde göremeyeceği, denetim kurulunun da bu yetkisini bir vesayet makamı gibi kullanamayacağına bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre yönetim ve denetim kurulunun hiyerarşik bakımdan birbirlerine bir üstünlüklerinin olmadığını belirtmek gerekir.

Örneğin denetim kurulunun yıllık raporları doğrultusunda bu raporlar görüşülerek, dikkate alınarak yönetim kurulunun ibrası mümkündür. Bu durumda genel kurulun en yetkili organ olduğu ve her türlü kararı alabileceği iddiasıyla bu raporları dikkate almaksızın bir karar vermesi olanaklı görülmemelidir. Aksi durumda genel kurul kararlarının iptal yaptırımına tabi olacağı da unutulmamalıdır.

Diğer yandan Türk Medeni Kanunu'nun 75.maddesinde denetim kurulunun gerekli gördüğü hallerde yönetim kuruluna olağanüstü genel kurul

[84] İKİZLER, s. 136.

[85] Sendikal demokrasinin yaşatılması ile örgüt disiplininin sağlanabilmesinde, birinin diğerine feda edilmesi yaklaşımının doğru olmadığı, sendikal otoritenin bu ilkeler dikkate alınarak sağlanması gerekeceği yönünde bkz. ŞAHLANAN, s. 194.

çağrısı yapmasını isteyebileceği ifade edilmiştir. Denetim kurulunun son derece etkin bu yetkisini kötüye kullanmaması, sırf yönetim kurulu ile olan çekişmesi nedeniyle bu yola başvurmaması gerekir. Aksi durumda hiç ihtiyaç olmamasına rağmen, emek, zaman ve mali kayba neden olunarak bir genel kurul toplantısı yapılması söz konusu olacaktır. Aynı şekilde yönetim kurulunun da gerçekten haklı gerekçeler olması durumunda denetim kurulunun bu çağrısını görmezden gelmemesi, direnmemesi örgüt içi bir çıkmaza yol açmaması gerekir.

Benzer şekilde yönetim kurulu da denetim kurulunun denetleme işlevine engel olamayacaktır. Yönetim kurulu idari ve mali denetim konusunda kendisinden talep edilen bilgi ve belgeleri ulaşılabilir kılmak durumundadır. Aksi durumda denetim kurulunun da genel kurul çağrısı yoluna gitmesi kaçınılmaz olacaktır.

Organlar arasındaki bu çatışmalardan kaynaklı sorunların çözülememesi halinde geriye kalan en etkin çözüm yolu yine genel kurul toplantısıdır. Her ne kadar emek, zaman ve masrafa neden olsa da her türlü dernek içi sorun ve uyuşmazlığın yine derneğin iradesi doğrultusunda çözülmesi esastır^[86]. Genel kurul toplantılarında konular ayrıntılı olarak görüşülebilir. Her genel kurul toplantısının da muhakkak seçimli yapılmasına gerek olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan sorunların dernek içinde çözülememesi durumunda ise en nihayetinde yargısal yollara başvurulması gerekecek, derneğin uzun süreler faaliyetlerine engel olacak nitelikte ciddi anlamda emek, zaman ve mali külfetlere katlanması sonucu ortaya çıkacaktır.

[86] Yılda iki kez genel kurul yapılmasının dernek açısından maliyetli olması eleştirisi karşısında üyeleri bu suretle daha sık bir araya getirmenin ise dernek açısından oldukça yararlı olabileceği hakkında bkz. **BALLAR**, s. 483.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nda derneklerin fiil ehliyetlerini kazanabilmeleri bakımından zorunlu organlarını oluşturmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte ihtiyaçlar doğrultusunda da tüzüklerinde yer vereceği ihtiyari organlarını oluşturabilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 72/2. maddesinde zorunlu organların görev ve yetkilerinin ihtiyari organlara devredemeyeceği hususundaki emredici hüküm dikkate alındığında, bu görev ve yetkilerin ihtiyari organlara devri halinde bu devrin mutlak değil, nispi nitelikte olacağı, devir yapılırsa da zorunlu organın son sözü söyleme konusunda yetkili olmaya devam edeceği düşünülmektedir. Bu noktada ise ihtiyari organların vereceği kararların kesin olmadığı, dernek içi denetim yollarının tüketilmesi halinde ancak bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir.

Bunun yanı sıra zorunlu organlar arasında yapılacak yetki ve görev devrinin ise kanunun emredici hükmüne aykırılık oluşturmayacak olması nedeniyle mümkün olabileceği, tüzükte bu organ tarafından verilecek kararın kesin olduğunun belirtilmesi ya da başkaca itiraz yolunun gösterilmemesi halinde bu organlar tarafından verilecek kararın nihai olduğu ifade edilmektedir. Bunun hukuki sonucu olarak da bu organ kararlarına karşı başkaca dernek içi denetim yollarına başvuru aranmaksızın doğrudan yargılama konusu yapılabileceği değerlendirilmektedir.

Dernek özerkliği ilkesi temelinde dernek içi işleyişin derneğin kendisine bırakılması örgütlenme özgürlüğünün esası olarak kabul edilmektedir. Ancak derneklerin tüzüklerinde ve kendi iç düzenlemelerinde yeterli ve kapsamlı düzenlemelerin yer almaması halinde derneklerin yönetsel işleyişlerinde ciddi zafiyetlerin ve çatışmaların yaşanması kaçınılmaz olmaktadır. Temel çatışma alanları da genellikle birbirlerine karşı hiyerarşik olarak üstünlük kurma rekabetinden ileri gelmektedir. Kanun'da her zorunlu organ için öngörülmüş bir amacın bulunmasına rağmen organlar arasında birbirlerinin yetkilerine bertaraf etmek konusunda uyuşmazlıkların yaşanması da olasıdır.

Derneğin karar ve irade organı olan genel kurulun, diğer organları denetleyebilmesi, haklı nedenlerin varlığı halinde görevlerine son verebilmesi, tüzük düzenleme yetkisinin olması gibi hususlar dikkate alındığında derneğin en yetkili organı olduğu söylenebilir. Ancak bu yetkisinin sınırsız olmadığı ve keyfi kullanamayacağı, kanunun emredici hükümleri ve dernek mevzuatı ile

bağlı olduğu da bir gerçektir. Bu bakımdan sınırlı yetki teorisi çerçevesinde tanımlanan bu yapısı dikkate alındığı derneğin en üst düzeyde yetkili organı olduğundan şüphe yoktur. Ancak bu yetkisini de kanunda yer verilmiş diğer organlar üzerinde keyfi şekilde onların varlıksal amaçlarını ortadan kaldıracak şekilde kullanamayacağı açıktır.

Diğer zorunlu organlar olan yönetim ve denetim kurulunun ise teorik olarak eşitlik esasına dayanak bir ilişkisinin olduğunu belirtmek gerekir. Birbirleri üzerinde bir hiyerarşinin bulunmadığını, bu anlamda da birbirleri üzerinde bir vesayet kuramayacakları açıktır. Ancak uygulamada sıklıkla özellikle bu iki organ arasında görev ve yetki uyuşmazlıklarının yaşandığına şahit olunmaktadır.

Tüm bu yönetsel sorunların aşılmasının ise derneğin tüzük ve diğer ikincil düzenlemelerinde çatışmaya mahal vermeyecek şekilde yeterli düzenlemelerin yapılmasına bağlı olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanı sıra derneğin tüm yönetsel uyuşmazlıklarının yine derneğin kendi iradesi doğrultusunda yapılacak genel kurullarda giderilmesi esas olmalıdır. Tüm çekişme ve çatışma yaşanan konuların dernek üyeleri tarafından derneğin amaç ve kuruluş ilkeleri doğrultusunda demokratik esaslar dikkate alınarak çözümlenebileceğinden kuşku yoktur.

Çalışmamızda tespit ettiğimiz bu iç ilişkiye dair sorun ve çözümlerde doktrinde yer alan görüşler ve mahkeme kararları etrafında kanaatlerimiz yer almıştır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale,** Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, Ankara, 1973.
- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya,** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 13. Bası İstanbul, 2016.
- AKÜNAL, Teoman,** Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995.
- AKÜNAL, Teoman,** “Ceza Hukuku İlkeleri Işığında Dernek Cezaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 91-109.
- ANSAY, Tuğrul,** Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1967.
- ARSEBÜK, Esat,** Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul, 1938.
- BALLAR, Suat,** Türk Dernekler Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2019.
- BELGESAY, M. Reşit,** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, I. Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku, İstanbul, 1945.
- DOĞANAY, Y. Ümit,** Hükmi Şahıslar (Ders Notları), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1969.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan,** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017.

- EGGER, August,** İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, İkinci Kısım, Tüzel Kişiler, Mad.52-89, Ankara, 1948. (Çev. Çernis, Volf)
- ENGİN, B. İlkay,** “Dernek Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Geçici İhraç Kararı”, İÜHFİM, C.LXI, S1-2, 2003, s. 286-291.
- GÖNENSAY, A. Samim,** Medeni Hukuk (Hukuk Hakkında Umumi Malumat-Başlangıç, Şahsın Hukuku) Cilt 1, İstanbul, 1936.
- GÜNAY, Cevdet İlhan,** Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin,** Kişiler Hukuku, 6.Bası, İstanbul, 2017.
- İKİZLER, Metin,** Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi, Ankara, 2012.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.,** Medeni Hukuk, Ankara, 2016.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip,** “Azınlığın Dernek Genel Kurulunun Olağanüstü Toplantıya Çağrılması İsteme Hakkının Kötüye Kullanılması”, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 384-417.
- KÖPRÜLÜ, Bülent,** Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul, 1979.
- MOROĞLU, Erdoğan,** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8.Baskı, İstanbul, 2017.

- NARMANLIOĞLU, Ünal,** İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri, 3.Bası, İstanbul, 2016.
- NOMER, Haluk, N.,** Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, 1.Baskı, İstanbul, 2008.
- OĞUZMAN, Kemal/
SELİÇİ, Özer/OKTAY-
ÖZDEMİR, Saibe,** Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 16. Bası, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, Kemal/
SELİÇİ, Özer/OKTAY-
ÖZDEMİR, Saibe,** Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 16. Bası, İstanbul, 2016.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit,** Medeni Hukuk I. Şahsın Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1956.
- ÖZDAMAR, Demet/
TÜRK, Ahmet/İKİZLER,
Metin/ÇAĞIRGAN, Senar,** Yeni Dernekler Hukuku Mevzuatımızın Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2008.
- ÖZSUNAY, Ergun,** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi/Dernekler/Vakıflar, 5.Bası, İstanbul, 1982.
- ÖZTAN, Bilge,** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970. (Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı)
- ÖZTAN, Bilge,** Tüzel Kişiler, Ders Notları, Ankara, 1994. (Tüzel Kişiler)
- SAKA, Zafer,** Dernekler Hukuku, Teoride ve Uygulamada, İstanbul, 2010.

- SEROZAN, Rona,** Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, 2. Bası, İstanbul, 1990.
- SUNGURBEY, İsmet,** Medeni Hukuk Eleştirileri, C.2, İstanbul, 1970.
- ŞAHLANAN, Fevzi,** Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerine Uygunluğu, İstanbul, 1980.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet,** Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1963.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet/ ATAAY, Aytekin M.,** Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul, 1956.
- YOKUŞ, Sevtap,** “Dernek Özgürlüğü Çerçevesinde Türkiye’de Değişen Hukuksal Düzenlemeler”, Erdoğan TEZİÇ’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 257-267.
- ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe,** Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara, 2005.



ULUSLARARASI HUKUKTA TANIMA TEORİLERİNİN ELEŞTİREL DEĞERLENDİRİLMESİ*

Erdem ERTÜRK**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5273-2076>

DOI: 10.30915/abd.742413

Makalenin Geldiği Tarih: 01.03.2020 **Kabul Tarihi:** 11.03.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. / Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Görevlisi.

ÖZ

Uluslararası hukukta devletlerin tanınma teorileri iki grupta incelenir. Kurucu teori, tanımının hukuki oluşturucu özelliğini savunurken, uluslararası hukukun işleyişi bağlamında yönetsel sorunlar yaratır. Bu sorunlara tepki gösteren açıklayıcı teori, tanınma eyleminin oluşturucu etkisi olmadığını savunur. Çalışma, teorilerin, karşılıklı tanınma eyleminin uluslararası kişileri niteleyici özelliğini hesaba katma bağlamında yetersiz kaldığını eleştirel olarak ortaya koyar. Temel farklılıklarına rağmen, her iki teorinin kavramsal zemininde, tüm çelişkileri ile birlikte, Emer de Vattel'in mutlak egemenlik fikrinin yattığını ve bahsedilen yetersizliğin esas nedeninin bu olduğunu gösterir. Mutlak egemenlik fikrinin tanınma kavramını kısıtlı bir ekonomi içerisine hapsedtiğini ve ancak bu kısıtlamanın giderilmesi durumunda devletler arası ilişkisel durumun karşılıklı oluşturucu etkisinin açıklanabileceğini savunur.

Anahtar Kelimeler: Tanınma, Uluslararası Hukuk, Devlet, Uluslararası Kişilik, Açıklayıcı Teori, Kurucu Teori.

A CRITICAL ANALYSIS OF THE THEORIES
OF RECOGNITION OF STATES UNDER
INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

There are two general theories of recognition of states. Defending the legally constitutive effect of recognition, the constitutive theory disturbs the procedural order of international law. Reacting to this disturbance, the declarative theory dismisses any legally constitutive effect of recognition. This study provides a critique of the failure of both theories to account for the determinative effect of mutual recognition upon states as persons of international law. Despite their fundamental differences, both theories incorporate Vattel's problematic notion of absolute sovereignty and this incorporation causes the aforementioned failure by trapping the theories within a restrictive economy. It is only by removing this restriction that one can account for the relational aspect of coming into being as an international subject.

Keywords: Recognition, International Law, Statehood, International Subject, Declarative Theory, Constitutive Theory.

GİRİŞ

Kurulu bir hukuk düzeni içerisinde hak ve özgürlüklerden yararlanıp, hukuki sorumluluklar üstlenmek, o düzenin özne olarak tanımladığı kişilere özgü niteliklerdir. Uluslararası hukukun teşkil ettiği düzende, devletler temel özne olarak karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşmenin 21. yüzyılda daha belirgin ve etkin kıldığı uluslar-ötesi aktörlerin varlığına rağmen, yapısal anlamda devlet temel özne niteliğini korumaktadır. Bu başarıya rağmen, uluslararası hukukun ortaya koyduğu özne tanımını kavramsal çelişkiler içermektedir. Bu çelişkilerin odağında Hans Kelsen'in uluslararası hukukun en zor konusu olarak tanımladığı tanınma meselesi vardır.^[1] Gerek uluslararası hukuk öğretilerine yerleşmiş genel düşünsel algıda, gerekse yaygın devletlerarası pratikte, tanınma eyleminin yeni doğan bir devlete uluslararası hukuki kişilik kazandırmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, tanınma, hukuksal anlamda oluşturucu bir eylem olarak nitelendirilmemektedir.

Genel kabul gören bu nitelendirmeye rağmen, tanınma konusunun çelişkilere gebe olması, iki sebep ile açıklanabilir. Bunlardan ilki, devletlerin iç ve dışa dönük olarak tam bağımsız ve egemen bir tutum sergilemeleridir. Devlet egemenliği uluslararası hukuk düzeninin oluşturucu şiarıdır. Buna karşın, devletler uluslararası bir topluluk içerisinde var olmaktadır. İkinci sebep ise bu varoluşsal durumdan kaynaklanmaktadır. Bütünü oluşturacak bireysel unsurlar arasında beliren bağlantılı-olma koşulu topluluk olabilmenin ontolojik gereksinimidir. Bir yanda tam bağımsız egemenlik, diğer yanda ise karşılıklı oluşturucu etkisi hesaba katılması gereken varoluşsal bağlantılık hali vardır. Tanınma unsuru madalyonun her iki yüzü için farklı önem arz etmekle birlikte bu farklılıklar ortak bir noktada bağdaşamamaktadır.

Pozitivist bir uluslararası düzenin yapı taşı olarak karşımıza çıkan devlet egemenliği düşüncesi, özne olarak nitelenen devletlerin kabul etmediği hiçbir yükümlülüğün altına giremeyeceği sonucunu doğurur. Tanınma eylemi böyle bir düzende egemen rıza rolüne bürünür. Diğer yanda ise, tanınma felsefesi, yukarıda bahsedilen ontolojik bağlantılığı açıklama konusunda uygun ve yeterli bir düşünsel çerçeve sunabilmektedir. Bireyselliğin dolaşımlama ile mümkün olduğu bir anlayış çerçevesinde, birey var olabilmek için öteki ile arasındaki karşılıklı tanınmanın oluşturucu etkisine ihtiyaç

[1] Kelsen H., 'Recognition in International Law: Theoretical Observations', 35 *American Journal of International Law*, 1941, s.605.

duyacaktır.^[2] Böyle bir anlayış, uluslararası topluluğun yapısını daha iyi anlamak adına tanıma eylemine farklı bir rol biçecektir. Bu rol, toplu bir bütünlük oluşturmak için bireyleri birbirlerine bağlantılamaktan ibarettir. Çelişkinin kısa özeti, tanınmanın bir yanda egemen irade aracı olarak tam bağımsızlığı tescillemesi, diğer yanda ise topluluk içerisinde var olmanın koşulu olarak tam bağımsızları birbirine bağlamasıdır.

Makalenin amacı, yukarıda bahsedilen çelişki bağlamında, mevcut tanıma teorilerinin eleştirel analizini sunmaktır. Bu amaca yönelik olarak, tanıma eylemine ayrı roller biçen farklı teorik yaklaşımlar incelenecek, madalyonun *egemen bağımsızlık* yüzüne yakınlıkları saptanıp, bu yakınlığın nedenleri sorgulanacaktır. Topluluk olabilmenin ontolojik gereksinimini göz ardı eden bu yakınlığın, uluslararası hukukta devlet/özne olabilme kriteri kapsamında doğurduğu sorunlar irdelenecektir. Tanıma teorileri ve mutlak egemenlik düşüncesinin arasındaki biçimlendirici ilişki sunulacak analizin genel temasını oluşturacaktır.

Bölüm Bir: Tanıma Teorileri

Uluslararası hukukta tanıma sorunu geniş bir ölçekte değerlendirilse de makalenin kapsamı, devletlerin tanıma durumu ile kısıtlandırılmıştır.^[3] Bunun sebebi, uluslararası hukukun temel öznesinin devletler oluşu ve irdelenmek istenen sorunsalın uluslararası hukuk öznesinin var olma haline ilişkin olmasıdır. Devletlerin tanınması teorileri açıklayıcı (declarative) ve kurucu (constitutive) olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrışım, devletlerin uluslararası özne olarak ortaya çıkma sürecinde tanınmanın rolü nedir sorusuna verilen cevap ile belirlenir. Tanınmanın öznenin var olagelmesinde oluşturucu bir rol oynadığını savunan kurucu teoridir. Ne var ki, günümüzde yaygın olarak kabul gören açıklayıcı teoridir. Bu teori yukarıdaki soruyu olumsuz cevaplandırmaktadır. Makalenin ana teması, tanınmanın oluşturucu bir rol oynadığı yönünde olduğundan, ilk ele alınacak kurucu teoridir. Aşağıda cevabını arayacağımız soru, devletlerin uluslararası özne

[2] Hegel G.W.F., *Phenomenology of Spirit*, (çev. A.V. Miller), (Oxford: Oxford University Press) ss.110, 111.

[3] Uluslararası hukukta devletlerin yanısıra hükümetler, uluslararası örgütler, muhripler, asiler, ve ulusal kurtuluş hareketleri gibi farklı unsurların tanınmasından bahsedilebilir ve her bir unsur için farklı kurallar ortaya konabilir. Erdal S., 'Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, Yıl 2005, s.158.

olarak var olabilmeleri için tanınma gerekli ise, kurucu teorinin uluslararası hukuk düşünürleri arasında neden genel kabul görmediğidir.

i. Kurucu Teori

Yukarıda değinilen soruyu, kurucu teorisyenler arasındaki fikir ayrılıklarına değinerek cevaplamak mümkün olabilir. Kurucu teorinin temel ilkelerini tanımlayabilmek için, sırası ile üç seçkin düşünürün fikirlerine değinilecektir: Lassa Oppenheim, Hersch Lauterpacht ve Hans Kelsen. Oppenheim'in tanınmanın önemi ile ilgili görüşleri, devlet olma durumu ve uluslararası kişilik arasında bir ayırım yapabilme olasılığına dayanır. Bu bağlamda Oppenheim'e göre, 'yeni bir devlet, tanınmadan önce, Milletler Topluluğu'na (Family of Nations) üye ülkelerin birbirlerine karşı sahip oldukları hakları talep edemez.'^[4] Milletler Topluluğu'nun dışında kalan bir varlık, devlet olabilir, fakat bu devletin uluslararası kişiliğe bürünebilmesi için topluluğa dahil olması gerekmektedir. Tanıma eyleminin kurucu/oluşturucu etkisi bu noktada ortaya çıkar. Milletler Topluluğu'nun halihazırda üyesi olan eski bir devlet, yeni devleti tanıyarak onu bu topluluğun üyesi olarak kabul ettiğini ve dolayısı ile yeni devleti bir uluslararası kişi olarak algıladığını gösterir.^[5] Ne var ki, Oppenheim'e göre bu eylem topluluğun diğer üyelerini bağlayıcı bir nitelik taşımaz ve yeni devletin diğer üyelerden tanınma talep etmek gibi bir hakkı yoktur.^[6]

Oppenheim'in düşüncesine özgü sorun, uluslararası kişiliğin kazanılmasını keyfi ve öznel bir teste tabi tutmasıdır. Böyle bir test ışığında, eski devletler kendi isteklerine bağlı olarak tanıma yolu ile yeni uluslararası kişiler üretebilecekleri gibi, uluslararası hukukun evrensel uygulanışını zedeleyeceklerdir. Bu bağlamda Hersch Lauterpacht, devlet/uluslararası-kishi ayırımına şiddetle karşı çıkar:

Devletlik ve uluslararası kişilik arasındaki ayırım değersiz gözüküyor. Devletlik unsuruna uluslararası hukukun tanımaya hazır olduğu haklar ve yeterlilikleri iliştiirmedığımız sürece, hukuken bir topluluğun devlet olduğu savı önem arz etmemektedir. Buna göre, bir topluluğun varlığını devlete

[4] Oppenheim L., *International Law*, Vol. I, Peace, (1st Ed.), (London: Longman, 1905) ss.109, 110.

[5] Oppenheim, s.110.

[6] Oppenheim, ss.110, 111.

dayandırmak, o varlığa hukuki neticeler eklemlemediğimiz sürece yersiz olacaktır.^[7]

Devlet ve özne arasındaki ayrımı kabul etmemekle birlikte, Lauterpacht tanıma eyleminin oluşturucu özelliğini savunmuştur. Düşünüre göre, ‘bir topluluğu devlet olarak tanımak, o topluluğun uluslararası hukukun devlet olabilme kriterlerini yerine getirdiğini beyan etmektir.’^[8] Dolayısı ile, devlet olarak tanınan bir varlık, aynı anda uluslararası hak ve yükümlülüklerle tabi olmaktadır.

Oppenheim’den farklı olarak, Lauterpacht tanıma eylemini yerine getirilmesi gereken bir uluslararası yükümlülük olarak algılar.^[9] Böylece tanıma eylemini keyfi ve öznel bir test olmaktan kurtarır. Bununla birlikte iki esaslı sorun ortaya çıkar. Öncelikle, devletler, halihazırda uluslararası hukuk kişisi olmamış bir varlığa karşı nasıl bir yükümlülük altına girebilir? Lauterpacht’ın bu soruya verdiği cevap devletlerin bu yükümlülüğü uluslararası topluluğa karşı yerine getirdiği yönündedir.^[10] Fakat bu cevapla birlikte ikinci bir sorun ortaya çıkar. Uluslararası pozitif hukukta böyle bir hak veya yükümlülüğü ortaya koyacak herhangi bir kural veya norm mevcut değildir.^[11] Bu bağlamda, Kunz’a göre Lauterpacht’ın tezi, ancak gelecekte uygulanması öngörülen kanun tasarımı olarak değerlendirilebilir.^[12]

Kurucu teorisyenler arasında ele alacağımız son düşünür Hans Kelsen’dir. Kelsen’in tanınma ile ilgili fikirleri, uluslararası hukuk düzeninin âdem-i merkezîyetçi yapısı üzerinden şekillenir. Kelsen’e göre uluslararası hukuk hakikati ortaya koyup bu hakikatten doğan yasal hakları belirleyecek merkezi bir otoriteden yoksundur ve bu işi ilgilenen partilere (yani devletlere) bırakmaktadır.^[13] Tanıma bu bağlamda kurucu/oluşturucu bir önem arz eder. Kelsen’e göre tanınmadan yoksun bir topluluk tanıyacak olan devletin

[7] Lauterpacht H., *Recognition in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1947) ss.38, 39.

[8] Lauterpacht H., ‘Recognition of States in International Law’, *The Yale Law Journal*, Vol. 53, 1944, 385-458, s.385.

[9] Lauterpacht, 1947, s.63.

[10] Lauterpacht, 1947, s.74.

[11] Kunz, J.L., ‘Critical Remarks on Lauterpacht’s “Recognition in International Law”’, *44 American Journal of International Law*, 1950, s.718.

[12] Kunz, s.718.

[13] Kelsen, s.607.

gözünde hukuki bir mevcudiyete sahip değildir; ancak tanınmadan sonra topluluk doğal var olma halinden çıkıp tanıyan devletin karşısında hukuki bir varlık, bir devlet, uluslararası bir özne olarak durabilir.^[14] Kelsen ne Lauterpacht'ın tanıma yükümlülüğü tezini kabul eder, ne de Oppenheim'in devlet/özne ayrımını benimser. Buna rağmen Oppenheim'in düşüncesinde karşımıza çıkan sorunlar Kelsen'in fikirleri için de geçerliliğini korur. Örneğin, Kelsen'in görüşüne göre, hukuki varlık sadece tanıyan devletin gözünde tescil eden görece bir haldir.^[15] Diğer bir deyişle, tanıma ve yol açtığı uluslararası özne olma durumu sübjektif bir kritere tabi kalmış ve uluslararası hukukun evrensel olması gereken uygulama sahası daraltılmıştır.

Öznel arası tanıma/tanınma ilişkisi, topluluğu oluşturan bireylerin arasındaki bağlantıyı açıklayabilmek için yeterli bir mantık çerçevesi sunabilir fakat yukarıda bahsettiğimiz sorunlar, tanıma eyleminin kurucu niteliklerini ön plana atan düşünürlerin fikirlerini gölgelemekte ve genel olarak kabul görmelerini engellemektedir. Bölümün devamında inceleyeceğimiz açıklayıcı teori, söz konusu sorunlara etkin bir reaksiyon niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda tanınmanın hukuki oluşturucu özelliği tümüyle reddedilmektedir. Kurucu teorinin çıkmaz sokağa sürdüğü tanınma olgusu, açıklayıcı teoride sadece kanıtsal bir değer olarak karşımıza çıkacaktır. Açıklayıcı düşüncenin temel ilkelerini sunabilmek için sırası ile Edward Hall, John Williams ve Ti-chiang Chen'in fikirlerine değinilecektir. Üç düşünürün de bulunduğu ortak başlangıç noktası, devlet ve uluslararası özne kavramları arasında bir ayrımın mümkün olmadığıdır.

ii. Açıklayıcı Teori

Oppenheim'in devlet/özne ayrımını şiddetle reddeden Edward Hall'a göre, topluluklar, devlet izlerini taşıdığı andan itibaren uluslararası hukuka tabidir.^[16] Bu düşünceye göre, bir toplum için devlet olmakla uluslararası kişilik kazanmak arasında ne zamansal bir fark olabilir ne de dıştan bir etkenin oluşturucu hamlesine muhtaç kalınabilir. Hall'a göre, devlet izlerini taşıdığını kanıtlayan bir toplumun doğrudan devletler familyasına girme hakkı olmakla birlikte, devletlere sunulan uluslararası haklara uygun muamele görmesi

[14] Kelsen, s.608.

[15] Kelsen, s.609.

[16] Hall E., *Treatise on International Law*, (4th Ed.), (Oxford: Clarendon Press, 1895) s.21.

gerekmektedir.^[17] Buna rağmen, devlet ve uluslararası kişilik arasındaki olası farkın reddi, tanınma eyleminin önemini bütünüyle Hall'un düşüncesinden silememiştir. Düşünür, toplumların tanınma eyleminden bağımsız olarak devlet olarak muamele görme hakkını kazandığını vurgulasa da tanınmanın bu hakkın kazanıldığına ilişkin gerekli bir delil oluşturduğunu yazar.^[18] Hall'un bu ifadesi, küçük de olsa, tanınma eylemine bir rol biçmektedir.

Hall'a kıyasla Williams, uluslararası kişiliği tanımlarken, tanınma kelimesini kullanmamak adına büyük çaba sarf etmektedir:

Bir devletin uygarlığı, görünür olarak veya genel insanlık algısına göre kanıtlanmışsa, o devlet, bu kanıt uyarınca, uluslararası hukuk kişiliği kazanır. Pozitivist uluslararası hukuk tanımları gerek bütünlük gerekse mantık açısından, yeni bir uluslararası kişilik kazanma koşulu olarak bütün mevcut devletlerin veya bunlarının çoğunluğunun açık rızasını gerektirmez.^[19]

Williams tanıma fiilinin önemini basitçe göz ardı etmiyor, buna ek olarak, bu fiilin pozitif hukuk algısı için de bir öneminin olamayacağını vurguluyor. Dolayısı ile öncelikle Oppenheim'in devlet/kişî ayırımını reddediyor ve sonrasında yine Oppenheim'in düşüncesinde rastladığımız tanımanın bir egemen rıza unsuru olabileceği savını çürütmeye çalışıyor.

Chen de Williams'inkine benzer bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bu düşünüre göre, olgusal anlamda var olan bir devlete, uluslararası hak ve yükümlülükler, hukukun işleyişiyle, otomatik olarak akar.^[20] Tanınma eylemi ancak bu otomatik akımı olumsuz yönde etkilemeyeceği kapsamda önem kazanabilir. Dolayısı ile bu eylem, tanıyan devletin, tanınan yeni devlete, niyet bildirimi olarak algılanabilir; bu bildirim içerdiği yeni devlete hukukun ilkeleri doğrultusunda muamele edileceği yönündedir.^[21] Diğer bir deyişle, açıklayıcı teori savunucuları, tanıma hareketinin hukuki oluşturuculuktan

[17] Hall, s.87.

[18] Hall, s.87.

[19] Williams J.F., 'Recognition', Transactions of the Grotius Society, Vol. 15, *Problems of Peace and War*, 53, 1929, s.55.

[20] Chen T., *The International Law of Recognition*, (Green L.C., ed.), (London: Stevens & Sons Limited, 1951) s.4.

[21] Chen, s.4.

yoksun, siyasi niyeti ortaya koyan bir eylem olduğunu kabul eder.^[22] Böyle bir hareketin sadece gerçekte var olan bir olguyu tasdikleyici, ona tanıklık edici, yani kanıtsal bir değeri olabilir.^[23]

Açıklayıcı teorinin genel kabul görebilme başarısı, kurucu teorinin sorunlarını atlatabiliyor olmasından kaynaklanıyor. Açıklayıcı teori kapsamında, uluslararası kişilik kazanmak, devlet olabilmekle doğrudan bağlantılıdır ve devlet olma kriterleri uluslararası hukuk tarafından nesnel olarak belirlenmiştir.^[24] Kısacası bu teoride keyfi veya görece kişilik oluşturup, uluslararası hukukun evrensel uygulanışını kısıtlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Bu başarıyı yakalamanın yolu, yukarıda da gözlemlediğimiz gibi, devlet/kişilik ayrımını reddetmekten geçer fakat bunu yaparken, açıklayıcı teori daha farklı bir ayrımı bünyesinde barındırır. Teoriye eleştirel bir yaklaşım getiren Craven, bu ayrımı devlet olma durumunun statü ve ilişki unsurları üzerinden tanımlar ve açıklayıcı düşüncenin, devlet statüsünün kesin bir şekilde ilişki unsurundan daha önce kazanılması gerektiğini savunduğunu yazar.^[25] Devlet olma kriteri statüyü belirleyen objektif ölçü iken tanıma/tanınma ise başka bir birim ile ilişki kurmanın yoludur. Ne var ki her iki unsur da devletin uluslararası kişiliğini oluşturması için gerekli etkenlerdir. Ötekilerle girilen ilişkiler, sadece bireysel değil, kolektif kişilikleri de belirleyici bir rol üstlenir.^[26] Açıklayıcı teorinin temel sorunu, kişilik statüsünü

[22] Shaw M., *International Law*, (6th Ed.), (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) s.447; Cassese A., *International Law*, (2nd Ed.), (Oxford: Oxford University Press, 2005) s.74.

[23] Bu konuda yukarıda değindiğimiz Hall'in düşüncesi ile hemfikir olup tanımın kanıtsal/tanıklık değerini vurgulayan yazarlar: Brierly J.L., *The Law of Nations*, (6th Ed.), (Waldock H., ed.), (Oxford: Oxford University Press, 1963) s.139; Talmon S., 'The Constitutive Versus the Declarative Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*' *British Yearbook of International Law*, Vol.75, Issue 1, 2005, s.107; Shaw, s.447; Cassese, s.74.

[24] Bu bağlamda uluslararası hukukta genel kabul gören ve Montevideo Sözleşmesi'nin ilk maddesinde sıralanan devlet olma kriterleri şunlardır: a) daimi insan topluluğu, b) sınırları belirli bir ülke, c) siyasi yönetim ve d) diğer devletlerle ilişki kurabilme yeterliliği. (Montevideo Convention on Rights and Duties of States, 1933).

[25] Craven M., 'Statehood, Self-Determination, and Recognition', (Evans M.D., ed.), *International Law*, (4th Ed.), (Oxford: Oxford University Press, 2014) s.238.

[26] Tourme-Jouannet E., 'The International Law of Recognition', *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No.2, 2013, 667-690, s.670.

kurala dayalı tutmaya çalışırken, tanınmanın ihtiyari bir davranış olduğunu savunarak kuralın uygulanış sahasını inkâr etmesidir.^[27]

Bu inkâr uyarınca, Craven açıklayıcı düşünürleri, kuralın kendinden uygulandığı algısına dayandıkları için eleştirir.^[28] Benzer bir eleştiriye Fitzpatrick de ortaya koyar: '[...] müşterek güvencenin aksine, gerçekler kendi adlarına konuşamaz. Kendilerine varoluşsal etkinlik sağlayan çeşitli yöntemler aracılığı ile var olurlar.'^[29] Craven ve Fitzpatrick'in eleştirileri beraber düşünülürse şu sonuca varılabilir. Devlet kriterini tamamlamış olma gerçeği bir toplum için otomatik olarak uluslararası kişilik kazandıramayacaktır. Kriterin kendi kendini uygulamak gibi bir yöntemi olmamakla birlikte, bahse konu gerçeğe varoluşsal etkinlik sağlamak gerekecektir. İşte tam da bu noktada öteki varlıklarla tanıma ilişkisine girmek siyasi ve ifadesel nitelikten ziyade 'hukuki oluşturucu' bir değer kazanacaktır çünkü ancak bu ilişki kapsamında bir hukuk kuralı uyarınca ortaya konan hukuki bir iddia, uluslararası kişiliği oluşturucu hukuki bir karara bağlanabilecektir.

Bölüm İki: Vattel ve Mutlak Egemenlik

Makalenin giriş bölümünde, devlet olma durumu, bir yüzünde egemenlik ve tam-bağımsızlık olan ve diğer yüzünde tanıma/tanınma yolu ile ilişkisel bağlantıların kurulduğu bir madalyon betimlemesi ile açıklanmıştı. Bir önceki bölümde, tanıma teorilerinin uluslararası kişilerin oluşumunda ilişkisel etkenleri hesaba katma konusundaki yetersizlikleri irdelenmişti. Söz konusu başarısızlık, mevcut teorileri madalyonun ikinci yüzünden uzaklaştırmaktadır. Makalenin ikinci bölümde bu uzaklaştırmanın temel sebebi incelenecek. Bu bağlamda, bölümün odağında Emer de Vattel'in egemenlik kavramı olacak. Sunulacak görüş, bu kavramın tüm problematik yönlerine rağmen, her iki tanıma teorisinin şekillenmesinde etkili bir rol oynadığıdır. Bu rolün teorik yaklaşımlara kısıtlayıcı bir ekonomi dayattığı tezi savunulacak. Kısıtlayıcı ekonomi kapsamında, farklı teorik yaklaşımların neticelerinin aynılaşacağına ve atomik bir devlet anlayışının sürekli olarak yeniden üretileceğine vurgu yapılacaktır. Bütünlüklü bir uluslararası kişilik

[27] Craven, s.238.

[28] Craven, s.238.

[29] Fitzpatrick P, 'Latin Roots: The Force of International Law as Event', (Johns F., Joyce R., Rahuja S., eds.), *Events: The Force of International Law*, (Abingdon: Routledge, 2011) s.45.

nosyonu oluşturmak adına atomik devlet anlayışının ötesine geçebilen daha geniş bir tanıma ekonomisinin gerekliliği üzerinde durulacak.

Egemenlik kavramı hakkında Jean Bodin en bariz referans noktası olarak kabul edilebilir. Bodin egemenliğin sürekli, mutlak ve bölünmez olduğunu vurgulamıştır.^[30] Bu bölümün genel amacı doğrultusunda Vattel'in düşüncesini değerlendirmeye geçmeden Bodin'in mutlak egemenlik kavramı üzerinde biraz düşünmenin faydası olacaktır. Genel anlamda kayıtsız ve şartsız olduğu iddia edilen egemenlik serbest bir varlığı, kısıtlama olmaksızın istediği gibi yasa koyabilen mutlak bir olguyu ima etmektedir.^[31] Ne var ki, böyle bir mutlaklık anlayışı 'egemenlerin izole olarak var olmadıkları, içinde başka egemenlerin de var olduğu bir evrende yaşıyor olmaları' gerçekleri ile bağdaşmamaktadır.^[32] Bodin bu sorunu iki yöntemle çözmektedir. Öncelikle ağırlıklı olarak içe dönük egemenlikten bahsedip, dışa dönük mutlak egemenlik sorunsalını göz ardı etmektedir. Diğer bir deyişle prensin koyduğu yasa bağlamında ve kendi tebaalarına karşı mutlak egemenlik durumunu tahlil etmektedir.^[33] İkincil olarak, tam anlamıyla mutlak olan bir egemenlik kavramından geri adım atarak prensin hükmünün tanrı ve doğal hukukla kısıtlandığını vurgulamaktadır.^[34] Dolayısı ile Bodin'in düşüncesinde kendi gücünü doğrulamak adına kendinden başka bir güce sığınan bir egemene rastlanmakta ve böyle bir egemenin ne kendi içinde ne de kendi kendine hakiki anlamda mutlaklığa ulaşabileceği anlaşılmaktadır.^[35]

Bodin yerine Vattel'in düşüncesine odaklanmanın iki sebebi vardır. Bunlardan ilki, Vattel'in egemenliğin sadece içe dönük değil, dışa dönük durumunu da irdelemiş olmasıdır. Diğer bir deyişle, Vattel, birden çok devletin kendi aralarındaki ilişkide egemenliğin nasıl tezahür edeceği konusuna açıklık getirmeye çaba göstermiştir. İkinci sebep, devletlerarası ilişkilere değiniyor

[30] Bodin J., *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of The Commonwealth*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) s.1.

[31] Barbour C., Pavlich G., (eds.), *After Sovereignty: On the Question of Political Beginnings*, (London: Routledge, 2010) s.4.

[32] Angie A., 'Western Discourses on Sovereignty', (Evans J., Genovese A., Reilly A., Wolfe P., eds.), *Sovereignty: Frontiers of Possibility*, (Honolulu: University of Hawai'i Press, 2013) s.19.

[33] Bodin, ss.7, 8, 11.

[34] Bodin, s.8.

[35] Joyce R., *Competing Sovereignties*, (London: Routledge, 2013) s.52.

olmakla birlikte, Vattel tam bağımsızlık ve bağlantısızlık fikrinden ödün vermeden egemen mutlaklığa daha hakiki bir yaklaşım ortaya koymaya çalışmıştır. Vattel'in düşüncesi kendi içerisinde bir takım ciddi paradokslar içermesine rağmen, modern uluslararası hukuk sisteminin yapı taşları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bölümün devamında, öncelikle düşünürün egemenlik kavramını sunup, bu kavram içerisinde beliren çelişkiler ortaya konulacaktır. Ardından, mevcut paradokslara rağmen kurucu ve açıklayıcı teorilerin mutlak egemenlik unsurlarını nasıl yansıttıkları incelenecektir.

Vattel'in Bodin'e kıyasla daha hakiki bir mutlaklık izahatı yapabilmesi, tanrısal veya doğal hukukun egemen devlet üzerindeki etkisini gidermesi ile mümkün olmuştur. 18. yüzyılda çalışmalar üreten yazar, bu çağda Vestfalya Antlaşması'nın uluslararası ilişkileri ne yönde şekillendirdiğini gözlemleme fırsatı bulmuştur. Martti Koskenniemi'nin yorumuna göre, bu antlaşma agnostik ve yöntemsel bir uluslararası hukuk zemini yaratarak, uluslararası topluma dışsal normatif bir gaye dayatmamaktadır.^[36] Böylece toplumların amaçları kendilerine dıştan dayatılan dini, ahlaki veya siyasi kavramlar üzerinden belirlenmeyip toplumlar bu amaçları kendileri kararlaştırmaya başlamıştır.^[37] Böyle bir dönemde düşüncelerini kaleme alan Vattel, doğal hukuk ile milletler hukuku arasında bir ayrıma kolayca gidebilmiştir. Vattel'e göre doğal hukuk insanlar arasında uygulanan bir düzen öngördüğünden, devletler arası uygulanan hukukun farklı bir düzen olarak algılanması gerekmektedir.^[38]

Bu farklı düzeni Vattel iki koldan inceler, bunlar zaruri (necessary law of nations) ve iradi (voluntary law of nations) milletler hukukudur. Birinci kol, doğal hukukun milletler arası hukuka dahil edilmiş halidir fakat Vattel'in görüşüne göre hangi doğal hukuk emirlerine nasıl yöntemlerle uyacakları konusu milletlerin kendi takdirlerine bırakılmıştır.^[39] Bodin'in egemenlik anlayışında tanrısal kısıtlama olarak beliren husus, Vattel'in devlet tak-

[36] Koskenniemi M., 'What is International Law For?', (Evans M.D. ed.), *International Law*, (3rd Ed.), (Oxford: Oxford University Press, 2010) s.33.

[37] Koskenniemi, s.33.

[38] Vattel E., *The Law of Nations*, (Kaposy B., Whatmore R. (eds.)), (Indianapolis: Library Fund Inc., 2008), ss.68, 69; Koskenniemi M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), s.113.

[39] Vattel, s.74.

diri nosyonu ile ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte ikinci kol, pozitif uluslararası hukukun temel yapı taşlarından birini oluşturur. Geniş irade sahasına sahip iki devlet arasında çıkacak bir anlaşmazlıkta neyin adil ve haklı olduğu her devletin kendi takdiri doğrultusunda şekilleneceğinden sorun giderilemeyecektir.^[40] Bu bağlamda Vattel, her devletin, sorunları engelleyecek veya giderebilecek belli kurallara bağlı kalmayı gönüllü olarak kabul ettikleri varsayımında bulunur.^[41] Dolayısı ile egemen devletlerin dış kısıtlamalara maruz kalamayacağı prensibi bu kısıtlamaları gönüllü rıza esasına dayandırarak korunmuştur.

Arka planında yukarıda bahsedilen zaruri ve iradi milletler hukuku anlayışı bulunan egemenlik fikrini Vattel şöyle açıklar:

[...] tüm insanlar doğadan kusursuz bir özgürlük ve bağımsızlığı miras edinirler ve bu mirastan kendi rızaları dışında mahrum edilemezler. Devlet içerisinde bireysel yurttaşlar, bu özgürlük ve bağımsızlıktan tamamıyla yararlanamazlar çünkü bunlar kısmi olarak egemene teslim edilmiştir. Fakat ulusun vücut bulduğu devlet, tüm insanlara ve diğer devletlere istinaden mutlak surette özgür ve bağımsız kalmaktadır.^[42]

Dış kısıtlamaların etkisinden arındırılmış ve gönüllü rıza gücü ile kuşatılmış devlet, hiçbir dışsal ilişkinin kişilik üzerinde olası şekillendirici etkisine bakılmaksızın, mutlak egemen ilan edilmiştir. Vattel'in bu tanımına mahsus açmaz, bireysel olarak mutlak egemenliği tesis edilen devletin esasen uluslararası bir topluluk içerisinde var olması ile alakalıdır. Bu topluluğun bir kişisi olmak sadece toplum içindeki diğer bireyler ile ilişkiye girmeyi değil aynı zamanda toplumun koyduğu kurallara uymayı da gerektirir.

Fitzpatrick'in bu açmaza dair yorumu şöyledir:

En baştan başlayacak olursak, egemen devletler, ilk anda herkesten tümüyle bağımsız kalarak nasıl var olabilirler? Devletler uluslararası hukuk içinde ve tarafından tanınarak var olurlar. Ve bu da bizi devletin, kendini oluşturan uluslararası hukuku oluşturması gibi dairesel ve görünen bir tutarsızlığın içerisine düşürür.^[43]

[40] Vattel, s.74.

[41] Vattel, s.76.

[42] Vattel, s.83.

[43] Fitzpatrick, s.44.

İlişkisel bağlardan soyutlanmış devlet olabilme fikri karşımıza çelişki yüklü bir sorun olarak çıkmaktadır. Egemenliğin mutlak niteliğinde ısrar eden Vattel, bu çelişkiyi göz ardı etmektedir. Böylece Vattel'in düşüncesinde şekillenen devlet kavramı atomik olarak tabir edilebilecek bir varlık göstermektedir. Bu varlık tekil, tamamen bireysel ve dışsal ilişkiler olmaksızın var olabilir. Ne var ki böyle bir varlıktan uluslararası bir topluluk oluşturmak imkansızdır, böyle bir topluluk için bahse konu atomların birbirlerine eğilimi, kendilerini bir araya toplayacak yatkınlığı olması şarttır.^[44]

Vattel'in egemenlik anlayışının böyle bir yatkınlığı önemsememesi ile makalenin birinci bölümünde ele alınan tanıma teorilerinin, uluslararası kişilerin oluşumunda ilişkisel etkenleri hesaba katmaması arasında bir paralellik kurulabilir. Bu paralellik, tanıma teorilerinin madalyonun egemen/tam bağımsız yüzüne dönük olma sebeplerini de açıklayacaktır. Bu bağlamda, makalenin devamında hem kurucu hem de açıklayıcı teorilerin Vattel'in egemenlik anlayışının belirli unsurlarını nasıl benimseyip yansıttığı tespit edilecektir. Bu tespit ile birlikte, tanıma teorilerinin ilişkisel etkenlere gereken önemi veremedikleri kısıtlı bir ekonomi içerisine hapsedildiği savunulacaktır.

i. Kurucu Teori ve Mutlak Egemenlik

Kurucu teori ile başlayacak olursak, Vattelci egemenlik anlayışın izlerine özellikle Oppenheim'in düşüncesinde rastlamak mümkündür. Vattel gibi devletlerin rıza göstermeden hiçbir şekilde yükümlülük altına giremeyeceğini düşünen Oppenheim, birinci bölümde gözlemlediğimiz gibi tanıma eylemini bir egemen rıza hareketi olarak algılar. Eski bir devlet, yeni doğan devlete karşı rıza göstermediği sürece yükümlülük altına girmez ve gösterdiği rıza da başka egemen devletler için bağlayıcı olmaz. Lauterpacht'ın egemen rıza durumunu hukuki bir göreve dönüştürme çabasına karşı sert çıkışın ardında da Vattelci bir egemenlik anlayışını tespit etmek zor değildir. Egemen bir devlet, sorumluluk sahasını genişletecek bir harekete zorlanamaz, bunu ancak gönüllü rıza ile yapabilir. Lauterpacht'ın düşüncesinin rızanın gönüllülük esasını ortadan kaldıracak nitelikte oluşu, kabul edilebilirliğini zayıflatmıştır. Kelsen'in fikirleri ele alındığında, uluslararası sistemin âdem-i merkeziyetçiliğine yapılan vurgunun, devletlerin bireysel egemenliğini pekiştirdiği savunulabilir fakat Kelsen'in beyanlarında daha bariz bir Vattelci

[44] Nancy JL., *Inoperative Community*, (Minnesota: University of Minnesota Press, 1991) s.3.

yaklaşım da mevcuttur. Oppenheim gibi, Kelsen de tanınan devletin haklarının görece korunduğunu savunur. Böylece bir devletin tanıma eyleminin diğer devletleri, tanınmayan yeni devlete karşı, yükümlülük altına sokamayacağı fikrini ortaya koyar.

ii. Açıklayıcı Teori ve Mutlak Egemenlik

Gönüllü irade konusundan uzak durulsa bile, açıklayıcı teorinin temellerinde de Vattelci bir egemenlik anlayışının varlığı gözlemlenebilir. Bu bağlamda dikkat çeken husus, açıklayıcı teorinin atomik bir devlet yapısını kabul ettiğidir. Bu teoriye göre, bir topluluğun devlet ve uluslararası kişi olarak var olması, kendi içinde ve kendi kendine başaracağı bir eylem olarak algılanır. Topluluk, devlet kriterini yerine getirdiği anda uluslararası kişilik kazanır ve bunu ilişkisel etkenlere gerek duymadan başarır. Bu algı, Vattel'in egemenliğin tanımında kullandığı diğer devletlerden mutlak surette özgür ve bağımsız olma fikri ile örtüşmektedir. Ayrıca, açıklayıcı teorinin dayandığı kuralın kendi kendini uygulaması kavramı da devletin atomik olarak algılandığı olgusunu destekler.

Her iki teori üzerinde etkinliği açık olan Vattelci egemenlik anlayış, bu etkinliği içerdiği çelişkilere rağmen korumaktadır. Diğer bir deyişle, tanıma teorileri bu anlayışın kısıtlamalarının ötesine geçememektedir. Uluslararası hukuku yapısal anlamda inceleyip otoriter bir merkezden yoksun olduğunu vurgulayan Kelsen, tanıma kuramını irdelerken başvurduğu görece yükümlülük kavramı ile aynı hukukun evrensel uygulanış mantığını zedelediğini göz ardı etmektedir. Benzer bir ikilem, açıklayıcı teoride tanıma minimal bir değer biçerken gerçekleşmektedir. Tanıma eyleminin önemini tamamen yok sayamayan açıklayıcı düşünürler, bu eyleme kanıtsal bir rol yüklemektedir. Bu rol de hukuki kriteri tamamlamakla edinildiği savunulan uluslararası kişilik algısını zayıflatmaktadır. Eğer kişilik hakları, kriteri tamamlayınca otomatik olarak akıyorsa, bunu tanıma ile kanıtlamaya ne gerek vardır? Şayet böyle tamamlayıcı bir kanıtla gerek duyuluyorsa, hakların otomatik akımı fikrinde neden ısrar edilmektedir?

SONUÇ

Uluslararası hukukta devletleri tanıma teorileri, bütünlüklü ve tutarlı bir mantık ortaya koyma konusunda tatmin edici olmaktan hayli uzaktadır. Bu kanıyı doğrulamak adına, makalenin birinci bölümünde iki çatı altında ayrıştırılan teoriler incelenmiştir. Bu bağlamda önce kurucu teorinin temel hatları Oppenheim, Lauterpacht ve Kelsen'in fikirlerine değinerek belirlenmiştir. Daha sonra, açıklayıcı teorinin esasları, Hall, Williams ve Chen gibi uluslararası hukukçuların düşüncelerine değinerek ortaya konmuştur. Bu teorilerin eleştirel analizinin odak noktasında tanıma eyleminin nasıl yorumlandığı sorusu vardır. Tanınmanın hukuki oluşturuculuğunu savunan kurucu teorinin, uluslararası hukukun işleyişi bağlamında ciddi sorunlar doğurduğu saptanmıştır. Diğer yanda ise, açıklayıcı teori grubuna mensup düşünürlerin esasen tanıma eyleminin oluşturucu etkisini reddetmekle birlikte bu eyleme kanıtsal/takdirsel önem yüklemekten kaçınmadıkları gözlemlenmiştir.

Birinci bölümde sunulan tahlille birlikte, tanınma konusunun, devlet egemenliği, uluslararası topluluğun yapısı, uluslararası hukukun işleyişi ve hak ve yükümlülüklerin edinimi gibi geniş kapsamlı bir sahaya tesir ettiği anlaşılabilir. Bununla birlikte, mevcut teorilerin yetersizliğinin sebebini açıklayabilmek adına, makalenin ikinci bölümünde Vattel'in paradokslarla yüklü mutlak egemenlik tanımı irdelenmiştir. Bu tanım ile teorilerin esasları arasında temel paralellikler belirlenmiştir. İkinci bölümün son kısmında varılan kanı, tanıma teorilerinin bu çelişkilerden sıyrılmadan Vattel'in egemenlik anlayışını yansıttıkları yönünde olmuştur.

Makalenin sonuç kısmında bu kanıyı 'kısıtlayıcı bir ekonomi' olarak algılayarak, tanıma teorilerinin mevcut çelişkileri atlatılabilirliği kısaca değerlendirilmiştir. Kısıtlayıcı ekonomi tabiri Hegel'in tanınma felsefesinde beliren efendi ve köle diyalektiğini çözümleyen Fransız düşünür Jacques Derrida tarafından kullanılmıştır.^[45] Derrida'ya göre böyle bir ekonomiye tabi tutulan şey kendi kendini muhafaza eder, kendi yayılımını sağlar, ve kendi kendini üretirken belli bir anlamın mütemadiyen yeniden üretilmesini sağlar.^[46] Makalenin birinci ve ikinci bölümlerinde sunulan analizler ışığında,

[45] Derrida J., 'From Restricted to General Economy: A Hegelianism Without Reserve', *Writing and Difference*, (London: Routledge, 2001) ss.317-351.

[46] Derrida, s. 323.

tanıma eyleminin gerek kurucu gerekse açıklayıcı teoriler kapsamında bu ekonomik formüle yerleştirildiği iddia edilebilir.

İncelenen her iki teoride de tanıma eyleminin muhafaza edildiği ortadadır. Yöntemsel zorluklara yol açsa bile kurucu teorisyenler tanınmanın öneminden vaz geçmemektedir. Oluşturucu önem arz etmese bile açıklayıcı teorisyenler de tanınmaya minimal bir değer biçmekten geri durmamaktadır. Böylelikle ortaya çıkan formülde tanınma mevzusu kendini muhafaza eden, kendi yayılımını sağlayan ve kendini yeniden üreten kısıtlı ekonomi olarak tanımlanabilir. Bu kısıtlı ekonominin sürekli olarak yeniden ürettiği anlamın ne olduğunu kestirebilmek adına tanıma teorileri ile Vattel'in egemenlik kavramı arasındaki ilişkiye bakmak yeterli olacaktır. Birbirine iki zıt tanıma teorisi — ki açıklayıcı teorinin doğuş sebebini kurucu teorilerin yarattığı çelişkileri reddetmek olarak tanımlayabiliriz — içerik bakımından Vattelci mutlak egemenlik unsurları paylaşabilmektedir. Dolayısı ile, her iki teorinin tabi tutulduğu kısıtlı ekonominin ürünü, mutlak egemenliğinde atomik kalan devlettir. Bu ürüne, kurucu teoride, tanıma eylemini kendi iradesine bağlı bir rıza aracı olarak kullanan devlet fikrinde rastlarız. Açıklayıcı teoride de aynı ürüne, kuralın kendi kendine uygulandığı ve ikili ilişkilerden yoksun bir ortamda olageldiği varsayılan devlet fikrinde rastlarız.

Her iki teorinin ürettiği bir diğer ortak sonuç, karşılıklı ilişkilerin devletlerin uluslararası kişiliğini şekillendirici ve niteleyici özelliğe sahip olabileceği olasılığının göz ardı edildiğidir. Böyle bir olasılığı değerlendirmeye almak, ancak yukarıda bahsedilen ekonominin kısıtlamalarından kurtularak mümkün olacaktır. Bu bağlamda, tanıma fikrini, Vattelci egemenlik anlayışının hizmetinden çıkararak daha genel bir ekonomi sağlanabilecektir. Ancak böyle bir hamle neticesinde karşılıklı ilişkilerin oluşturucu önemi hakiki bir şekilde irdelenip uluslararası topluluğun yapısı daha net anlaşılacaktır. 20. yüzyılın sonlarına doğru, koloni-sonrası toplumlarda yerlilere tanınan alternatif egemenlik hakları ve 21. yüzyılda ulusal egemenliklerle yarışan uluslar-üstü kurumların varlıkları Vattelci egemenlik anlayışının değişebileceği düşüncesini olumlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Angie A.,** ‘Western Discourses on Sovereignty’, (Evans J., Genovese A., Reilly A., Wolfe P., (eds.), *Sovereignty: Frontiers of Possibility*, (Honolulu: University of Hawai’i Press, 2013).
- Barbour C.,** Pavlich G., (eds.), *After Sovereignty: On the Question of Political Beginnings*, (London: Routledge, 2010).
- Bodin J.,** *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of The Commonwealth*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).
- Brierly J.L.,** *The Law of Nations*, (6th Ed.), (Waldock H., ed.), (Oxford: Oxford University Press, 1963).
- Cassese A.,** *International Law*, (2nd Ed.), (Oxford: Oxford University Press, 2005).
- Chen T.,** *The International Law of Recognition*, (Green L.C., ed.), (London: Stevens & Sons Limited, 1951).
- Craven M.,** ‘Statehood, Self-Determination, and Recognition’, (Evans M.D., ed.), *International Law*, (4th Ed.), (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- Derrida J.,** ‘From Restricted to General Economy: A Hegelianism Without Reserve’, *Writing and Difference*, (London: Routledge, 2001).
- Erdal S.,** ‘Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, Yıl 2005.

- Fitzpatrick P.**, ‘Latin Roots: The Force of International Law as Event’, (Johns F., Joyce R., Rahuja S., eds.), *Events: The Force of International Law*, (Abingdon: Routledge, 2011).
- Hall E.**, *Treatise on International Law*, (4th Ed.), (Oxford: Clarendon Press, 1895).
- Hegel G.W.F.**, *Phenomenology of Spirit*, (çev. A.V. Miller), (Oxford: Oxford University Press).
- Joyce R.**, *Competing Sovereignties*, (London: Routledge, 2013).
- Kelsen H.**, ‘Recognition in International Law: Theoretical Observations’, 35 *American Journal of International Law*, 1941.
- Koskenniemi M.**, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Koskenniemi M.**, ‘What is International Law For?’, (Evans M.D. ed.), *International Law*, (3rd Ed.), (Oxford: Oxford University Press, 2010).
- Kunz, J.L.**, ‘Critical Remarks on Lauterpacht’s “Recognition in International Law”’, 44 *American Journal Of International Law*, 1950.
- Lauterpach H.**, *Recognition in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1947).
- Lauterpacht H.**, ‘Recognition of States in International Law’, *The Yale Law Journal*, Vol. 53, 1944.

- Montevideo Convention On Rights and Duties of States, 1933.
- Nancy J.L.,** *Inoperative Community*, (Minnesota: University of Minnesota Press, 1991).
- Oppenheim L.,** *International Law*, Vol. I, Peace, (1st Ed.), (London: Longman, 1905).
- Shaw M.,** *International Law*, (6th Ed.), (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).
- Talmon S.,** ‘The Constitutive Versus the Declarative Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*’ *British Yearbook of International Law*, Vol.75, Issue 1, 2005.
- Tourme-Jouannet E.,** ‘The International Law of Recognition’, *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No.2, 2013.
- Vattel E.,** *The Law of Nations*, (Kaposy B., Whatmore R. (eds.)), (Indianapolis: Library Fund Inc., 2008).
- Williams J.F.,** ‘Recognition’, Transactions of the Grotius Society, Vol. 15, *Problems of Peace and War*, 53, 1929.