KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: 1 / SAYI: 1

HAZİRAN 2023

KIRKLARELI UNIVERSITY

JOURNAL OF LAW FACULTY

K L Ü H F D

VOLUME: 1 / NUMBER: 1

JUNE 2023

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: 1 **SAYI: 1** **HAZİRAN 2023**

KIRKLARELİ 2023

DERGİ KURULLARI

Editörler Kurulu

Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın Atar (Editör)

Arş. Gör. Volkan Erdur (Editör Yardımcısı)

Arş. Gör. Tekincan Akif Karaarslan (Editör Yardımcısı)

Arş. Gör. Gürkan Küçük (Teknik Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Burçin Aydoğdu (İngilizce Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Rifat Cankat (Almanca Dil Editörü)

Arş. Gör. Dr. Barkın Asal (Fransızca Dil Editörü)

Dergi Kurulu

Prof. Dr. Ahmet M. Güneş, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fulya Erlüle, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet Türkmen, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Seçkin Yavuzdoğan, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Halil Altındağ, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Serdar Acar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Doç. Dr. Ali Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Tahir Muratoğlu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Güzide Burcu Günveren, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın veya Danışma Kurulu

Prof. Dr. Tolga Ayoğlu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. O. Gökhan Antalya, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem Özen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hacı Can, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süheyla Suzan Gökalp, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim Subaşı, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Varol Karaaaslan, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İpek Sağlam, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sevgi Kayak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AMAÇ VE KAPSAM

Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (KLÜHFD), Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez e-dergi olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir.

KLÜHFD temelde hukuk alanında ve hukukla bağlantılı diğer bilim alanlarında, özgün ve nitelikli bilimsel çalışmalara dayanan makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmayı amaç edinmiştir. KLÜHFD temelde hukuk alanında ve hukukla bağlantılı diğer bilim alanlarında, özgün ve nitelikli bilimsel çalışmalara dayanan makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmayı amaç edinmiştir.

Gönderilen makaleler, çift taraflı kör hakem değerlendirmesine tabi tutulmakta ve en az iki hakemin olumlu görüşü sonrasında yayınlanmaktadır.

Dergimize gönderilecek makaleler hazırlanırken KLÜHFD Yazım Kuralları ve Etik İlkelerine dikkat edilmelidir. Yazarlar, Etik Beyan Formu ve Telif Hakkı Devir Formu'nu imzalı olarak sisteme yüklemelidir.

Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, "Turnitin" intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı, kaynakçasız en fazla %25 olabilir.

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

• Dergimiz Dergipark portalı üzerinde “Hakemli Dergi” statüsünde Haziran ve Aralık aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanmaktadır.

• Dergi Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup kısaltması KLÜHFD’dir.

• Dergimiz yayın etiği ve açık erişim politikası gereği, Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) tarafından yayınlanan kılavuzlar ve politikalar doğrultusunda yayın sürecinin tüm bileşenlerinin bu etik ilkelere uymasını sağlamaya çalışır. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama İlkeleri-Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.

• Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

• Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.

• Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının %25’in üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.

• İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu’na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin

doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

• Hakemler, yalnız uzmanlık alanı ile ilgili makaleleri değerlendirmeyi kabul ederler. Değerlendirmeyi uygun bir süre içerisinde yansızlık ve gizlilik içinde yaparlar. Çıkar çatışması-çıkar birliği olduğunu anladıklarında, makaleyi değerlendirmeyi reddederek, editörlere bilgi verirler.

• Hakem raporlarının sonucunda eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının derginin hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Her makale en az iki hakeme gönderilir, eğer iki hakem de kabul verirse makale yayımlanmak üzere kabul edilir. Makaleye iki hakemin de ret vermesi durumunda makale reddedilir. Hakemlerden biri kabul biri ret verirse makale üçüncü bir hakeme gönderilir ve onun kararına göre kabul veya reddedilir.

• Makalelerle ilgili olumlu ya da olumsuz karar verirken, makalelerin özgün değeri, alana katkısı, araştırma yönteminin geçerli ve güvenirliği, anlatımın açıklığı ile derginin amaç ve kapsamını göz önünde tutulur.

• Dergide makale yayımlamak isteyen yazarlar, 200-300 kelimeden oluşan özete, en az 5 en fazla 10 adet anahtar kelimelere, 200-300 kelimeden oluşan ingilizce özete (abstract), ingilizce en az 5 en fazla 10 adet anahtar kelimelere (keywords) eserlerinde yer vermelidir.

• Almanca ya da Fransızca dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; İngilizce ve Türkçe özet ve anahtar kelimelere yer verilmelidir.

• İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; Türkçe özet ve anahtar kelimelere yer verilmelidir.

• Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Dergipark sistemi üzerinden makaleye ilişkin bilgiler girilirken, yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.

• Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) (4. Ed) atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_201

2.pdf.

• Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

• Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları ile bu haklar için gerekli manevi hakların kullanım yetkisi basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

• Dergide makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. FSEK gereğince çeviri metni ile birlikte asıl eser ve hak sahibinin izni de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

• Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve tüm sayılarda eşit makale dengesini koruma amacı güderek belirleyecektir.

• Yazarlar, Etik Beyan Formu ve Telif Hakkı Devir Formu'nu imzalı olarak sisteme yüklemelidir. Etik Beyan Formu için https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/27562, Telif Hakkı Devir Formu için https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/27561 taslakları kullanılmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Araştırma Makaleleri

VERGES'İN UYUM VE KOPUŞ SAVUNMASI TEORİSİNİN SOKRATES VE LUBANGA'NIN SAVUNMALARI ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ
VERGES THEORY OF COMPLIANCE AND FOAMING DEFENSE IS BASED ON EVALUATION OF THE DEFENDERS OF THE DENATES
Ender Serdar ÖNALDI……1-45

TEORİK ÇERÇEVEDE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ
THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM IN THE THEORETICAL FRAMEWORK
Dr. Fatih ÖZKUL…….47-104

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMUNUN İNSAN HAKLARININ ULUSAL ALANDA KORUNMASINDAKİ ROLÜ
THE ROLE OF THE TURKISH HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE NATIONAL AREA
Arda ERGENE……...105-134

BİR DİSİPLİN SUÇU OLARAK "KAÇAKÇILARLA İLİŞKİ KURMAK"
"ASSOCIATING WITH SMUGGLERS" AS A DISCIPLINARY OFFENSE
Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN…….135-152

CONSTITUTIONAL PLURALISTIC ANALYSIS OF APPROXIMATE PROPORTIONAL REPRESENTATIONAL SYSTEMS BASED ON A SINGLE SAMPLE COMPARISON
YAKLAŞTIRMALI NİSPİ TEMSİL SİSTEMLERİNİN BİR ÖRNEKLİ KARŞILAŞTIRMAYA DAYALI ANAYASAL ÇOĞULCULUK ANALİZİ
Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU……...153-170

TOPLU İŞ HUKUKUNDA YETKİ İTİRAZI PROSEDÜRÜ HAKKINDA TARTIŞMALI NOKTALAR

DISCUSSION POINTS ABOUT THE AUTHORITY OBJECTION PROCEDURE IN COLLECTIVE LABOR LAW
Arş. Gör. Sedat SEZGİN……..…..171-216

BOŞANMA VE MAL REJİMİNİN TASFİYESİ DAVALARINDA DELİL ELDE ETME YASAĞI
PROHIBITION OF OBTAINING EVIDENCE IN THE DIVISION OF MATRIMONIAL PROPERTY AND DIVORCE LAWSUITS
Fatih KARAMERCAN……..217-232

SİCİLE KAYITLI GEMİ MÜLKİYETİNİN DEVREN İKTİSABI İLE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVREN İKTİSABININ KARŞILAŞTIRMALI ŞEKİLDE DEĞERLENDİRİLMESİ
COMPARATIVE EVALUATION OF THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF A REGISTERED SHIP WITH THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF IMMOVABLE PROPERTY
Arş. Gör. Tekincan Akif KARAARSLAN……...233-269

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received: 11.03.2023
Kabul Tarihi / Accepted: 03.04.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

VERGES'İN UYUM VE KOPUŞ SAVUNMASI TEORİSİNİN SOKRATES VE LUBANGA'NIN SAVUNMALARI ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ender Serdar ÖNALDI

Araştırma Makalesi

Avukat, İstanbul Barosu, enderonaldi@gmail.com, ORCID:0000-0001-5552-8492.

ÖZET

Verges, Savunma Saldırıyor eserinde, ceza yargılamalarında savunmayı, kopuş ve uyum savunması şeklinde sınıflandırarak, bunları kitabının üçüncü bölümünde siyasi dava tekniği altında ele almış ve sonuç kısmında tarihin ahlakında bütünlemiştir. Kitabında bu savunma türlerini, kendi uygulamalarının yanında, bazılarını tarihten, bazılarını roman kahramanlarından hareketle örneklendirmiştir. Savunma türleri üzerinden hukuk felsefesi için dikkate değer bir yorum getirmiştir. Kitabın yayınlandığı tarihten itibaren Ceza Hukuku Savunmasında bu ilkeler kendine taraftar bulmuş ve bir öğreti haline getirilerek, özellikle Güney Amerika'da Vergesian ekol olarak Avukatlar tarafından Ceza Yargılamalarında somut şekilde kullanılmıştır. Bu makalede Verges 'in teorisi, kitabının ilk kopuş savunması fenomeni Sokrates üzerinden, eski Yunan yargılama usulleri ve ceza ile infaz kavramları ile birlikte, günümüzde bir kopuş savunması olarak kabul edilip edilmeyeceği incelenecektir. Dünya medeniyetinin, hukuk evriminde son denemesi olan Roma Statüsü çerçevesinde, hakkında mahkûmiyet kararı verilen Thomas Lubanga Dyalo'nun davasını, uyum davası özellikleriyle birlikte ele alınacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesinde (UCM) duruşma salonunun fiziki yapısının kopuş savunması yapılmasındaki zorlukları yönünden de ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Hukuk Felsefesi, Verges, Kopuş ve Uyum Savunması, Uluslararası Ceza Mahkemesi

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

VERGES THEORY OF COMPLIANCE AND FOAMING DEFENSE IS BASED ON EVALUATION OF THE DEFENDERS OF THE DENATES

Ender Serdar ÖNALDI

Research Article

Attorney-at-Law, İstanbul Bar Association, enderonaldi@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5552-8492.

ABSTRACT

In Verges' artifact Defense Attacks, in criminal proceeding defences, he classified them in form of rupture and adaptation defences. In the third chapter of his book he handled under the technique of political litigation and in the conclusion part, he integrated in the morality of history. In his book, he exemplified these defense types, some of them from history, some of them from the heroes of the novel, as well as his own practices. He made a remarkable interpretation for the philosophy of law through the types of defense. Since the publication of the book, these principles have found supporters in Criminal Law Defense and have been made into a doctrine and used concretely in Criminal Trials by Lawyers as the Vergesian school, especially in South America. In this article, the theory of Verges, the first phenomenon of the defense of rupture of his book, Socrates, along with

the ancient Greek methods of trial and the concepts of punishment and execution, will be examined whether it can be considered today as a defense of rupture. We will consider the case of Thomas Lubanga Dyalo, who was sentenced within the framework of the Rome Statute, it was the last trial of world civilization in the evolution of law, together with the features of the harmonization case. In the ICC, the physical tructure of the courtroom has been discussed in terms of the difficulties in making a rupture defense.

KEYWORDS: Philosophy of Law, Verges, Break and Harmony Defense, International Criminal Court

GİRİŞ

Ceza yargısı devletin egemenlik ilkesinin gereğidir. Devlet, yasalarını ihlal edenler ile bu şekilde yüzleşir. Bu yargılamalarda, devlet ve toplum kendisini bütün çıplaklığı ile birlikte gösterir. Kusurlarını dikkatli gözlerden saklayamaz. Toplumu oluşturan bireyler için de aynı durum söz konusudur. Hangi suçların ağırlıkla işlendiği ve faillere karşı toplumun tepkisini buradan seçmek mümkündür. Ceza yargılamaları, gelişmiş hukuk sistemlerinde ekseriyetle adliyelerde yapılır. Adliyeler hemen her ülkede kamusal alandır. Bu kamusal alanda inşa edilmiş veya adliye olarak kullanılan bina ve yerlerin konumlandığı yer, binaların fiziki yapısı, iç mimarisi ve duruşma salonlarının düzeni, o devletin adalete olan yaklaşımını, adalete verdiği değeri gösterir.

İnsanlık tarihinde tamamladığımız son evre 20. Yüzyılda, ceza yargılamasında devrim niteliğinde sayılacak gelişmeler oldu. Ceza yargılamalarında, soruşturma ve kovuşturma usullerinde, devletin egemenlik ilkesine bağlı kuralların, tanımlı bir kısım suçlar karşısında terk edilerek bu suçların takibi ve faillerin yargılanması, birden çok devletin ortak karar ve katılımı ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemelerine bırakıldı. Tek bir egemene tabi olmadan kurulan bu ceza mahkemelerinin günümüz yargılama usullerine yakın ilk örnekleri, ikinci Dünya savaşı sonrasında, ad hoc nitelikte kurulmuş olan Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya, Ruanda Ceza Mahkemeleridir.

Bu ulus üstü nitelikteki mahkemeler, tanımlanan görev yetkisi içerisinde yer alan failler hakkında, ceza yargılaması yaparken, idam dâhil, çeşitli nitelikte cezalara hükmetmiştir.

Sadece belirli yer ve dönemde işlenmiş suçların faillerinin yargılandığı ad hoc uluslararası ceza mahkemeleri, evrensel hukuk ihlallerinin önüne geçememiştir. İnsanlığa karşı ağır suçlar halen kendilerine dünyanın çeşitli bölgelerinde failler bulabilmiştir. Uluslar gelişen teknoloji çağında, iletişim olanaklarının artması ile insanlığa karşı işlenen suçlardan ve suç faillerinin cezasının verilememesinden dolayı rahatsız olmuştur. Artan rahatsızlık sonucunda, evrensel hukuka karşı işlenen suçların faillerinin cezalandırılmaları için başka bir uluslararası yaptırım gücüne sahip mekanizmanın kurulması elzem olmuştur. Önceki örneklerin geçici nitelikleri gereği suçların önüne geçemeyen bu mahkemeleri daha işlevsel hale sokma arayışı, daimî nitelikte bir uluslararası ceza mahkemesi kurma fikrine hız kazandırmıştır. Nitekim 1998 yılı Roma Statüsü ile ulusların bu arayışına bazı devletler cevap vermiş ve daimî olarak faaliyet sunmak üzere Uluslararası Ceza Mahkemesini kurmuşlardır.

Günümüz devletleri, kendi ceza hukuk sistemlerinde mevcut savunma esaslarını oldukça farklı biçimde geliştirmiş olsalar da modern ceza hukuku sisteminde, temel konularda ekseri olarak benzer özellikler görülür. Çoğu ceza yargı siteminde, bir tarafta soruşturma görevini yürüten ve şüpheli hakkında, mahkemeye çıkartılmaya yeter delil ve şüphenin varlığında, suçlamada bulunan bir iddia makamı bulunur. İsnatta bulunan genelde savcılık makamı veya onun yerini alan bir kamu otoritesidir. Nadir hukuk uygulamalarında bu isnat doğrudan yargı makamına atfen, gerçek kişiler, müşteki ve mağdurlar ile onların temsilcileri, varsa isnatta bulunanların avukatları tarafından yapılır. Suç iddiasının karşı tarafı, şüpheliler, sanık ve varsa onları müdafaa etmekle görevli avukatlarıdır. Bu isnat ve iddia eden taraf ile yargılanan sanık tarafı, yargılamayı yapacak olan mahkeme ve bazı hukuk sistemlerinde mahkemenin yanında kamu vicdanının temsilcisi olarak görevli olan sanık hakkında verilecek karara doğrudan etki eden jüri bulunur. Ceza yargılaması bu üç taraf arasında vuku bulur.

Yargılamanın en zor tarafı genelde savunmadadır. Savcılık suçlamasını yaparken delilleri toplamış ve şüpheli hakkında ceza verilmesi için mahkemeye başvurmuştur. Savunma üzerine atılı suçlamadan kurtulmak gibi ceza yargılamasında birden fazla strateji oluşturabilir. Bunu genelde şüpheli tek başına yapacak hukuk bilgisine sahip olmadığı için hukuk sistemini bilen avukat ile gerçekleştirir. Avukatın amacı müvekkili sanığın, suçlama ve eldeki mevcut deliller ile birlikte ceza yargılamasında lehine olan en üst yararı sağlamak, yargılama sonunda sanığın alabileceği en iyi neticeye ulaştırmaktır. Bu netice, sanık hakkında, beraat hükmü verilmesini sağlayarak cezadan kurtarmak veya fiil nedeni ile alabileceği en az cezayı almasını sağlamaktır. Ceza yargılamasında savunma, iddia makamı gibi kamu gücünü kullanma imkânına sahip değildir. Elinde kamu gücünü tutan taraf, delil toplamaktan başlayarak birçok soruşturma üstünlüğüne sahipken savunma bu konuda zayıftır. Bazı gelişmiş hukuk sistemleri savunmanın özgürce delil toplamasını sıkı bir şekilde korurken bazıları savunmanın her türlü delile ulaşmasını teminde zaaf göstermektedir. Bu delile ulaşma becerisi bile o yargılamayı yapan devletin hukuk sisteminin, adalet kaygısını değerlendirmeye yarar ölçüttür. Ceza yargılamasında savunma ve iddia makamına eşit delil toplama olanağını sağlanması adil yargılanma ilkesinin anahtarıdır denilebilir.

Verges[1] ceza savunması hakkında Savunma Saldırıyor[2] adlı eseriyle farklı bir önermede bulunmuştur. Eserinde, uyum ve kopuş savunması olarak ayrılmış savunma tanımı yapmaktadır. Ceza yargılamasında sanık, mahkeme kurallarına ve yargılandığı yasalara uyum göstererek, onları kabul edip kullanarak savunma yapıyor ise bu savunma uyum savunmasıdır. Eğer sanık cezadan kurtulmak için

[1] Verges Jacques (d. 5 Mart 1925, Tayland-15 Ağustos 2013, Paris, Fransa), Fransız avukat. Hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://www.eccc.gov.kh/en/persons/mr-jacques-vergès> Son Erişim Tarihi:30.03.2023.
[2] Jacques Verges, Savunma Saldırıyor, Vivet Kanetti (çev) (4. Bası, Metis Yayıncılık 2020).

mahkemenin ve devletin otoritesine saldırıyor onu eleştiriyor ve yargılanmasının adil olmayacağını savunarak, kendisini yargılamak için kurulan mahkemeyi tanımıyor ise orada kopuş savunması vardır.

Verges ceza savunmasında avukatlık becerisini sanat olarak görmektedir. Onun için sanığın kendisinin bir önemi yoktur. Sadece suç ve yargılama konusu fiilin yasalar karşısında elde edebileceği başarı önemlidir. Sanığın kim ve sorumlu tutulduğu fiilin ne olduğunun hiçbir önemi yoktur. Tek hedefi savunmanın başarısıdır. Bu haliyle savunma estetik ihtiva eder, özgündür.

Verges adaleti yasalarla temin etmenin mümkünü kalmadığı halde yasaların kendisinin adaletin önünde engel olduğunu ve uygulanamayacağını kopuş savunması teorisi ile dile getirmektedir. Ona göre ceza yargılaması sanık için bulunmaz bir mücadele alanıdır. Devletin gücü karşısında cephede kazanmanın mümkün olmadığı savaşı, ceza yargısında kazanmak mümkündür.

Makalede, Verges'in uyum ve kopuş şeklinde ayırdığı savunma yöntemi iki tarihi yargılama yönünden değerlendirilecektir. Kopuş Savunması, Verges'e göre, tarihte ilk olması nedeni ile Sokrates'in kopuş savunması ile uyum savunması ise Roma Statüsü[3] gereği kurulan daimî Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin sonuçlanmış ilk yargılamasına konu olan Lubanga[4] davası ile birlikte değerlendirilecektir. Evvelinde ceza yargısında savunmanın ne olduğuna değinilecektir. Sonrasında Verges'in tanımıyla uyum ve kopuş savunmasının özellikleri ele alınacak. Verges'in ilk kopuş savunmasına örnek gösterdiği

[3] Roma Statüsü 15 Haziran 1998-17 Temmuz 1998 tarih aralığında toplanan Birleşmiş Milletler Konferansı'nın İtalya'nın başkenti Roma'da karara bağladığı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş Statüsü'dür. Günal Kurşun, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi (İnsan Hakları Gündemi Derneği 2011) 6.

[4] Thomas Lubanga Dyilo (29 Aralık 1960-…) Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nden (DRC) hüküm giymiş bir savaş suçlusu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC) tarafından mahkum edilen ilk kişidir. Bkz. Andrew J Stein, 'Reforming the Sentencing Regime for the Most Serious Crimes of Concern: The International Criminal Court Through the Lens of the Lubanga Trial', (2014) 39 (1) Brooklyn Journal of International Law 521, 521.

Sokrates'in savunması, bir ceza yargılanması içerisinde, Sokrates'in fikirleri ve dönemin ceza muhakeme usulü ile bu fikirlerin toplum ile buluşmasını, bu buluşmanın ortaya çıkarttığı sonucun hukuk felsefesi, hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisi açısından öneminin yanında aslında Verges'in kendi kopuş savunması tanımıyla bu savunmanın kopuş savunması olup olmadığına bakacağız. Son bölümde uyum savunmasına Verges'in eserinde tanımını yaptığı uyum davalarına Lubanga'nın yargılanması ve cezalandırılması sürecin, UCM'in duruşma salonunun fiziki yapısıyla birlikte yargılama usulünün savunmaya etkisini ele alacağız.

I. CEZA YARGILAMASINDA SAVUNMA

Ceza hukukunda geniş anlamda savunma, suç işlediği iddia edilen kişinin, devlet ya da bireyler tarafından kendi varlığına yöneltilen eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması veya yasal imkânlardan faydalanması olarak tanımlanır[5].

Savunma, ortaya konan iddianın karşısında olma halidir. Savunmanın motivasyonu isnat edilen vakıa, deliller ve diğer vasıtalara karşı durmak, bunları çürütmek, anlamsızlaştırmaktır. Savunma bunu yaparken yanına isnada karşı tüm delilleri yanına alır.

İddia ve savunmanın eşitliği ilkesi gereği adil bir yargılamadan söz edebilmek için taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve usuli hakkaniyetin tüm yargılama boyunca korunmasını gerekli kılar[6]. Bu eşitlik ilkesi adil yargılamanın olmazsa olmaz unsurudur.

Eğer yasalar ve buna göre yürütülen yargılamalar, adalet inancından ve

[5] Hamide Zafer, 'Savunma Hakkı ve Sınırları', (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 507, 510.
[6] Bilgehan Yeşilova, 'Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği', (2009) (86) TBBD 47, 50.

güveninden uzak, sadece yöneten erke hizmet ediyor ise burada bir sorun vardır. Zira böyle bir yargılama sisteminde mahkemeler adalet dağıtma işlevinden uzaklaşır ve sadece yöneten kesime hizmet aracı olmaktan başka işlevi olmayan ve göstermelik kurulan mahkemelerden adil karar vermesini beklemek, adalete ulaşmak mümkün değildir. Başından itibaren yöneten erk lehine olacağı belli olan yargılama yapılıyor, savunmaya değer verilmiyor, iddia makamınca deliller saklanıyor, usule uygun toplanmıyor, savunma susturuluyor, engelleniyor ise ortada hukukun varlığından, adil yargılamadan söz edemeyiz. Şeklen var olsa da sadece yöneten veya seçilmiş bir grup lehine karar vermek için kurulmuş olan ve verdiği kararları adil olmayan mahkemenin meşruiyeti sorgulanır. Kararları kamu vicdanında kabul edilmez.

Avukat, mesleki olarak hukukun uygulanmasını sağlama görevini ifa eder. Bunun için belli bir hukuk eğitiminden sonra mesleğe giriş yeterliliğini sağlamak zorundadır. Toplum gözünde avukat daha ziyade ceza yargılamasında savunma yönüyle canlanır. Ceza yargısının en önemli süjesidir. İyi bir avukat sizi savunması ile büyük ve hatta istikbalinize mal olabilecek cezadan ve kayıplardan kurtarabilir. Bir yönüyle avukat savunma sanatının ustasıdır. Savunma her zaman bir masumu kurtarmaz. Bazen suçlularında cezadan almaktan kurtulmasına sebep olur. Vicdanımız sızlasa ve adalete olan güvenimiz sarsılsa da hukuk bu istemediğimiz sonucu doğurabilir. Bu gibi kişilerin savunmasını üstlenen avukat kamuoyunda sanki suçun faili gibi görülebilir. Ancak avukatın burada savunma görevini yerine getirdiğini unuturuz. Bu duruma sık sık maruz kalan yakın dönemin ünlü savunma avukatı Verges, savunma yapmayı sevmesini şu şekilde açıklamıştır, "Suçu değil, suçu işleyeni savunuyorum"[7]. Suç ve sanık arasında keskin bir ayrım yaparak eleştirilere cevap vermiştir. Bu beyanıyla bir kez daha savunmanın, sanığın mevcut fiiline, hukuk sisteminin bağlayacağı en yararlı

[7] Emel Topsakal, 'Jacques Verges ve Savunma Sanatı', (2018) (1) Ankara Barosu Hukuk Gündemi 10, 12.

neticeyi elde etme sanatı olduğunu hatırlatmıştır. Savunma becerisi bu ayrım ile birlikte daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu sanata vakıf bir avukat, üstün bir kabiliyet sergilemekte ve bu kabiliyeti ile müvekkilini olabildiğince hukuk sisteminin kendisine sağlayacağı yarardan faydalandırmaktadır. Bu yönüyle avukatın yaptığı savunma bir estetik ihtiva eder. Bu estetik ise hukukun bir yönüyle sanat olduğunun kanıtıdır. Verges bu sanatı uyum ve kopuş davaları ile bir felsefi temele oturtmuştur.

II. UYUM VE KOPUŞ DAVASI

Verges Savunma Saldırıyor adlı eserinde ceza davasının üslubunu belirleyen temel ayrımı, sanığın toplumsal düzen karşısındaki duruşuna bağlar. Ona göre sanık, yargılandığı hukuk düzenini kabul ederse dava mümkün olur. Bu sayede savunmaya ait gerçeklerini ortaya döken sanık ile yargılamanın değerlerine saygı gösterilen yargıç arasında diyalog kurulur. Bu hukuk düzenine uyum gösterilmesi neticesinde yargılama, mevcut hukukun kurallarına göre yapılır. Ancak sanık, yargılama esnasında, yargılamayı yapan hukuk düzenini reddederse, bu durumda kurallara karşı bir başkaldırı sonucu yargılamayı gerçekleştiren hukuki mekanizma dağılır. Sanık kendi bildiğini, mahkeme kendi düzenini korumakla uğraşır. Bu aşamada dava artık bir kopuş davasıdır[8].

Adalet uygulamaları ile devleti, hukuk düzenini derecelendirmek mümkündür. Verges eserinde adalet ve devlet ilişkisini devletin gücüne hizalamaktadır. Devlet güçlüyken adaletin bir devlet meselesi olduğunu, zayıfladığı anda, devletin kendisinin adalete hesap vermek zorunda kalacağını ileri sürmektedir. Zira devlet gücünü adalet sisteminin sağlam tutulmasından alır. Bu sistem, devletin hükmetme niteliği azaldıkça, yozlaştıkça, devlet artık kendi koyduğu kurallar ile bağlı olmak istemeyecektir. Devletin kuralları, devleti yönetenlerin amaçlarını

[8] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 15.

gerçekleştirebilmelerinin önünde ayak bağı olacaktır. Yönetici sınıflar için adaletin zayıf ya da güçlü görünmesinin önemi yoktur. Onların tek amacı yasanın çiğnenmesi ile ortaya çıkan uyuşmazlıkları kendi lehlerine çözmektir. Bu kendi lehlerine çözme güdüsü ile uyuşmazlıklar durumun gereğine göre sahte uyum davası ya da örtük kopuş davası ile yargı önünde yürütülmektedir. Gerçekte taraflardan biri yasayı kabul ediyormuş gibi görünürken aslında kendi siyasi emelini gizleyerek, bu sahte üslup ile lehine çözüm istemektedir.

Lenin hukukçuları dünyanın en gerici kişileri olarak görmüştür[9]. Verges hukukçuların adaleti uyum olarak anladıklarını ifade eder. Ona göre mahkemeler her toplumun, meşruluğuna saldırıldığında, saldıranları yargılamak için kurdukları düzendir. Mahkemelerin asıl görevi adalet olmaktan ziyade meşruiyeti korumaktır. Bir kopuş savunması olasılığı yargıçları hep şaşırtır. Avukatlar kopuş savunmasından kaçınır. Avukatlardan beklenecek en iyimser sonuç toplumu kendi ilkeleri ile çelişkiye düşürmektir[10]. Pek çok adli hatanın başlangıçta bir siyasal hata olmadığını, ancak yargılama esnasında siyasal hataya dönüştüğünü bunun en güzel örneğinin de ABD Rosenberg'ler davası olduğunu belirtir. Bu davada ailenin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) casusu olarak, Atom Bombası sırlarını vermeleri suçlanmasının ardında, komünist ideallerine sahip olmalarıdır. Casusluk iddiası buna vasıta olarak seçilmiş ve haklarında ceza vermeye yeterli delil olmamasına rağmen, sırf politik tercihleri siyasi iktidar ile çeliştiği için idam edilmişlerdir[11]. Böylece ABD'de o dönem iktidarda bulunanlar, kendi meşruiyetleri için tehdit olarak gördüğü komünistleri ve aydınları hedefe koyup, iktidarlarını sürdürebilmek uğruna baskılamıştır.

[9] Evgeny Pashukanis, 'Lenin ve Hukuksal Sorunlar', Onur Karahanoğulları (çev) (2008) 26 (3) Çağımızda Hukuk ve Toplum Dergisi 37, 42.
[10] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 27.
[11] Barbara J Falk, 'The Saga of the Rosenbergs: The Trial That Keeps on Giving', (2013) 12 (3) American Communist History 283, 296-297.

Verges için Savaş sorunları çözmede son sınırdır. Adalet meydanında durum farklıdır. Bazen ülkede adalet ve yargılamayı yapan mahkemeler diktatörlüğün aktif araçları olabilir[12]. Mahkemeler, her şekilde yöneticilerin meşruiyetini sağlamakla görevlidir. Kendi halkının menfaatlerini hukuka aykırı olarak diktatöre karşı korumaktan kaçarlar. Bu şekilde ortaya çıkan kopuş davasında ceza konusu fiilin hukuka aykırılığı, sanığın cezai sorumluluğu gibi sorun yoktur. Bu nedenle sorunun olmadığı yerde dava da yoktur denebilir. Adaletin sıfır noktası olarak tanımlanan bu halde savunma ve iddia makamı ve mahkeme arasında bir usul kuralı kalmamıştır. Her iki taraf diledikleri şekilde ve ölçüde iddia ve savunma yapabilir. Düzen ve kurallar reddedildiği için kopuş savunmasında sanığı bağlayıcı belli bir kuralı ya da ölçü yoktur.

Kopuş savunması ile sanık, mahkemede, fiilin hukuka uygunluğunu, bunun sebeplerini, bu sebepler karşısında kendisini suçlayanların, yasaların ve yargılayan mahkemenin bunu yapma yetkilerinin bulunmadığını, daha üstün bir ideal etrafında bütünleşmiş bir adaletin karşısında cezalandırılamayacağını ileri sürer. Kopuş, davanın tüm yapısını altüst eder. Olgular ve eylemin koşulları ikinci plana düşer. Ön planda aniden toplumsal düzene karşı yöneltilen sert itiraz belirir. Hukuk devlete yöneltilen saldırıyı durduramaz. Belli bir seviyeden sonra ya yerini adalete bırakmalı ya da parçalanmalıdır[13].

Uyum davasında tek bir rakip vardır. O da savcının iddianamesi. Kopuş Davasında üstün ilkeler yargılamayı yürütür. Bu ilkeler karşısında düzenin bütün unsurları ve sanık durmaktadır. Artık usul ve dava kuralları bitmiştir. Olgular ve eylem, toplumsal düzene karşı yöneltilen sert eleştiriler ardında kalmıştır.

Kopuş Davalarında savcılık makamı iddia eden taraf olarak, tutucudur. İddiasına

[12] Tom Ginsburg and Tamir Moustafa, Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes (Cambridge University Press 2008) 263.
[13]Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 47.

sıkı şekilde bağlıdır. Buna göre yasanın uygulanmasını ister. Kamunun menfaati ve yasaların savunucusudur. Kopuş davasının, savunma karşısında duran buna direnen, tarafı olarak görülür. Ancak bu her zaman böyle değildir. Bazen iddia makamı da kopuş davasının tarafı olarak savunmanın karşısında yer alabilir. Fransa Kralı 16'ncı Louis'nin yargılanmasında bu gerçekleşmiştir. Kralı yargılamak için hazırlanan iddianame ile devletin yasaları çelişmiştir. İddianame bağlı olması gereken iddia makamı, yasanın aksine bir ceza talep etmiştir. Fransız Devriminden sonra, kurucu meclis tarafından krala kabul ettirilen anayasa ile yetkileri kısıtlanan kral, isyancı girişim olarak gördüğü devrimcileri bertaraf etmek için diğer Avrupa monarşilerinden yardım istemiştir. Kral, devrimcilere karşı mücadelesini sürdürmek üzere ülke dışına, Prusya'ya kaçarken yakalanmış Paris'e getirilmiş ve hapsedilmiştir. Kral hakkında hazırlanan iddianamede vatana ihanet suçlamasında bulunulmuştur. Fiile karşı istenen ceza, kralın idamıdır. Ancak istenen idam ile ortaya hukuki sorun çıkmıştır. Kral anayasa gereği nasıl yargılanacaktır? Usul tartışması neticesinde ortaya üç temel görüş çıkmıştır. Birinci görüş sahipleri, soyut hukuk mantığı gereği kralın dokunulmazlığını, bu nedenle davanın hukuken hükümsüz olduğunu savunmaktadır. İkinci görüş taraftarları, kralın fiili ile anayasayı ortadan kaldırdığını, halk hakkını geri aldığı için kralın sade bir vatandaşa dönüştüğünü, kralın hükmü kalmamış bir anayasa ile halkın karşısına çıkamayacağını bu nedenle halkın en üst temsil organı meclis tarafından yargılanabileceğini savunmaktadır. Üçüncü görüş savunucuları, kralın vatana ihanetinin ulusa karşı bir düşmanlık güttüğünü, ulus düşmanı olarak yargılanması gerektiği savunmuştur. 16. Louis savunmasında, mahkemeyi ve kurulu düzeni kabul ederek, onun kurallarına göre yargılanmak üzere, uyum savunması yapmıştır. Kral aleyhine delil olarak sunulan belgeler altındaki mühürleri sahte ilan etmiş ve durumdan bazı bakanları sorumlu tutmuştur. Nihayetinde savunma yeterli olmamış, kral suçlu bulunmuş ve açık oylama ile idama mahkûm edilmiştir.

Tarihin en önemli siyasi davalarından olmasını haklı kılan bir diğer husus ise yargılamanın Tanrısal iktidar kavramını yerle bir etmesidir. Bu açıdan savunmanın tanrısal iktidar nedeni ile dokunulmazlık ve cezasızlık halinin varlığı dayanağı, iddianame karşısında yenilmiştir. Bu modern ceza yargılamasının ilk örneği olarak da kabul edilir. Dava ile Verges'in Kopuş Savunmasının, iddia makamı tarafından da gerçekleştirilebileceği tezi doğrulanmıştır. Nihayetinde yukarıdaki örnekte kral, kendi halkının haklarını savunmakla görevli iddia makamı tarafından, halkına ihanet iddiası ile mahkeme önüne çıkartılmıştır. İddia makamı bu şekilde halkını, ona karşı suç işleyen kralından korumuştur. Kralın, vatan kavramından üstün tutulamayacağını, onun da vatanın bir parçası olarak kurallara uymakla yükümlü olduğunu, ihanetine bağlanan fiilinden sorumlu olduğunu, kendi lehine oluşturduğu kralın sorumsuzluğuna hizmet eden hukuk düzeninin de üzerinde bir adalet olgusunun vardır. Buna göre kişi kralda olsa yargılanmalı ve cezası verilmelidir. Fransa'da iddia makamı, bu yargılama ile ilk defa kralın var ettiği hukuk düzenini, halkın ihlal edilen hakları karşında yok sayarak, mensubu olduğu kurulu düzeni, kopuş davası ile yıkmıştır.

Kopuş Davalarında savunmanın hedefi, sanığı aklamaktan çok düşüncelerini ortaya çıkarmaktır[14]. Birinci Dünya Savaşı sonrası 1934'te Alman Meclisi Reichstag'ı yakmakla suçlanan Bulgar komünist Dimitrov, bu savunma planı ile aklanmıştır. Elbette bunun arkasında çeşitli yargı dışı faktörler vardır. Dönemin aydınları tarafından desteklenmesi, SSCB'nin üstün güç haline gelmiş olması, protesto hareketleri gibi çok geniş bir dayanışma topluluğun varlığıdır[15]. Bu toplumsal ve siyasi destek ile sağlanan ivmelenme sanığa cesaret verir ve düşüncelerini rahatça mahkemede dile getirir ve mahkemeyi geri adım atmaya zorlar. Tıpkı bir uyum davasında olduğu gibi iddia edilen olguya dair delillere

[14] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 56.
[15] Tzvetan Todorov, The Fragility of Goodness: Why Bulgaria's Jews Survived the Holocaust (Princeton University Press 2003) 153.

savcıya sataşır, bunları yıkmak çürütmek için saldırır.

Verges, antisemitizm ile birlikte haksız yere casuslukla suçlanan Yahudi aile mensubu Fransız subay Dreyfus'un davasını siyasi nitelikteki kopuş davalarının en güzel örneklerinden biri olarak gösterir. Bu dava, başarılı bir subay iken sahte deliller neticesinde suçlu bulunan Yüzbaşı Dreyfus'un hukuk mücadelesini konu alır. Ünlü yazar Zola, Dreyfus'un karşılaştığı etnik ve dini ayrımcılığa, bir insan hakları savunucusu olarak tepki göstermiştir. Yayınladığı sert eleştiri manifestosu sonucunda kendisi de yargılanmıştır. Yargılamalarda farklı görüşte olsalar da çağdaşı aydınları Dreyfus'a yapılanın insan hakkı ihlali olduğu konusunda birleştirebilmiştir[16]. Askeri nitelikte casusluk iddiası ile oluşan bu kolektif hareket ile düzene saldırı yapılmıştır. Saldırı sonucunda düzeni ortadan kaldırmanın daha kötü sonuçlara yol açacağı görülerek, düzene reformist bir nitelik katarak oluşturulan siyasi akım uzun yıllar Fransa'ya hakim olmuştur.

Verges uyum davası özelliği ile İngiltere'de görülen Doktor Adams davasını ele alır. Bu davada, bir doktorun kendisine, hastasından yüklü miras kalacağını bildiği iddiası ile hastasına uyguladığı yanlış tedavi ile ölümüne sebep olmaktan suçlandığı vakıa konu edilmektedir. 1950 Londra'sında Dr. Adams'ın, suçlandığı cinayet davasında, iddia makamının, savunmayı üstlenen usta hukukçu, Uluslararası Nürnberg Ceza Mahkemesi reisliğini yapmış, Sir Geoffrey Legalrence'in kurnazlığı ile delilleri sırayla çürütmesi sonucu, kavuşulan beraatine atıfta bulunur. Davada savunma, iddia makamının tüm delillerini, tanıklarını ve bunlar ile yaratılmış suçlamayı düşürmüştür[17]. Savunma avukatı tarafında evvela deliller içerisindeki çelişkiler tespit edilmiş ve bunlara ilişkin yapılan eksik inceleme ve gerçeğe aykırı kurgular başarıyla ortaya konmuştur. Bu sayede sanığın fiili işleyip işlemediği hususunda, mahkemede şüphe

[16] David Macey, Emile Zola: A Life (Yale University Press 1998) 414.
[17] Jonathan Widell, Jacques Vergès, Devil's Advocate A Psychohistory of Vergès' Judicial Strategy (Doctor of Civil Law Thesis, McGill University 2012) 14.

oluşturulmuştur. Oluşan şüphe üzerinden, cinayet sebebi yalnızlaştırılmış en nihayetinde de hiç kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortadan kaldırılmıştır. Bunlar yapılırken mahkemenin otoritesi kabul edilmiş, savunma yargılama kurallarına uygun olarak iddia makamının savını çürütmeye odaklanarak tam bir uyum savunması haline bürünmüştür.

III. SOKRATES'İN SAVUNMASININ KOPUŞ SAVUNMASI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Verges'e göre ilk kopuş savunması Sokrates'e aittir. Verges için uzlaşmacılar kopuş davasının uzlaşmazlığından hiçbir şey anlamazlar, oradaki yararı görmezler. Ona göre Sokrates kendisini yargılayanlar ile uzlaşmamıştır. Onlara boyun eğmemiştir. Sokrates idamına sebep olanlara 2500 yıl önce,

"Duymak istemediklerinizi söylüyorum idam sebebim bu. Size söylüyorum yargıçlar beni öldürtmüş olacaksınız. Ama kendi cezanız benim mahvımı takip edecek. Ve Zeus üzerine yemin ederim ki bu ceza beni çarptırdığınız ölümden, cezadan çok daha korkunç olacak. Hayatınızın hesabının verme ödevinden kaçmak için böyle davrandınız".

"İnsanları öldürerek size yaşamayı bilmediğinizi haykıracak birini engelleyebileceğinizi mi zannediyorsunuz? Hesabınız çok yanlış. Böyle paçayı kurtarma biçiminin ne yararı vardır ne de güzelliği."

şeklinde seslenerek uzlaşmadığını haykırmıştır. Verges Sokrates için savunmasından pişman değil ölmeyi yeğliyor, demektedir[18].

Sokrates'in savunmasının bir kopuş savunması olup olmadığı değerlendirmek için elimizde o dönem Atina'sında Sokrates için kurulan mahkeme ve yargılamaya ilişkin çeşitli kaynaklar mevcuttur. Bunlar hakkında kısa bir bilgi

[18] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 51.

vererek Sokrates'in savunmasını değerlendirmek gereklidir.

A. SOKRATES'İN YARGILANMASI

1. Mahkeme, Kuruluş ve Yargılama Usulü

Platon, hocası Sokrates'in savunmasını[19] bize diyalog biçimden ele aldığı eserinde aktarmıştır. Bu eserin düşünce tarihi kadar hukuk tarihi açısından da önemi büyüktür. Sokrates'in yargılandığı Atina Halk Mahkemesi'nde yaptığı savunma, savunma tarihinin ulaşılabilen ilk yazılı belgesidir[20].

O dönem antik Yunan Atina'sında mahkemeler, otuz yaş üzeri olan, mülk ve köle sahibi erkekler arasından, kurayla seçilmiş 501 Atina yurttaşı tarafından kurulurdu. Bu mahkeme kaynaklarda, Beşyüzler Meclisi olarak da tanımlanır. Mahkeme jüri sistemli yargılamanın ilk örneklerindendir. Bu meclis yargılama yapmanın yanında, ceza yargısının amaçları arasında yer alan kamu düzenini ve güvenliğini korumak, hukuk devletini tesis etmek, toplum barışını muhafaza gibi çeşitli görevleri de ifa etmektedir[21].

Atina mahkemesinde davalar şahısların suç isnadı, ihbarı ile ele alınır. Bunun için soruşturma yapmak üzere ayrıca özel bir savcı tayin edilmez. Sadece asayişi sağlayan kolluk güçleri, adi suçlarda kendisi veya bu işler için görevli biri savcı gibi kamu adına suçlama yapmaktadır. Ancak vazifesi bu olan sabit bir soruşturma ve iddia makamı yoktur. Yargılamalar kamuoyuna açık şekilde gerçekleştirilir. Sanık, kendisine isnat edilen suçlamalara, iddialara ve delillere karşı savunmasını, bizzat veya vekili aracılığı ile yapabilir. Sanık, yargılandığı esnada suçlamada bulunan kişi veya kişilere sorular yöneltebilir. Savunmasına destek olmak üzere tanık dahil ispata yarar delillere başvurabilir.

---

[19] Platon, Sokrates'in Savunması (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2012).
[20] Mehmet Haşim Mısır, Mitolojiden Günümüze Savunma (Gaziantep Barosu 2012) 14.
[21] Ali Evlice, 'Sokrates'in Savunmasına Hukuki Bir Yaklaşım', (2014) (2) Ankara Barosu Hukuk Gündemi 44, 46.

Yargılama iki aşamadan oluşmaktadır. Önce ilk duruşma bölümünde, dinlenen taraflar ve incelenen deliller ile birlikte sanığın suçlu olup olmadığına açık oylama ile birlikte çoğunluk görüşüne uygun olarak karar verilir. Eğer mahkeme, sanığın suçsuz olduğuna karar verirse, derhal serbest bırakılır. Yok, eğer oylamada suçlu olduğuna karar verilir ise bu sefer ikinci oturumda sanık hakkında hangi cezanın tayin edileceği tartışılır. Taraflar, iddia eden ve sanık tarafı karşılıklı olarak uygun bir ceza önerir ve mahkeme de önerilen cezalardan birine ve verilen cezanın infaz şekline karar verir[22]. Mahkeme kararı sorgulanamaz, kesindir. Karara karşı temyiz yolu yoktur. Karar derhal infaz edilir.

2. Suçlamalar, Savunma, Ceza ve İnfaz

Sokrates'e karşı yöneltilen somut suçlamalar şunlardır;

1- Sitenin tanrılarına inançsızlık yeni tanrılar, Diamon[23] yaratmak,

2- Gençleri yozlaştırmak,

3- Sitenin geleneklerine karşı gelmek,

[22] Ayşen Sina, 'Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler', (2016) (123) TBBD 419, 441.

[23] Daimon, Batı dillerine sonradan "demon" biçiminde yerleşen, eski Yunanca'daki bir terim olup Antik Çağ'ın çeşitli dönemlerinde farklı anlamlarda kullanılmıştır. Daimon teriminin kullanımına en çok Sokrat, Platon ve Platon'un takipçisi Xenocrates'in sözlerinde rastlanır. Terimin eski Yunan tradisyonunda şu üç anlamda kullanıldığı belirtilir:
a-İnsanları yöneten ve geliştiren görünmez, yüce varlıklar. Bu anlamdaki daimonları Platon üç gruba ayırmıştır: İlk iki gruptakilerin bedenleri esîr ve ateşten oluşur, görülemezler. Üçüncü gruptakiler buharımsı bedenlere sahiptir, görülmezlerse de, nadiren birkaç saniyeliğine (fantom tarzında) tezahür edebilirler.
b- Vicdan, vicdan sesi. Düşüncelerinin ilham kaynağının kendi daimon'u olduğunu bildiren Sokrat, belki de bir ayrım yapmak amacıyla, vicdan ya da vicdan sesi anlamını bir başka terimle, Daimon'un tezahürü anlamındaki daimonion terimiyle belirtmiştir.
c- Teozoflara göre, daimon terimi eski Yunan tradisyonunda aynı zamanda "düşünce formları" anlamında da kullanılmıştır.
Daimon sözcüğü Avrupa'da zamanla demon sözcüğüne dönüşmüş ve ilk anlamlarını yitirerek, Hristiyanlık döneminde cin ve şeytan anlamında kullanılmıştır.

4- Geleneğin doğru sayılması düşüncesine karşı durmaktır.

Suçlamalarda bulunanların başlıcaları Meleto[24], Anytos'tur[25]. Sokrates bu suçlamaların kendisini idama götürmeye yetmeyeceğini en baştan beri bilmektedir. Onu asıl idama götürecek olan, fikirleri ve bunları sunuş şekli ile Atina'da oluşturduğu kargaşa ve Atina yerleşik düzenine karşı çıkışıdır. Bu haliyle Verges'in kopuş savunmasının hazırlayıcı unsurlarından olan, düzene karşı duruş, hali belirmektedir. Lakin bir yönüyle bakıldığında Sokrates'i idama götüren yargılama sürecinin başında Sokrates ile yerleşik düzen arasında bir politik çatışma ve düzeni yok etmeye yönelik bir idealinden bahsedemeyiz. Zira suçlamalara bakıldığında o dönemde pek çok Atinalı yurttaşın benzer eleştiri getirmiş olması mümkündür. Zira Sokrates hakkındaki suçlamaların hiç birisi bu yönde bir eylemin ve planın olduğunu somutlaştıracak delillere ulaşamamıştır. Sokrates daha çok alaycı üslubu nedeni ile kendisine tahammül edemeyen kimselerce suçlanmıştır. Sokrates bu kimselerin çeşitli politik oyunları ile etkisi altında kalan ve kendisini yargılayanlar ile bu mahkemede düşünceleri ile birlikte hesaplaşmak istemiştir. Nitekim makalenin devamında bu hesaplaşma daha belirgin şekilde ortaya çıkacaktır. Bu hesaplaşmanın Verges'in sınırlarını kendisinin çizdiği kopuş savunması teorisi ile tam eşleşmeyen çelişen bölümleri mevcuttur.

[24] Meletos'u hayatı hakkında, özellikle de Platon'un Sokrates'in baş suçlayıcısı olarak anıldığı diyaloglarında tasvir edilenin ötesinde çok az şey bilinmektedir. Euthyphron'da Platon, Meletos'u üç suçlayıcısının en genci ve kovuşturmadan önce Sokrates tarafından tanınmaması olarak aktarır. Bkz. Ayşe Sönmez Yakut, 'Platon'un Phaidon'unda Sokrates'in Savunması', (2017) 11 (1) Archivum Anatolicum 129, 142.

[25] Anytos, Anthemion'un oğlu, Sokrates'in suçlayıcılarından biridir. İspatlanmamış bir efsaneye göre, Sokrates'in idamından dolayı suçluluk duyan halk tarafından Atina'dan sürgün edilmiştir. Atina'daki demokratik güçlerin önde gelen destekçilerinden biridir(30 tiranların arkasındaki oligarşik güçlere karşı olarak). Ayrıca Platon Anytos'u Menon adlı diyalogundaki konuşmacılardan biri olarak tasvir etmiştir. Bkz. Sönmez Yakut (n 24) 129, 142.

Tekrar Sokrates'in savunmasına dönecek olursak suçlayıcılara göre Sokrates, Atina geleneklerine saygı duymamaktadır. Atina yasalarına saygı, sorgusuz ve mutlak itaati gerektirmektedir. Bu geleneklere yöneltilen eleştiriler, sitenin birliğini, dirliğini bozabilecek niteliktedir. Sokrates yasalara saygı duymamanın dışında kendisine atfedilebilecek somut bir fiil ve bu fiile bağlanabilecek bir kusuru olmadığını bilmektedir. Suçlayıcılar Sokrates'i sadece geleneklere ve yasa kabul edilen Atina geleneksel inançlarına itaatsizliğinin cezalandırılmasını istemektedir.

Yargıçların onun eylemlerinden vazgeçmesi karşılığında affetmesi dahi mümkün iken, o en baştan bu yolu kapatmıştır. Sokrates, Platon'un aktardığı savunmasında:

"*-Sokrates, Anytos 'un dedikleriyle ikna olmadık ve seni serbest bırakıyoruz. Ama bir şartımız var! Bundan böyle bu araştırmalarına ve felsefe yapmaya son vereceksin, aksini yaptığın görüldüğünde de ölüme mahkûm edileceksin."*[26] *Diyebilirsiniz.*

-Beni bu şartlarla serbest bırakırsanız, size yanıtım şöyle olur: "Atinalılar, sizi sayar ve severim, ama size değil tanrıya itaat edeceğim. Nefes aldığım ve gücüm yettiği sürece felsefe yapmaktan, nasihat vermekten ve size her rastladığımda gerçekleri göstermekten hiç vazgeçmeyecek, size söylemeye alışkın olduğum şeyleri söyleyeceğim[27].

beyanı ile açık şekilde eylemlerinden vazgeçmeyeceğini ve bu felsefe öğretimini doğru yöntemle, kişi ayırt etmeksizin yapacağını aşikâr eder[28].

Sokrates savunmasında adalet için öleceğini keskin bir dille vurgular. Ona göre filozof, sadece düşünen araştıran düşünen kavram üreten biri değildir. İnançları,

[26] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17) 29.
[27] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17) 29.
[28] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 49.

idealleri uğruna çatışmayı ölümü göze alabilen biri olmalıdır. Suçlayıcıların, saldırılara karşı fütursuzdur. Kendisine saldıranları açıklamaları ile küçük düşürür. Hakkında haksız olarak ithamlarda bulunan Meletos'u bilgisizlikle suçlar.

Sokrates savunmasında felsefe, öğretmenin tanrıya itaat olduğunu, en iyisinin yargılamanın sonucunu tanrıya bırakmak[29] olduğunu beyan ederek, suçlamanın aksine, inançsız olmadığını gösterir. Ancak o, sorgulayarak ulaştığı inancı ile sitenin geleneksel, önyargıya dayalı inancının çatışması ile karşı karşıya kalmıştır. Bu nedenle kendi inançları ile sitenin inançları arasına hiyerarşi koymaktadır. Koyulan hiyerarşi sitenin inançları açısından tehlikelidir. Sokrates inançlarını sorgulayarak doğruyu, gerçeği bulmuştur. Ancak kendisini suçlayan gelenekçilerin inançlarını sorgulamadıkları için gerçeği göremediklerini bu nedenle gerçeğe ulaşmak adına inançların bilginin sorgulanmasını önermektedir.

Sokrates iç sesi Diamon olarak dile getirir. Diamon iç sesi, eski Yunan mitolojisinde tanrı düşüncesi olarak da nitelenir. Sokrates Diamon 'un, insanların yaşamının dışında olmadığını doğanın içerisinde, yerde, gökte, dünyada saklı olduğunu söyler. Bu bir iç ses vicdan yargısıdır. Bu nedenle asıl kişinin, sitenin inançlarından ziyade, kendi vicdanı ile yaptığı sorgulama cüret ve cesaret gerektirmektedir. Bu bakış insanlık tarihine Sokrates'in bıraktığı önemli bir mirastır. Bu mirastan hareketle adil olan ile yasal olan ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre yasal olan her zaman adil olmayabilir. Adil olanda her zaman yasal olmayabilir. Adalet yasadan bağımsız bir doğruluk düşüncesine dayanır. Sokrates savunmasında bize bunu göstermeye çalışır. Diamon ile kişi kendi vicdanı ve aklıyla yasayı sorgulayabilmektedir. Bu sorgulama, olaylar karşısında yasal olanın güçlü, ancak aynı zamanda haksız da olabileceğini göstermektedir. Bu yaklaşım, gelenekçiler açısından, kurulu düzen için son derece tehlike teşkil

[29] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17) 19.

etmektedir.

Verges'in de eserinde belirttiği gibi yasaları adil olmasalar da uygulamak konusunda yaşanılan bir örnek de Adolf Eichmann'ın savunmasıdır[30]. Eichmann Nazi Almanya'sının, sistematik Yahudi katliamında asli sorumlulardandır. Çıkarıldığı mahkemede suçsuz olduğunu iddia etmiştir. Savunmasında kendisine verilen, emri uyguladığını, emri uygulamanın yasal zorunluluk olduğunu, bu zorunluluk karşısında fiillerinin yaptırıma bağlanamayacağını ileri sürmüştür. Politik toplum yapısı neyse onu uyguladığını beyan etmiştir. Yaptıklarının iç ses ile doğruluğunu sorgulamamıştır. Sorgulasaydı böyle bir suçu işlemiş olmasını kendisi de adalete uygun bulmayacaktır.

Sokrates Diamon olmasa yasal olanı, doğruluk ve haklılık açısından sorgulanmasının mümkün olmayacağını söyler. Bu sorgulama yapılmazsa eğer, salt yasayı uygulamanın bizi adalete ulaştırmayacağını kanıtlamak ister. Evvelinde hiç mahkeme tecrübesi yoktur. Hukuk eğitimi almamıştır. Yargılama usulünden bihaberdir. Bu nedenle savunmasının başında mahkeme yargıçlarına, yargılanması esnasında kendisinden sadece hakikati duyacaklarını haykırır. Kendisini sofistlerle karıştırmamalarını, retorik sanatı ile bir sav üzerinden savunma yapmayacağını, amacının sadece hakikati anlatmak olduğunu, hakikatin varlığını söylemeye gerek olmadığını beyan eder. Bu hitap ile Sokrates'in savunmasının başında kendisini doğru şekilde savunabilme hususunda endişeli olduğu söylenebilir[31].

Savunmasında benimsediği strateji, önce iddia makamı olarak müddeilerin kendisine yönelttiği suçlamaları çürütmek ve bunu yaparken de onlar ile mahkeme önünde diyalog oluşturmaktır. Bu diyalog ile hedefi, mahkemeye,

[30] Verges Eichmann'ın davasını kopuş davası beklentisini karışılmadığı için hayal kırıklığı olarak tanımlar. Bkz. Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 16-17.
[31] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17) 17c-17e.

kendisine yöneltilen suçlamaların sahiplerinin, Meletos gibi, kendisini suçladıkları hususlara tamamen hakim olmadıklarını göstermektir.

-Beni suçluyorsunuz ama ne için suçladığınızı bilmiyorsunuz.

-Suçlamalarınızda tutarsızsınız.

-Kanaate dayanan suçlamalarda bulunuyorsunuz. Bana iftira atıyorsunuz.

-Bu suçlamalar, basit bir sorgulama ile ortadan kalkar.

-İnsanın bütün sorunu aslında hiçbir şey bilmemesidir.

-Ben bir şey bilmediğimi biliyorum ama onlar bilmiyor.

beyanları ile suçlayanlara karşı, kendisine neden bunun böyle olduğunu anlatmalarını, açıklamalarını öğretmelerini ister. Böylelikle ona iftira atanların aslında sadece kendisine kızdıkları ve ondan intikam almak için bu şekilde davrandıklarını kanıtlayabilecektir.

Savunmasında bilgelik vurgusu yapar. Bunu Khairephon üzerinden gerçekleştirir. Vaktinde yakın arkadaşlarından Khairephon, gittiği Delfi Kâhinine[32] sorar:

-Yaşayanlar arasında en bilge kim diye. Kâhin, *Sokrates* cevabını verir. Devamında Sokrates:

-Ben kehanetin doğruluğunu araştırdım.

-Bunun için insanlarla konuştum. Politikacılara, şairlere, zanaatkârlara gittim. Baktım ki Politikacı her şeyi bildiğini zannediyor ancak hiçbir şey bilmiyorlar.

[32] Delfi kâhinleri, Yunanistan'da Delfi ‘deki gelecek habercileri. Delfi rahiplerini dinlemek için her gün birçok Yunan ve yabancı gelirdi. Böylece rahipler dünyada olan bitenlere ilişkin pek çok bilgi edinir ve bu bilgilere dayanarak kehanette bulunurlardı. Mehmet Kahyaoğlu, ‘Paganizm ve Hristiyanlık Arasında Savaşım Aracı Olarak Kehanet’, (2011) (7) Türk Bilim Dergisi 135, 144.

-Benim farkım ben hiçbir şey bilmediğimi biliyorum der.

Sokrates durmaz, araştırmaya devam eder. Sonrasında şairlere gider. Şairler de bir şey bilmiyorlardır.

-Ancak onlarda bilgi olmasa da seçtikleri kelimeler ile bir duygu uyandırabilme yetenekleri var,

-Bu sayede bilmeseler de insanların güzeli kavrama biçimine etki ediyorlar der.

Sıra zanaatkâra geldiğinde onların*, kendi bildikleri işi yaparak her şeyi iyi yapabileceklerini zannettikleri için her konuda söz sahibi hakları olduğunu düşünüyorlar*[33] diyerek, bilgelik iddiasında bulunanların yaptıkları işleri dahi bilmediklerini, bilgiyi sorgulamadıklarını kanıtlar.

Sokrates yargıçlara, Atina'da tanrı buyruğu ile dolaştığını ve bilge olduklarını iddia edenler ile konuşarak bilge olmadıklarını ortaya koyduğunu, sadece tanrının değişmez gerçeğin bilgisine sahip olduğunu, Onun dışında insanlar sadece görünüşün kanaatin (Doxa) bilgisine sahip olduklarını söyler. Bu şekilde suçlamaların neden geçersiz, temelsiz olduğunu kanıtlamaya çalışır.

Yargılama sonrasında en sıklıkla kullandığımız, *"Bir şey biliyorsam da hiçbir şey bilmediğimdir"* sözü, o tarihte Atinalılara en bildiklerine dahi güvenmemeleri gerektiğinin öğüdüdür.

Meletos'un kendisi hakkında ileri sürdüğü "gençleri yanlış yönlendiriyor, yozlaştırıyor" suçlaması karşısında, Meletos'a:

"-Beni suçluyorsa, bunun karşısında gençleri nasıl daha iyi eğitebileceğini de biliyor olman lazımdır. Bilmiyorsan iddiasında bulunamazsın. Sadece eleştirerek doğrunun ne olduğunu gösteremezsin. Senin, yanlışın ne olduğunu bana göstermen lazım, sizin gücünüz geleneğin otoritesinden geliyor. Siz haklı

[33] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17).

değilsiniz. Gücü elinizde bulundurmanız sizi haklı kılmaz" cevabını verir.

Hukukçu olmadığı halde, kendisine yöneltilen suçlamayı, iddia sahibini ustaca sorgulayarak, onun savlarını tutarsız, geçersiz kılarak, sadece doğru bilgiyi, adalet gerçeğini arayarak başarır bunu. Savunmasının devamında:

"-Son olarak bana felsefe yapma karşılığında özgür ol diyorsunuz, vazgeçmem, ben felsefe ile varım. Yoksa ben olmam" cevabını verir. Felsefe yapmaktan hiçbir koşulda geri durmayacağını kararlılıkla vurgular.

Sokrates bu yöntemle Atina halkını, doğru bilgiye, etrafındakileri sorgulayarak, araştırarak ve öğrenerek itmek gayretini açıklar. Bunun için felsefe yaparken kendisini at sineğine benzetir. Karşısına Atina gelenekleri ve bunlara sadık halkını, hantal at gibi koyar.

-Ben sizi fikirlerimle rahatsız ederim, hakikati gösteririm. Hakikat, kanaatleri ile yaşayan toplumlar için rahatsız edicidir. Benim hayatım bu varlık sebebim sizlere bu hakikatleri göstermektir der.

Platon'un Phaidon[34] diyaloğundaki esas konu da bu savunmaya ait Sokrates'in değerler tezidir. Bunlar içerisinde en önemli tercih filozofun doğrular uğruna hayatından bile vazgeçebilmesidir. İnsan için esas olan hakikate uygun yaşamaktır. Bu fazilet insanı erdemli kılar.

Platon'un Kriton diyaloğu[35] içerisinde aktarıldığı üzere Sokrates'in arkadaşı olan Kriton onu hapisten kaçırmayı teklif eder. İsterse Sokrates'in kefaletini de ödeyebileceğini söyler. Sokrates bunu şiddetle reddeder. Diyalogda, Sokrates'in, hapishane ortamında değilmiş gibi davrandığı gözlenir. Sokrates yasalara karşı, adil olmasalar dahi itaati benimser. Aksi halde kaçarak veya kefalet ödeyerek suçlamaları kabul etmiş sayılacağını düşünür. Kaçarak idealleri ve savundukları

[34] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17) 57a.
[35] Platon, Sokrates'in Savunması (n 17) 43a.

ile çelişecektir.

Sokrates savunmasıyla, Atina toplumuna yeni bir yurttaşlık modeli sunmaktadır. Homeros'tan beri gelen gelenekçi yurttaşlığı, ülkeye sadakat ve bunu bir kahramanlık edası ile sunmanın, doğru olup olmadığını, sorgular. Evvelinde Homeros, İlyada ve Odysseia metinlerinde yurttaşlığı bu formda tanımlamaktadır. Sokrates ise vatandaşlığı bir erdem üzerine kurmaktadır. Ülkesine bağlılığı bir hakikat adına gerçekleştirmeyi ve kanunların da bu hakikate göre sorgulanmasını önermektedir. Kanunlara asker gibi koşulsuz itaat yerine, filozof gibi hakikat adına sorgulamak gerektiğini savunur. Yasaları eleştiride, filozofa en çok yardım edecek olan, onun iç sesi, Diamon'u, yani vicdanının olacağını işaretler. Bu fikirlerini özellikle savunma esnasında kamu ve senatoda, halkın önünde açarak tüm yurttaşlara ulaştırmayı çalışır.

Ksenofon ait Anılar kitabında[36] da Kriton'u Sokrates'in arkadaşı olmaktan çok bir takipçisi müridi olarak sunar. Kriton, sofizmi yurttaşlara faydalı olmak için öğrenir. Bunu kamusal hizmet olarak görür.

Sokrates için yasaya itaat mutlak gerekliliktir. Kendi çıkarı için yasaya itaat etmemek kabul edilemez. Kriton'un, kaçma ve kefalet teklifini bu yüzden reddeder ve hapisten kaçmaz. Sokrates yasadan haksız olarak kaçarsam vicdanımdan kurtulamam, bu nedenle vicdanımı susturursam bundan büyük utanç duyarım düşüncesindedir. Utanma başkasının varlığını kabul etmek ile başlar. Kendinizden değil ona topluma kamuya karşı utanırız. Vicdanımızdan kaçamayız, diyerek kaçma ve diğer hapisten kurtulma tekliflerini kesin olarak reddeder. Kaçarsa doğacak sonuçları itibarı ile Atinalılardan utanmaktadır. Bizi hiç tanımayan halka karşı da haksızlık etmiş olurum, der.

[36]Ksenofon, Sokrates'in öğrencisi olan Yunan filozof, yazar, tarihçi ve asker. Memorabilia (Sokratik Diyaloglar Anılar) kitabını yazmıştır.

Sokrates devleti insanlarla bütünleştirir. Devletin, devleti oluşturan insanlardan oluştuğunu söyler. İnsanın ancak sitede var olabileceğini, site sana bu var olma imkânını sunmaktadır, o nedenle varlığını ona borçlusun. Ona ve yasalarına bu yüzden de uymak zorundasın, der.

Sokrates, suçlu olup olmadığı konusunda yapılan oylamada katılanların büyük çoğunluğunun aleyhinde olacağını düşündüğü halde beklemediği kadar az bir oy farkı ile suçlu bulunur. Sıra hangi cezanın verileceğine gelmiştir. Suçlamada bulunan Meletos, ölüm cezası verilmesini önerir. Sokrates'e, kendisi hakkında ne ceza istediği sorulur[37]. Sokrates, alaycı bir ifade ile fiilinin suç unsuru taşımadığı halde hakkında ceza verilmesini, ironi ile ancak bir ödülle, devlet tarafından bedava beslenmek gibi, cezalandırılması gerektiğini ifade eder. Sokrates hakkında verilecek ceza konusunu nihayetinde mahkemenin takdirine bırakır. Ancak hakkında Sürgün cezası verilmesini istemediğini dile getirir. Aslında sürgün gönderileceği yerde de fikirleri nedeni ile kovulacağından endişelidir. Yetmiş olan yaşı itibarı ile köle yapılmasını da hapis koşullarına dayanamayacağını ileri sürerek tercih etmemiştir. Maddi gücünün olmaması sebebiyle ancak bir Mina para cezasını ödeyebileceğini belirtir. Sonra ise arkadaşlarının da kendisine kefil olması sebebiyle otuz Mina para cezası ödeyebileceği için bu miktara kadar da para cezasına razı olabileceğini belirtir.

Sokrates cezasının belirlendiği ikinci yargılamada fiilinin karşılığı olarak, baldıran zehri içmek suretiyle idam cezasına mahkûm edilir. Cezasının infazı kutsal güne denk geldiği için infaz derhal gerçekleştirilmez ve yaklaşık bir ay süreyle ertelenir. Bu bir ay içerisinde hapishanede idamı bekler. Dostları ve takipçileri defalarca onu kurtarmak isteseler de tüm teklifleri geri çevirir ve yasaya olan bağlılığın bir sonucu olarak ölmeyi seçer. Baldıran zehri içerek infazı

[37] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 56. Sokrates ceza seçmesi önerildiğinde uzlaşmaya gidebilir, sürgün veya para cezasını seçebilecek iken o aksine yargıçlar ile dalga geçerek hayatını feda etti,

gerçekleşir.

Sokrates, o günkü politika gereği, adil olmayan bir karar ile idam edilmiştir. Sokrates bize savunmasında yasal olanın her zaman adil olamadığını, adaletin yasalardan üstün bir kavram olduğunu göstermiştir. Yargılanmasını bir fırsat görüp tek tek görüşüp fikirlerini açamayacağı kişilere, bu felsefesini sunabilmiştir. Bilgiyi sorgulama tezi hakkında suçlamada bulunan müddeileri sorgulama üslubu ve bu savları çürütmesi ile başarıya ulaşmıştır. Savunmasında devlet inancını sorgular ve toplumuna yeni bir devlet düzeni ve yurttaşlık modeli sunar. Kendisini asılsız iddialar ile yargılatıp mahkûm ettiren, adil olmaktan ziyade Yönetici sınıfın dayatması ile bu kararı vererek mahkemenin de içinde olduğu toplumsal yozlaşmayı ortaya çıkartır. Sokrates'in ortaya koyduğu bu adalet felsefesi, binlerce yıldan bugüne hukuk sistemlerini etkilemektedir.

Verges'in sunduğu ilk kopuş savunması örneği olan Sokrates'in savunması hakkında bilgiler verdikten sonra bu savunmanın neden bir kopuş savunması olarak ele alınamayacağını izah edelim.

Verges'in kopuş savunmasını tanımlarken sanığın mahkemede, fiilin hukuka uygunluğunu, bunun sebeplerini, bu sebepler karşısında kendisini suçlayanların, yasaların ve yargılayan mahkemenin bunu yapma yetkilerinin bulunmadığını, daha üstün bir ideal etrafında bütünleşmiş bir adaletin karşısında cezalandırılamayacağını ileri sürdüğünü ifade etmiştir. Kopuş savunması, davanın tüm yapısını altüst etmelidir. Olgular ve eylemin koşulları ikinci plana düşmeli ve ön planda aniden toplumsal düzene karşı yöneltilen sert itiraz belirmelidir. Hukuk ile devlete yöneltilen saldırı durdurulamaz. Bir seviyeden sonra devlet ya yerini adalete bırakmalı ya da parçalanmalıdır. Oysa Sokrates savunmasında, Verges'in bu tanımından uzak ve çelişen kendisini yargılayan Atina mahkemesini, yargılamanın ve hatta infazının her anında tanımaktadır. Sokrates'in Atina mahkemesini oluşturan, Atina Site devletinin kurulu düzeni ile

de bir hesabı yoktur. Atina Sitesinin siyasi düzenine karşı bir politik görüşü ve tahrip eylemi de yoktur. Sokrates sadece ortaya koyduğu "Sorgulamadan İnanma" düşüncesinin Atina Tanrılarını, geleneklerini sorgulamaya başlaması sonucu ve bunun birtakım yöneticiler üzerinde yarattığı korku ile yargı önüne çıkartılmıştır. Sokrates başlangıçta mahkemenin yetkisini reddetmediği gibi kendisine yöneltilen suçlamaları da savunma yaparak çürütmek yolunu seçmiştir. Mevcut Atina yasalarının dışında daha üstün bir ideal ile ortaya çıkmış bir adalet kavramı gereği cezalandırılamayacağını savunmamıştır. Bilakis hakkında verilen hükmün cezası ve infaz şekli üzerinde yapılan yargılamaya da bir itiraz göstermediği gibi mahkemeye karşı ceza ve infaz önerisinde bulunmuştur. Bu esnada da protest bir yaklaşım sunmamış, mahkemeyi tanımadığını kurulu düzeni tanımadığını tanrılara inanmadığını haykırmamıştır. Neredeyse tüm cezadan kurtulma ihtimallerini elinin tersiyle itmiş ve mahkemenin verdiği idam cezasının uygulanmasını bir aya yakın süre beklemiştir. Bu sürede kaçması yönündeki tavsiyeleri de kulak arkası ederek hükmün infazına itiraz etmemiştir. Tüm bunlar bize Verges'in kopuş savunmasının ilk kahramanı Sokrates'in aslında tam anlamı ile bir kopuş savunması yapmadığını göstermektedir. Zira Sokrates savunmasında devlet ve halkı siyasi ideal uğruna değiştirmeyi hedef alan bir devrimi amaçlamamış sadece sorgulamadan inanma felsefesini korumak istemiştir.

IV. UYUM DAVASI OLARAK LUBANGA'NIN UCM YARGILAMASI

Verges Uyum Davalarını, kurulu düzene saygıyla ilişkilendirir. Bu saygı gösterisi, sanığın suçunu inkâr etmesi veya suçunu kabul edip olayları kendi lehine izah etmesi ile sergilenir. İnkâr halinde sanık, savcılık delillerine saldırır, onları hükümsüz hale getirmek için uğraşır. Kendi savunmasını destekler olgu ve delilleri ileri sürerek cezadan kurtulmaya çalışır. Suçsuzluğundan ziyade suçlama ile ilgili olarak aleyhine yasal delil yokluğundan dem vurur. Soruşturma aşamasında yer alan tüm belge, rapor, inceleme ve taraf beyanlarını titizlikle

araştırır. Buradan bulacağı bir eksiklik ve hata ile suçlamadan kurtulmak ister. Zira kendisiyle barışık bir toplumda, bir masumun cezalandırılmasına yol açan bir hukuki hata suçlunun beraatından daha ağır bir potansiyel düzensizlik nedenidir. Uyum savunması, gerçekten, mükemmel seviyesine çoğunlukla adi suç davalarında ulaşır[38].

Roma Statüsü gereği kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesinde, Verges'in tanımına uygun bir uyum davası örneği olarak Lubanga Davası önemlidir. Tarihte ilk defa UCM önünde, Statünün ihlaline bağlı olarak yargılanan ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve infaz süreci tamamlanıp salıverilen kişidir Lubanga.

Verges'in kitabı kaleme aldığı yıllarda henüz Ruanda ve Eski Yugoslavya savaş suçlarına ait ad hoc ulus üstü ceza mahkemeleri kurulmamıştı. Sadece ikinci Dünya Savaşı ardılı kurulan uluslararası ad hoc ceza mahkemeleri örnekleri mevcuttu. Verges'in Ulus üstü ceza yargılaması hakkındaki görüşlerini, Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi[39] üzerinde yazdıklarından yorumlayabiliriz. Ancak ileride daimî bir ulus üstü ceza mahkemesi kurulacağı hususunu da öngörmüştür. Verges eserinde bu mahkemenin halklar mahkemesi olacağını ifade etmiştir[40].

---

[38] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 21.

39 Savaşın galip devletleri olan, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti ve Fransa Londra Antlaşmasının ekinde yer alan Mahkemenin kuruluş Protokolü ile mahkemenin kuruluş ve işleyişini belirlemişlerdir. Buna göre Mahkeme Almanya'da Nürnberg Şehrinde yargılama yapmak üzere kurulmuştur. Mahkeme Askeri Mahkeme olarak imzacı 4 devletin atadığı hâkim ve savcılar ile ad-hoc statüde savaş sırasında Naziler tarafından işlenen suçlar 3 ana başlık altında toplanmış ve yargılama konusu edilmiştir. Bunlar: Barışa karşı suç niteliğinde, uluslararası sözleşme ve antlaşmaları çiğneyerek savaşı planlama, başlatma ve yürütme suçu, insanlığa karşı suç niteliğinde, sürgün, imha ve soykırım suçları, savaş suçları niteliğinde, savaş hukukunu çiğneme suçlarıdır. Yargılamalar 1 Ekim 1946'da sona ermiştir. 22 failden 12'si hakkında idam, 3'ü hakkında müebbet hapis, 4'ü hakkında süreli hapis cezası ve 3'ü hakkında da beraat kararı verilmiştir. Bkz. Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 70.

[40] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 73.

Verges başta karamsar bakar konuya. Nürnberg Mahkemesinden çıkartılacak ilk dersin, ütopyacıların ve kurnazların hayalini kurduğu, dünya çapında bir mahkemenin imkânsız olacağı düşüncesindedir. Verges'in eseri yazdığı döneme göre bunun mümkün olmadığı sonucuna neden ulaştığını anlamak zor değildir. İkinci dünya savaşına giden süreci, savaşı, savaş sonunda ortaya çıkartılan galipler dünya düzenini, kuşkusuz yaşayarak gözlemlemiştir. Bu gelinen noktada, edindiği tecrübe sonunda karamsarlığa düşmüş olması muhtemeldir. Aradan geçen sürede milletler bir şekilde kendi değerlerini ve ideallerini gerçekleştirmek ve kendisine karşı işlenen suçları cezalandıracak kalıcı olacak bir Ulus üstü ceza mahkemesi kurmayı Roma Statüsü ile başaracaktır.

Verges, Nürnberg yargılamalarından çıkartılacak ikinci dersin, savaş galiplerinin yenilenleri yargılama hakkına sahip olacak olmalarıdır der. Bu sayede savaşı kaybeden taraf, savaş sırasında ortaya çıkan fiillerinden sorumlu tutulacak ve savaşı başlatırken kaybettiğinde yargılanmayı da göze alması gerekecektir.

Üçüncü ders, kaybedenleri yargılamaya yeter yasa ve hukuk normunun bulunmaması karşısında, yeni yasaların hızlıca yaratılıp, kanunsuz yargılama gibi hukuki sorunun kısa yoldan giderilebileceğidir.

Dördüncü ders, Nazi Schutzstaffel (SS) ve gestapoların, üyeleri hakkında, aktif olarak suç işlemeseler de sırf kuruma aza olmaları neticesinde hukukta bir örgüte üyeliğe bağlanan, kolektif sorumluluk halinin getirilmiş olması halidir.

Beşinci ders, o güne kadar hukukta emri yerine getirmenin cezasızlık hali kabul edilmesi ilkesinin, ortadan kaldırılmasıdır[41]. Devlet görevlisi olma ve emri ifa savunması, suç konusu fiilin niteliğine göre, sanığın tek başına cezalandırılmasına engel olmayacaktır.

[41] Muhammed Demirel, Amirin Emri: Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Oniki Levha Yayıncılık 2014) 194.

Altıncı ders, tarihte ilk defa bireylerin uluslararası toplum önünde cezalandırılabilmesinin yolunun açılmasıdır[42]. Nitekim bu örnekleri, Nürnberg ve Tokyo ulus üstü mahkemelerinden biriken tecrübe ile birlikte, geçtiğimiz yüzyılda, yeni hukuk kuralları geliştirerek, Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi[43] yargılamalarında tecrübe ettik.

İkinci dünya savaşı sonrası oluşturulan ve beş daimî temsilcinin mutlak koalisyonuna bağlı birleşmiş milletlerin, temsil ve karar alma yapısının adil ve istenen nitelikte olup olmadığı tartışma konusu edilmesine rağmen, alınan kararların ulus üstü sonuçları olmaktadır. Geçici olarak kurulan bu mahkemelerin, dünya barışı ve güvenliği için sürekli olması zorunluluğu karşısında, sıkı egemenlik kavramı savunucusu devletler dahi bu mahkemeyi kuran statünün tarafı olmuşlardır.

A. ROMA STATÜSÜ

Roma Statüsü, Roma'da 15 Haziran 1998-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında 160 devletin katılımıyla toplanan Birleşmiş Milletler Konferansı sonucunda imzaya açılan "Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Statüsü" nün adıdır[44].

Statünün taraf devletlerinden eşit oy ve temsil hakkı ile oluşan, asamblesini kurarak bu mecliste[45] değişiklik ve bütçe gibi karar alma onaylama mekanizması ile üye devletlerin ortak katılım ve oy ve temsil yetkileri vardır.

Meclis Hollanda'nın Lahey kentinde bulunmaktadır. Meclis diğer ulus üstü birliklerden karar alma mekanizması ile ayrılmaktadır. Egemen eşit taraf

[42] Verges, Savunma Saldırıyor (n 2) 73.
[43] Selcan Erdal, UCM Kuruluşu ve Yargı Yetkisi (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 21-33.
[44] Kurşun, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi (n 4) 6.
[45] Ucm Taraf Devletler internet sitesi <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/crime%> Son Erişim Tarihi:24.4.2022.

devletlerin karar almak için oy birliğine gerek yoktur. Nitelikli oy çokluğu yeterlidir.

Statü uluslararası ilişkilerde liberal görüşlerin hakim olduğu son dönemde (Bu dönemin de 1989 ile 2001 arası 12 yıllık bir süreyi kapsadığını söyleyebiliriz), meydana getirilebilmiştir.

Statü 1998 yılında kabul edilse de mahkemenin kuruluşu 2003 yılında gerçekleşmiştir. Mahkeme tıpkı üye devletler meclisi gibi Hollanda'nın Lahey kentinde faaliyet göstermektedir.

Statü tüm Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin onayına ve katılımına açıktır. Statü gereği sözleşme maddeleri müzakereye açık değildir. Çekince, itiraz olmadan tümüyle kabul edilmelidir. Onaylamak isteyen aday devletler ya tüm maddeleri kabul eder ya da taraf sayılmazlar.

Statü gereği, dünya üzerinde mevcut 4 temel hukuk ekolü olan, Kara Avrupası hukuk sistemi, Anglosakson, Sosyalist hukuk sistemi ve İslam hukuk sisteminin karması olan bir hukuk yargılaması yapılmaktadır. Bu sayede her devlet tarafından daha kolay benimsenmiştir.

Mahkemenin resmi dilleri Arapça, Çince, Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Rusçadır. Çalışma dilleri ise İngilizce ve Fransızcadır. Mahkemece verilen hükümler bu resmi dillerde yayımlanır.

Mahkeme ve Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi arasında, uluslararası hukukta birlik oluşturmak gayesi de gözetilerek çok yönlü bir ilişki tesis edilmiştir[46]. Statüde, BM Güvenlik Konseyi'ne tanınan yetkiler iki kurum arasında zorunlu bir ilişki kurulmasına sebep olmaktadır. 4 Ekim 2004'te, BM ile

[46] Nesrin Dabanlıoğlu Alanur, 'Roma Statüsüne Göre BM Güvenlik Konseyinin bir Durumu UCM'ye Sevketme ve Soruşturma ile Davaları (Yargılamayı) Erteleme Yetkisi', (2019) 23 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53, 55.

mahkeme arasındaki iş birliğinin genel çerçevesini çizen, BM ile UCM Arasındaki İlişkiler Andlaşması mevcuttur. Konsey ve mahkeme arasında iş birliği bakımında özel hükümler konmuştur. Buna göre Güvenlik Konseyi mahkemeye, ihlal konusunda araştırma yapması, soruşturma başlatması veya devam eden soruşturmanın ertelenmesi başvurusunda bulunabilir. Görece BM üstün tutulsa da andlaşmanın 2/1. maddesi mahkemeyi bağımsız, uluslararası tüzel kişiliğe sahip bir yargı kurumu olarak kabul etmektedir. 2/2. maddesi, BM ve mahkemenin birbirlerinin statüsüne ve yetkilerine saygı göstereceklerini belirtmiştir[47].

Mahkemenin yargı görevi içerisine giren suçlar sınırlıdır. Bunlar: Soykırım Suçu, İnsanlığa Karşı Suçlar, Savaş Suçları ve Saldırı Suçlarıdır[48]. Mahkeme sadece ceza hukukuna bağlı yargılama yapmaz. Müşteki ve mağdurların tazminat taleplerini de ele alıp karara bağlar. Sanıkların mal varlıklarının tasarrufu konusunda tedbir kararı verebilir. Üye devletler bu kararları iç hukuk sisteminden bağımsız olarak derhal uygulamak, yerine getirmek zorundadırlar.

Statü gereği mahkeme organları şunlardır: Başkanlık, Ön Yargılama, Yargılama ve İstinaf bölümlerinden oluşan Daireler, Savcılık ve Yazı İşleri Bürosudur.

Suçun kendisine ihbarı veya resen araştırma başlatma yetkisi savcılık makamındadır. Soruşturma başlatma ile ilgili olarak savcı oldukça geniş yetkilere sahiptir. Buna göre savcı elde ettiği bilgiler ışığında kendiliğinden soruşturma başlatabilmektedir. Bu çerçevede savcının kendisine gelen bilgilerin ciddiyetini analiz etme ve gerekirse Devletlerden, BM'den, hükümetler arası kuruluşlardan, sivil toplum örgütlerinden ya da diğer güvenilir kaynaklardan ilave bilgi isteme yetkisi vardır. Eğer savcı soruşturma açılması için yeterli bir temel ve sebep

[47] Dabanlıoğlu Alanur (n 46) 55.
[48] Nimet Güller ve Hamide Zafer, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı (Gustav-Stresemann-Institut e.V. 2006) 75.

olduğu sonucuna varırsa, soruşturma için Ön Soruşturma Dairesinden izin talep eder. Bu daire savcının talebini uygun bulduğu takdirde soruşturma izni vermektedir. Eğer Savcı kendisine gelen bilgileri değerlendirdikten sonra soruşturma açılmasına gerek görmezse bu kararını Ön Soruşturma Dairesine bildirecektir. Şayet durum Taraf bir Devlet ya da BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye havale edilmişse ve Savcı soruşturma açılmasına gerek görmemişse Ön Soruşturma Dairesi bu kararı gözden geçirebilecektir. Buna ilave olarak, bu Daire kendi inisiyatifi ile de Savcının soruşturma başlatmaması yönündeki kararı gözden geçirebilecektir. Savcının soruşturma başlatmama kararı Ön Soruşturma Dairesinin onayı ile geçerlilik kazanacaktır[49].

Savcı soruşturma iznini aldıktan sonra delil toplamak için devletlerden bilgi belge isteyebilir, tanık dinleyebilir. Taraf ülkeden adli yardım talebinde bulunabilir. Bu yardım sözleşme gereği istendiği taraf devlet tarafından yerine getirilmelidir. Sözleşmeye ters düşmeyecek şekilde devlet ve uluslararası örgüt ve kişiler ile iş birliği anlaşmaları yapabilir. Soruşturmanın gizliliği için gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğünde, Savcının soruşturmalar konusundaki görev ve yetkilerinin düzenlendiği 54.'cü maddenin 3.'cü fıkrasının e bendinde, Savcı kendisine gizli kalmak kaydıyla, soruşturmaya konu olarak kendisine verilen bilgiyi sahibinin izni olmadan yargılama içerisinde olsa dahi açıklayamayacağı belirtilmiştir.

Soruşturmanın bitirilmesi ve iddianamenin hazırlanması ile birlikte ara muhakeme safhası başlar. Bu safhada şüpheli mahkemeye çağrılır veya hakkında gözaltı kararı, tutuklama kararı verilebilir. Sanık bulunduğu, statüye taraf ülkede yakalanıp mahkemeye getirilmek zorundadır. Sanık hakkında hazırlanan suçlama ve deliller gösterildikten ve karşı delil sunma savunma hakkı tanındıktan sonra

[49] Sevim Uygun, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2016) 39-40.

sözlü yargılama başlatılır.

Ara muhakeme sonunda, Ön Yargılama Dairesi, üç türlü karar verebilir. Daire, suçlama konusunda ya yeteri kadar delil bulunduğuna (davanın kabulüne), ya yeteri kadar delil bulunmadığına (davanın reddine), ya da davanın açılmasının ertelenmesine karar verir. Erteleme kararı, delillerin yeterli olmaması nedeniyle suçluluk konusunda daha fazla delil sunulması ya da iddianın değiştirilmesi gereken hallerde verilebilir.

Davanın kabulü ile birlikte dosya başkanlık tarafından ilgili daireye tevzi edilir.

Bir başkan ve iki üyeden oluşan Yargılama Dairesi dosyayı alınca yargılamaya ilişkin usulleri belirler. Yargılamanın hangi dilde yapılacağı tercüme işlemleri vs. usul işlemlerine karar verir. Sanığı mutlaka duruşmaya getirtir. Duruşmada savcılık makamı, sanık müdafileri, mağdur, müşteki taraf vekilleri de bulunabilir. Duruşmalar açık yapılsa da gerekli hallerde gizli oturum yapılmasına kara verilebilir. Sanığın suçlamaları ikrar etmesine imkân verilir. İkrar beyanı hukuka uygun ve hür iradeye bağlı olarak yapılmamış ise kabul edilmeyebilir. Daire tüm delilleri toplayıp savunmaları da aldıktan sonra sanığın suçlu olup olmadığına karar verir. Suçlu bulursa bu sefer suç konusu fiile hangi cezayı uygulayacağına karar verir.

Ceza on beş yıl hapis cezasından başlayarak Müebbet hapse kadar verilebilir. Cezayı takdir hakkı mahkemenindir.

Verilen mahkûmiyet kararına karşı kanun yolu olarak tarafların istinaf hakları bulunmaktadır. İstinaf Dairesi, incelemesi sonunda şu kararlar verilebilir: Daire, usul kurallarının yanlış uygulandığı, olayların yanlış tespit edildiği veya davanın sonucunu etkileyecek derecede bir adalet eksikliği olduğu kanaatine varırsa, hüküm veya cezayı kaldırabilir veya düzeltebilir veya davanın görülmek üzere başka bir esas Yargılama Dairesi'ne gönderilmesine karar verebilir. Ancak, bu

kararları verebilmek için İstinaf Dairesi, Esas Yargılama Dairesi'nin konuyu inceleyip uygun bir rapor hazırlamasını isteyebilir ve dosyayı ona iade edebilir. İstinaf Dairesi, bu kararları verebilmek için kendisi de delil toplayabilir. Yapılan istinaf incelemesi sadece cezaya ilişkin olarak talep edilmiş ve İstinaf Dairesi, verilen cezanın işlenen suçla orantılı olmadığı görüşünde ise, cezayı değiştirir. Esas Yargılama Dairesi'nin hükmüne (cezanın miktarına) karşı, sanık veya onun lehine savcı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş ise hüküm aleyhe bozulamaz.

Şartların varlığı halinde yeniden yargılanma talep edilebilir. Bu talep sanığın ölmüş olması halinde mirasçıları tarafından da ileri sürülebilir.

Kesinleşen kararlar, hükümlünün taraf devletlerin gönüllülük esasına göre belirlenen ceza infaz kurumlarında infaz edilir. İnfaz hukuku açısından statünün üstünlüğü vardır. Ceza statüye göre infaz edilecek olup infazdan mesul devlet infaz yasaları ve kuralları tatbik edilmez.

Mahkeme hakkında bilgi sunduktan sonra ilk ceza alan sanığı yakından tanıtalım.

B. UCM YARGISINDA İLK MAHKÛM LUBANGA

UCM tarafından hakkında ilk mahkûmiyet kararı verilen Eski adı Zaire yeni adı Demokratik Kongo Cumhuriyeti vatandaşı Thomas Lubanga Dyilo'dur.

Lubanga 29 Aralık 1960 tarihinde doğmuştur. Kongo Demokratik Cumhuriyeti kuzey doğu bölgesinde yer alan Ituru bölgesinde çıkan etnik ve siyasi kargaşada, 2001 de silahlı militer Kongolu Yurtseverler Birliği'nin (UPC) kurmuş ve başkanlığını yürütmüştür. Bu örgüt ulusal başkanı iken Uganda ve ardından Ruanda tarafından desteklenmiştir. Eylül 2002 de UPC'nın adını UPC/RP (Kongolu Yurtseverler/Uzlaşma ve Barış Birliği) olarak değiştirmiştir. Kongolu Yurtseverler Birliği (UPC), çoğunlukla etnik Hemalar'dan oluşan bir Kongolu isyancı hareket olarak tanınmıştır.

Ruanda hükumetine yakın olan UPC, Ituri eyaletinde sürmekte olan ve onu Lendu'dan oluşan milliyetçi ve entegrasyonistlerin Cephesi'ne karşı çıkan savaşa katılmıştır. 7 Ocak 2003 de Angola'ya karşı savaşmıştır. Bunia şehrinin kontrolünü sağlamıştır.

Bu savaşlarda, Lubanga, UPC, birliklerinde çocuk asker kullanmakla suçlanmıştır. Ayrıca 2002 yılında, müttefikleriyle birlikte, Songolo bölgesinde birkaç yüz kişiyi katlettikleri iddia edilmiştir[50].

C. LUBANGA VE UCM YARGILAMASI

Demokratik Kongo Cumhuriyeti devlet başkanının 19 Nisan 2004 tarihinde UCM Savcısı Luis Moreno Ocampo'ya bir mektup göndererek ülkesinde gerçekleştirilen ve Roma Statüsü kapsamındaki suçlara ilişkin soruşturma açılmasını talep etmiştir.

Bu talep üzerine savcı tarafından yapılan ön inceleme neticesinde dava 04 Temmuz 2004 tarihinde Ön Yargılama Dairesine taşınmıştır.

Soruşturma dosyası kapsamında hakkında 10 Şubat 2006 tarihinde tutuklama emri çıkarılarak 17 Mart 2006 tarihinde yakalanan Kongo Vatanseverler Birliği lideri Thomas Lubanga, UCM tarihinde bu mahkemenin kararı ile tutuklanan ilk kişi olmuştur.

Thomas Lubanga Hakkında UCM'nın 1'nci Ön Yargılama Dairesinde 09 Kasım 2006 tarihinde başlanan yargılamasında, bu dairenin 09 Ocak 2007 tarihli kararı ile Lubanga'nın iddianamede yazılı suçları işlediğine dair yeterli kanıt bulunduğuna karar verilerek, yargılama için dosya Dava Dairesine gönderilmiştir. İddianamede, Lubanga için işlediği iddia edilen suçlardan birisi uluslararası nitelikte olan ve olmayan silahlı çatışmalarda 15 yaşından küçükleri

[50] Claire Garbett, 'The Truth and the Trial: Victim Participation, Restorative Justice, and the International Criminal Court', (2013) 16 (2) Contemporary Justice Review 193, 199.

silahaltına almak ve bunlardan silahlı birlikler oluşturmaktır.

Lubanga hakkındaki davanın ilk duruşması 26 Ocak 2009 tarihinde başlamıştır[51].

Uluslararası Ceza Mahkemesi, 14 Mart 2012 de Lubanga'nın, Statü gereği, 15 yaşından küçük çocukları askere almaktan ve onları silahlı çatışmalara dâhil etmekten suçlu bularak ilk kararını açıklar.10 Temmuz 2012 'de 14 yıl hapse mahkûm edilir[52].

Lubanga kesinleşen dava neticesinde Statü gereği ayrıca görülen tazminat davasında mağdurlara on milyon USD ödemek üzere tazminata mahkûm edilir. Tazminatı ödeyecek maddi gücü olmadığı için Statü gereği kurulmuş olan fondan mağdur zararlarının karşılanmasına karar verilir.

İnfazın kalan süresini kendi ülkesinde bir hapishanede tamamlayan Lubanga 2020 yılında tahliye edilir.

Lubanga'nın yargılanması ve mahkûm edilmesi Roma Statüsü 'nün ilk uygulama örneği olması açısından tarihi öneme haizdir. Ceza hukuku açısından bakıldığında, yargılama usulü karma bir özellik arz eder. Önce deliller tartışılır. İsnat edilen suçlamaya ilişkin iddia makamı savcılık tüm delilleri taraflara ve özellikle savunmaya açmak ve göstermek zorundadır. Burada kasıt savunmanın yararına olacak delillerin de gizlenmemesidir. Nitekim Lubanga yargılamasının başında savcılık BM'den elde ettiği delillerin bir kısmının şüpheli olması ve savunmadan saklanmaması nedeni ile Lubanga hakkında mahkeme tahliye kararı vermekte sakınca görmemiştir. Eğer tahliye kararı İstinaf Dairesi tarafından ortadan kaldırılmasaydı, Lubanga daha yargılamaya başlanmadan, esasa girmeden, usul yönünden tahliye edilecekti.

[51] Can Akdoğan, 'Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2009) 384.
[52] Bkz. ICC., Case Information Sheet, ICC-PIDS-CIS-DRC-01-017/21_Eng, Temmuz 2021.

Bu karar bize Mahkemenin usul ve savunma hakkı üzerinde hassasiyetle durduğunu göstermektedir. Ancak asıl başarı Lubanga'nın savunmasını yürüten avukatların bu usule aykırılığı mahkemeye kabul ettirebilmeleridir. Savunma bu yönüyle Mahkemenin kurallarını kabul etmiş ve düzene karşı değil, iddia makamının delilerine saldırmıştır. Birçok delili de bu sayede çürütmüşler, geçersiz kılmışlardır. Bu yönüyle, Lubanga davasında avukatların Verges'in uyum savunması teorisini başarı ile uygulandığını söyleyebiliriz.

Lubanga davasını bir kopuş savunmasına büründürmek mümkün olabilir miydi? Bu sorunun cevabını bulmak zordur. Verges'in dediği gibi bunun için birden fazla faktör bir araya gelmelidir. Öncelikle kurulu düzene karşı bir adalet arayışı olmalıdır. Bu adalet arayışının ancak kopuş savunması ile yapılması zorunluluğun bulunmalıdır. Sanık ve avukatlarının da bu yolda bir savunma yapmayı seçmeleri gerekmektedir.

Lubanga'ya karşı yöneltilen suçlamaların niteliği ve elde edilmiş olan deliller birlikte ele alındığında, davada kopuş davası stratejisinin uygulanmasının mümkün olmadığı fark edilmektedir. Statü ulusların birleşimi ile iş görmektedir. Statüye karşı yürütülecek bir kopuş davası uluslararası bir örgütün otoritesini ve dolayısı ile tüm taraf devlet otoritesine hedef almalıdır Kopuş Davasında. Bu toptan bir milletler yozlaşmasının varlığını iddia gerektireceğinden oldukça zor bir olasılıktır. Kopuş Savunmasının meşruiyet olgusu eksik olacaktır.

Lubanga davasının siyasi bir temeli yoktur. Bunun üzerinden bozulan sisteme ve sistemi çözmeye tasfiye etmeye yönelik bir iddiası da yoktur, Lubanga'nın. Davada hukuk kabullerini adalet uğruna sarsacak bir idealden de söz etmek mümkün değildir.

Gerçekte katliam ve savaşta çocuk asker kullanan bir despottur, Lubanga. Onun da savunulması gerekir. Verges'in dediği gibi onun suçlarının bir önemi yoktur. Onun hukuk karşısında alabilecekleri önemlidir. Sırf bu yüzden savunulmalıdır.

Suçu değil suçluyu savunma ayrımı tam da bu nokta üzerindedir. Keyifli olan da budur Verges için.

Bu nedenle Lubanga davasında mahkemenin otoritesi tartışılmamış doğrudan iddia makamı hedef alınmıştır. İsnat edilen fiillerin birçoğu kanıtlanamamış veya savunma tarafından ustaca bertaraf edilmiştir. Bu anlamda savunma bu dava için işini fazlasıyla yapmıştır.

D. MAHKEMENİN OTURUM DÜZENİ VE OTURUM DÜZENİNİN SAVUNMAYA ETKİSİ

UCM'de devam eden davaların birçoğu kamuya açık şekilde yürütülmekte ve canlı olarak internet üzerinden takip edilebilmektedir. Lubanga'nın yargılandığı davada mağdurların çocuk olmaları gibi nedenle duruşmaların bir kısmı kapalı oturumda yapılmış, internet üzerinden canlı izlemek mümkün olmamıştır.

Diğer yönüyle UCM'in, duruşma salonlarının fiziki yapısı kopuş savunması yapmaya elverişli görünmemektedir. Zira mahkeme salonlarının fiziki yapısı yargılamalarda izleyenler açısından çok dikkat edilemese de savunma için çok önemlidir. Bunun önemini UCM duruşma salonlarının neye benzediğini izah ederek açıklayalım.

UCM'in duruşma salonlarında izleyici ve dinleyicilere ayrılmış bölümler bir balkon üzerinde cam ile kapalı, izleyicilerin sesinin salona ulaşmayacağı şekilde inşa edilmiştir. Bu haliyle duruşmayı takip edenler, doğrudan mahkemeye, sanığa, savcıya, müşteki ile katılanlara seslerini, protestolarını, alkış ve tepkilerini, seslerini ulaştıramamaktadır. Mahkemenin düzeni ile ilgili olarak olumsuz kabul edilecek izleyici tutumlarının oluşmaması için bir mimari hassasiyet tercih edilmiş olabilir. Lakin bu haliyle yargılamanın ne kadar kamuya açık olacağı bir soru işaretidir. Zira yargılamanın bir süjesi de izleyiciler ve onları oluşturan halktır. Halk yargılamalarda kamu vicdanın vücut bulmuş halidir. Bu nedenle mahkeme ve halkı pek ayırmamak gerekir. Mevcut haliyle UCM 'de

mahkeme ve halk tam manasıyla ayrılmasa da birlikte olduğu da söylenemez. Savunma için halkı arkasında hissetmeden kopuş savunması yapmak zorlaşmaktadır.

Eleştirilmesi gereken hususlardan önemli biri de mahkeme salonunun iç oturma düzenidir. Yargı otoritesi sağlama açısından mahkeme üyelerinin oturması için yerden yüksek bir kürsü kurulmuştur. Sanık ve katılanlar mahkemenin sağ tarafında savcılık ve diğer bir kısım katılanlar da mahkemenin sol tarafında pozisyonlandırılmışlardır.

Sanık en arka köşede yanında bir kolluk görevlisi ile birlikte oturmaktadır. Önünde savunma yardımcıları ve avukatlardan oluşan 3 sıra daha oturma düzeni vardır. Mahkemenin tam önünde zabıt katipleri yer almaktadır.

Savunma ve iddia makamı karşılıklı konumlandırılarak bir eşitlik sağlanmış görünmekteyse de sanığın hal ve davranışlarının mahkeme üyelerinin görüş açısının dışında bir yerde olması ceza yargılaması düzeni açısından önem arz etmesi nedeni eleştirilebilir. Şöyle ki mahkeme sanığın hal ve tavırlarını onun hakkında hüküm kururken görmeli ve sanık ile arasında, onu analiz edebilmek için empati köprüsü kurabilmelidir. Evet, bu sav, sanığın mahkemeyi etkileyebilmesi için bir fırsat ve bu yönüyle olumsuz algılanabilir, lakin öbür türlü sanık duruşmada bir figüran olmaktan öteye gitmemektedir. Mahkeme soyut bir yargılama havası vermektedir. Doğrusu sanığın olabildiğince yargıçların gözünün önünde olmasıdır.

Diğer yandan, savunma ve iddia makamı ayağa kalktıklarında söz söylerken, yargıçları görmek için yan dönmek zorunda kalmaktadırlar. Önlerinde yer alan sabit bilgisayar ekranına veya dosyaya dönüp bakarken, ceza yargılamasında savunma için hayati önemi olan, mahkeme ile iletişim bu nedenle kopmaktadır. Bu yüzden yargıçlar ile göz göze gelebilmek için masanın köşesine gelip savunma yapmak zorunda kalan müdafileri görmek mümkündür. Mevcut halde,

vekili ile uzak oturtulan sanık, duruşma esnasında vekili ile bir konuyu müzakere etmek veya hatırlatma da bulunabilmek hakkından yoksundur[53]. Bu iletişimi kurmak için ya ayağa kalkıp üç sıra önde vekilinin yanına gidecek ya da vekili ayağa kalkıp sanığın yanına gelip konuşabileceklerdir. Yargılama doğrudan izleyici olmasa da yaklaşık otuz kişi önünde oldukça dar sayılabilecek bir alanda yapılmaktadır. Bir de oturanların önlerinde biraz fazla büyük sayılabilecek bir ekran konulduğu için duruşma salonu araştırma yapılan kütüphane salonu gibi durmaktadır. Tarafların birbirlerini gözlemlemeleri zorlaştırmaktadır.

Eleştirilere ilave edilebilecek başka hususlar elbette vardır. UCM'in duruşma salonları bu haliyle sadece uyum savunması yapmak üzere kurgulanmıştır denilebilir. Mahkeme salonunda savunma ve iddia makamı karşı karşıya tutulmakta, yargıçlar tarafların ne yapacaklarını görmek isteyen izleyici konumunda tutulmaktadır. Savunma bu olumsuz salon yapısı ve duruşma düzeni ile bir yargılamada ancak, Verges'in deyimiyle, savcılığa iddia makamına hücum ederek onun delillerini etkisiz bırakmaya yönelebilir. Savunma bu yargılamalarda kurulu düzeni ve mahkemeyi hedef alamaz. Statünün yargılama konusuna giren fiillerin sınırlı olması da şimdilik bir kopuş savunması yapılmasını zorlaştıran diğer sebeptir.

SONUÇ

Verges, 20. yüzyılda ve 21. yüzyılın başında yaşamış hukukçu ve düşünürdür. Fikir dünyasında geçmiş yüzyıla ait yaşanmışlıklar üzerinden birikimde bulunmuş ve ona göre kendi çağında pozisyon almıştır. Başarılı bir ceza avukatı olarak, modern hukuk tarihinde savunma üzerine önemli önermesi olan Kopuş ve Uyum Davaların literatüre katarak hukuk ilminin gelişmesine hizmet etmiştir.

[53] Merve Buldaç, 'Ceza Yargılamalarında Duruşma Salonlarının Fiziksel ve Ruhsal Değerler Açısından İrdelenmesi ve Türkiye için bir Tasarım Önerisi' (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi 2019) 115-116.

Ceza davalarında, kurulu düzenin yasalarını ve buna bağlı yozlaşmış adalet sitemini hedef alan felsefesini, uyguladığı kopuş davalarında sanata dönüştürmüştür. Ceza yargılamasında savunmanın bir sınırının olmadığını, sınırın insan aklından ibaret olduğunu, savaş meydanında elde edilmesi mümkün olmayan kazanımların elde edilebileceğini, kendi müvekkillerini savunduğu ceza davalarında da cesaretle öncü olarak da göstermiştir. Güney Amerika'da bazı ülkelerde eseri ve savunma teknikleri ders olarak okutulmuş, avukatlar arasında Verges ekolü oluşmuştur.

Verges bu olgunluğa ulaşırken Sokrates'i, onun hayranı Nietzsche'yi, basamak alıp çağdaşı üstün filozoflar Darida ve Foucault'yu bile etkilemeyi başarmış bir hukuk felsefecisi haline gelmiştir[54].

Verges, kopuş davasının kaderin tuzağı olmadığını, orada davanın seyrini sanığın seçiminin belirlediğini, başka hiçbir alanda insanın eline bir araya gelmiş bunca gücü yenme şansının olmadığını, davada silahsız olarak sırf savunmayı silah olarak kullanarak kurulu düzene üstün ideale bağlı hukuk ile meşruiyet kazanıp saldırılabileceğini, bunun da cesaret gerektirdiğini, aksi halde cesaretsiz felaketin bir suç olduğunu söyler. Bir davanın, kopuş davası olarak tek başına düzeni tehdit edip yıkabileceğine işaret eder. Mevcut yozlaşmış sistemin mahkemelerinde zaten sonu felaket olacak olan sanığın, mahkemede kendi felaketini tersine çevirebilecek cesaret göstermesini ister.

Bu anlamda ilk Kopuş Davası sanığı olarak gördüğü Sokrates'i ayrı bir yere koyar. Felaketine inançları uğruna cesurca gitmiştir, Sokrates. Onu idealleri uğrunu kendini feda eden bir kahraman olduğu için savunmasını kopuş savunması olarak değerlendirir. Ancak Savunma Saldırıyor adlı eserinde tanımladığı kopuş savunması tanımı ile Sokrates'in yargılanması esnasında

[54] Jonathan Widell, 'Jacques Vergès, Devil's Advocate A Psychohistory of Vergès' Judicial Strategy' (Doctor of Civil Law Thesis, Mcgill University 2012) 30.

gerçekleşen hadiseler bize bunun bir kopuş savunması olmadığını göstermektedir. Sokrates savunmasında Verges 'in işaret ettiği kopuş savunması esaslarını ve sonuçlarını göstermemiştir. Sokrates bildiği tek şeyin hiçbir şey bilmediği olduğunu söylerken, bilginin sorgulanmadan kabul edilmemesi gerektiğini savunmuştur. Savunmasında ne mahkemeyi ne kanunlarını ne tanrıları ne de sitenin varlığını hedef almıştır. Mahkeme düzenine ve site kurallarına sadık kalmış, tanrıları reddetmemiştir. Daha üstün bir ideal ile bütünleşmiş hukukun varlığına dayanarak mevcut hukuka sisteminde yargılanamayacağını ve yargılamayı gerçekleştiren hukuk sistemini, bunun aktörlerini tanımadığını, yıkılmaları gerektiğini savunmamıştır. Bu nedenledir ki Sokrates'in savunması bir kopuş savunması olarak nitelenemez.

Uyum davalarının da kendine has inceliklerini sayar eserinde, Verges. Düzeni kabul edip iddia makamının elindeki delillere saldırmak ve onları çürütmekte önemlidir. Akıl işidir. Hukukun savunma yönünü sanat olarak görmektedir. Savunma yapmaktan keyif almaktadır. Savunduğu kişinin suçlu olup olmadığının bir önemi yoktur. Hukuk herkesin savunulma hakkı olduğunu kabul etmeyi gerektirdiği için bundan keyif alır. Adaletin tek bir masumun haksızca cezalandırılması ile ortadan kalkacağını bunun yanında suçlunun beraatının göğüslenebileceğini iddia eder. Hal böyle olunca Lubanga'nın avukatlarının Uyum Davası ile müvekkillerini onca suçlama karşısında sadece çocuk askerlere ait kısımdan mahkûm ettirmeleri de uyum davasının başarısıdır.

KAYNAKÇA

Akdoğan C, 'Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2009).

Buldaç M, 'Ceza Yargılamalarında Duruşma Salonlarının Fiziksel ve Ruhsal Değerler Açısından İrdelenmesi ve Türkiye için bir Tasarım Önerisi' (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi 2019).

Dabanlıoğlu Alanur N, 'Roma Statüsüne Göre BM Güvenlik Konseyinin bir Durumu UCM'ye Sevketme ve Soruşturma ile Davaları (Yargılamayı) Erteleme

Yetkisi', (2019) 23 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53, 85.

Demirel M, Amirin Emri: Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Oniki Levha Yayıncılık 2014).

Erdal S, UCM Kuruluşu ve Yargı Yetkisi (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).

Evlice A, 'Sokrates'in Savunmasına Hukuki Bir Yaklaşım', (2014) (2) Ankara Barosu Hukuk Gündemi 44, 48.

Falk, BJ, 'The Saga of the Rosenbergs: The Trial That Keeps on Giving', (2013) 12 (3) American Communist History 283-298.

Garbett C, 'The Truth and the Trial: Victim Participation, Restorative Justice, and the International Criminal Court', (2013) 16 (2) Contemporary Justice Review 193, 213.

Ginsburg T ve Moustafa T, Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes (Cambridge University Press 2008).

Güller N ve Zafer H, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı (Gustav-Stresemann-Institut e.V. 2006).

Kahyaoğlu M, 'Paganizm ve Hristiyanlık Arasında Savaşım Aracı Olarak Kehanet', (2011) (7) Türk Bilim Dergisi 135, 144.

Kurşun G, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi (İnsan Hakları Gündemi Derneği 2011).

Macey D, Emile Zola: A Life (Yale University Press 1998).

Mısır MH, Mitolojiden Günümüze Savunma (Gaziantep Barosu 2012) 14.

Pashukanis E, 'Lenin ve Hukuksal Sorunlar', Onur Karahanoğulları (çev) (2008) 26 (3) Çağımızda Hukuk ve Toplum Dergisi 37, 52.

Platon, Sokrates'in Savunması (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2012).

Sina A, 'Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler', (2016) (123) TBBD 419, 450.

Sönmez Yakut A, 'Platon'un Phaidon'unda Sokrates'in Savunması', (2017) 11 (1) Archivum Anatolicum 129, 142.

Stein AJ, 'Reforming the Sentencing Regime for the Most Serious Crimes of Concern: The International Criminal Court Through the Lens of the Lubanga Trial', (2014) 39 Brooklyn Journal of International Law 521, 562.

Todorov T, The Fragility of Goodness: Why Bulgaria's Jews Survived the Holocaust (Princeton University Press 2003).

Topsakal E, ‘Jackques Verges ve Savunma Sanatı’, (2018) (1) Ankara Barosu Hukuk Gündemi 10, 17.

Uygun S, ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi’ (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi) 2016.

Verges J, Savunma Saldırıyor, Vivet Kanetti (çev) (4. Bası, Metis Yayıncılık 2020).

Widell J, Jacques Vergès, Devil's Advocate A Psychohistory of Vergès' Judicial Strategy (Doctor of Civil Law Thesis, McGill University 2012).

Yeşilova B, ‘Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği’, (2009) (86) TBBD 47, 101.

Zafer H, ‘Savunma Hakkı ve Sınırları’, (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 507, 540.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/crime%>.

<https://www.eccc.gov.kh/en/persons/mr-jacques-vergès>

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received: 22.03.2023
Kabul Tarihi / Accepted: 08.04.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

TEORİK ÇERÇEVEDE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ

Fatih ÖZKUL

Araştırma Makalesi

Dr., Hâkim, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, fatih4567@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-1082-6856.

ÖZET

Modern demokrasilerin gelişimine paralel olarak hangi hükümet sisteminin tercih edilmesi gerektiğine yönelik tartışmalar da yeni bir boyut kazanmış ve bu konuda çeşitli alternatifler sunulmuştur. Literatüre bir parça göz atıldığında bu konuda yapılmış birçok çalışmanın olduğu anlaşılmaktadır.

Ülkemizde hükümet sistemi arayışı özellikle 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra büyük bir ivme kazanmıştır. Merhum Cumhurbaşkanlarımızdan Turgut Özal ile başlayan hükümet sistemi tartışmaları, yine merhum Cumhurbaşkanımız Süleyman Demirel ile gündemde tutulmuştur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, hükümet sistemi arayışları içerisindeki talebin başkanlık sistemi yönünde olduğudur. 1982 Anayasası ile kabul edilen parlamenter hükümet sistemindeki ilk önemli değişiklik, 2007 Anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esasının benimsenmesidir. Anılan değişikliği 2017 değişikliği izlemiştir. 2017 değişikliği öncesinde, öncekilere oranla daha yoğun bir şekilde başkanlık sistemi üzerinde yapılan tartışmalar "Türk Tipi Başkanlık Sistemi" adıyla yol haritasından çıkmış ve sonuç olarak "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine" geçilmiştir. Anılan değişiklik ile birlikte 1876 Anayasası'ndan beri uyguladığımız parlamenter hükümet sistem terk edilmiş ve yeni bir model benimsenmiştir. Ancak teorik bir karşılaştırma yapıldığı takdirde, benimsenen yeni hükümet modelinin dünya üzerinde kabul görmüş sistemlerle uyuşmadığı, başkanlık sisteminin temel özellikleri ile de önemli farklılıklar arz ettiği, kendine özgü denenmemiş bir prototip olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada okuyucuya genel kabul görmüş olan hükümet sistemlerinin temel özellikleri sunulduktan sonra, anılan sistemlerin ülkemizde uygulanan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile karşılaştırılması yapılmış ve benimsenen yeni sistemin hangi hükümet modelinin özelliklerini taşıdığı tartışılmıştır. Yine kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında yasama ve yürütme organlarının birbirleriyle etkileşim mekanizmaları çerçevesinde cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulanmasında görülebilecek olumsuzluklar değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Saf Başkanlık Sistemi, Başbakancı Başkanlık Sistemi, Başkancı Parlamenter Sistem, Başkanlı Parlamenter Sistem

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM IN THE THEORETICAL FRAMEWORK

Fatih ÖZKUL

Research Article

Dr., Judge, Gaziantep Regional Court, fatih4567@hotmail.com, ORCID: 0000 0002-1082-6856.

ABSTRACT

In parallel with the development of modern democracies, the debates on which government system should be preferred have gained a new dimension and various alternatives have been presented in this regard. A glance at the literature reveals that there are many studies on this subject. The search for government system in our country

gained momentum especially after the 1982 Constitution came into force. The government system discussions, which started with one of our late President Turgut Özal, were also kept on the agenda with our late President Süleyman Demirel. However, the point to be noted here is that the demand in search of a government system is for the presidential system. The first important change in the parliamentary government system adopted with the 1982 Constitution was the adoption of the principle of election of the President by the people, with the amendment made in the Constitution in 2007. The 2007 constitutional amendment was followed by the 2017 amendment. Before the 2017 change, the discussions on the presidential system, which started more intensely than the previous ones, left the road map with the name "Turkish Type Presidential System" and as a result, the "Presidential Government System" was passed. With the aforementioned amendment, the parliamentary government system that we have been implementing since the 1876 Constitution was abandoned and a new model was adopted. However, if a theoretical comparison is made, it is understood that the new government model adopted does not comply with the systems accepted in the world, and also has significant differences with the basic features of the presidential system, and is a unique untested prototype.
In this study, after presenting the basic features of the generally accepted government systems to the reader, the aforementioned systems were compared with the presidential government system applied in our country and it was discussed which government model the adopted new system had. Again, in the context of the principle of separation of powers, the negativities that can be seen in the implementation of the presidential government system were evaluated within the framework of the interaction mechanisms of the legislative and executive organs.

KEYWORDS: Turkish Presidential System, Pure Presidential System, Premier-Pesidential System, President Parliamentary System, Parliamentary with “President” System

GİRİŞ

Modern demokrasilerin geldiği aşamada, hükümet sistemleri üzerine yapılan çalışmalar ve düşünceler en güncel kamusal tartışmaların başında gelmektedir. Söz konusu çalışmalar kamu hukuku alanında, ancak özellikle anayasa hukukunda önemli bir yer işgal etmektedir. Bilhassa demokrasisini tam olarak rayına oturtamamış ülkelerde her zaman yeni bir sistem arayışı mevcut olacaktır. Bu doğrultuda yeni tartışma ve arayışların devam etmesi olağan kabul edilmelidir.

Hükümet sistemleri üzerine yapılan çalışmalar 20. yüzyılın sonlarına doğru belirginleşmiştir. Küreselleşme ile paralel şekilde değişen ulusal ve uluslararası dinamikler bu belirginleşmenin nedeni olarak gösterilmiştir[1]. Siyasal sistemler karşılaştıkları sorunlara göre değişikliklere uğramıştır. Söz konusu değişiklikler büyük oranda yürütme organına istikrar kazandırılması yönünde gerçekleşmiş ve ülkelerin gelişmişlik düzeylerinin benimsenen hükümet sisteminin işleyişindeki

[1] Burhan Kuzu, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi (Fakülteler Matbaası 1997) 17.

etkinlikten kaynaklandığı dahi ileri sürülmüştür[2]. Siyasal hayatın çerçevesini uygulanmakta olan anayasal düzenin çizdiği, devletlerin hukuksal yapılarının anayasalarca belirlendiği inkâr edilmez[3]. Anayasaların yapılmalarının temel sebebi devleti sınırlandırmak ve ülkeyi yönetenlerin yetkilerini belirlemektir[4]. Hükümet sistemleri üzerine yapılan tartışmalar her zaman toplumun büyük bir kesiminin ilgisini çekmiştir. Hangi hükümet sisteminin tercih edilmesi gerektiği konusu artık kamu hukukçularını ve siyaset bilimcileri de aşmış, sürdürülen akademik çalışmalara politikacılar ve gazetelerin köşe yazarları da dâhil olmuştur.

Ülkemizde hükümet sistemi tartışmalarının yoğun şekilde 1982 Anayasası'nın kabul edilmesinden sonra başladığı söylenebilir. Merhum Cumhurbaşkanlarımızdan Turgut Özal tarafından başkanlık sistemine geçilmesi gerektiği yönündeki fikirler, yine merhum Cumhurbaşkanımız Süleyman Demirel tarafından da desteklenmiştir[5]. Sonuç olarak başkanlık sistemine geçiş yapılmasına yönelik talepler büyük bir ivme kazanmış ve 1982 Anayasası'nda yapılan 2007 ve 2017 değişiklikleriyle, aşamalı bir biçimde cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Bugün gelinen noktada ise bir geriye dönüş veya sistemin iyileştirilmesine yönelik görüş ve taleplerin olduğu anlaşılmaktadır[6]. Bu görüş ve talepler üzerinde ve uygulamakta olduğumuz cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi hakkında doğru bir yargıya sahip olabilmek için dünya üzerinde genel kabul görmüş olan hükümet sistemlerinin genel özellikleri incelenmeli ve

[2] Kuzu (n 1) 7.
[3] Süheyl Batum, Anayasa ve İnsan (3. Bası, Cumhuriyet Kitapları 2011) 21-29.
[4] Batum (n 3) 22.
[5] Fatih Özkul, Anayasa Hukuku Açısından Osmanlı'dan Günümüze Türk Parlamento Deneyimleri (Yetkin Yayınları 2022) 253-261.
[6] "6'lı Masa" olarak anılan muhalefet partilerinin kamuoyu ile paylaştığı ve rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem vurgusunun yapıldığı anayasa taslağı için Bkz. <https://www.evrensel.net/files/uploads/altili-masa-anayasa-teklifi.pdf/> Son Erişim Tarihi:20.02.2022.

daha sonrasında bir sonuca ulaşılmalıdır.

Çalışmada öncelikle hükümet sistemleri açıklanacak, sonrasında ise cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bu sistemlere göre kuvvetlerin birbirleri ile olan ilişkilerinde önem arz eden farklılıkları ortaya konulmak suretiyle benimsediğimiz yeni hükümet sisteminin nitelendirilmesi yapılacaktır. Devamında ise cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulanmasında, kuvvetler ayrılığı bağlamında görülmesi muhtemel olumsuzluklara değinilecektir.

I. HÜKÜMET SİSTEMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

Hükümet sistemleri kuvvetler ayrılığı teorisi çerçevesinde açıklanmaktadır. Hükümet sistemlerinin nitelendirilmesinde yasama ve yürütme organlarının birbirleriyle olan ilişkileri, karşılıklı etkileşim araçları göz önüne alınır[7]. Yargı organı ise kural olarak bu etkileşimden ayrı tutulur. Bunun sebebi yargının bağımsız ve tarafsız olacağına yönelik ön kabuldür[8].

A. KUVVETLER BİRLİĞİ SİSTEMLERİ

Kuvvetler birliği sistemi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin aynı organda birleşmesi anlamına gelir[9]. Kuvvetler birliği sistemi kendi içerisinde kuvvetlerin yürütme organında veya yasama organında birleşmesi durumuna göre ikiye ayrılır. Kuvvetlerin yürütme organında birleştiği sistemler diktatörlük veya mutlak monarşi olarak adlandırılır[10]. Kuvvetlerin yasama organında birleştiği sistemler ise meclis hükümeti olarak kabul edilir[11]. Yine kuvvetler ayrılığı sistemi kendi içerisinde, sert ve yumuşak olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulur. Sert kuvvetler ayrılığı sistemine başkanlık sistemi, yumuşak kuvvetler ayrılığı

[7] Turan Güneş, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1956) 3-4.
[8] Hakan Özdemir, 100 Soruda Hükümet Sistemleri (Seçkin Yayınevi 2018) 11-12.
[9] Özkul (n 5) 31.
[10] Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (Beta Yayınevi 2006) 401-404.
[11] Özkul (n 5) 33-34.

sistemine ise parlamenter sistem denir[12].

1. Kuvvetlerin Yürütme Organında Birleşmesi

a. Mutlak Monarşi

Mutlak monarşi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin hükümdarda toplanmasını, onun tarafından kullanılmasını ifade eder. Devlet yönetiminde tek ve en üst otoriteye sahip olan hükümdar kural koymakta, koyduğu kuralı uygulamakta, hatta yargı yetkisini kullanmak suretiyle uyuşmazlıkları çözebilmektedir[13].

Meşruti monarşi ile mutlak monarşi birbirlerine karıştırılmamalıdır. Meşruti monarşide hükümdarın saltanat haklarının kanuni bir sınırlamaya tabi tutulması söz konusudur[14]. Dolayısıyla meşruti monarşi, kuvvetlerin birliğini değil aksine ayrılığını ifade eder. İngiltere, Belçika, Hollanda, Danimarka ve Japonya gibi ülkeler meşruti monarşinin en bilindik örnekleridir. Meşruti monarşi demokratik bir sistemi ifade ettiği halde mutlak monarşi antidemokratik bir sistemi ifade etmektedir[15]. Mutlak monarşiler özellikle I. Dünya Savaşından sonra son bulmaya başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu, Rusya Çarlığı gibi mutlak monarşiler yerlerini yeni rejimlere bırakmıştır. Günümüzde saf monarşi olarak gösterilebilecek bir örnek kalmamıştır. Suudi Arabistan, Bhutan, Brunei Sultanlığı ve Swaziland Krallığı kısmen mutlak monarşi olarak nitelendirilmektedir[16].

b. Diktatörlük

Diktatörlükte yasama, yürütme ve hatta yargı kuvvetleri tek bir kişinin veya grubun elinde toplanmaktadır[17]. Diktatörlük demokratik bir rejim değildir. Ancak

[12] Özdemir (n 8) 4.
[13] Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları (Oniki Levha Yayınları 2018) 166.
[14] Attila Özer, Anayasa Hukuku (5. Bası, Turhan Kitabevi 2010), 63-64.
[15] Eren (n 13) 165.
[16] Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku **(**Ekin Yayınevi 2011) 555.
[17] Özkul (n 5) 32-33.

bazı diktatörlükler, dünyaya kendilerini demokratik olarak göstermek için önceden planlanmış, kazananı belli olan seçimler düzenleyip halk oylaması yapmaktadır[18]. Dünya üzerindeki uygulamalara bakıldığında diktatörlüklerin de farklılıklar sergilediği görülmektedir. Örneğin totaliter diktatörlükler, anti plüralist, toptancı bir ideolojinin, kütlesel tek partinin ve yaygın terör olaylarının bulunduğu bir diktatörlük tipi olarak tanımlanmaktadır[19]. Dikkat edileceği üzere bu tanım bünyesinde dört ayrı unsuru ihtiva barındırmaktadır. Anti pluralist toptancı bir ideoloji, tüm toplumu kuşatan bir tek parti ve yaygın terör olaylarının varlığı. Bir ülkede totaliter diktatörlüğün bulunması halinde devlet içerisinde başka iktidar gruplarının bulunması söz konusu değildir[20]. Totaliter diktatörlüklerde ise yine kütlesel bir tek parti mevcuttur. Bu parti çoğunlukla marksizm veya faşizm gibi toptancı bir ideolojinin savunucusu durumundadır. Totaliter diktatörlüklerde mevcut rejimin devamı ve muhalif kesimlerin bertaraf edilmesi için terör de dâhil olmak üzere her türlü araca başvurulur. Sol düşünce totalitarizminin örneği olarak Stalin dönemi Sovyetler Birliği, sağ düşünce totalitarizmin örneği olarak ise Hitler dönemindeki Nazi Almanya'sı gösterilmektedir. Her iki rejim farklı ideolojiyi savunmakla birlikte yapı olarak büyük benzerlikler göstermektedir[21].

Otoriter diktatörlüklerde ise sınırlı bir çoğulculuğa izin verilmekte, ideolojiden çok zihniyete dayanılmaktadır. Ancak otoriter diktatörlüklerde de kitleler kontrol altında tutulmaya çalışılır ve rejim siyasi katılma istemez[22]. Otoriter diktatörlüklerin örneği olarak Franko dönemi İspanyası, Salazar Portekizi,

[18] Rona Aybay, Genel Kamu Hukuku (3. Bası, Der Yayınları 2020) 275.
[19] Juan Linz, Totaliter ve Otoriter Rejimler, Ergun Özbudun (çev) (Siyasi İlimler Türk Derneği Yayınları 1984) 25.
[20] Özkul (n 5) 32-33.
[21] Cem Eroğul, Çağdaş Devlet Düzenleri **(**5. Bası, Kırlangıç Kitabevi Yayınları 2006) 202-206.
[22] Linz (n 19) 130.

Kaddafi dönemi Libyası, Saddam dönemi Irak ile Afrika ve Güney Amerika'da görülen anti-demokratik rejimler gösterilmektedir[23].

2. Kuvvetlerin Yasama Organında Birleştiği Meclis Hükümeti Sistemi

Kuvvetler birliği sisteminin bu türünde, yasama ve yürütme kuvvetleri yasama organında birleşmiştir. Kanunları yapan yasama organı, bu kanunları aynı zamanda uygulamaktadır. Bu sistem anayasa hukukunda meclis hükümeti sistemi veya konvansiyonel sistem olarak da adlandırılmaktadır[24]. Meclis hükümeti sisteminin dayanağı, Jean Jacques Rousseau tarafından tartışmaya açılan egemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesidir[25]. Söz konusu sisteme göre egemenlik tek ve bölünmez olduğu için onun temsilinin de tek ve bölünmez olması gerekmektedir. Dolayısıyla egemenlik yetkileri olarak tanımlanan yasama ve yürütme (hatta yargı) kuvvetleri, halkın temsilcilerinden oluşan tek bir organa verilmektedir. Halkın temsilcileri olarak addedilen meclis, yasama ve yürütme alanında milli iradeyi açıklamaya yetkili tek organ konumundadır[26].

Meclis hükümeti sisteminde halk tarafından seçilmiş olan milletvekilleri yasama yetkisini bizzat kullanmaktadır[27]. Yasama organının gösterdiği temel özellikler ise şu şekilde sayılabilir: Meclis hükümeti sisteminde yasama organı tek meclisli bir yapı sergilemektedir. Başka bir ifadeyle yasama organı, millet meclisi ve senato şeklinde ikili bir ayrım göstermez[28]. Bu kabulün ana sebebi, yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere egemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesidir. Egemenliğin tekliği ve bölünmezliğinin kabul edilmiş olması karşısında, bu egemenliği kullanacak olan yasama organının da kendi içerisinde bölünmemesi

[23] Gözler (n 16) 556.
[24] Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2013) 15.
[25] Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri **(**Gündoğan Yayınları 1993) 334.
[26] Rıza Arslan, Demokratik Yönetim Sistemleri (Dora Yayıncılık 2015) 77.
[27] Özdemir (n 8) 100-103.
[28] Turhan (n 25) 27.

gerekir[29]. Meclis hükümeti sisteminde üzerinde durulması gereken bir diğer önemli unsur, yasama organının kendi kendisini toplantıya çağırabilme hakkına sahip olmasıdır[30]. Tüm yetkilerin mecliste toplanmış olması karşısında, yasama organını başka bir organın toplantıya çağırabilmesi mümkün değildir. Ayrıca sistemin uygulamasında yasama organının kendi kendini feshedebilme hakkı vardır. Başka bir kuvvetin meclisi feshetme yetkisi bulunmamaktadır[31]. Meclis hükümeti sisteminin bir diğer önemli özelliği sürekli çalışma halinde olmasıdır[32]. Anılan sistemde yasama organının çalışmalarına ara vermesi mümkün olmayıp sürekli görev başında olması gerekmektedir[33]. Bu duruma meclisin sürekliliği veya istimrarı ilkesi denir[34].

Meclis hükümeti sisteminde yürütme kuvvetinin bizzat yasama organına ait olduğuna yukarıda değinmiştik. Yani yasama organının görevi hem yasaları yapmak hem de uygulamaktır. Ancak işin doğası gereği meclisin hem kanun koyması hem de koyduğu kanunları uygulaması pratikte mümkün değildir[35]. Bu sebeple sisteme işlerlik kazandırmak amacıyla meclis hükümeti sisteminde yasama organı yürütme işlemlerini, kendi içinden seçtiği bir kurul aracılığıyla yerine getirmektedir[36]. Fakat burada üzerinde durulması gereken husus, meclis hükümeti sisteminde yürütme kuvvetinin tek bir bireye değil bir heyete yani birden fazla kişiye verilmiş olduğudur. Bu yöntem ile yürütme gücünün bir heyet tarafından paylaşılması sağlanarak, tek bir bireyin zaman içerisinde siyasal

[29] Turhan (n 25) 27.
[30] Turhan (n 25) 27.
[31] Turhan (n 25) 30.
[32] Selçuk Özçelik, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri: Umumi Esaslar (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982) 292.
[33] Ergun Özbudun, 1921 Anayasası, (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayını 1992) 55; Ferhat Uslu, Anayasa Hukukunun 99 Konusu (Adalet Yayınevi 2019) 185-187.
[34] Özçelik (n 32) 292.
[35] Özbudun (n 33) 51.
[36] Özbudun (n 33) 51.

yönden halkın gözünde güçlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır[37]. Uygulamada bu heyeti oluşturan üyeler aslında birer bakan konumundadır. Ancak meclis adına hareket eden bu kişiler, aşağıda da görüleceği üzere parlamenter sistemdeki bakanlara göre farklılıklar arz etmektedir. Kemal Gözler söz konusu heyeti, 1921 Anayasası döneminde "Büyük Millet Meclisi Hükümeti" teriminden esinlenerek "icra heyeti", bu heyetin üyelerini de "icra vekili" olarak isimlendirmektedir[38].

Meclis hükümeti sisteminde yürütme organının en başta gelen özelliği yasama organına bağlı olmasıdır. Yürütme kuvvetini kullanan icra heyetinin kendine özgü bir kimliği veya teşebbüs gücü bulunmamaktadır[39]. İcra heyeti tamamıyla yasama organının kontrolü altında ve güdümünde hareket edebilmektedir[40]. İcra heyeti adeta, yasama organının emirlerini yerine getiren bir topluluk niteliğindedir ve kendine has bir siyasi düşüncesi veya bu bağlamda bir hükümet programı bulunmamaktadır[41]. Meclis hükümeti sisteminde icra heyeti, bütünüyle meclisin benimsediği dünya görüşü doğrultusunda ve buna paralel bir siyasi program izlemekle yükümlü olduğundan, bu politikanın aksine bir tavır sergileme imkânından yoksundur[42].

Meclis hükümeti sisteminde bir devlet başkanlığı veya cumhurbaşkanlığı makamı da bulunmamaktadır. Bütün yetkilerin yasama organında toplanmış olmasından dolayı bir hükümdara veya cumhurbaşkanına ihtiyaç bulunmamaktadır. Meclis hükümeti sisteminde parlamenter sistemlerde olduğu gibi bir bakanlar kurulunun bulunmaması sebebiyle, icra heyetini oluşturan üyelerin kolektif sorumlulukları

[37] Özbudun (n 33) 57.
[38] Gözler (n 16) 559.
[39] Özbudun (n 33) 52.
[40] Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri (Baha Matbaası 1960) 71.
[41] İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, (Mars Matbaası 1965) 67.
[42] Arsel (n 41) 201.

da bulunmamaktadır[43]. Kolektif sorumluluğun, diğer bir ifadeyle heyet halinde dayanışmanın aksine icra vekilleri arasında bir rekabet halinin oluştuğu dahi söylenebilir[44]. Yasama organı, yürütme görevini yerine getiren icra heyeti üyelerini yasama organı içerisinden bizzat seçmekte ve seçilen bu üyeler yine meclis tarafından görevlerinden alınabilmektedir[45]. Yasama organı tarafından seçilme ve azledilme işlemlerine karşı icra heyeti üyelerinin karşılıklı etkileşim araçları kapsamında kullanabilecekleri bir anayasal mekanizma bulunmadığı gibi istifa etme hakkından da mahrumdurlar[46].

Meclis hükümeti sisteminde icra vekillerinin aldığı kararlar yasama organı tarafından denetime tabi tutulmaktadır. Bu denetim geniş kapsamlı bir niteliğe sahip olup yasama organına, icra vekillerinin aldığı kararları değiştirebilme, iptal edebilme, hatta bambaşka yeni bir karar alabilme yetkisi dahi verebilir[47]. İcra vekilleri heyetinin parlamenter sistem örneklerinde olduğu gibi meclisi feshedebilme, meclis toplantılarına engel olabilme veya çalışma süresini değiştirebilme gibi etkileşim araçları bulunmamaktadır.[48]

Diğer taraftan, uygulamadan çıkan bir sonuç olarak meclis hükümeti sisteminde pratikte yürütme organının yasama organına göre daha üstün bir konumda bulunduğuna vurgu yapılması gerekmektedir[49]. Meclis hükümeti sisteminde yasama organının yürütme organına karşı olan üstünlüğü teoride kalmakta, fiiliyatta ortaya farklı sonuçlar çıkmaktadır[50]. Uygulamada yürütme organında görevlendirilen bireyler zaman içerisinde güçlenmekte ve yasama organı

[43] Özkul (n 5) 36.
[44] Gözler (n 16) 560.
[45] Turhan (n 25) 27.
[46] Gözler (n 16) 561.
[47] Turhan (n 25) 27.
[48] Özbudun (n 33) 55.
[49] Turhan (n 25) 201; Özçelik (n 32) 202; Özbudun (n 33) 57.
[50] Gözler (n 16) 562.

karşısında üstünlük kazanmaktadır. Gözler, bu durumu, kalabalık meclislerde oligarşinin demir kanununun doğrulanması[51], bir grubun zaman içerisinde kuvvetlenerek diğer grup üzerinde baskı kurması olarak yorumlamaktadır[52]. Meclis hükümeti sisteminin uygulandığı örneklerde diktatörlüklere de rastlamak mümkündür[53]. Örneğin, 1792-1795 yılları arasında Fransa'da uygulanan konvansiyonel sistemde yasama organına Kamu Selameti Komitesi'nin hâkim olmuş ve ülkeyi diktatöryel bir anlayışla yönetmiştir[54].

Meclis hükümeti sistemine kısmen benzer bir örnek İsviçre'deki uygulamadır. Bazı yazarlar, İsviçre'de uygulanan sisteminin bir meclis hükümeti sistemi olduğu fikrini ortaya atmış olsalar da bu konu tartışmaya açıktır[55]. İlk olarak İsviçre'nin benimsemiş olduğu yönetim şekli birçok açıdan meclis hükümeti sistemine benzese de yürütme organı konumunda bulunan Federal Konsey'in yasama organı tarafından görevinden alınabilmesi mümkün değildir[56]. Fakat İsviçre hükümet sisteminin birçok açıdan meclis hükümeti sisteminin özelliklerini barındırdığı da söylenebilir. Örneğin İsviçre'de, yürütme görevini yerine getiren ve yedi kişiden oluşan Federal Konsey üyelerinin seçimi, dört yıllık bir süre için ve Federal Meclis tarafından yapılmaktadır. Yine Federal Konsey üyelerinden bir kişi yasama organı tarafından bir yıllığına Federal Konsey Başkanı olarak atanmaktadır. Devlet başkanı olarak temsil hakkı bulunan Konsey Başkanı, diğer Konsey üyelerinden üstün olmadığı gibi bir başbakan statüsünde de değildir[57]. Konsey homojen bir yapı ihtiva etmemekte, üyeler arasında bir

[51] Bu terim ilk olarak Alman sosyolag Robert Michels tarafından 1911 yılında kullanılmıştır. Robert Michels, Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy, (Batoche Books, 2001) 17.
[52] Gözler (n 16) 562.
[53] Turhan (n 25) 28.
[54] Gözler (n 16) 562.
[55] Kemal Dal, Anayasa Hukuku (Alter Yayınları 2016) 125.
[56] Gözler (n 16) 564.
[57] Teziç (n 10) 420.

dayanışma bulunmamakta ve hatta aralarında çoğu kez tartışmaların yaşandığına da şahit olunmaktadır. Federal Konsey kendisinin hazırlamadığı, yasama organı tarafından hazırlanan programı uygulamaktadır ve parlamentoya karşı kolektif bir sorumluluğu yoktur. Federal Meclisin Ulusal Meclisi feshetme hakkı bulunmamaktadır. İsviçre'de uygulanan sistemde güvenoyu, gensoru gibi mekanizmalar da mevcut değildir[58].

B. KUVVETLER AYRILIĞI SİSTEMLERİ

Kuvvetler ayrılığı sistemlerinde yasama ve yürütme kuvvetleri ayrı ayrı organlara verilmiş durumdadır. Bu sistem de kendi içerisinde farklılıklar göstermektedir.

1. Sert Kuvvetler Ayrılığı Sistemi

Sert kuvvetler ayrılığı sistemi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirlerinden kesin ve net çizgilerle ayrılarak iki ayrı organa verilmesini ifade eder. Bu karşılıklı iki organ, hem göreve gelişleri hem de varlıklarını sürdürebilmek anlamında birbirlerinden bağımsızdır[59]. Sert kuvvetler ayrılığı sisteminde yasama ve yürütme organları ayrı ayrı seçilmekte, seçimleri tamamlandıktan sonra da birbirlerinin varlıklarına son verememektedirler[60]. Organların anayasal sistem içerisindeki konumları, güçlerin birbirlerine eşit veya dengeli olduğu bir görünüm sergilemektedir[61]. Sert kuvvetler ayrılığı sistemi başkanlık sistemi olarak da adlandırılır.

a. Başkanlık Sisteminin Temel Özellikleri

Arend Lijphart, başkanlık sisteminin iki temel özelliğine dikkat çekmektedir. İlk olarak Başkanın seçimi halk tarafından yapılmalıdır. İkinci özellik, başkanın

[58] Teziç (n 10) 420; Arsel (n 41) 202-203.
[59] Teziç (n 10) 421.
[60] Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler (2. Bası, Beta Yayınları 2013) 208.
[61] Gözler (n 16) 565.

görev süresinin yasama organının güvenine bağlı olmamasıdır[62]. Nur Uluşahin ise başkanlık sisteminin üç ayırıcı özelliğine dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi başkanın doğrudan doğruya halk tarafından seçiliyor olmasıdır. İkincisi, belirli bir dönem için seçilen yürütme organının görev süresinin yasama organının güvenine bağlı olmamasıdır. Üçüncü ayırt edici özellik ise yürütme organının tek bir kişiden oluşmasıdır[63].

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde üzerinde duracağımız üzere parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı bölünmüş bir yapı sergilemektedir. Başkanlık sisteminde ise yürütme organı tek bir kişiden yani başkandan oluşmaktadır[64]. Yine başkanlık sisteminde, parlamenter sistem uygulamalarında olan nitelikte bir bakanlar kurulu, bu bağlamda kolektif bir yürütme organı mevcut değildir. Başkanlık sistemi uygulamasında yürütme organının birimlerini oluşturan bakanlıklarda bulunan aktörler, parlamenter sistem uygulamasındaki bakanlar niteliğinde olmayıp başkanın yardımcıları konumundadırlar.[65] Başkanlık sistemi uygulamasının en bilinen örneği olarak gösterilen Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bu bakan yardımcıları sekreter olarak adlandırılmaktadır. Sekreterler bizzat başkan tarafından atanıp görevlerinden alınmaktadırlar ve başkanın talimatları dışına çıkabilme yetkileri de bulunmamaktadır[66]. Sekreterlerin sorumluluklarının başkana karşı olması sebebiyle, başkanlık sistemindeki başkan hem hükümetin hem de devletin başkanı konumundadır[67]. Başkanlık sistemindeki kabine, parlamenter sistem

[62] Arend Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (çev) (Yetkin Yayınları 1997) 117-118, 124-127.
[63] Nur Uluşahin**,** Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi (Yetkin Yayınları 1999) 30; John Garvey 'A Comment On Church and State in Seventeenth and Eighteenth Century America', (1989) 7 (2) JLR 275, 280.
[64] Uluşahin (n 63) 41; Turhan (n 25) 42.
[65] Hasan Tunç, 'Amerika Birleşik Devletleri Hükümet Sistemi ve Yürütme Organı', (1998) 2 (1), İSD 55, 56.
[66] Arsel (n 41) 204.
[67] Uluşahin (n 63) 42.

örneklerinde görülen kabinelerin asli unsuru olan dayanışmayı içermemekte ve kolektif bir karar organı olma özelliği de sergilememektedir[68]. Başkanlık sistemindeki kabinenin asli görevi istişare etmektir. Yani görüşme sonucunda diğer bakanlar farklı fikirde de olsa nihai karar münhasıran başkan tarafından alınmaktadır[69].

Başkanlık sisteminin en önemli özelliği başkanın bizzat halk tarafından seçilmesidir. Halk tarafından belirli bir süre için seçilen başkanın, görev süresi dolmadan yasama organı tarafından görevinden alınması mümkün değildir[70]. Yasama organı ve başkan halk tarafından seçildikleri için meşruiyetlerini birbirlerinden değil halktan almaktadırlar[71]. Bu doğrultuda başkanın ve yasama organının birbirlerine karşı daha meşru oldukları iddia edilemez. Ancak halk tarafından tek bir birey olarak seçilen başkan, doğal olarak büyük bir otorite ve saygınlık kazanmaktadır.

Başkanlık sisteminde başkanın görev süresi dolmadan yasama organı tarafından güvensizlik oyuyla görevinden alınabilmesi mümkün değildir[72]. ABD'de başkanın istisnai bir usul olan impeachment ile görevden alınabilmesi bu kurala bir istisna oluşturmamaktadır. Bunun sebebi, impeachment usulünün başkanın siyasi değil, cezai sorumluluğu ile ilgili olmasıdır. Dolayısıyla başkanın yasama organına karşı bir siyasi sorumluluğu bulunmamakta olup anılan sorumluluğu sadece kendisini seçen halka karşıdır[73].

[68] Arsel (n 41) 204.
[69] Arsel (n 41) 201; Turhan (n 25) 42.
[70] Attila Özer, Başkanlık Hükûmeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği (2. Bası, Şekerbank Yayınları 1998) 12.
[71] Giovanni Sartori**,** Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Ergun Özbudun (çev) (Yetkin Yayınları 1997) 113-114; Lijphard (n 42) 45; Teziç (n 10) 446; Uluşahin (n 63) 30-31.
[72] Lijphart (n 62) 117-118; Arsel (n 41) 204.
[73] Turhan (n 25) 41.

b. Başkanlık Sisteminin Tali Özellikleri

Tali özelliklerin başında başkanın yasama organını fesih hakkının bulunmaması gelmektedir. Başkanlık sisteminde yasama organının başkanı güvensizlik oyu ile düşürebilme imkânı bulunmadığı gibi başkanın da yasama organını fesih hakkı bulunmamaktadır[74]. Aslında bu karşılıklı ilişki kuvvetler ayrılığı sisteminin mantıksal bir sonucu olmaktadır. Ancak başkanlık sistemi uygulamasında başkana fesih hakkının tanınmış olması, başkanlık sisteminin temel mantığından bir sapma olsa da uygulanmakta olan sistemi sırf bu nedenden dolayı başka bir sisteme dönüştürmez[75]. Başkanlık sisteminin bir diğer tali özelliği ise aynı kişinin hem yasama hem de yürütme organında aynı zamanda görev alamayacak olmasıdır[76]. Bu durumun sonucu olarak yasama organı üyeleri de yürütme organında görev alamazlar[77].

Başkanlık sisteminin bir diğer tali özelliği başkanın yasama organının çalışmalarına katılamamasıdır. Sistemde yasama ve yürütme kuvvetleri arasında kesin bir ayrılık olduğu için başkan, yasama organının toplantılarına katılarak müdahale hakkından yoksundur[78]. Yine, başkanın kanun teklifinde bulunma veya yasama organının toplantılarını engelleme, toplanmış meclise herhangi bir şekilde müdahale edebilme yetkisi de bulunmamaktadır[79].

c. Başkanlık Sisteminin Güçlü Yönleri

Başkanlık sisteminin üç özelliği ile parlamenter hükümet sistemine göre daha tercih edilebilir olduğu fikri ileri sürülmektedir. İlk olarak başkanlık sisteminin

[74] Gözler (n 16) 574; Lijphart (n 62) 47; Turhan (n 25) 41; Arsel (n 41) 204.
[75] Gözler (n 16) 574; Uluşahin (n 63) 39.
[76] Mustafa Erdoğan**,** Anayasal Demokrasi (2. Bası, Siyasal Kitabevi 1999) 141; Lijphart (n 62) 47; Arsel (n 41) 204.
[77] Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri **(**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971) 369; Turhan (n 25) 41.
[78] Kubalı (n 77) 369.
[79] Kubalı (n 77) 369; Arsel (n 41) 204.

istikrarlı hükümetlere yol açacağı iddia edilmiştir[80]. Aslında teoride bu düşüncenin doğru olduğu söylenebilir. Belirli bir zaman dilimi için seçilen başkan, yasama organı tarafından güvensizlik oyu ile görevinden alınamayacaktır[81]. Bu durumun sonucu olarak da hükümet krizi çıkma ihtimali kalmamaktadır. Diğer taraftan, başkanlık sisteminde yürütme organı sadece başkandan oluşacağı için koalisyon hükümetlerinin doğma ihtimali de yoktur[82].

Devletin tek bir birey tarafından yönetilmesi daha güçlü bir yönetim doğuracaktır[83]. Yürütme organında tek bir kişinin bulunması, kararları tek başına alabilmesi, daha etkili bir yürütme organı doğuracaktır. Yürütme organının cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu gibi birden fazla yapıdan oluşması görüş ayrılıklarını da beraberinde getirecektir[84]. Başkanın doğrudan halk tarafından seçiliyor olması da sistemin daha güçlü bir yürütme organı ortaya çıkarmasının sebebi olarak gösterilmiştir[85]. Yine sistemde başkanın, seçilmiş olduğu dönem içerisinde yasama organı tarafından görevinden alınmaması da güçlü bir unsur olarak gösterilmektedir. Başkanın yasama organı tarafından görevine müdahale edilmeden çalışabilecek olması kendine güven kazandıracak ve bu doğrultuda politikasını çekinmeden uygulayabilecektir[86].

Başkanlık sisteminin diğer sistemlere göre daha demokratik olduğu da bir fikir olarak ileri sürülmüştür. Öncelikle başkan doğrudan doğruya halkın oyu ile seçilmektedir[87]. Bu hususa ek olarak, hesap sorulabilir olma da başkanlık sistemini diğer sistemlere göre demokratik olma yönünden öne çıkarmaktadır.

[80] Uluşahin (n 63) 55.
[81] Uluşahin (n 63) 55;162.
[82] Lijphart (n 62) 49.
[83] Uluşahin (n 63) 99-105.
[84] Uluşahin (n 63) 104.
[85] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 105-106.
[86] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 105-106.
[87] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 142-159.

Başkanlık sisteminde yürüte organının tek başına başkandan oluşması sebebiyle, ülke yönetiminden hoşnutsuzluk olması durumunda sorumluluğun kime ait olduğu belli olacak, başkan sorumluluğu tek başına karşılamak zorunda kalacaktır[88]. İki seçim dönemi içerisinde ülkeyi yöneten belli olduğundan, beklentilerin karışlanamaması halinde bir sonraki seçimde halk, oy vermemek suretiyle başkanı cezalandırabilecektir[89]. Ayrıca seçmen kitlesi oyunu kullanırken kimin başkan olacağını önceden kestirebilmekte ve geleceğe yönelik tercihlerini bu doğrultuda yapabilmektedir[90].

d. Başkanlık Sisteminin Zayıf Yönleri

Başkanlık sisteminin zayıf yönü olarak öne sürülebilecek ilk özelliği, sistemin rejim krizine yol açacağına yönelik düşünceye dayanmaktadır[91]. Başkanlık sistemi uygulamasında devleti oluşturan anayasal erkler arasında bir çatışma çıktığı takdirde demokratik rejim, Latin ve Güney Amerika örneklerinde görüldüğü gibi askeri darbelerle kesintiye uğrayabilir. Bu tür istikrarsızlıkların parlamenter sistemde yaşanma olasılığı daha azdır[92]. Başkanlık sisteminde anayasal organlar arasında bir kriz baş gösterdiğinde, seçim kararı alınarak halkın oyuna başvurulamaması sebebiyle, söz konusu krizin demokratik olmayan yollarla aşılması ihtimaller dâhilindedir[93].

Bir diğer olumsuz unsur sistemin bünyesinde bulundurduğu katı yapıdır. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin önceden belirlenmiş bir sürede birbirlerinin hukuki varlıklarına son verebilme imkânı olmadan görevde kalabilmeleri katılık olarak

[88] Leonard Freedman, Power and Politics in America (Sixth Edition, Routledge 1991) 199-200.
[89] Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Uluşahin (n 63) 152-156.
[90] Kavram ve açıklama hakkında Bkz. Uluşahin (n 63) 156-159.
[91] Uluşahin (n 63) 84-92.
[92] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 84-92.
[93] Freedman (n 65) 200-202.

adlandırılmaktadır[94]. Örneğin, parlamenter sistem uygulamasında ortaya çıkan kriz güvensizlik oyu veya fesih araçlarının kullanılması suretiyle aşılabilirken, sorun çözücü bu araçlar başkanlık sisteminde mevcut değildir[95]. Başkanın görev süresi içerisinde halkın güvenini kaybetmiş olması durumunda başkanı görevden alabilecek siyasi bir mekanizma da bulunmamaktadır. Bu duruma paralel olarak, yasama organında başkanın siyasi görüşünü paylaşmayan bir çoğunluk bulunduğu takdirde sistemin krize sürüklenme ihtimali bulunmaktadır[96].

Başkanlık sistemine getirilen bir diğer dikkat çeken eleştiri, sistemin bünyesindeki çifte meşruiyet sorunudur. Sistemde yasama organı da başkan gibi halk tarafından seçildiği için yasama ve yürütme kuvvetleri karşılıklı olarak daha meşru olduklarına yönelik iddialarda bulunabilirler[97]. Başkan ve yasama organını oluşturan çoğunluğun farklı politik düşünceye sahip olmaları durumunda, her bir organ kendisinin halk tarafından seçildiğini iddia ederek karşı tarafla işbirliği yapmaktan kaçınabilir[98]. Bu doğrultuda başkanlık sistemi, toplumda siyasal kutuplaşma yaratma ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır. Başkan adayları arasında yapılan seçimin sonucunda az bir oy farkı ile bile olsa kazanan aday her şeyi almakta, kaybeden aday ise her şeyi kaybetmektedir. Bu durum da siyasal kutuplaşma ve gerilimin artmasına zemin hazırlayabilir[99]. Başkanlık sistemine getirilen bir diğer önemli eleştiri de sistemin iktidarın kişiselleşmesine yol açabilme potansiyelidir. Yürütme organını oluşturan başkan, tüm halkı temsil ettiğinden bahisle iktidarını kişiselleştirme yoluna gittiği takdirde, otoriter bir tutum takınarak kendisine oy vermeyen seçmen kitlesini cezalandırma arayışına

[94] Uluşahin (n 63) 93
[95] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 92-98.
[96] Uluşahin (n 63) 93.
[97] Uluşahin (n 63) 96.
[98] Uluşahin (n 63) 97.
[99] Uluşahin (n 63) 107.

girebilir[100].

2. Yumuşak Kuvvetler Ayrılığı Sistemi

Yumuşak kuvvetler ayrılığı sisteminde kuvvetler iki ayrı organa verilmiş olsa da bu organların başkanlık sisteminde olduğu gibi birbirlerinden kesin bir biçimde ayrılmaları söz konusu değildir[101]. Anayasal organlar bazı yönlerden de iç içe geçmiş olup birbirlerini etkileme araçlarına sahiptir[102].

a. Parlamenter Sistem

Epstein'e göre parlamenter sistem, yürütme organının yasama organından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu bir anayasal demokrasi tipidir[103]. Parlamenter sistemde yürütme ve yasama erkleri birbirlerinden ayrı iki organa verilmiş olsa da bu organlar başkanlık sistemindeki gibi tam olarak birbirlerinden bağımsız hareket edemezler[104]. Bu organlar içi içe geçmiştir ve birbirlerinin hukuki varlıklarına son verme imkânına sahiptir. Yumuşak kuvvetler ayrılığında yasama ve yürütme organları arasında karşılıklı işbirliğinin olması sebebiyle bu sisteme kuvvetlerin işbirliği sistemi de denilmektedir[105].

aa. Parlamenter Sistemin Asli Özellikleri

Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı iki başlı yapı sergilemektedir. Yürütme organının bir tarafında devlet başkanı, diğer tarafında ise bakanlar

[100] Uluşahin (n 63) 135-138.
[101] J. Antonio Cheibub, Presidentialism, Parliamentarism and Democracy (Cambridge University Press 2007) 30.
[102] Cheibub (n 101) 32.
[103] Leon D Epstein, 'Parliamentary Government', iç David L. Sills (edr) (1968) 11 (2) International Encyclopedia of the Social Sciences Macmillian and Free Press 400, 419; Ferhat Uslu, Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki İlişkiler (2. Bası, Filiz Kitabevi 2022) 31-36.
[104] Epstein (n 103) 402.
[105] Gözler (n 16) 588.

kurulu bulunur[106]. Monarşilerde devlet başkanı kral, cumhuriyet tipi parlamenter sistemlerde ise cumhurbaşkanıdır[107]. Gerek devlet başkanının gerekse kralın yasama organına karşı sorumluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla kralın veya devlet başkanının görevlerinden dolayı yasama organı tarafından görevden alınabilmeleri mümkün değildir[108]. Parlamenter sistem uygulamalarında devlet başkanının asli görevi, devletin bütünlüğünü ve birliğini temsil etmekten ibarettir[109]. Devlet başkanının sorumsuzluğu beraberinde yetkisizliğine de getirmiştir.

Parlamenter sistemde yürütme organının diğer kanadını ise bakanlar kurulu oluşturmaktadır. Yasama organı karşısında sorumlu olan bu ikinci kanat, yani bakanlar kuruludur. Bakanlar kurlunun görevi ülkenin genel siyasetini belirlemek ve hükümet etmektir. Parlamenter sistemde bakanlar kurulu da kendi içerisinde ikili bir yapı sergilemektedir. Bu yapının bir tarafında başbakan diğer tarafında ise bakanlar kurulu bulunur. Sistemin uygulanması incelendiğinde, parlamenter hükümet sistemlerinde başbakan ile bakanlar arasında eşitlik değil hiyerarşik bir ilişki bulunduğu anlaşılmaktadır. Bakanların atanmaları, görevlerinden alınmaları bütünüyle başbakanın iradesine bağlıdır[110]. Bakanlar kurulunun aldığı kararlar idare hukuku yönünden birer kolektif işlem niteliğindedir[111].

Başbakan ve bakanlar yasama organı karşısında hem bireysel hem de kolektif sorumluluğa sahiptir[112]. Kolektif sorumluluk ilkesi kabinenin birliği, homojenliği

[106] Turhan (n 25) 51; Erdoğan (n 76) 147; Arsel (n 41) 206; Kubalı (n 77) 379-380.
[107] Kemal Gözler, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi (Ekin Yayınevi 2001) 80-81.
[108] Tarık Zafer Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku (Ekin Yayınları 1982) 389; Kubalı (n 77) 375-376.
[109] Özçelik (n 32) 313-314.
[110] Kubalı (n 77) 378.
[111] Metin Günday, İdare Hukuku (4. Bası, İmaj Yayınevi 1997) 103.
[112] Faruk Bilir, Sorularla Anayasa Hukuku (5. Bası, Der Yayınları 2018) 23-24.

ve dayanışması ilkelerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır[113]. Kabinenin birliği ilkesi, bakanlar kurulunun başbakanın yönetim ve denetimi altında bir bütün oluşturmasını ifade eder. Hükümetin tek bir partiden oluşması durumunda bu homojenlik kendiliğinden sağlanmaktadır. Hükümetin bir koalisyon hükümeti olması durumunda ise homojenlik, koalisyonu oluşturan siyasi partilerin koalisyon programında anlaşması ile sağlanır. Homojenliğin oranı ne kadar düşük olursa, hükümet istikrarsızlığı çıkma ihtimali de o kadar yüksek olmaktadır[114].

Bakanlardan birisinin bakanlar kurulu tarafından alınan karara muhalif olması halinde, istifa kararı almadıkça ortaklaşa yapılan işlemi imzalamak zorunluluğu bulunmaktadır. Kaldı ki, ortak bir şekilde alınan karara karşı kişisel olarak muhalif olsa bile, kamuoyu önünde muhalifliğine yönelik kararı tek başına savunmakla yükümlüdür[115]. Yine dayanışma ilkesinin sonucu olarak bir bakanın diğer bir bakanı kamuoyu önünde eleştirmesi mümkün değildir. Eğer bakan bu kurallara uymaz ve istifa da etmezse başbakanın teklifiyle görevinden alınmasına bir engel bulunmamaktadır[116].

Parlamenter sistemde yürütme organı halk tarafından seçilerek göreve gelmemektedir. Yürütme organının birinci kanadını oluşturan devlet başkanı, monarşik parlamenter sistemlerde veraset yoluyla, cumhuriyet ile yönetilen parlamenter sistemlerde ise yasama organı tarafından seçilmektedir[117]. Parlamenter sistemde bakanlar kurulu parlamento içinden çıkmaktadır. Ancak bu usul uygulamada ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Örneğin Almanya, İrlanda ve Japonya'da başbakan doğrudan yasama organı tarafından seçilmektedir[118]. Bazı ülkelerde ise devlet başkanı yasama organından güvenoyu

[113] Gözler, Türk (n 16) 592.
[114] Gözler, Türk (n 16) 592.
[115] Faruk Örgün, Dar Gelen Gömlek Başkanlık Sistemi (Bilge Yayınları, 1999) 89-90.
[116] Gözler, Türk (n 16) 592.
[117] Yılmaz Altuğ, Parlamento Hukuku (Çağlayan Kitabevi 2003) 12.
[118] Lijphart (n 62) 198.

alabilecek bir kişiyi başbakan olarak atamaktadır. Atanan bu başbakan öncelikle bakanları seçmekte ve seçilen bakanlar devlet başkanı tarafından görevlerine atanmaktadır[119]. Bu yöntem ile kurulan kabine yasama organından güvenoyu almak zorundadır. Dolayısıyla parlamenter hükümet sisteminde kabine sonuçta yasama organı tarafından belirlenmiş olmaktadır. Yürütme organının ikinci kanadını oluşturan başbakan ve bakanlardan oluşan kabine yasama organına karşı sorumluluk taşımaktadır. Parlamenter sistemde hükümetin görevde kalabilmesi yasama organının güvenoyuna tabi olduğu için kabinenin güvensizlik oyu ile her zaman görevden alınabilmesi mümkündür[120].

bb. Parlamenter Sistemin Tali Özellikleri

Parlamenter hükümet sisteminde, yasama organının hükümeti güvensizlik oyu ile düşürebilme imkânına karşılık olarak yürütme organının da yasama organını feshedebilme yetkisi bulunmaktadır[121]. Karşılıklı bu etkileşim araçlarından dolayı parlamenter sistemde, yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirlerine bağımlı oldukları ve erkler arasındaki ayrılığın yumuşak olduğuna vurgu yapılmıştır[122]. Ancak fesih yetkisi hiç bulunmasa veya kullanılması çok sıkı şartlara bağlanmış olsa da yukarıda saydığımız asli özellikleri taşıyan bir sistem parlamenter rejimdir. Fesih yetkisi genellikle devlet başkanları tarafından kullanılmaktadır[123]. Parlamenter hükümet sistemi uygulamalarında aynı kişi hem yasama organında hem de yürütme organında görev alabilmektedir[124]. Parlamenter sistemde sert kuvvetler ayrılığı bulunmadığının bir diğer kanıtı olarak, aynı kişinin hem yasama

[119] Gözler, Türk (n 16) 592-593.
[120] Gözler, Türk (n 16) 593.
[121] Günday (n 111) 72; Turhan (n 25) 49-50; Arsel (n 41) 210-211; Kubalı (n 77) 380-381.
[122] Özer, Anayasa (n 70) 88.
[123] Tunçer Karamustafaoğlu, Yasama Meclislerini Fesih Hakkı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982) 72.
[124] Lijphart (n 62) 47.

hem de yürütme organında görev alabilmesi gösterilmektedir[125].

cc. Parlamenter Sistemde Karşılıklı Etkileşim Araçları

Sistemde bulunan karşılıklı etkileşim araçlarının başında yürütme organının kanun yapımına katılabilmesi gelmektedir. Yürütme organı kanun teklif etme hakkına sahiptir[126]. Parlamenter hükümet rejiminde yasama organı tarafından kabul edilen kanunlar devlet başkanı tarafından ısdar edilirler. Devlet başkanlarına genelde, kanun şeklinde önlerine getirilmiş olan işlemi bir kez daha görüşülmek üzere yasama organına geri gönderebilme, yani geciktirici veto yetkisi tanınmıştır[127]. Parlamenter sistemde, yürütme organı tarafından hazırlanan ve devlete harcama yetkisi veren bütçe kanunu yasama organı tarafından kabul edilmektedir. Ayrıca yasama organı soru, meclis araştırması, meclis soruşturması, gensoru gibi yollarla yürütme organını her zaman denetleyebilme imkânına sahiptir[128].

dd. Parlamenter Sistemin Güçlü Yönleri

Parlamenter sistem bünyesinde ortaya çıkan tıkanıklıkları çözüm yollarını barındırmaktadır[129]. Yürütme organının yasama organından çıkması ve görevde kalmasının yasama organının güvenine bağlı olması sebebiyle, yasama organı ile yürütme organı arasında kriz çıkma ihtimali düşüktür[130]. Kaldı ki böyle bir kriz baş gösterse dahi ortaya çıkan tıkanıklığın güvensizlik oyu veya fesih yolları ile aşılabilmesi imkânı vardır. Aynı şekilde kabine de yasama organını feshedebileceği için çıkan uyuşmazlığın seçim yoluyla halkın önüne

[125] Ayhan Döner**,** Türk Anayasa Hukuku (Yetkin Yayınları 2021) 367-370.
[126] Grahem Allen, The Last Prime Minister: Being Honest About the UK Presidency (Paperback 2003) 17.
[127] Allen (n 126) 18.
[128] Tunaya (n 108) 401**;** Özçelik (n 32) 319-320.
[129] Tunaya (n 108) 406.
[130] Bülent N. Esen, Anayasa Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957) 491.

götürülebilmesi imkân dâhilindedir[131]. Parlamenter hükümet sisteminde ortaya çıkan tıkanıklıkların bu şekilde çözülebilmesinden dolayı, başkanlık sistemi ile kıyaslandığında hükümet darbelerine daha az rastlanmaktadır[132].

Parlamenter sistemde güvensizlik oyu ve fesih araçlarıyla ortaya çıkan krizleri çözme imkânı bulunduğu için esnek, yani krizlere karşı dayanıklı bir hükümet modeli olarak addedilmektedir[133]. Sistemin en olumlu yönlerinden birisi de toplumda kutuplaşmaya yol açmamasıdır[134]. Başkanlık sisteminde kazanan her şeyi kazanmakta, çok az bir oy farkıyla bile olsa kaybeden ise her şeyi kaybetmekteydi. Başkanlık sisteminde seçimi kaybeden aday ve seçmen kitlesinin sistem dışına itilerek radikalleşmesi ihtimali parlamenter sistemde bulunmamaktadır[135]. Çünkü parlamenter sistemde kaybedenin muhalefette bulunma, yasama organında belirli bir çoğunluğa sahip olma gibi şansları devam etmektedir. Yine parlamenter hükümet modellerinde devlet başkanlarının toplumu, siyasi partileri uzlaştırıcı fonksiyonları bulunmaktadır[136].

ee. Parlamenter Sistemin Zayıf Yönleri

Parlamenter sisteme getirilen ilk eleştiri, sistemin istikrarsız hükümetlere yol açtığına yönelik iddiadır[137]. Parlamenter sistem uygulamasında yasama organının yürütme organını her zaman görevden alabilmesi, yürütme organının da yasama organını feshedebilmesi karşısında, parlamenter rejimin istikrarsızlığa yol açabileceği belirtilmiştir[138]. Bu istikrarsızlıklara örnek olarak da 3. ve 4. Fransız Cumhuriyetleri ile Alman Weimar Cumhuriyeti ile İkinci Dünya Savaşı sonrası

[131] Esen (n 130) 493.
[132] Bu düşünceyi destekleyen veriler için Bkz. Uluşahin (n 63) 84-92.
[133] Uluşahin (n 63) 92-98.
[134] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 126-134.
[135] Juan J Linz, 'The Perils of Presidentalism', (1990) 1 (1) Journal of Democracy 51, 56.
[136] Hasan Fehim Üçışık, Anayasa Hukuku (Ötüken Yayınları 2021) 133-134.
[137] Lijphart (n 62) 48-49.
[138] Arend Lijphart 'Introduction' iç Arend Lijphart (edr), Parliemantary Versus Presedential Democracy **(**Oxford University Press 1992) 41; Turhan (n 25) 66.

İtalya örnekleri gösterilmiştir[139].

Parlamenter sisteme getirilen ikinci eleştiri sistemin zayıf hükümetlere yol açtığına yöneliktir[140]. Sistemde hükümet tek partiden oluşsa da yürütme organının iki başlı olması sebebiyle işleyişte her zaman siyası bir krize davetiye çıkabilir. Ülkemizden bir örnek verilirse, 2000 yılı Ağustos'unda Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile dönemin hükümeti arasında kanun hükmünde kararname çıkarma konusunda çıkan anlaşmazlık krize dönüşmüştür[141]. Sisteme getirilen kayda değer eleştirilerden birisi de parlamenter sistemin koalisyon hükümetlerine yol açtığına ilişkindir. Genel kabul olarak koalisyon hükümetlerinin birden fazla siyasi partiden oluşması güçsüzlük olarak yorumlanmaktadır[142]. Koalisyon hükümetlerinin siyasi konularda anlaşamadıklarında hızlı ve etkin karar alamamaları güçsüzlüğe yol açmaktadır. Partiler arasında çıkan ve siyaseti etkileyen bu tür uyuşmazlıklar ancak uzun pazarlıklar sonucu çözülebilmektedir[143]. Sartori, koalisyon hükümetlerinin görevlerine başladıktan sonra sadece ilk altı aylık zaman diliminde icraat yaptıklarını belirterek, bu altı aylık zaman dilimini "balayı ayları" olarak adlandırmaktadır. Altı aylık zaman dilimi sonrasında ise taraflar günlük, etkili olmayan, koalisyon süresini uzatmaya yönelik popülist icraatlarda bulunurlar[144].

Parlamenter hükümet sistemine yönelik bir diğer önemli eleştiri ise sistemin düşük nitelikli demokrasiye yol açtığına yönelik düşüncelerdir[145]. Parlamenter rejimde halkın hükümeti doğrudan seçmemesi, ilk etapta parlamento üyelerinin seçmesi, seçilen parlamento üyelerinin hükümeti belirlemesi düşük nitelikli bir

[139] Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gözler, Türk (n 16) 613.
[140] Burhan Kuzu**,** Her Yönüyle Başkanlık Sistemi (Babıali Kültür Yayıncılığı 2017) 43.
[141] Bkz. 'İmzalamıyor' Hürriyet Gazetesi, 17.08.2000.
[142] Eren (n 13) 255.
[143] Eren (n 13) 256.
[144] Sartori (n 71) 152.
[145] Değerlendirme için Bkz. Uluşahin (n 63) 142-159.

demokrasi tipi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca sistemde hesap sorulabilirliğin alt seviyede olması da demokrasinin niteliğini olumsuz yönde etkilemektedir[146]. Parlamenter sistem önceden bilinebilirlik açısından da eleştiriye uğramıştır. Önceden bilinebilirlik, seçmenin oyunu kullanırken, oy verdiği adayın kazanması halinde kimin yürütme organını oluşturacağı hakkında genel anlamda fikir sahibi olması anlamına gelmektedir[147].

ff. Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm

Parlamenter sisteme yöneltilen hükümetin etkinliği ve istikrarsızlığına yönelik eleştiriler doğrultusunda, hükümete istikrar kazandırmak amacıyla birtakım usuller geliştirilmiştir. Sisteme istikrar kazandırmaya yönelik usullere sahip olan parlamenter hükümet sistemleri rasyonelleştirilmiş parlamentarizm olarak adlandırılır[148]. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm, sağlam temelli bir yasama organı çoğunluğuna dayanmayan kabinelere, güç ve istikrar kazandırmak amacıyla getirilmiş hukuk kurallarından oluşmaktadır[149]. 1949 Alman Anayasası'nda, 1958 Fransız Anayasası'nda, ülkemiz açısından 2017 değişikliği öncesinde 1982 Türk Anayasası'nda benimsenen hükümet sistemlerinde rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin araçlarına yer verilmiştir[150].

Hükümetlere istikrar kazandırmanın ilk yolu, hükümetlerin kurulmasını kolaylaştırmak düşürülmesini ise zorlaştırmaktan geçmektedir. Hükümetlerin kurulmasını kolaylaştırmayı hedefleyen araçların başında, hükümetin güven oylaması yapılmadan göreve başlaması yani zımni güven mekanizması gelir[151].

[146] Kavram için Bkz. Uluşahin (n 63) 151-152.
[147] Kavram için Bkz. Uluşahin (n 63) 156-159.
[148] Özdemir (n 8) 21-23.
[149] Evgeni Tanchev 'Parliamentarism Rationalized', (1993) 2 (1) East European Constitutional Review 107-114.
[150] Boris Guetzevitch Mirkine, Hukuki Esasiye'de Yeni Temayüller, A. Rıza Türel (çev) (Türk Hukuk Kurumu Yayınları 1938) 25; Gözler, Türk (n 16) 621-622.
[151] Özdemir (n 8) 21.

Hükümetlerin göreve başlamalarını kolaylaştırmaya yönelik bir diğer yol, göreve başlama sırasında yapılan güven oylamasında, yasama organı üye tam sayısının değil ilgili oturumdaki toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyunun yeterli görülmesidir. Bu usuller ile hükümetlerin güvenoyu almaları kolaylaştırılmakta, toplantıya katılmayanların hükümeti destekledikleri farz edilmektedir[152]. İleride görüleceği üzere ülkemizde 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki mevcut hükümlerde, rasyonelleştirilmiş parlamentarizme uygun düzenlemeler benimsemişti.

Hükümetlerin düşürülmesini zorlaştırıcı bir başka mekanizma, güvensizlik önergesi verme hakkının çeşitli usullerle sınırlı tutulmasıdır. Bu kapsamda güvensizlik önergesi verme hakkı belirli şartlara bağlanmak suretiyle sınırlandırılmakta, kullanılması zorlaştırılmaktadır[153]. Örneğin 1982 Anayasası'ndaki düzenlemelere bakıldığında, 2017 değişikliği öncesinde gensoru önergesinin ancak bir siyasi parti grubu adına veya en az yirmi milletvekilinin imzası ile verilebildiği anlaşılmaktadır[154].

Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm modelinin bir diğer mekanizması da "serinleme süreleri"nin kabul edilmiş olmasıdır. Serinleme sürelerinin kabul edilmesiyle, hükümetlerin düşmesine yol açabilecek önemli oylamalarda, oylamadan önce bir-iki günlük bir bekleme süresi konulmakta ve bu süre geçtikten sonra oylama yapılmaktadır[155]. Örneğin, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde 1982 Anayasası'nın 99. maddesi uyarınca yapılacak olan gensoru görüşmesi, gündeme alma kararının verildiği tarihten başlayarak iki gün geçmedikçe yapılamamaktaydı. Yine aynı maddedeki düzenleme uyarınca, gensoru görüşmeleri sırasında üyelerin veya grupların verecekleri güvensizlik

[152] Özdemir (n 8) 22.
[153] Özdemir (n 8) 23.
[154] Farklı örnekler için Bkz. Gözler, Türk (n 16) 624.
[155] Özkul (n 5) 59.

önergeleri veya bakanlar kurulunun güven isteği bir tam gün geçmeden oylanamamaktaydı.

Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm modelinde benimsenen bir diğer usul de, güvensizlik oyu sonucunda hükümetin düşürülebilmesi için üye tam sayısının salt çoğunluğunun, başka bir ifade ile nitelikli çoğunluğun bu doğrultuda oy vermesinin aranmasıdır[156]. Bu yöntem hükümetlerin düşürülmesinde başvurulan en bilindik ve etkili yöntemlerden birisidir. Oylamaya katılmayan meclis üyeleri hükümete güvenoyu vermiş gibi kabul edilmekte ve bu sayede hükümetin düşmesi zorlaşmaktadır[157]. Yine 2017 Anayasa değişikliği öncesinde 1982 Anayasası'nın 99. maddesindeki düzenleme uyarınca, yapılan gensoru oylaması sonucunda bakanlar kurulunun veya bir bakanın değişmesi için üye tam sayısının çoğunluğunun oyu gerekirken, 110. madde uyarınca hükümetin kuruluş aşamasında yapılan güven oylamasında, toplantıya katılanların salt çoğunluğunun güvenoyu vermesi kabinenin kurulması için yeterli görülmekteydi. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmde kullanılan bir diğer araç da yapılan oylamalarda sadece güvensizlik oylarının sayılmasıdır[158]. Aynı yöntem, 1982 Anayasası'nın 2017 değişikliği öncesi 99. maddesinde düzenleme altına alınmıştı.

Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin olumlu yönde savunulan en önemli mekanizması ise hiç şüphesiz ki yapıcı güvensizlik oyudur[159]. Yapıcı güvensizlik oyu, yenisi kurulmadan hükümetin düşürülememesi anlamına gelir[160]. Yeni bir başbakan belirlenmeden mevcut başbakan ve dolayısıyla hükümet için güven oylaması yapılamamakta ve bu doğrultuda ülkede hükümet krizlerinin çıkması,

[156] Gözler, Türk (n 16) 625.
[157] Gözler, Türk (n 16) 625.
[158] Gözler, Türk (n 16) 626.
[159] G. Nigel Foster, German Legal System and Laws, (Oxford University Press 2002) 187.
[160] Gözler, Türk (n 16) 626.

hükümetsiz kalınması önlenmektedir. Yapıcı güvensizlik oyu, olumsuz çoğunluklara karşı bulunmuş bir çare olarak karşımıza çıkmaktadır. Olumsuz çoğunluktan kastedilen, hükümeti düşürme amacıyla bir araya gelerek gerekli tavrı sergileyebilen ama kendi içlerinde yeni hükümeti kurmak konusunda birleşemeyen çoğunluklardır[161]. Olumsuz çoğunluk, kendi içerisinde yeni bir başbakan üzerinde uzlaşmaya varamadığı takdirde mevcut başbakanı düşürme hakkından da mahrum kalacaktır[162].

Rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemde birtakım mekanizmalar ise hükümete etkinlik kazandırabilmek amacıyla kabul edilmiştir. Bu araçların başında kanun çıkarılmasını kolaylaştırmaya yönelik usuller gelir[163]. Yasama organında yeterli çoğunluğa sahip olamayan bir hükümetin kanun çıkarmakta zorlanacağı muhakkaktır. Bu problemi aşabilmek için çeşitli anayasal mekanizmalar geliştirilmiştir. Örneğin blok oylama yöntemi, yani ya kabul ya da ret oyu vermek bunlardan birisidir. Normalde bir kanun tasarısının yasama organındaki gerçekleşen oylaması teker teker maddeler üzerinden yapılır. Bu süreçte muhalefette bulunan milletvekilleri değişiklik önergeleri vermek suretiyle süreci zor ve uzun bir yola sokabilir. Blok oylama yönteminde ise hükümet istediği takdirde, müzakere edilen metin tek bir kerede oylanacaktır[164]. Bu talebin sunulması halinde yasama organı tasarıyı ya bütün olarak kabul edecek ya da reddecektir.

Rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemde birtakım mekanizmalar da hükümetin kararname çıkarabilmesini kolaylaştırıcı etkiye sahiptir. Örneğin anayasa hükümleri ile hükümete özerk kararname çıkarma yetkisi tanınabilir. Bu doğrultuda hükümet, yasama organına ihtiyaç duymadan, kendisine anayasa

[161] Lijphart, Çağdaş (n 62) 49.
[162] Farklı örnekler için Bkz. Gözler Türk (n 16) 626.
[163] Gözler, Türk (n 16) 628.
[164] Gözler, Türk (n 16) 628.

tarafından tanınan asli ve doğrudan bir yetki ile kanun gücünde kararname çıkarabilme hakkına sahip olmaktadır[165]. Bir diğer ve kayda değer mekanizma da hükümete kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmiş olmasıdır[166].

b. Yarı Başkanlık Sistemi

Yarı başkanlık sistemi melez bir sistem olarak kabul edildiği için tanımlaması çeşitli şekillerde yapılmıştır[167]. Bu hükümet modelinin bazı yönleri başkanlık sistemine, bazı yönleri ise parlamenter hükümet sistemine benzemektedir[168]. Yarı başkanlık sistemi, parlamenter sistemde rastlanılan ve eleştirilen yürütme organının istikrarsızlığı, başkanlık sisteminde ise yürütme organının yasama organı ile kriz yaşaması sorunlarına çözüm olarak düşünülmüştür[169]. Yarı başkanlık hükümet sistemi, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi ve bunun yanında devlet başkanının önemli sayılabilecek anayasal yetkilere sahip olması sebebiyle başkanlık sistemine, bünyesinde yasama organına karşı sorumlu bir başbakan ve bakanlar kurulu bulundurması sebebiyle de parlamenter sisteme benzemektedir[170].

Yarı başkanlık sistemini başkanlık sisteminden ayıran en önemli unsur, yarı başkanlık sisteminde yürütmenin iki başlı, yani devlet başkanı ile başbakan ve bakanlar kurulundan oluşmasıdır[171]. Sistem, başbakan ve bakanlar kurulunun yasama organına karşı taşıdığı siyasi sorumluluk doğrultusunda parlamenter

[165] Özdemir (n 8) 21-23.
[166] Gözler, Türk (n 16) 631.
[167] Haluk Alkan, Karşılaştırmalı Siyaset Başkanlık ve Parlamenter Sistemler Işığında Yarı Başkanlık Modelleri (Açılım Kitap 2013) 143.
[168] Şükrü Karatepe**,** 'Hükümet Sistemleri ve Türkiye', (2013) 9 (51) YTD (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı) 223, 232.
[169] Fevzi Demir**,** 'Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye', (2013) 9 (51) YTD (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı) 456, 457.
[170] Doğu Ergil**,** 'Başkanlık Sistemi', (2013) 9 (51) YTD (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı) 372, 375.
[171] Bilir (n 83) 27.

hükümet sistemine benzemektedir. Yarı başkanlık sisteminde de başkanlık sisteminde olduğu gibi devlet başkanı doğrudan halk tarafından ve belli bir dönem için seçilmektedir[172]. Yine yarı başkanlık sisteminde de parlamenter sistem uygulamasında görüldüğü gibi yürütme organının bir kanadı olan başbakan ile bakanlar kurulu yasama organına karşı sorumludur ve güvensizlik oyu ile düşürülebilmeleri mümkündür. Yarı başkanlık sisteminin bilinen en tipik örneği Fransa'daki uygulamadır[173].

3. Hükümet Sistemlerine Yönelik Alternatif Sınıflandırmalar

Temel özellikler göz önüne alınarak yapılan hükümet sistemi sınıflandırmalarının uygulamadaki örnekleri karşılamadığı fikrinden hareket eden bazı düşünürler, hükümet sistemlerine yeni ayrımlar getirmişlerdir. Bu tasnifte üzerinde en çok tartışılan Shugart tarafından yapılan beşli ayrımdır. Shugart, hükümet sistemlerine şu şekilde bir ayrım getirmektedir.

-Saf başkanlık sistemi

-Saf parlamenter sistem

-Başbakancı başkanlık sistemi

-Başkancı parlamenter sistem

-Başkanlı parlamenter sistem[174].

Saf başkanlık sistemi ve saf parlamenter sistem yukarıda üzerinde durduğumuz başkanlık sistemi ile parlamenter sistemi, başbakancı başkanlık sistemi ise yarı başkanlık sistemini karşılamaktadır[175]. Başkancı parlamenter sistemde ise güçlü

[172] Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku (4. Bası, Turhan Kitabevi 1998) 40.
[173] Burhan Aykaç ve Şenol Durgun, Çağdaş Siyasal Sistemler (Binyıl Yayınları 2012) 109-110.
[174] Matthew S. Shugart 'Of Presidents and Parliaments', (1993) 2 (1) East European Constitutional Review 1, 30.
[175] Erdal Onar, 'Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli

yetkileri bulunan ve halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı bulunmakla birlikte, başbakanın ve bakanlar kurulunun hem cumhurbaşkanına hem de yasama organına karşı siyasal sorumluluğu vardır[176]. Diğer bir ifadeyle başkancı parlamenter sistemde bakanlar kurulu, hem yasama organı hem de cumhurbaşkanı tarafından azledilebilmektedir. Başkancı parlamenter sistemin en bilinen örneği, Almanya'da bir dönem uygulanmış olan Weimar Anayasası'dır[177]. Başkanlı parlamenter sisteme geldiğimizde ise cumhurbaşkanının yine halk tarafından seçildiğini, yasama organına karşı sorumlu bir başbakan ve bakanlar kurulunun bulunduğunu görmekteyiz. Ancak başkanlı parlamenter sistemde cumhurbaşkanının yetkileri diğer örneklerle kıyaslandığında sınırlıdır[178]. Sistemde yürütme fonksiyonu aynen parlamenter sistemde olduğu gibi başbakan ve bakanlar kurulu merkezlidir[179]. Ülkemizde de 2007 Anayasa değişikliği sonrasında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin kabul edilmesi ile birlikte, 1982 Anayasası'nda kabul edilen hükümet sisteminin de başkanlı parlamenter sisteme dönüştüğü yolunda düşünceler ileri sürülmüştür[180].

Ancak belirtmek gerekir ki Shugart tarafından bu ayrıma katılmayanlar da vardır. Örneğin Giovanni Sartori, özellikle başkanlı parlamenter sistem ayrımını kabul etmemekte ve anayasal yetkileri sınırlı olan bir cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin sistemi parlamenter sistem olmaktan çıkarmayacağını savunmaktadır[181]. Robert Elgie ise, yürütme organında halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanının bulunduğu ve yasama organına karşı sorumlu bir başbakan ve

midir?' iç Teoman Ergül (edr), Başkanlık Sistemi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2005) 71, 76.
[176] Onar (n 175) 76.
[177] Onar (n 175) 76.
[178] Onar (n 175) 76-77.
[179] Onar (n 175) 77.
[180] Fatih Özkul, 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu **(**Yetkin Yayınları 2020) 47-51.
[181] Sartori (n 71) 132-133.

bakanların da mevcut olduğu bir sistemde devlet başkanının yetkilerine bakılmanın anlamsız olduğunu, bu sistemlerin hepsinin yarı başkanlık sistemi olarak nitelendirilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağını ileri sürmektedir[182]. Hükümet sistemleri için bir başka sınıflandırma ise M. Steven Fish tarafından yapılmıştır. Fish, hükümet sistemlerini parlamenter sistem, başkanlık sistemi, yarı başkanlık ve süper başkanlık sistemi şeklinde dörtlü bir ayrım yapmak suretiyle tanımlamaktadır. Adı geçen düşünür bu tasnifindeki süper başkanlık sistemini, devlet başkanı karşısında çok zayıf konumda bir yasama organının bulunduğu rejimler olarak açıklamaktadır. Fish, devlet başkanının güçlü anayasal yetkilere sahip olması koşulunu, başkanın kararname çıkarmak suretiyle yasal düzenleme yapabilme yetkisinin bulunması, hükümetin hangi şekilde oluşacağına karar verebilmesi ve hükümeti yasama organı tarafından yapılan denetimlerden koruyabilmesi şeklinde anlamaktadır[183].

Bir başka dikkat çekici model de yine Sartori tarafından getirilmiştir. Düşünürün "alternatif başkanlık sistemi" veya "aralıklı başkanlık sistemi" olarak isimlendirdiği bu model aslında, devlet başkanının halk tarafından seçildiği parlamenter hükümet sistemleri için düşünülmüştür[184]. Sistem, dört yıllık yasama dönemi için bir, beş yıllık bir yasama dönemi için ise iki hükümet krizi yaşanmadığı sürece olduğu gibi kalacaktır. Ancak hükümet yasama organı tarafından düşürülürse, o yasama döneminin geri kalan kısmı güçlü bir başkanlık sistemine dönüşecektir. Dönem sonunda yeni yapılacak olan seçimle birlikte tekrar parlamenter sisteme geri dönülecektir[185].

Ülkemizdeki hükümet sistemleri tasniflerine bakıldığında da farklı

[182] Robert Elgie, 'The Politics of Semi-Presidentalism', (1999) 2 (1) Semi-Presidentialism in Europe, 1, 13.
[183] M. Steven Fish,'The Pitfalls of Russian Superpresidentialism', (1997) 96 (1) Current History 326, 327.
[184] Sartori (n 71) 199-206.
[185] Sartori (n 71) 199-206.

sınıflandırmaların yapıldığı görülmektedir. Örneğin Erdoğan Teziç, ABD'deki başkanlık sistemi örneğinden yola çıkılarak kabul edilen, ancak devlet başkanının siyasi hayatı bütünüyle tekeline aldığı, yasama organına ait yetkilerin sınırlı olduğu Latin Amerika ve bazı Afrika ülkelerinde uygulanan hükümet sistemlerini "başkancı sistem" olarak adlandırmaktadır[186]. Merhum Bakır Çağlar da "başkanlı parlamenter sistem" tanımlamasıyla parlamenter sistemin bir türünü açıklamaktadır. Çağlar'a göre bu modelde, klasik parlamenter sisteme göre daha fazla anayasal yetkilere sahip olan ve halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanının varlığını aramakta, bu doğrultuda karşımıza yarı başkanlık ve parlamenter sistemin bir karışımı çıkmaktadır[187]. Nur Uluşahin ise kendi sınıflandırmasında devlet başkanının yetkilerinden yola çıkmakta ve hangi şekilde seçilmiş olursa olsun, başbakanın yanında güçlü anayasal yetkilerle donatılmış bir devlet başkanının bulunduğu sistemleri "iki başlı yürütme" olarak tanımlamaktadır[188].

II. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ

A. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE ÖNEMLİ UNSURLAR

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi hakkında fikir yürütebilmek için öncelikle sistemin temel özelliklerini oluşturan unsurların değerlendirilmesi gerekmektedir. Yeni sistemin temel unsurları ise şu şekilde sıralanabilir:

- Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmektedir.

-Yürütme organı tek başlılık arz etmektedir.

[186] Teziç (n 10) 434-436.
[187] Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi (BFS Yayınları, 1989) 268-269.
[188] Nur Uluşahin**,** İki Başlı Yürütme Yapılanması (Yetkin 2007) 127; Nur Uluşahin, 'Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farkla Bir Yaklaşım: Yarı Başkanlıktan İki Başlı Yürütme Yapılanmasına', (2003) 2 (2) AÜHFD 199, 230.

-Cumhurbaşkanının, yasama, yürütme ve yargı alanında önemli yetkileri vardır.

-Cumhurbaşkanının devlet bütçesini yapabilme yetkisi bulunmaktadır.

-Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi bulunmaktadır.

-Yasama ve yürütme organları arasında görev ve personel ayrılığı kabul edilmiştir.

-Hem Cumhurbaşkanı hem de yasama organı birbirlerinin görev sürelerini etkileyebilirler[189].

1. Yasama Organı ile İlgili Anayasal Düzenlemeler

Yasama organı ile ilgili düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- TBMM ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin 5 yılda bir ve aynı günde yapılması kabul edilmiştir.

- TBMM üyelerinin cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanmaları durumunda üyelikleri sona erecektir.

- Seçimlerin yenilenmesinde usul değişikliği yapılmıştır. Seçimlerin yenilenmesine TBMM üye tamsayısının ancak 3/5 çoğunluğu ile karar verilebilecektir. Bu karar doğrultusunda TBMM genel seçimi ile cumhurbaşkanlığı seçiminin aynı günde yapılması öngörülmüştür. TBMM tarafından cumhurbaşkanının ikinci döneminde seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde ise cumhurbaşkanının yeniden aday olabileceği düzenleme altına alınmıştır.

- TBMM'nin görevleri yeniden tasnif edilmek suretiyle, yasama organının bakanları denetleme ve belirli konularda yürütme organına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilmesi Anayasa'dan çıkarılmıştır. Bu doğrultuda

[189] Namık Kemal Öztürk, Anayasa Hukuku (Seçkin Yayınları 2018) 331-334; Ferhat Uslu, Anayasa Hukuku (2. Bası, Adalet Yayınevi 2020), 1039-1043.

gensoru ve sözlü soru da yasama organının bilgi edinme ve yürütmeyi denetleme araçları arasından çıkarılmış olmaktadır.

- Cumhurbaşkanı tarafından bir daha görüşülmek üzere yasama organına geri gönderilen kanunların TBMM tarafından yeniden kabul edilmesinde ise üye tamsayısının salt çoğunluğu, yani nitelikli çoğunluk aranmaktadır.

2. Yürütme Organı ile İlgili Anayasal Düzenlemeler

-Yürütme organının başbakan ve cumhurbaşkanından oluşan iki başlı yapılanmasına son verilerek, yürütme organına ilişkin tüm yetkiler cumhurbaşkanına verilmiştir. Ayrıca cumhurbaşkanının, yardımcılarını ve bakanlar ile üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevlerine son verebilme yetkisi bulunmaktadır.

-Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl ile sınırlandırılmış, bir kişinin en fazla iki kez cumhurbaşkanı seçilebilmesi mümkün görülmüştür. Cumhurbaşkanı adayını siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az %5'ini almış olan siyasi partiler ile en az yüz bin seçmen gösterebilecek, cumhurbaşkanı seçilen kişi yasama organı üyesi ise TBMM üyeliği sona erecektir.

-Cumhurbaşkanı seçilenin partisi ile ilişkisi olanaklı kılınmış ayrıca yürütme yetkisine ilişkin olarak cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesi kabul edilmiştir. Ancak Anayasa'nın 103. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, cumhurbaşkanının görevine başlarken TBMM önünde görevini "tarafsızlıkla" yerine getireceğine dair yemin etmesi gerektiği görülmektedir. Partili bir cumhurbaşkanının görevini tarafsızlıkla yerine getirmesi akıllarda soru işareti doğuracak niteliktedir.

-Yasama organı, cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında soruşturma açılmasını isteyebilecek ve hakkında soruşturma açılmış

olan cumhurbaşkanı da seçim kararı alamayacaktır. Cumhurbaşkanı, Anayasa'da düzenleme altına alınmış koşulların gerçekleşmesi durumunda olağanüstü hal ilan edebileceği gibi seçimlerin yenilenmesine de karar verebilecektir.

- Anayasa değişikliği ile kanun tasarısı kurumu kaldırılmış, bütçe yasası dışında kalan kanunlara ilişkin teklifte bulunabilme hakkı sadece milletvekillerine tanınmıştır.

- Bütçe yasası teklifi yasama organına cumhurbaşkanı tarafından sunulacaktır. Bütçe yasasının süresinde yürürlüğe konulamaması halinde ise geçici bütçe yasası çıkarılacak, geçici bütçe yasasının çıkarılamaması durumunda da yeni bütçe yasası kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırım yapılmak suretiyle uygulanacaktır.

- Cumhurbaşkanının ülkenin iç ve dış siyaseti ile ilgili olarak TBMM'ye mesaj verme yetkisi bulunmaktadır.

B. DOKTRİNDEKİ BAZI GÖRÜŞ VE ELEŞTİRİLER

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin hangi hükümet sistemini oluşturduğu konusunda doktrinde de net bir tanımın yapılamadığı görülmektedir. Şeref İba, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin başkanlık sisteminin asli özelliklerine daha yakın, ama melez bir sistem olduğuna vurgu yaptıktan sonra, net bir değerlendirme yapabilmek için Anayasa tarafından kabul edilen yeni sistemin fiili işleyişinin beklenmesi gerektiğini düşünmektedir. Cumhurbaşkanı ile yasama organının karşılıklı birbirlerini fesih yetkisine sahip olması, başkanlık sisteminin temel özelliklerine kesin bir şekilde uymamaktadır. Cumhurbaşkanının özellikle yargı organına ilişkin atama yetkileri ise yeni sistemi dünya örneklerinden ayırmakta, kendine özgü bir siyasi modele dönüştürmektedir[190]. Necmi Yüzbaşıoğlu'na göre klasik anayasa hukuku

[190] Şeref İba, Anayasa Hukuku (3. Bası, Seçkin Yayınları 2017) 168-169.

öğretisinde ve bugüne kadar uygulanan temsili demokrasi örneklerinde cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak adlandırılan bir hükümet modeline rastlanmamaktadır. Yeni sistem yürütme organının yapılanma şekline bakıldığında başkanlık sistemini çağrıştırmaktadır. ABD'de temel özellikleri ile uygulanan bu sistem, bazı Güney Amerika ve Afrika ülkelerinde ise değişikliğe uğramış biçimde uygulanmaktadır. Klasik öğretide ise bu örnekler "başkalaştırılırmış başkanlık sistemleri olarak" adlandırılmaktadır. Türkiye'de uygulanan yeni sistem bunlara bir yenisini eklemiştir[191]. Namık Kemal Öztürk'e göre cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, cumhurbaşkanı ile yasama organını oluşturan çoğunluğun aynı partiden olması durumunda cumhurbaşkanı istediği kanunların yasama organından geçmesini sağlayabileceğinden ve ayrıca kanun hükmünde kararname çıkarabilme yetkisi bulunduğundan, yasama ve yürütme organları arasında Anayasa'da öngörülen katı ayrılığın bir anlamı kalmamaktadır. Cumhurbaşkanı ile TBMM'yi oluşturan çoğunluğun aynı partiden olmadığı zamanlarda ise sistem işlerlik açısından sorun çıkarma potansiyeline sahiptir[192]. Zafer Gören'e göre, 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte tek başlı yürütme organı yapılanmasının benimsenmiş olması, sistemi parlamenter sistemden kesin olarak çıkarmakla birlikte başkanlık sistemine de dönüştürmemiştir. Başkanlık sisteminin en temel özelliği yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin görevlerine son verici anayasal mekanizmalarla donatılmamış olmalarıdır. İlk olarak karşılıklı olarak seçimlerin yenilenebilmesi yetkisi başkanlık sistemi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca başkanlık sisteminde yürütme organı yasama yetkisine de sahip değildir[193].

2017 Anayasa değişikliği ile ilgili olarak Venedik Komisyonu'nun hazırladığı raporda, yapılan değişikliğin başkanlık sisteminin karakteristik özelliği olan

[191] Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukuna Giriş (Beta Yayınevi 2017) 157.
[192] Namık Kemal Öztürk, Anayasa Hukuku (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2018) 335.
[193] Zafer Gören**,** Anayasa Hukuku (3. Bası, Yetkin Yayınları 2018) 182-184.

kuvvetlerin ayrılığı ilkesine dayanmadığı, yürütme ve yasama kuvvetleri arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önleyebilmek için cumhurbaşkanı ve yasama organı seçimlerinin birlikte yapılmasının öngörülmüş olduğu, siyasi hesap verirliğinin beş yılda bir yapılacak seçimlerle sınırlı kaldığı, devlet başkanının otoriterleşmesine karşı teminat oluşturacak denge ve denetim mekanizmalarının bulunmadığı, bu doğrultuda başkanlık rejiminin temel özellikleri ile uyuşmayan bir başkanlık sisteminin çıkmış olduğu konusunda görüş bildirilmiştir[194].

C. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda sunulan bilgilerden hareket edildiğinde cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulanmasında, yasama ve yürütme organlarının karşılıklı ilişkileri açısından sorunlara yol açabilecek bazı hususların bulunduğu görülmektedir. Bu sorunlar aşağıdaki başlıklar altında ele alınabilir:

1. Cumhurbaşkanı ile Yasama Organının Görev Sürelerinin Eşitlenmesi

2017 Anayasa değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası'nda beş yıl olarak öngörülen ve 2007 Anayasa değişikliği ile birlikte dört yıla indirilen yasama organının seçim dönemi beş yıla çıkarılmıştır. Bu değişiklik, 2007 yılında gerçekleştirilen ve cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine yönelik değişikliğin tamamlayıcısı olarak da kabul edilebilir. 2007 değişikliğinin sonucu olarak seçmenlerin hem yasama organı üyelerini hem de cumhurbaşkanını seçmek amacıyla iki ayrı sandıkta oy kullanmaya başlamaları ile birlikte, 1982 Anayasası'nın orijinal halinde kabul edilmiş olan parlamenter hükümet sistemi modelinden önemli bir sapma gerçekleşmişti. 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte ise TBMM'nin görev süresi ile cumhurbaşkanının görev süresi

[194] <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e/> Son Erişim Tarihi:09.01.2023; Gören (n 136) 186.

eşitlenmiştir.

Doğal olarak, yasama organı seçimleri ile cumhurbaşkanı seçiminin aynı günde yapılması ve görev sürelerinin beş yıl olarak eşitlenmesi, sistem üzerinde önemli bir etki yaratacaktır. Bu değişiklikle hedeflenen, aynı gün yapılacak olan seçimlerde, cumhurbaşkanı ve TBMM çoğunluğunun aynı partinin adayları tarafından kazanılma olasılığını yükseltmektir.

Siyasetin olağan akışında, aynı gün yapılacak olan bir seçimde seçmenlerin aynı eğilimi göstererek her iki seçimde de aynı siyasi partinin çıkarmış olduğu adaylara oy vermesi normal karşılanmalıdır. Ancak mukayeseli örnekler incelendiği takdirde, az da olsa bu durumun tersinin gerçekleşebileceği de anlaşılmaktadır. Örneğin, Latin Amerika'da Guatemala, Ekvator ve Peru gibi ülkelerde başkanlık seçimleri ile yasama organı seçimlerinin aynı gün yapılmış olmasına rağmen beklenen sonuç elde edilememiştir. Guatemala'da 1990 yılında yapılan seçimlerde Jorge Elias %68 oyla başkan seçildiği halde partisi yasama organı seçimlerinde %15.5 gibi düşük bir oy alabilmiştir. 1997 yılında Ekvator'da yapılan seçimlerde de Abdala Bukaram ancak ikinci turda başkan seçilebilmiş, partisi ise Parlamentodaki 82 sandalyeden 15'ini kazanmıştır. Yine Peru'da 1990 yılında gerçekleştirilen seçimlerde Alberto Fujimori %62.5 oyla ikinci turda başkan seçildiği halde, partisi yasama organındaki 180 sandalyeden 32'sini kazanabilmiştir[195]. Bu doğrultuda, devlet başkanı ve parlamento seçimleri aynı gün yapılsa dahi, bu seçimlerden istikrarlı ve etkin bir yönetimin çıkmama ihtimali de her zaman gerçekleşebilecek bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Karşılıklı Denge ve Denetleme Mekanizmaları

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bakıldığında bu konuda da kendine özgü bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Gerçekten de 2017 değişikliği ile

[195] Selin Esen, '2016 Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi**',** (2012) 4 (1) ABD 46, 47.

benimsenen yeni modelde, saf parlamenter sistemden kesin çizgilerle ayrı durulduğu, saf başkanlık sisteminin özelliklerinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır. TBMM ve cumhurbaşkanına karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerine son verebilme olanağının tanınmış olması, yasama ve yürütme organlarının görev sürelerinin birbirlerine bağımlı olarak düzenlenmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Cumhurbaşkanı yasama organını feshetmeye karar verdiği takdirde, kendi makamını terk etmeyi de göze almış olmalıdır. Cumhurbaşkanı tarafından feshedilen TBMM üyelerini yeniden belirlemek amacıyla yeni seçimler yapılırken, aynı zamanda cumhurbaşkanı seçimleri de yapılacaktır. Cumhurbaşkanının fesih silahına karşılık olarak da yasama organı erken seçim kararı aldığı takdirde, TBMM seçimleri ile birlikte cumhurbaşkanı seçimleri yine birlikte yapılacaktır.

Düzenleme ilk incelemede, yasama ve yürütme organlarına karşılıklı olarak yetki verilmek suretiyle birbirlerini denetleyebilme ve dengeleyebilmeleri imkânının sağlanmış olduğu izlenimini vermektedir. Bu sayede düzenlemenin, ülkeyi siyasi krizlere düşmeden yönetme imkânı veren nitelikte olduğu iddia edilebilir. Ancak benimsenen yeni hükümet sistemi uyarınca, TBMM seçimlerinin yenilenmesi kararı Meclis üye tamsayısının 3/5'nin oyu ile (360 milletvekili) alınabilirken, cumhurbaşkanının seçimleri yenileyebilmesi için herhangi bir koşul bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasama organının seçim kararı almak suretiyle baş gösteren bir siyasi krizi çözmek amacıyla hareket etmesi ve böylelikle hem yürütme hem de yasama organında yenilenme sağlanabilmesi uygulamada zor ve riskli gözükmektedir. Kaldı ki, cumhurbaşkanı gerçekte seçimleri yenilemeyecek olsa dahi bu anayasal üstünlüğünü yasama organına hissettirmek amacıyla harekete geçebilir. Böyle bir olasılığın gerçekleşmesi halinde, denetleme ve dengeleme mekanizmasının sistem içerisinde krizi çözücü nitelikte bir rol oynaması bir temenniden öteye geçmeyecek hatta yeni sorunlara yol açabilecektir.

2017 Anayasa değişikliği ile birlikte TBMM'nin bilgi edinme ve sahip olduğu denetim yollarında da değişiklik öncesine göre farklılıklar bulunmaktadır. Kabul edilen değişikliklerin bazıları getirilen hükümet modelinin işleyişine uygun olarak kaleme alınmıştır. Ancak bazı düzenlemeler, anayasal denge ve denetleme mekanizmalarından beklenenin uzağındadır. Örneğin Anayasa'nın 99. maddesinde hüküm altına alınan gensoru kurumu Anayasa'dan çıkarılmıştır. Gensoru, tek tek bakanların veya bakanlar kurulunun yasama organına karşı bireysel veya kolektif sorumluluklarının gerçekleşmesini sağlayan ve parlamenter sistemi diğer hükümet sistemlerinden farklılaştıran bir kurumdur. Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçildiği (yasama organının içinden çıkmadığı) ve bakanların da TBMM dışından veya yasama organının onayına gerek olmadan atanabildiği bir sistemde, gensorunun yürürlükten kaldırılmış olmasında şaşırtıcı bir yön bulunmamaktadır. Zaten benimsenen yeni hükümet sisteminde klasik anlamda bir bakanlar kurulu bulunmadığı gibi başbakanlık kurumu da mevcut değildir. Ancak Anayasa'nın (değişik) 98. maddesinde yer alan ve bu sebeple halen uygulanma imkânı bulunan anayasal denetim araçlarının bazılarında, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile açıklanması zor olacak bazı tutarsızlıklar olduğu görülmektedir.

Örneğin Anayasa'nın 98. maddesinin 5. fıkrasında hüküm altına alınan "soru" kurumuna göz atıldığında, *"Yazılı soru, yazılı olarak en geç on beş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir"* şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Maddenin düzenleniş şeklinden de anlaşılacağı üzere milletvekillerinin muhataplarına sözlü olarak cevaplanmak üzere soru sorabilme olanakları tamamen kaldırılmıştır. Ayrıca önceki düzenlemede, *"Bakanlar Kurulu adına (...)cevaplanmak üzere Başbakan veya bakanlardan…"* bilgi istenmesi şeklinde kaleme alınan soru, kabul edilen yeni hükümde sadece *"…Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara…"* yöneltilebilmektedir. Bu

durum, kamu hukukunun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilen, yetki ve sorumluluğun paralelliği ilkesine açık bir şekilde aykırılık oluşturmaktadır. Önceki düzenlemede soruların cumhurbaşkanına değil de başbakan veya bakanlara yöneltiliyor olması, söz konusu makamların yürütmenin etkin ve sorumlu kanadını oluşturması, dolayısıyla siyasi kararların alınmasında ve uygulanmasında gerçek yetkili birim olarak addedilmelerinden kaynaklanmaktaydı. Yine önceki düzenlemede cumhurbaşkanının kural olarak yetkisiz ve sorumsuz olması, bütün işlemlerinin karşı imza kuralı gereği başbakan veya bakan tarafından imzalanması gerektiği için bu işlemlerin sorumluluğu da hükümet tarafından üstlenilmekteydi. Bu doğrultuda cumhurbaşkanının yasama organına doğrudan bir soru yöneltmesine gerek bulunmamaktaydı.

Aynı mantıktan hareket edildiğinde, benimsenen yeni sistemde yürütme organının sadece cumhurbaşkanından oluşması sebebiyle, yasama organı tarafından sorulacak olan soruların da muhatabının cumhurbaşkanı olması gerekmektedir. Ancak yeni düzenlemede soru kurumunun muhatapları, sayıları, nitelikleri ve atanma kriterleri tamamen cumhurbaşkanının takdirinde olan ve yine cumhurbaşkanından bağımsız bir iradeleri bulunmayan cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlardır. Söz konusu düzenleme bir anayasal denetim aracı olan soru kurumunun işlevine uygun düşmemektedir[196].

Kabul edilen yeni sistemde, cumhurbaşkanına anayasa tarafından tanınan atama yetkileri de söz konusu yetkilerin genişliği ve kullanılma usulleri değerlendirildiğinde, yasama ve yürütme erkleri arasındaki denge ve denetleme ilişkileri bağlamında ele alınması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar ile (m. 104/8, 106/4) üst kademe yöneticileri (m. 104/9) cumhurbaşkanı

[196] Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Levent Gönenç ve Ersoy Kontacı, '2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama–Yürütme İlişkileri', (2019) 45 (Kasım-Aralık) TBBD 43, 43-79.

tarafından tek başına atamakta ve görevlerine de yine cumhurbaşkanının tek taraflı iradesiyle son verilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin büyük bir çoğunluğunu (doğrudan veya kurumlardan gelecek öneriler aracılığıyla) atama yetkisi cumhurbaşkanının elindedir (m. 146). Ayrıca üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının da cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği (m.104/9) hüküm altına alınmıştır.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerine baktığımızda, başkanlık sistemi ve başkanlık sistemi benzerini uygulayan bazı ülkelerde, bu nitelikteki atama yetkisinin yasama ve yürütme organları arasında bölüştürülmüş olduğunu görmekteyiz. Örneğin ABD'de Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court) hâkimleri, yabancı ülkelerde görevlendirilecek olan diplomatik temsilciler ve çeşitli üst kademe yöneticileri Başkan tarafından atanmakta, ancak bu makamlara aday olan kişilerin yasama organının denetimine tabi tutulduğu görülmektedir.[197] Böyle bir anayasal tercihin sebebi, başkanın ve dolayısıyla yürütme organının atama yetkilerinin parlamenter denetimden geçirilmesi suretiyle, yasama ve yürütme organları arasında dengeli bir çalışma ortamı ve uzlaşama kültürü sağlama isteğidir.

Yasama ve yürütme organları arasında denge-denetleme ilişkileri açısından önem arz eden bir başka husus da bütçedir. Bütçe hem başkanlık sisteminde, hem de parlamenter sistemde yasama organının yürütme organını denetlemekte kullandığı en önemli araçlardan birisidir. Kabul edilen yeni sistemde ise Anayasa'nın 161/4. hükmündeki konu şu şekilde düzenleme altına alınmıştır: *"Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanır."* Düzenlemenin amacının, yasama

[197] Eren (n 13) 258-259.

organındaki çoğunluğun bütçeyi reddetmek suretiyle cumhurbaşkanının hareket kabiliyetini sınırlamasını önlemek olduğu açıktır. Anılan hüküm sayesinde cumhurbaşkanı yasama organı bütçesini reddetse dahi, önceki yılın bütçesiyle çalışmalarına devam etme imkânına sahip olmaktadır.

3. Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu

2017 Anayasa değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde de yeniliklere gidilmiştir. İlk olarak cumhurbaşkanı eski düzenlemede olduğu gibi sadece vatana ihanet suçundan değil, görevi başındayken işlediği her suçtan sorumlu tutulabilecektir. Ancak cumhurbaşkanının Yüce Divan'da yargılanabilmesi için aşılması gereken süreç, bu hukuki yolun işlemesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Görevdeyken suç işleyen cumhurbaşkanı hakkındaki soruşturma, ancak TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun (301 milletvekili) önerge vererek soruşturma açılmasını istemesi halinde gerçekleşmektedir. Soruşturmanın açılması yönünde bir karar verilebilmesi için ise üye tamsayısının 3/5'inin (360 milletvekili) oyu gerekmektedir. Soruşturma açılması sonrasında Yüce Divan'a gönderilme kararının alınabilmesi için de TBMM üye tamsayısının 2/3'ünün (400 milletvekilinin) oyu gerekmektedir[198]. Yasama organında bu çoğunluğu sağlayabilmek oldukça güç gözükmektedir. Yasama organındaki salt çoğunluğun cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin ya da onu destekleyen bir çoğunluğun elinde olması durumunda ise süreci başlatan önerge verme işlemi bile neredeyse imkânsızdır. Cumhurbaşkanının görev süresi sona erdikten sonra da görevdeyken işlediği suçlar yönünden hakkında soruşturma açılması gündeme geldiğinde aynı prosedürün uygulanması gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz soruşturma süreci aşılsa dahi cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde ortaya düşündürücü bir durum çıkmaktadır. 2017

[198] Özkul, 2017 (n 180) 169-172.

Anayasa değişiklik öncesi düzenleme uyarınca TBMM kararı ile Yüce Divan'a sevk edilen bir bakanın bakanlıktan düşmüş sayılacağı, başbakanın Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde ise hükümetin istifa etmiş olacağı kabul edilmişti. Diğer bir ifadeyle önceki düzenlemede, TBMM'nin Yüce Divan'a sevk kararı alması ile ve Yüce Divan'ın kararının sonucunu beklenmeye gerek duyulmaksızın başbakan veya bakanların görevleri kendiliğinden sona eriyordu. 2017 değişikliği sonrasındaki düzenlemede ise Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan "mahkûm edilen" cumhurbaşkanının görevinin sona ereceği hüküm altına alınmıştır. (m. 105/5). Yeni düzenlemeden eskisinden farklı şekilde, Yüce Divan'da yargılanmakta olan bir cumhurbaşkanının devlet başkanlığı görevine devam edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Fakat Yüce Divan'da yargılanan bir cumhurbaşkanının görevi sona ermeyeceği için AYM'ye, yani kendisini Yüce Divan sıfatıyla yargılayan Yüksek Mahkemeye üye atamasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu durum, açıklaması zor bir husus olduğu gibi kuvvetler ayrılığı ilkesi yönünden de sakınca arz etmektedir. İdari soruşturma ve yargılamaların sağlıklı ve baskı altında olmadan yerine getirilmesi için kamu organlarında görevli olan kişiler için kabul edilen "görevden uzaklaştırma" kurumunun devlet başkanı hakkında düşünülmemiş olması eleştiriye açıktır. Yasama organının önemli bir çoğunluğunun görevdeyken suç işlediğine inandığı ve Yüce Divan'a sevki yönünde karar aldığı bir cumhurbaşkanının görevini sağlıklı ve tarafsız bir biçimde sürdürebilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

1982 Anayasası'nın 2017 değişikliğinden önceki düzenlemelerine bakıldığında, yürütme organın özel kural koyabilme olanağının bizzat Anayasa'dan kaynaklandığı görülmektedir. Örneğin 2017 değişikliği öncesinde bakanlar kurulu, TBMM'nin çıkardığı bir yetki kanununa dayanmak suretiyle kanun

hükmünde kararname (KHK) çıkarabilmekteydi ve ayrıca bu KHK'lar hiyerarşik olarak kanunlarla eşit düzeyde bulunmaktaydı. KHK'lar ile kanunların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması da mümkündü. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu ise olağanüstü hâl ve sıkıyönetim dönemlerinde bir yetki kanununa ihtiyaç duymadan bu tür düzenlemeler yapabilmekteydi.

Benimsenen cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlar kurulu kaldırılıp yürütme gücü ve organı tamamen cumhurbaşkanının elinde toplandığı için, artık bakanlar kurulunun olağan veya olağanüstü dönemlerde çıkardığı KHK'lerden söz etmek mümkün olmayacaktır. Fakat benimsenen yeni hükümet modelinde yürütme organına "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" (CBK) ile kural koyabilme olanağı tanınmıştır. Yeni hükümet sisteminde kurulan yasama ve yürütme organlarının karşılıklı ilişkilerini hükümet sistemleri temelinde değerlendirebilmek için CBK konusunun da ele alınması gerekmektedir. Anayasa'da düzenleme altına alınan hükümlere baktığımızda şu hususları görmekteyiz:

-CBK'lar sınırlı bir alanda, sadece yürütme yetkisi içerisine giren konularda çıkarılabilmektedir.

-Sosyal ve ekonomik hak ve ödevler CBK'lar ile düzenlenebilecek fakat sınırlandırılamayacaktır.

-Kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlerin CBK ile düzenlenme altına alınması ve sınırlanması mümkün değildir.

-Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen ve yürürlükte olan kanunda açıkça düzenleme altına alınmış konularda CBK çıkarılması mümkün değildir.

-Aynı konuda yasama organı tarafından bir kanun çıkarıldığı takdirde, o konuda

önceden çıkarılmış olan CBK hükümsüz hale gelecektir.

- CBK ile kanunun farklı hükümler içermesi durumunda, kanun hükümleri uygulanacaktır.

Bu doğrultuda bir değerlendirme yapıldığı takdirde aşağıda belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

- Kamu hizmetlerinin işleyişinde verim ve uyumu sağlamak amacıyla, birden fazla ili kapsayan merkezi idare teşkilatları kurulması (m. 126/son),

- Mahalli idarelerin kuruluş ve görevlerine ilişkin konular (m. 127),

- Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri (m. 128/2) ile bu sayılanların yargılanmalarına ilişkin düzenlemeler (m. 129/son),

- Üst kademede görev yapan yöneticilerin yetiştirilme usul ve esasları (m. 128/son),

- Yükseköğretim ile ilgili düzenlemeler (m. 130),

- Radyo ve televizyon istasyonlarının kurulması ve işletilmesine yönelik düzenlemeler (m. 130),

- Kamu Denetçiliği Kurumu (m. 74/son), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (m. 133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m. 134), Diyanet İşleri Başkanlığı (m. 136) ile Ekonomik ve Sosyal Konsey ile ilgili düzenlemeler (m. 136),

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler (m. 135).

2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, kanun ve CBK arasında çatışma çıkmasının olasılıklar dâhilinde olduğu anlaşılmaktadır. Cumhurbaşkanının üyesi olduğu siyasi partinin TBMM'de salt çoğunluğu kaybetmiş olması, muhalefetin ise salt

çoğunlukla temsil edilmesi durumunda, başka bir ifadeyle muhalefetin kanun yapabilmek için yeterli çoğunluğa ulaşması halinde, muhalefeti oluşturan çoğunluğun cumhurbaşkanının CBK çıkarmasını istemediği bir alanda kanun çıkartarak veya mevcut olan bir kanunu yürürlükten kaldırmayarak, cumhurbaşkanının kural koyma alanını sınırlandırabilmesi mümkündür. Ancak muhalefetin bu imkândan faydalanabilmesi için yasama organında çoğunluğa sahip olmasının yetmeyeceği, salt çoğunluğa sahip olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Yine 2017 değişikliği ile kabul edilen düzenleme uyarınca, cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye iade bir yasanın aynen kabul edilebilmesi için üye tam sayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Daha önce bir kanun düzenlemesine konu olmamış bir alan cumhurbaşkanı tarafından CBK ile düzenleme altına alınsa dahi, çoğunluğu elinde bulunduran parti veya partiler aynı konuda bir kanun yapmak suretiyle CBK'yı hükümsüz hale getirebilme imkânına sahiptir[199].

Sistemdeki tutarsızlık bir örnekle açıklanmak istendiği takdirde Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasına bakmak yeterli olmaktadır. Anılan düzenleme uyarınca: *"Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."* Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ise, üst kademe yöneticilerinin statülerine ilişkin esasların bu konuda yapılacak olan kanunun konusu olduğu belirtilmektedir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi 2017 Anayasa değişikliği ile üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceği düzenleme altına alınmıştır (m. 104/9). Bu düzenlemelerden şu husus anlaşılmaktadır: Cumhurbaşkanı, üst kademe yöneticilerinin nasıl ve ne şekilde atanacağını belirleyebildiği halde, bu yöneticilerin yetiştirilme usul ve esasları ile statülerine ilişkin düzenlemeler yapamayacaktır. Ayrıca yasama organı tarafından CBK düzenlemesinden sonra, üst kademe yöneticilerinin

[199] Ayrıntılı bilgi için Bkz. Artuk Arduçoğlu, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', (2017) 75 (3), ABD 21-51.

atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen bir kanun çıkarıldığı takdirde CBK hükümsüz kalacaktır.

CBK'ların olağanüstü hallerdeki kapsamına da bakılmasında fayda bulunmaktadır. Olağanüstü hal rejimi hallerinde cumhurbaşkanı sistemde güçlü olan taraf olarak gözükmektedir. 2017 değişikliği ile Anayasa değişikliği öncesinde düzenleme altına alınan olağanüstü yönetim usullerinden sıkıyönetim kaldırılmış, olağanüstü hal ise korunmuştur. Değişiklik öncesindeki düzenleme uyarınca olağanüstü hal cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından ilan edilebilir iken, yeni sistemde cumhurbaşkanı tek başına olağanüstü hal ilan edebilme yetkisine sahip olmuştur. Ayrıca bu duruma ek olarak cumhurbaşkanı, olağanüstü halin devam ettiği süre zarfında olağanüstü CBK çıkarabilme hakkına da sahiptir. Çıkarılan bu kararnamelerin 2017 değişikliği öncesinde mevcut olan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden önemli bir farkı bulunmamakla birlikte olumlu yönde şu hususa değinilmesi gerekmektedir: Anayasanın 119. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme uyarınca *"Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hariç olma üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bir ay içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar."* Bu düzenleme anayasa hukuku tekniği açısından yerinde bir düzenleme niteliğindedir.

SONUÇ

Hükümet sistemleri üzerine yapılan çalışmalar ve araştırmaların 20. yüzyılın sonlarına doğru belirginleştiği görülmektedir. Bunun sebebi, büyük oranda küreselleşme ile paralel şekilde değişime uğrayan ulusal ve uluslararası dinamiklerden doğan ihtiyaçlardır. 1982 Anayasası'nda sırasıyla yapılan 2007 ve

2017 değişiklikleri ile ülkemizde devam eden hükümet sistemi tartışma ve arayışlarına bir süreliğine son verilmiş ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Bu değişim sonucunda, Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinden itibaren safha safha gerçekleştirilen ve zaman içerisinde belirli düzeyde bir tecrübeye sahip olunan parlamenter hükümet sistemi terk edilmiştir. Ancak 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte benimsenen cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, dünya üzerinde genel kabul gören veya uygulanan temel hükümet sistemi modelleri ile benzeşmemekte, aksine farklı özellikler sergilemektedir.

2017 değişikliği ile birlikte bakanların yasama organına karşı siyasal sorumluluğuna son verilmek suretiyle parlamenter sistemin kesin çizgilerle terk edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Sistem yarı-başkanlık hükümet modelinde benimsenen ilkelere de sahip değildir. Bu doğrultuda karşımıza ismen benzer hükümet sistemi olarak sadece başkanlık hükümet modeli çıkmaktadır. Ancak cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin klasik anlamda başkanlık sistemi ile uyuştuğunu kabul etmek çok zor gözükmektedir. Başkanlık sisteminde, başkan ve yasama organı birbirlerinden ayrı yapılan seçimlerle ve sabit süreler için halk tarafından seçilmekte, ayrıca ön önemlisi birbirlerinin hukuki varlıklarına son verememektedir. 2017 değişikliği ile kabul edilen cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bakıldığında ise yasama organı ile cumhurbaşkanının karşılıklı olarak birbirlerini feshedebilme yetkilerine sahip oldukları anlaşılmaktadır. TBMM, üye tamsayısının 3/5 çoğunluğu ile seçimlerin yenilenmesine karar verebilirken, cumhurbaşkanı tek taraflı iradesi ile yasama organını feshedebilme hakkına sahiptir. Anayasal düzenleme ile birbirlerinin hukuki varlıklarına son verebilme imkânı yönünden cumhurbaşkanının, yasama organına karşı çok daha güçlü konumda olması tercih edilmiştir.

Kanaatimizce cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle başkanlık sistemi arasında devlet başkanının halk tarafından seçilmesinden başka bir benzerlik

bulunmamaktadır. En önemlisi cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, ABD örneğinde olduğu gibi bir fren ve denge mekanizmalarından yoksundur. Parlamenter sistemden vazgeçilmesinin mantıki sonucu olarak gensoru kurumunun kaldırılmış olması ile birlikte yasama organını elinde kalan yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırmasıyla yürütme organı üzerinde etkin bir denetim yapabilmesi mümkün değildir. Meclis soruşturması açılabilmesi için öngörülen yüksek nitelikli çoğunluk da bu kurumun fonksiyonel bir şekilde işletilmesine engel olmaktadır. Anayasanın 105/1-6 ve 106/5-8. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca meclis soruşturması, görevde bulunan ya da görevinden ayrılmış olan cumhurbaşkanı (kişisel suçları dâhil), cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun (301 üye) vereceği önerge ile açılabilmektedir.

Bir diğer önemli konu, neredeyse bütün temsili rejimlerde yasama organının yürütme organı karşısındaki en önemli denetim silahı olan bütçeyi reddetme yetkisinin de 2017 anayasa değişikliği ile birlikte tamamen işlevsizleştirilmiş olmasıdır. Anılan değişiklik ile birlikte bütçe yasası teklifinin cumhurbaşkanı tarafından yasama organına sunulabilmesi öngörülmüş, bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulmaması halinde ise geçici bütçe kanununu çıkarılması, geçici bütçe kanununun çıkarılamaması durumunda ise yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanabilmesi kabul edilmiştir.

2017 değişikliği ile birlikte Anayasa'nın 104. maddenin 17. fıkrasındaki düzenleme uyarınca cumhurbaşkanına belirli şartlara bağlı olmak şartıyla kararname çıkarabilme yetkisi verilmiştir. Benimsenen anayasal düzenin önemli unsurlarından birisi olan CBK'ların çıkarılabilmesi için önceki kanun hükmündeki kararnamelerin aksine bir yetki kanununa ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla, devlet başkanı tarafından çıkarılan CBK'ların yasama organının

onayına sunulmasına gerek bulunmaması sebebiyle, yürütme organının asli düzenleme yetkisi de bu doğrultuda yasama organı aleyhine genişlemiş ve yürütme organı daha güçlü konuma getirilmiştir. Yasama organının CBK sonrasında veya öncesinde aynı konuyla ilgili yasal düzenleme yapabilmesi, erkler arasındaki uyumu bozabilecek niteliğe sahip olup kriz çıkarma ihtimalini bünyesinde taşımaktadır.

Cumhurbaşkanının kanunları veto etme yetkisinin güçleştirici veto niteliğine dönüştürülmüş olması, yürütme organının yasama organı karşısındaki konumunu güçlendirmektedir. Anayasa'nın 89. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme uyarınca TBMM, cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunu ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile aynen kabul edebilecek, kanun ancak bu orana ulaşılması durumunda cumhurbaşkanı tarafından yayımlanacaktır. Bu açıklamalardan, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin klasik hükümet sistemlerine ilişkin tasnifler ile uyuşmadığı ve bu doğrultuda kendine özgü, dünya uygulamasında örneği bulunmayan, denge ve fren mekanizmalarını içermeyen bir model olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Benimsenen yeni sistemin siyasi istikrar ve uzlaşma getireceği hususuna da şüpheyle yaklaşılması gerekmektedir. Anayasa'nın 77. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme uyarınca TBMM ve cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir ve aynı günde yapılacaktır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, devlet başkanı seçimi ile TBMM seçiminin aynı gün yapılacak olması büyük bir olasılıkla, aynı politik görüşe sahip kişilerin bir araya gelip çoğunluğu oluşturmasına yol açacaktır. 2017 Anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanı adayının bir siyasi parti mensubu olabileceği göz önüne alındığında, bu sonucun doğma ihtimalinin daha da yüksek olduğu görülmektedir. Bu işleyiş, başka organlar tarafından kontrol edilemeyen bir gücün oluşumuna zemin hazırlayabilir.

Benimsenen hükümet sistemi hangi nitelikte olursa olsun, modelin demokratik bir biçimde işleyebilmesi için yürütme ve yasama organlarının birbirlerine karşı kullanabilecekleri denge ve denetim mekanizmalarının varlığı ve bağımsız bir yargı organının mevcudiyeti önem arz etmektedir. Ayrıca bir başka önemli nokta da belirli bir hükümet sistemini uygulayan ülkenin, mevcut sistem üzerindeki tecrübesidir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi üzerinde yeterli deneyime sahip olmadığımız açık olmakla birlikte, sistemde fren ve denge mekanizmalarının bulunmadığı, var olanların da cumhurbaşkanının elinde olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin beklentilere cevap verip veremeyeceğini zaman gösterecektir.

KAYNAKÇA

Alkan H, Karşılaştırmalı Siyaset Başkanlık ve Parlamenter Sistemler Işığında Yarı Başkanlık Modelleri (Açılım Kitap 2013).

Altuğ Y, Parlamento Hukuku (Çağlayan Kitabevi 2003).

Arduçoğlu A, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', (2017) 75 (3) ABD 19, 51.

Arsel İ, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları (Mars Matbaası 1965).

Arslan R, Demokratik Yönetim Sistemleri (Dora Yayıncılık 2015).

Aybay R, Genel Kamu Hukuku (3. Bası, Der Yayınları 2020).

Aykaç B ve Durgun Ş, Çağdaş Siyasal Sistemler (Binyıl Yayınları 2012).

Başgil AF, Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Cilt 1 (Baha Matbaası 1960).

Batum S, Anayasa ve İnsan (3. Bası, Cumhuriyet Kitapları 2011).

Bilir F, Sorularla Anayasa Hukuku (5. Bası, Der Yayınları 2018).

Cheibub JA, Presidentialism, Parliamentarism and Democracy, (Cambridge University Press 2007).

Çağlar B, Anayasa Bilimi (BFS Yayınları 1989).

Dal K, Anayasa Hukuku (Alter Yayınları 2016).

Demir F, 'Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye', (2013) 51 YTD (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı) 456, 476.

Döner A, Türk Anayasa Hukuku (Yetkin Yayınları 2021).

Elgie R, 'The Politics of Semi-Presidentalism', (1999) 2 (1) Semi-Presidentialism in Europe 1, 17.

Epstein DL, 'Parliamentary Government', iç David L. Sills (edr) (1968) 11 (2) International Encyclopedia of the Social Sciences Macmillian and Free Press 400, 425.

Eroğul C, Çağdaş Devlet Düzenleri (5. Bası, Kırlangıç Kitabevi Yayınları, 2006).

Erdoğan M, Anayasal Demokrasi (2. Bası, Siyasal Kitabevi 1999).

Eren A, Anayasa Hukuku Ders Notları (Oniki Levha Yayınları 2018).

Ergil D, 'Başkanlık Sistemi', (2013) 51 YTD (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı) 382, 476.

Esen BN, Anayasa Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957).

Esen S, '2016 Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi', (2012) 4 (1) ABD 46, 73.

Fish, MS, 'The Pitfalls of Russian Superpresidentialism' (1997) 96 (1) Current History 326, 340.

Foster GN, German Legal System and Laws (Oxford University Press 2002).

Freedman L, Power and Politics in America (Sixth Edition, Routledge 1991).

Garvey J, 'A Comment On Church and State in Seventeenth and Eighteenth Century America', (1989) 7 (2), JLR 275, 280.

Grahem A, The Last Prime Minister: Being Honest About the UK Presidency (Paperback 2003).

Gönenç L. ve Kontacı E, '2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama – Yürütme İlişkileri', (2019) 145 TBD 43, 79.

Gören Z, Anayasa Hukuku, (3. Bası, Yetkin Yayınları 2018).

Göze A, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler (2. Bası, Beta Yayınları 2013).

Gözler K, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi (Ekin Yayınevi 2001).

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Kitabevi 2011).

Gözübüyük Ş, Anayasa Hukuku, (4. Bası, Turhan Kitabevi 1998).

Günday M, İdare Hukuku, (4. Bası, İmaj Yayınevi 1997).

İba Ş, Türk Anayasa Hukuku (Turhan Kitabevi 2018).

Karamustafaoğlu T, Yasama Meclislerini Fesih Hakkı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).

Karatepe Ş, 'Hükümet Sistemleri ve Türkiye', (2013) 51 YTD (Başkanlık Sistemi Özel Sayısı) 223, 236.

Kubalı HN, Anayasa Hukuku Dersleri (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971).

Kuzu B, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi (Fakülteler Matbaası 1997).

Kuzu B, Her Yönüyle Başkanlık Sistemi, (Babıali Kültür Yayıncılığı 2017).

Linz J, 'The Perils of Presidentalism', (1990) 1 (1) Jornal of Democracy 51, 69.

Linz J, Totaliter ve Otoriter Rejimler (çev. E. Özbudun) (Siyasi İlimler Türk Derneği Yayınları 1984).

Lijphart A, Çağdaş Demokrasiler, (çev Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran) (Yetkin Yayınları) 1997.

Lijphart A, 'Introduction' iç Arend Lijphart (edr), Parliemantary Versus Presedential Democracy (Oxford University Press 1992).

Matthew SS, 'Of Presidents and Parliaments', (1993) 2 (1) East European Constitutional Rewiew 1, 132.

Michels R, Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy, (Batoche Books 2001).

Mirkine BG, Hukuki Esasiye'de Yeni Temayüller, Ali Rıza Türel (çev) (Türk Hukuk Kurumu Yayınları 1938).

Onar E, 'Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?' iç Teoman Ergül (edr), Başkanlık Sistemi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2005) 71, 104.

Örgün F, Dar Gelen Gömlek Başkanlık Sistemi (Bilge Yayınları 1999).

Özbudun E, 1921 Anayasası (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayını 1992).

Özçelik S, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri: Umumi Esaslar (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).

Özdemir H, 100 Soruda Hükümet Sistemleri (Seçkin Yayınları, 2018).

Özer A, Başkanlık Hükûmeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği (2. Bası, Şekerbank Yayınları 1998).

Özer A, Anayasa Hukuku (5. Bası, Turhan Kitabevi 2010).

Özkul F, 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu (Yetkin Yayınları 2020).

Özkul F, Anayasa Hukuku Açısından Osmanlı'dan Günümüze Türk Parlamento Deneyimleri (Yetkin Yayınları 2022).

Öztürk NK, Anayasa Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2018).

Sartori G, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Ergün Özbudun (çev) (Yetkin Yayınları 1997).

Tanchev E, 'Parliamentarism Rationalized', (1993) 2 (1) East European Constitutional Review 107, 114.

Teziç E, Anayasa Hukuku (Beta Yayınları 2006).

Tunaya TZ, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku (Ekin Yayınları 1982).

Tunç H, 'Amerika Birleşik Devletleri Hükümet Sistemi ve Yürütme Organı', (1998) 2 (1), İSD 55, 78.

Turhan M, Hükümet Sistemleri (Gündoğan Yayınları 1993).

Uluşahin N, İki Başlı Yürütme Yapılanması (Yetkin Yayınevi 2002).

Uluşahin N, 'Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farkla Bir Yaklaşım: Yarı Başkanlıktan İki Başlı Yürütme Yapılanmasına', (2003) 52 AÜHFD 199, 233.

Uluşahin N, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi (Yetkin Yayınları 1999).

Uslu F, Anayasa Hukukunun 99 Konusu (Adalet Yayınevi 2019).

Uslu F, Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki İlişkiler (2. Bası, Filiz Kitabevi 2022).

Uslu F, Anayasa Hukuku (2. Bası Adalet Yayınevi, 2020).

Üçışık HF, Anayasa Hukuku (Ötüken Yayınları 2021).

Yazıcı S, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2013).

Yüzbaşıoğlu N, Anayasa Hukukuna Giriş (Beta Yayınevi 2017).

Quin F, The Federalist Papers Readers (Seven Locks Press 1992).

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e/>

<https://www.evrensel.net/files/uploads/altili-masa-anayasa-teklifi.pdf/>

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received:
27.03.2023
Kabul Tarihi / Accepted:
09.04.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMUNUN İNSAN HAKLARININ ULUSAL ALANDA KORUNMASINDAKİ ROLÜ

Arda ERGENE

Araştırma Makalesi

Öğretim Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi, Babaeski Meslek Yüksekokulu, Büro Hizmetleri ve Sekreterlik Bölümü, av.ardaergene@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5428-4772.

ÖZET

1993'te Birleşmiş Milletler Kurulunca kabul edilen Paris Prensipleri, ulusal kurumlar için asgari standartları belirler. Söz konusu prensipler, ulusal kurumların statüsü, yetkisi, bileşimi ve çalışma yöntemleri için geniş bir normatif çerçeve ortaya koymaktadır. Paris Prensipleri, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun en önemli dayanağını oluşturmaktadır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 2016'da Türkiye İnsan Hakları Kurumunun yerine kurulmuştur. Selefinin görev ve yetkilerini teslim alan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu; ayrıca, ayrımcılığın önlenmesi amacıyla, idari işlem oluşturma kudretine de sahip olmuştur. Başbakanlıkla ilişkili bir kurum olarak kurulan, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili bir kurum hâline gelmiştir. Kurum, insan haklarının muhafaza edilerek geliştirilmesini amaçlamaktadır. Kurum bu görevi icabı, re'sen incelemeler yapmaktadır. Kurumun diğer amacı, ayrımcılığın önüne geçilmesidir. Kurum bu doğrultuda, ayrımcılık yasağı ihlalleri kapsamında başvuru alıp, sonuçlandırmakta ve re'sen incelemeler yapmaktadır. Kurumun en önemli yetkilerinden biri uzlaşma yetkisidir. Kurum, insan hakları veya ayrımcılık ihlali iddiasında bulunan tarafı ve ihlal iddiasıyla karşı karşıya olan tarafı uzlaşmaya çağırabilir. Uzlaşmayla, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali kaldırılabilir ya da belli bir tutar tazmin edilebilir. Kurum, teknik ve mali uzmanlık bilgisini gerektiren konularda, bilirkişi görevlendirebilir ve tanık dinleyebilir.

ANAHTAR KELİMELER: Ayrımcılık Yasağı, İnsan Hakları, Eşitlik, Ulusal Koruma, Paris Prensipleri

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE ROLE OF THE TURKISH HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE NATIONAL AREA

Arda ERGENE

Research Article

Lecturer, Kırklareli University, Babaeski Vocational School, Office Services and Secretarial Department, av.ardaergene@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5428-4772.

ABSTRACT

The Paris Principles, adopted by the United Nations Assembly in 1993, set minimum standards for national institutions. These principles set out a broad normative framework for the status, mandate, composition and working methods of national institutions. The Paris Principles constitute the most important basis of the Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey. The Human Rights and Equality Institution of Turkey was established in 2016 to replace the Human Rights Institution of Turkey. The Human Rights and Equality Institution of Turkey, which took over the duties and powers of its predecessor; it also had the power to create administrative acts in order to prevent discrimination. Established as an institution related to the Prime Ministry,

the Human Rights and Equality Institution of Turkey has become an institution associated with the minister to be appointed by the President, following the 2017 constitutional amendments. The institution aims to protect and develop human rights. The Institution conducts ex-officio examinations as per its duty. Another aim of the institution is to prevent discrimination. Accordingly, the Institution receives and finalizes applications within the scope of non-discrimination violations and conducts ex officio investigations. One of the most important powers of the institution is the authority to conciliation. The institution may call the party claiming human rights or discrimination violation and the party facing the alleged violation to conciliation. Violation of human rights or non-discrimination can be removed or a certain amount can be compensated through conciliation. The Institution may appoint experts and listen to witnesses in matters that require technical and financial expertise.

KEYWORDS: Prohibition of Discrimination, Human Rights, Equality, National Protection, Paris Principles

GİRİŞ

Günümüzde neredeyse tüm devletlerin isteği, bir hukuk devleti olarak hatırlanmaktır. İşbu sebepten söz konusu devletler, insan onurunu ve insan haklarına saygıyı en önemli konular olarak ele alarak, ilgili düzenlemeleri hayata geçirmektedirler[1].

İnsan hakları, kelimenin tam anlamıyla kişinin insan olduğu için sahip olduğu haklardır ve bu haklar, "yalnızca hayata değil, onurlu bir hayata" ihtiyaç duyulduğunu ileri sürer[2]. Bu haklar insanın ahlaki tabiatından kaynaklanan zorunluluklardan ibarettir. Bu nedenledir ki, insan haklarının teminat altına alınmadığı yerlerde, insanca bir hayatın imkânı yoktur[3].

"İnsan; onurlu bir varlık olması dolayısıyla hayattaki tutumunu temel ihtiyaçlarının yanında haysiyet, onur, şeref gibi kavramlarla anlamlandırarak taçlandırır. İnsanın kadim gerçekliği ancak hukukun korunmasıyla imkâna dönüşür. Hukukun bağımsız ve tarafsız olmadığı bir toplumda insan onurunun korunması mümkün değildir"[4].

[1] Zehra Odyakmaz ve diğerleri, '6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I', (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 721, 722.
[2] Bruce Kidd ve Peter Donnely, 'Human Rights in Sports', (2000) 35 (2) International Review for the Sociology of Sport 131, 132.
[3] Mustafa Erdoğan, 'İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım', (2019) (İnsan Hakları Özel Sayısı) Düşünüyorum Dergisi 7, 12.
[4] Nuri Ersoy, 29 Mart 2016 Tarihli TBMM'nin Yedinci Oturumunda Yaptığı Konuşma;

Demokratik bir hukuk devletinin öncül vazifelerinden biri, fertlerin temel hak ve hürriyetlerini korumaktır. Kamu gücünü arkasına alan kamu idaresi karşısında, zayıf olan ferdin korunmaya gereksinimi vardır. Siyasi, yönetimsel ve yargısal denetim yöntemleriyle fertler istenildiği kadar korunamamaktadır. Dolayısıyla, yeni denetim yöntemlerini kabullenmeye yönelik olarak harekete geçilmiştir. Söz konusu yeni denetim yöntemleri var olan denetim yöntemlerine son vermemekte, tersine onlara destekleyici bir fonksiyon yüklemektedir. Modern denetim yöntemleri olarak kabul edilen bu yöntemlerin en bilineni, İnsan Hakları Kurumlarıdır. Neredeyse tüm devletler, 20.12.1993 tarihinde 48/134 sayılı Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu kararıyla temeli atılan Paris Prensipleri çerçevesinde, kendi kurumsal yapılarına uygun olarak, Ulusal İnsan Hakları Kurumlarını (UİHK) oluşturmuşlardır. Bu doğrultuda ülkemizde 2016 senesinde "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)" kurulmuştur[5].

Çalışmamızın ilk kısmında, kısaca Paris Prensiplerine değinilecektir. İkinci kısmında, çalışmamızın esas konusunu oluşturan TİHEK'in, kuruluşu, yapısı ve görev ve yetkileri ele alınacaktır. Ayrıca, ele alınan konular hakkındaki eleştiri ve düşüncelere de yer verilecektir.

I. PARİS PRENSİPLERİ

Tam adı, "İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler" olan, Paris Prensipleri, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun (TİHEKK) en önemli dayanağıdır. Dolayısıyla, bu konuya değinmekte fayda buluyoruz.

Paris Prensipleri, 1991 senesinin Ekim ayında, Paris'te düzenlenen, insan

Odyakmaz ve diğerleri (n 1) 723.

[5] Haydar Albayrak, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi', (2020) 31 (119) Sayıştay Dergisi 129, 130-131.

haklarının muhafazası ve yaygınlaştırılmasına ilişkin, ulusal kuruluşların ilk uluslararası toplantısında açıklanan temel ilkelerdir. Söz konusu prensiplerin kabul edilişi, BM Genel Kurulu tarafından 1993 senesinde gerçekleşmiştir[6]. Paris Prensipleri genellikle ulusal kurumlar için uluslararası asgari standartlar olarak kabul edilir. Ulusal kurumların statüsü, yetkisi, bileşimi ve çalışma yöntemleri için geniş bir normatif çerçeve ortaya koyarlar[7].

Paris Prensipleri, ulusal kurumlar için beş başlık altında toplanan birtakım sorumlulukları listelemektedir. İlk olarak kurum, ele almaya karar verdiği herhangi bir insan hakları ihlali durumunu izlemelidir. Kurumun bu işlevini yerine getirebilmesi için ülkenin herhangi bir yerindeki gelişmeleri takip edebilecek yeterli personele sahip olması ve ayrıca tehdit altında olabilecek veya ihlaller hakkında bilgi sahibi olabilecek herhangi bir Sivil Toplum Kuruluşu (STK), grup veya kişiye erişiminin sınırlandırılmaması gerekir. İkincisi, kurum, Hükümete, Parlamentoya ve diğer yetkili organlara belirli ihlaller, mevzuat ve uluslararası insan hakları belgelerine uygunluğu konularında ve ayrıca bu belgelerin uygulanması ile ilgili konularda tavsiyelerde bulunabilmelidir. Bu nedenle kurum ile ilgili devlet organları arasında resmi veya gayri resmi bazı iletişim kanalları oluşturulmalıdır. Birincil iletişim kanalı medya üzerinden olacaksa, kurumun çalışmasını engelleyecektir. Üçüncü olarak kurum, bölgesel ve uluslararası kuruluşlarla temas durumunda ve işbirliği içinde olmalıdır. Hükümet, ulusal kurum tarafından insan hakları belgelerini onaylaması için teşvik edilecek ve kurum, devletlerin bölgesel ve uluslararası kurumlara veya komitelere sunmaları gereken raporlara katkıda bulunacaktır. Bölgesel ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği geniş tabanlı ve belirli sınırlamalar olmaksızın olacaktır. Dördüncüsü, kurumun insan hakları alanında eğitim verme ve

[6] Odyakmaz ve diğerleri (n 1) 727.
[7] Anna-Elina Pohjolainen, The Evolution of National Human Rights Institutions-The Role of the Unites Nations (The Danish Institute for Human Rights 2006) 6.

bilgilendirme yetkisi olmalıdır. Eğitim insan hakları programlarının oluşturulmasına ve insan hakları araştırmalarına yardımcı olur ve bunların okullarda, üniversitelerde ve meslek çevrelerinde uygulanmasında yer alır. Son olarak kurum, insan haklarıyla ilgili her türlü konuda rapor hazırlayabilecek, yayınlayabilecek ve tüm basın organlarından yararlanabilecektir. Paris Prensipleri, özellikle ırk ayrımcılığı başta olmak üzere her türlü ayrımcılıkla mücadelede, kamu bilincini artırarak ulusal kurumların oynayabileceği önemli rolün altını çizmektedir. Beşincisi, bazı kurumlara yarı yargısal yetkiler verilmelidir. Bir kurumun, ilk dört unsurdan biri görev alanı dışında bırakıldığında, Paris Prensiplerini yerine getirdiği her ne kadar kabul edilemese de kuruma, bireysel şikâyetleri ve dilekçeleri dinleme ve değerlendirme yetkisi vermek ihtiyaridir[8].

Bir tavsiyeler dizisi olarak Paris Prensipleri, hukuken bağlayıcı uluslararası kurallar niteliği taşımamaktadır. İlkeleri hazırlayan ve benimseyen çalıştay, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun talebi üzerine toplanmış olsa da bu standartlar başlangıçta yalnızca bir avuç ulusal kurumun, bazı STK'lerin ve sınırlı sayıda hükümetin görüşlerini temsil ediyordu. Bununla birlikte, o zamandan beri, çeşitli uluslararası ve ulusal kuruluşların bu ilkeleri memnuniyetle karşılaması ve hükümetleri bunlara uymaya teşvik etmesi nedeniyle, ilkeler önemli ölçüde siyasi ve ahlaki ağırlık kazanmıştır[9].

Paris Prensipleri, temelde ulusal kurumlar hakkında bağımsızlık ve yetki güvencesi temin eder. Konuya bağımsızlık güvencesi açısından yaklaştığımızda, söz konusu kurumların öncelikli olarak yasa ya da anayasa temelinde oluşturularak mevcudiyetlerini yasal bir dayanağa bağlamaları gerekmektedir.

[8] Morten Kjærum, 'National Human Rights Institutions Implementing Human Rights' iç Morten Bergsmo (ed), Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden (Brill Academic Publishers 2003) 633, 634.
[9] Pohjolainen (n 7) 9.

Ayrıca, bu kurumların mali özerkliklerinin olması gerekir. Böylece, faaliyetlerini problemsiz bir şekilde devam ettirebilirler. Bahsedilenlerin dışında, ulusal kurumların üyeleri için de bazı güvencelere sahip olması gerekmektedir. Bu hususlar göz önüne alındığında, söz konusu kurumların üye bileşimi plüralist olmalı, ek olarak da toplumun büyük bir kesiminin temsiline olanak sağlamalıdır. Konuya bir de yetki güvencesi açısından bakacak olursak, söz konusu kurumların faaliyetlerini etkili bir biçimde yürütebilmeleri adına; kurumlar, kapsamlı bir yetki güvencesiyle teçhiz edilmelidir. Ayrıca, kapsamlı yetki güvencesinin kurumun yasal dayanağını meydana getiren yasa ya da anayasada, aleni ve teferruatlı bir biçimde bulunması gereklidir[10].

II. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

A. KURULUŞU

Türkiye'de daha önce kurulmuş olan insan hakları kurumlarını incelediğimizde, söz konusu kurumların oluşumlarının ve faaliyet alanlarının ciddi derecede problemli olduğu görülüyordu. Bunlara ek olarak, söz konusu kurumlar, Paris Prensiplerine aykırı nitelikteydiler. Bunun doğal bir sonucu olarak, söz konusu kurumlar eleştiri yağmuruna tutuluyordu. Bu ciddi eleştiriler karşısında 2012 senesinde kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK) lağvedilmiş, yerine 2016 senesinde TİHEK kurulmuştur.[11]

6701 sayılı TİHEKK ile, TİHK'nin yerine kurulan TİHEK, selefinin görev ve yetkilerini devralmakla birlikte, ayrımcılığın önüne geçilmesi için, idari işlem oluşturma erkine de sahip olmuştur[12]. İnsan haklarının korunup geliştirilmesini

[10] Vahap Atilla Oğuşgil, 'Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi', (2015) (74) Bilig: Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi 175, 177-178.
[11] Albayrak (n 5) 138.
[12] Hulusi Alphan Dinçkol, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi', (2021) 27 (1) Marmara

amaçlayan TİHEK, bu görevi kapsamında re'sen tetkikler yapmaktadır. Ayrıca, ayrımcılığın önüne geçilmesini hedefleyen TİHEK, bu görevi kapsamında ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvuruları almakta, sonuçlandırmakta ve re'sen tetkikler yapmaktadır. Bunların yanında TİHEK, ulusal önleme mekanizması olarak faaliyet gösterme görevi kapsamında alıkonulma mekânlarına haberli veya habersiz izleme ziyaretleri düzenlenmekte, ziyaretler sonucunda hazırlanan raporları ilgili kurum ve kuruluşlarla paylaşmaktadır[13].

TİHEK, 2016 senesinde kurulduğunda Başbakanlıkla ilişkili bir kurumdu. Ancak, 2017 senesinde gerçekleşen Anayasa değişikliğiyle birlikte, TİHEK tekrardan şekillendi. Bu doğrultuda 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile, TİHEKK'in 8. maddesine *"Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili"* ifadesi getirildi.

1. Konuyla İlgili Eleştiri ve Düşünceler

TİHEK, yönetmelik ve tüzük gibi, kanunun altında yer alan bir norm ile kurulmamıştır. TİHEK, kanunla kurulmuş olmakla beraber, görev ve yetkileri de kanunla tayin edilmiştir. Bu çerçeveden ele aldığımızda, TİHEK'in kuruluşu kanunla gerçekleştiği için, Paris Prensipleri ile uyumludur. Bununla beraber UİHK'lerin anayasayla kurulması; o devletin, temel hak ve hürriyetlere ve UİHK'lere gösterdiği önem açısından pozitif bir imajını meydana çıkarabilir. Eğer TİHEK anayasal bir kurum şekline getirilirse, Türkiye Cumhuriyeti Devleti hem içeride hem de dışarıda, pozitif bir imaj sergileyebilecektir[14].

TİHEK'in kuruluşuna ve yetkilerinin belirlenmesine ilişkin bir saha çalışması

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 188, 192.

[13] Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), İşkence ve Kötü Muameleye Karşı Ulusal Önleme Mekanizması 2019 Yılı Raporu (Düş Pınarı Yayınları 2020) 8.

[14] Mehmet Alp Didinmez, 'Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağına Akreditasyon Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu İncelemesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 54-55.

yapılmamış, insan haklarıyla yakın ilişkili STK'lerin ve TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonunun düşünceleri göz önünde bulundurulmamıştır. Asıl olarak TİHEK'in kuruluş amacı, uluslararası yükümlülüklerin şeklî olarak ifa edilmesi, insan haklarıyla alakalı çeşitli kurumların tek bir çatı altında toplanması, kontrol altına alınması ve söz konusu kurumların maliyetlerinin kısılması gibi pek çok yararcı gerekçelere dayanmaktadır. Kurumun amaçlarını incelediğimizde, birbiriyle alakalı gibi görünen, aslında birbirinden ayrı, çok yönlü ve çok tabakalı görevler, tek bir çatı altında bir araya gelmiştir. Niye böyle bir tercih yapıldığını irdelediğimizde, Paris Prensiplerinin uyulması zorunlu esas kaynak olarak, dikkate alınmadığı sonucuna varabiliriz[15].

TİHEK, Adalet Bakanlığı'yla ilişkilendirildiği için öğreti tarafından eleştirilmiştir. TİHEK'in yasama organıyla ilişkilendirilmesi, Kurumun bağımsızlığı yönünden daha pozitif bir durum teşkil edecektir[16].

B. YAPISI

TİHEK, Kurul ve Başkanlık Teşkilatı olmak üzere, iki birimden meydana gelmiştir.

"Kurul, Kurumun karar organıdır. Kurul, TİHEKK ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Kurul; biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere Cumhurbaşkanı tarafından atanan on bir üyeden oluşur"[17].

[15] İsrafil Aydın, 'Bir Ulusal İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu' (Doktora Tezi, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi 2022) 176-177.
[16] Hayrettin Eren, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (Adalet Yayınevi 2016) 84.
[17] TİHEKK m. 10/1, 2.

02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce, Kurulu oluşturan on bir üyenin sekizi Bakanlar Kurulunca; üç üyesi Cumhurbaşkanınca seçiliyordu. Bakanlar Kurulunca seçilecek üyelerden biri, Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından öneriliyordu. YÖK bu üyeyi, insan hakları alanında çalışan öğretim üyeleri arasından belirliyordu. Bakanlar Kurulunca seçilecek diğer yedi üye, insan hakları alanında çalışmalar yürüten akademisyenler, sivil toplum kuruluşları, sendikalar ve mesleki kuruluşlar ile avukatlar, görsel ve yazılı basın mensuplarının göstereceği adaylar veya üyelik için başvuruda bulunanlar arasından seçiliyordu. Cumhurbaşkanınca seçilecek adaylara ait kriterler, TİHEKK'de bulunmuyordu.

"Kurula üye olabilmek için, 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen nitelikleri taşımak; herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında görevli veya yetkili bulunmamak; en az dört yıllık lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olmak, gerekmektedir"[18].

02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile, Kurumun görev alanındaki konularda bilgi ve deneyim sahibi olmak; kamu kurum ve kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak, üyelik şartları arasından çıkarılmıştır.

02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce, TİHEKK'nin 10. maddesinin altıncı fıkrasına göre, Kurul üyelerinin görev süresi dört yıl olarak düzenlenmişti. Ancak 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile 10. maddenin altıncı fıkrası ilga edilmiştir. TİHEKK'nin mevcut hâlinde, Kurul üyelerinin görev süresi hakkında herhangi bir düzenlenemeye yer verilmemiştir.

[18] TİHEKK m. 10/4.

TİHEKK'nin 10. maddesinin yedinci fıkrası da 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile ilga edilmiştir. Mülga fıkrada, Başkan ve İkinci Başkanın Kurul tarafından Kurul üyeleri arasından seçileceği hüküm altına alınıyordu. Mevcut hâle göre, Başkan ve İkinci Başkan, Kurul dışından seçilebilir.

"Başkan, İkinci Başkan ve üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ancak üyenin, seçilmesi için gerekli şartları taşımaması ya da sonradan kaybetmesi; Kurul kararlarını süresi içinde imzalamaması; Kurul tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Kurul toplantısına katılmaması; ağır hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi; görevi ile ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi; geçici iş göremezlik hâlinin üç aydan fazla sürmesi; 657 sayılı Kanunun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan mahkûm edilip de cezasının infazına fiilen başlanması hâllerinin Kurul tarafından tespit edilmesi üzerine Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bakanın onayıyla üyeliğine son verilir"[19].

"Üyelerin Kurulda görev yaptıkları sürece önceki görevleri ile olan ilişikleri kesilir. Üyeler, özel bir kanuna dayanmadıkça, Kuruldaki görevlerinin dışında resmî veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik ve denetçilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, hakemlik ve bilirkişilik yapamaz. Ancak üyeler, asli görevlerini aksatmayacak şekilde bilimsel amaçlı yayın yapabilir, ders ve konferans verebilir ve bunlardan doğacak telif hakları ile ders ve konferans ücretlerini alabilir"[20].

"Kamu görevlisi iken üyeliğe seçilenler, memuriyete giriş şartlarını

[19] TİHEKK m. 10/8.
[20] TİHEKK m. 10/9.

kaybetmemeleri kaydıyla, görev sürelerinin sona ermesi veya görevden ayrılma isteğinde bulunmaları ve otuz gün içinde önceki kurum veya kuruluşlarına başvurmaları durumunda atamaya yetkili makam tarafından bir ay içinde mükteseplerine uygun bir kadroya atanır. Atama gerçekleşinceye kadar, bunların almakta oldukları her türlü ödemelerin Kurum tarafından yapılmasına devam olunur. Bunların Kurumda geçirdiği süreler, özlük ve diğer hakları açısından önceki kurum veya kuruluşlarında geçirilmiş sayılır. Bir kamu kurumunda çalışmayanlardan üyeliğe seçilip yukarıda belirtilen şekilde görevi sona erenlere herhangi bir görev veya işe başlayıncaya kadar, almakta oldukları her türlü ödemeler Kurum tarafından ödenmeye devam edilir ve bu şekilde üyeliği sona erenlere Kurum tarafından yapılacak ödeme üç ayı geçemez"[21].

"Başkan ve üyeler ile Kurum personeli, görevlerini yerine getirmeleri sırasında edindikleri, kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgileri, kişisel verileri, Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri, ticari sırları ve bunlara ait belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamaz, kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamaz. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder"[22].

"Başkan, Kurumun en üst amiri olup, Kurum hizmetlerini mevzuata, Kurumun amaç ve politikalarına, stratejik planına, performans ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak düzenler, yürütür ve hizmet birimleri arasında eşgüdümü sağlar. Başkan, Kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludur. Başkanın yokluğunda İkinci Başkan, Başkana vekâlet eder"[23].

"Başkanlık, Başkan Yardımcıları, hizmet birimleri ve çalışma gruplarından oluşur. Hizmet birimlerinin sayısı onu geçemez. Başkanlık, Kurul kararlarını

[21] TİHEKK m. 10/10.
[22] TİHEKK m. 10/14.
[23] TİHEKK m. 13/1, 3.

uygulamakla ve diğer konularda Başkana ve Kurula yardımcı olmakla görevlidir. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır. Hizmet birimleri, Başkan tarafından belirlenen koordinatörlerin eşgüdümünde faaliyet gösterir. Kurum, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak üzere kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları ve konuyla ilgili uzmanların katılımı ile altı ay süreli geçici komisyonlar oluşturabilir. Başkan, bu süreyi üç aya kadar uzatabilir. Gerekli görülmesi hâlinde Kurul, altı aylık süreyi iki katına kadar uzatabilir. Ayda ikiyi geçmemek kaydıyla komisyonların toplantılarına ilişkin giderler Kurum bütçesinden karşılanır. Gerek görülmesi hâlinde, Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla Kuruma bağlı bürolar kurulabilir"[24].

1. Konuyla İlgili Eleştiri ve Düşünceler

Kurumun yapısını yönelik en ciddi eleştiri, özellikle 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrası, Kurul üyelerinin külliyen Cumhurbaşkanınca atanacak olmasıdır. Kurum, yapısının bu özelliğiyle bağımsızlığı ve tarafsızlığı konularında duraksamalara sebep olmaktadır. İşbu sebeplerle, Kurul üyeleri, temsili bir organca atanmalı, atama sürecinin şeffaf bir biçimde gerçekleşmesi için de, STK'lerin sürece katılımı önem arz etmektedir[25]. Ne yazık ki, mevcut haliyle Kurul üyelerinin seçim usulü, ilga edilmiş TİHK'nin dahi hayli gerisindedir[26].

Kurumun yapısına yönelik bir diğer eleştiri de, Kurumun, toplumun türlü kesimlerinin temsiline yer vermemesi ve plüralizmi engellediği ileri sürülmesidir. Toplumdaki hassas ve dezavantajlı grupların temsili ve cinsiyet bakımından dağılımı incelendiğinde, TİHEK'in Kurul üye sayısının ve kompozisyonunun, Paris Prensipleriyle uyumlu olduğunu söylemenin olanağı yoktur[27]. Bağımsız bir

[24] TİHEKK m. 14/1, 2, 3, 4, 5.
[25] Albayrak (n 5) 140, 147.
[26] Eren (n 16) 103.
[27] Aydın (n 15) 192.

UİHK oluşturulmak isteniyorsa, plüralist temsilin şartlarının sağlanması gerekir. Bu doğrultuda TİHEK üyelerinin, yüksek yargı organlarını, sendikalar ve meslek odaları, STK'ler ve YÖK'ün belirleyeceği adaylar arasından seçilmesinin; bu çerçevede temsil yeteneğini artırmak için de, üye sayısının en az on beş kişiye çıkarılmasının zorunlu olduğu, böylelikle Paris Prensiplerine daha uygun bir yapının oluşturulabileceği düşünülebilir[28].

TİHEK'e üye seçiminin plüralist bir yapıda olmamasının yarattığı bir diğer endişe, insan hakları gibi özel bilgi, tecrübe ve uzmanlık icap ettiren hassas bir konuda, üyelerin yeterli donanıma sahip olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır[29]. 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle, üye seçiminde Kurumun görev alanındaki konularda bilgi ve tecrübe sahibi olma şartının kaldırılmış olması, Paris Prensipleriyle uyumlu değildir. TİHEK'e üye seçilebilmek için, siyasi partilerle bağlantılı olmama şartı, akreditasyon başvurularında göz önünde bulundurulduğu için, uygulamanın bu açıdan Paris Prensipleriyle uyumlu olduğu söylenebilir[30].

A statüsüyle akredite olmuş UİHK'ler, uluslararası platformlarda etkinlik gösterebilmektedirler. UİHK'lerin daha aktif ve randımanlı çalışabilmeleri adına, UİHK'lerde istihdam edilecek personelin iyi seviyede yabancı dil bilgisine sahip olması beklenmektedir. Dolayısıyla TİHEK'ten beklenen, özellikle iyi derecede İngilizce, Fransızca, Almanca ve/veya İspanyolca bilen Kurul üyelerinin seçilmesi ve uzman personelin istihdam edilmesidir[31].

TİHEK Kurul üyelerinin görev süresi TİHEKK'nin ilk şekline göre dört

[28] Albayrak (n 5) 140, 147.
[29] Ayça Beyoğlu, 'T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma', (2021) 23 (3) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 992, 1000.
[30] Dilek Kayaalp, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun İş Hukukuna Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2019) 82.
[31] Aydın (n 15) 193.

seneyken, 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrası, TİHEKK'te Kurul üyelerinin görev süresi hakkında herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Bu uygulama Paris Prensiplerine aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü, ilgili kanunda üyelerin görev süresinin alenen belirtilmesi icap etmektedir. Paris Prensiplerine göre, üyelik süresinin 3 ila 7 sene arasında olması, uygun kabul edilmektedir. Mevcut durumda, yasal olarak TİHEK Kurul üyelerinin görev süresine ilişkin belirsizlik devam etmektedir. Bunu da Kurul üyelerinin görev süresi güvencesinden mahrum bırakılması anlamında yorumlayabiliriz[32].

TİHEKK'nin 10. maddesinin sekizinci fıkrasında görev güvencesi sadece İkinci Başkana ve Kurul üyelerine verilmiştir. 703 sayılı KHK ile değişiklik yapılmadan önce, görev güvencesi Başkan için de verilmişti. Mevcut durumda Cumhurbaşkanı, görev süresi henüz dolmasa da Başkanın görevine son verebilecektir. Bu durumun da Paris Prensipleri aykırılık teşkil ettiğini söyleyebiliriz[33].

Paris Prensiplerine göre, TİHEK'in hem yurtiçinde hem de yurtdışında teşkilatlanması icap etmektedir. Lakin TİHEKK'ye göre, Kurumun yurtiçinde ve yurtdışında doğrudan büro açma yetkisi bulunmamaktadır. Türkiye'nin yüzölçümü de dikkate alındığında, TİHEK'in sadece merkez ofisinin bulunması, Kurumun erişilebilirliği açısından negatif bir izlenim yaratmaktadır. Bununla birlikte, TİHEK'in hizmet birimleri ve bürolarının, çalışma usul ve esaslarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi de yoktur. Söz konusu iki yetki de Cumhurbaşkanının elinde bulunmaktadır. Bu yetkilerin TİHEKK'de, idari ve mali özerkliğe sahip olduğu belirtilen TİHEK tarafından kullanılmasının, Paris Prensiplerine uyumu sağlayarak, Kurumun güvenirliğini ve saygınlığını

[32] Kayaalp (n 30) 83.
[33] Kayaalp (n 30) 84.

artıracağı düşünülmektedir[34].

C. GÖREV VE YETKİLERİ

Paris Prensiplerine göre, UİHK'lerin görev alanının imkânlar dâhilinde olabildiğince geniş tutulması, kanunda açık ve net bir biçimde ifade edilmelidir[35]. TİHEK'in görev alanı kuruluş kanunu olan, 6701 sayılı TİHEKK ile belirlenmiştir. TİHEKK'de verilen yetkiler, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, ayrımcılıkla mücadele edilmesi ve ulusal önleme mekanizması olarak faaliyet gösterilmesi olarak üç başlık altında toplanmıştır.

"TİHEKK'nin 9. maddesinde Kurumun görevleri şu şekilde sıralanmıştır:

- İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak.

- İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele konularında kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek.

- Millî eğitim müfredatında bulunan insan hakları ve ayrımcılık yasağıyla ilgili bölümlerin hazırlanmasına katkıda bulunmak.

- İnsan haklarının korunması, ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve toplumdaki eşitlik anlayışının geliştirilmesine yönelik olarak üniversiteler ile ortaklaşa faaliyetlerde bulunmak, Yükseköğretim Kurulunun eşgüdümünde üniversitelerin insan hakları ve eşitlik ile ilgili bölümlerinin kurulmasına ve insan hakları ve eşitlik öğretimine dair müfredatın belirlenmesine katkıda bulunmak.

[34] Fatih Düğmeci, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2018) 227; Albayrak (n 5) 141.
[35] Abdurrahman Eren, Ulusal İnsan Hakları Kurumları (Oniki Levha Yayınları 2012) 302.

- Kamu kurum ve kuruluşlarının meslek öncesi ve meslek içi insan hakları ve eşitlik eğitimi programlarının esaslarının belirlenmesine ve bu programların yürütülmesine katkıda bulunmak.

- Görev alanıyla ilgili mevzuat çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, bunlara ilişkin görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek.

- İnsan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek.

- Ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek.

- Ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle mağdur olduğu iddiasıyla Kuruma başvuranlara mağduriyetlerinin giderilmesi için kullanabilecekleri idari ve hukuki süreçler konusunda yol göstermek ve başvurularını takip etmelerini sağlamak amacıyla yardımcı olmak.

- İşkence ve kötü muamele ile mücadele etmek ve bu konuda çalışmalar yapmak.

- İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol (OPCAT) hükümleri çerçevesinde ulusal önleme mekanizması olarak görev yapmak.

- Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek.

- Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin bulundukları yerlere haberli veya habersiz düzenli ziyaretler gerçekleştirmek, bu ziyaretlere ilişkin raporları ilgili kurum ve kuruluşlara iletmek, Kurulca gerekli

görülmesi durumunda kamuoyuna açıklamak, ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları, il ve ilçe insan hakları kurulları ile diğer kişi, kurum ve kuruluşların bu gibi yerlere gerçekleştirdikleri ziyaretlere ilişkin raporları incelemek ve değerlendirmek.

- Cumhurbaşkanlığına ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmak üzere, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, işkence ve kötü muameleyle mücadele ve ayrımcılıkla mücadele alanlarında yıllık raporlar hazırlamak.

- Kamuoyunu bilgilendirmek, düzenli yıllık raporlar dışında, gerek görüldüğünde görev alanına ilişkin özel raporlar yayımlamak.

- İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, alanındaki uluslararası kuruluşlarla ilgili mevzuat dâhilinde işbirliği yapmak.

- İnsan haklarının korunması ve ayrımcılıkla mücadele kapsamında faaliyet yürüten kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve üniversitelerle işbirliği yapmak.

- Diğer kurumların ayrımcılığın önlenmesine yönelik faaliyetlerine destek vermek.

- Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemek, bu sözleşmeler uyarınca kurulan inceleme, izleme ve denetleme mekanizmalarına Devletin sunmakla yükümlü olduğu raporların hazırlanması sürecinde, ilgili sivil toplum kuruluşlarından da yararlanmak suretiyle görüş bildirmek, bu raporların sunulacağı uluslararası toplantılara temsilci göndererek katılmak.

- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak."

Her ne kadar, OPCAT taraf devletlere, ulusal önleme mekanizması kapsamında başvuru üzerine inceleme yapma konusunda bir sistem kurulmasını ve inceleme yapılmasını zorunlu kılmasa da Türkiye'de TİHEKK ile Kuruma, hürriyetlerinden yoksun edilen kişilerin bu kapsamdaki başvurularının incelenmesi ve sonuçlandırılması görevi verilmiştir. İzleme ziyaretleri Kurum personelince yapılmaktadır. Gerek görülmesi durumunda, ilgili kurumlardan görevlendirilen hekim ve psikologlar, Kurum personeline refakat edebilirler[36].

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin, 24.11.2017 tarihi itibariyle yürürlüğe girmesiyle birlikte TİHEK, başvuruları kabul etmeye başlamıştır.

"Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir. Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler başvurunun konusu olamaz"[37].

"Kurum, başvuruları ve resen yaptığı incelemeleri başvuru ve resen inceleme kararı tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırır. Bu süre, Başkan tarafından bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay uzatılabilir"[38].

"İnsan hakları ve eşitlik uzmanları, insan hakları ve eşitlik uzman yardımcıları ve

[36] Albayrak (n 5) 142.
[37] TİHEKK m. 17/1, 2, 3, 4.
[38] TİHEKK m. 18/1.

Başkan tarafından görevlendirilen diğer Kurum personeli, Başkanın yetkilendirmesi hâlinde, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden ilgili bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye ve bunların örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin bulundukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişi ya da kişilerle görüşmeye yetkilidir"[39].

"Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir"[40].

Kurum, inceleme ve araştırma görevleri kapsamında, ileri derecede teknik ve mali uzmanlık bilgisi gerektiren konularla ilgili olarak, bilirkişi görevlendirebilir ve tanık dinleyebilir. Kurumun bu yetkisi, TİHEKK'nin 20. maddesine dayanmaktadır.

Mobbing, ispatlanması oldukça güç olan ayrımcılık türlerinden biridir. Bu noktada mobbingin ispatı ve bilhassa kurumlarda cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilmesi açısından, tanık delilinin önemi büyüktür. Bu doğrultuda, kurumlardaki güvenlik kameralarının da delil olarak değerlendirilebilmesi mümkündür[41].

"Kurum, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi durumunda, ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygular. İdari para cezasının kamu kurum ve

[39] TİHEKK m. 19/2.
[40] TİHEKK m. 21.
[41] Emine Cin Karagöz, 'Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri', (2016) (30) Yasama Dergisi 21, 30.

kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir"[42].

Kurumun bir başka önemli yetkisi de uzlaşma yetkisidir. Kurum bu yetkisini, TİHEKK'nin 18. maddesinden almaktadır. Kurum, insan hakları ve ayrımcılık ihlali iddiasında bulunan tarafla, ihlal iddiasıyla karşılaşan tarafı uzlaşmaya çağırabilir. Uzlaşmanın kapsamı, insan hakları ve/veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia edilen uygulamanın sona erdirilmesi şeklinde olabileceği gibi, belirli bir meblağın tazmin edilmesi şeklinde de olabilir. Uzlaşmanın bir ay içinde sonuçlandırılması gerekir. Konusu suç oluşturan insan hakları ve/veya ayrımcılık yasağı ihlallerinin saptanması durumunda; Kurul, Cumhuriyet Başsavcılıklarına suç duyurusunda bulunur[43].

1. Konuyla İlgili Eleştiri ve Düşünceler

Bağımsızlık dışında bağlayıcı karar alamayan, bunun yanında icrai karar alma yetkisi de bulunmayan, TİHK ve Kamu Denetçiliği Kurumuna (KDK) karşın TİHEK'in icrai karar alma yetkisi bulunmaktadır[44]. Ancak, insan haklarına ilişkin ihlalleri re'sen soruşturabilen TİHEK, söz konusu ihlallere ilişkin şikâyet başvurularını kabul etmemektedir. Oysa TİHK zamanında şikâyet başvurularını kabul eden bir sistem mevcuttu. Ne yazık ki, TİHEKK ile birlikte Kurumun, söz konusu ihlallere ilişkin şikâyet başvurularını kabul etme yetkisi elinden alınmıştır. Bu değişikliğin yerinde olduğunu söylemek oldukça güçtür. Şöyle ki, Türkiye'de KDK'nin kişi yönünden görev alanına sadece, idari teşkilat içinde

[42] TİHEKK m. 25/1, 2.
[43] Cin Karagöz (n 41) 28.
[44] Cin Karagöz (n 41) 26.

bulunan kurum ve kuruluşlar girmektedir. Dolayısıyla, özel kişi ve kurumlar tarafından gerçekleşen insan hakları ihlallerine karşı ne KDK'ye ne de TİHEK'e şikâyet başvurusunun yapılması söz konusu olmamaktadır. İşbu sebepler nedeniyle TİHEK'e, insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyet kabul etme yetkisinin bahşedilmesinin yerinde olacağını söyleyebiliriz[45].

TİHEKK'de ayrımcılık türlerine ilişkin olarak, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık ve taciz şeklinde üç türe değinilmiştir. Sayılan bu üç ayrımcılık türlerine ilaveten TİHEKK'de, ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama ve varsayılan temele dayalı ayrımcılığın, diğer ayrımcılık türleri olduğu belirtilmiştir. Ancak öbür yandan, cinsel taciz, makul yerleştirme, pozitif ayrımcılık, bağlantı ayrımcılığı, mağdurlaştırma, ayrımcı uygulama gibi kavramlara TİHEKK'de yer verilmemiş ve bahsi geçen kavramlar ilgili kanunda tanımlanmamıştır[46].

TİHEKK'de ayrımcılık türleri sınırlı sayıda sayıldığı için örnekseme yoluyla genişletilememektedir. Dolayısıyla, TİHEKK'de bulunmayan ayrımcılık temelli eylemlere maruz kalan kişiler, TİHEKK'nin muhafazasından yararlanamayacaktır[47]. Bir nevi, ayrımcılıkla mücadele düzenlemesi yapılırken ayrımcılık yapılmıştır. Ayrımcılık türlerini en yoğun hisseden ve/veya yaşayan gruplar, TİHEKK'de kapsam dışı tutulmuştur. Şüphesiz bunun en dramatik örneği, LGBTİ bireylerin yok sayılması olmuştur. Düzenleme oluşturulurken Yogyakarta Prensipleri, Avrupa Birliği (AB) dokümanları ve Avrupa İnsan

[45] Düğmeci (n 34) 233.
[46] Evren Elverdi, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Avrupa Birliği Ayrımcılık Yasağı Direktifleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi', (2022) (45) Yasama Dergisi 106-107.
[47] Kübra Demir, 'İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2021) 95.

Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları göz önünde bulundurulmamıştır. Ayrımcılığın dayanak ve temellerinin tartışıldığı TİHEKK'nin 3. maddesinde açık uçlu bir düzenleme yapılmadan, LGBTİ bireylerin ayrımcılık sebebiyle, Kuruma başvuru hakkının engellenmesi istenilmiştir[48]. Hem LGBTİ bireylerin cinsel tercihleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmalarına ilişkin herhangi bir pozitif düzenlemeye gidilmemiş olması, hem de TİHEKK'de LGBTİ bireylere başvuru hakkının tanınmamış olması, AB'nin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlediği raporlarda dile getirilmiştir[49]. Türkiye'nin ilk tur Evrensel Periyodik İncelemesinden beri, ülkemizde LGBT vatandaşlara uygulanan şiddet ve ayrımcılık eylemleri kararlılıkla sürmektedir. Ülkemizde hükümet yetkilileri eşitlik ilkesinin bir gereği olarak, her vatandaşın eşit olarak korunmasını sağlamakla ve ilgili kanunları aktif bir şekilde uygulamakla yükümlüdürler. Ancak ne yazık ki, konu LGBT vatandaşlar olduğunda, muğlak kanuni hükümler, LGBT vatandaşlara yönelik ayrımcılık yapmak için aktif bir şekilde kullanılmaktadır. Hükümet yetkilileri, LGBT vatandaşlara yönelik ayrımcılığı kınayan ve LGBT haklarını kanuni güvenceye alan anlaşmaları göz önünde bulunduracağına; LGBT vatandaşları suçlu ilan edip, LGBT vatandaşlara alenen koruma sağlanması yönündeki teşebbüslere gereken önemi vermemektedirler[50].

Kuruma yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, Kurumda çalışan uzman ve uzman yardımcılarının Kurum Başkanınca yetkilendirilmeden araştırma ve inceleme yapamayacak oluşlarıdır. Bir diğer önemli eleştiri, kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak ziyaretlerin önceden haber verilerek gerçekleştirilmesidir. Etkili bir soruşturma yürütebilmek uğruna, uzman ve uzman yardımcıları, bilhassa acil müdahalenin gerekli olduğu ihlal hâllerinde,

[48] Ezgi Duman, Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu (Ayrıntı Basımevi 2017) 73.
[49] Demir (n 47) 96.
[50] Kaos GL ve diğerleri, Türkiye'de LGBT Yurttaşlara Yönelik İnsan Hakları İhlalleri (Ayrıntı Basımevi 2014) 7.

aceleyle hareket etmelidirler. Zira, mevcut durumdaki izin sistemiyle, acil müdahalenin gerekli olduğu ihlal hâllerinde, uzman ve uzman yardımcılarının müdahalesi engellenmekte; önceden haber verilerek gerçekleştirilen ziyaretler sebebiyle de hak ihlalleri önlenememektedir[51].

TİHEKK'nin 21. maddesinin, ispat hukuku bakımından oldukça pozitif bir düzenleme olduğunu vurgulamak gerekir. İlgili düzenlemeyle ispat külfeti yer değiştirerek, tersine çevrilmiştir. Böylece, ayrımcılığın ispatında süre gelen ispat güçlüklerini aşmak için, tam ispattan vazgeçilmiş ve ispat ölçüsü düşürülmüştür. Bundan sonra muhalif taraf, ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlamak zorundadır[52]. Eğer düzenleme bu şekilde olmasaydı, mağdur durumdaki kişinin ayrımcılık ihlalini ispatlaması son derece güç olacaktı. Dolayısıyla, birçok durumda ayrımcılık ihlali ispatlanamadığından, ceza verilememesi ihtimali oluşacaktı[53].

TİHEK, bir önceki bölümde bahsettiğimiz gibi ayrımcılık yasağı ihlaline karar verdiğinde idari para cezası uygulayabilmekte; ayrımcılık dışında ihlal tespit ettiğinde, Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunabilmekle beraber, ihlali yapan kamu kurum ve kuruluşlarına söz konusu ihlalin ortadan kaldırılması ve ihlali yapan kamu görevlileri hakkında hem idari hem de cezai soruşturma yapılmasını isteyebilmektedir. Fakat, bu isteklere rağmen, kamu kurum ve kuruluşlarınca harekete geçilmezse, TİHEK'in gerçekleştirebileceği herhangi bir şey yoktur. TİHEK'in idari yaptırım kararlarını, yalnızca ayrımcılık yasağı kapsamında verebilirken; ayrımcılık dışındaki hak ihlallerinde verememesi büyük bir eksikliktir. Tüm bunların yanında idari para cezalarının, memur ve

[51] Albayrak (n 5) 143; Cin Karagöz (n 41) 30.
[52] İsmail Uçar ve Gökhan Türe, 'İdari Usulde Resen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme', (2021) 25 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 973, 984-985.
[53] Albayrak (n 5) 144.

kamu görevlilerine rücu edilebilmesi, caydırıcılık açısından son derece önemlidir[54].

TİHEK'e verilen bilirkişi görevlendirme ve tanık dinleme yetkisi hem eşit muamele hem de ayrımcılık yasağının ortaya konulabilmesi adına fazlasıyla önem arz etmektedir. Bahsi geçen yetkilerle hem etkili bir idari denetim yapılarak hem de ispat kolaylığı sağlanarak, ayrımcılık ve diğer insan hakları ihlallerinin ortaya çıkarılması kolaylaştırılmaktadır[55].

TİHEK'in her sene periyodik olarak hazırladığı raporlar, ne yazık ki, genellikle Kurumun yasal mevzuatını ve yapmış olduğu faaliyetleri özet olarak anlatan tanıtıcı bir broşür niteliğindedir. Söz konusu raporlar, kamuoyunu bilgilendirici ve kamuoyuna güven veren içeriğe sahip olmamakla beraber, yol göstericilikten de oldukça uzaktır[56].

Kurumun verdiği eğitimlerde bilhassa, kadına yönelik şiddet, toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadın-erkek fırsat eşitliği konuları üzerinde durulmaktadır. Ülkemizde böyle mühim sorunlara pek değinilmezken, bu gerçeği değiştirmek için TİHEK'in eğitim görevi büyük bir öneme sahiptir. Eğitimle, kadına karşı ayrımcılık yasağını ihlal eden uygulamaların yok edilmesi ve tekrarlanmasının önüne geçilmesi sağlanabilir[57]. Ancak TİHEK'in verdiği insan hakları eğitimleri büyük bir çoğunlukla, kamu görevlileri ve üniversitelere yöneliktir. TİHEK'in mevcut personel durumunu göz önüne alırsak, insan hakları eğitimlerini yaygınlaştırmasının mümkün olduğunu söyleyemeyiz. Önermekte fayda vardır ki TİHEK, insan hakları alanında faaliyet yürüten diğer STK ve üniversiteler bünyesinde bulunan on iki adet insan hakları araştırma ve uygulama

[54] Albayrak (n 5) 144, 148.
[55] Cin Karagöz (n 41) 30.
[56] Aydın (n 15) 225.
[57] Cin Karagöz (n 41) 28.

merkezleriyle iş birliği yaparak mevcut kapasitesini artırabilir[58]. Burada iş birliğinden kastedilenin, bahsi geçen kurumların öneri ve fikirlerinin göz önünde bulundurulması, insan hakları ihlallerine yönelik ihbarların alınıp sonuçlandırılması ve bahsi geçen kurumlara danışılması biçiminde olduğunu söyleyebiliriz[59].

Paris Prensipleri, insan hakları konularındaki eğitimlere büyük önem vermektedir. Hatta insan hakları konularında verilecek eğitimler, söz konusu prensiplere uygunluk şartıdır. Hem Kurul üyelerine hem de Kurum personeline insan hakları konularında verilecek hizmet içi eğitimlerle ve bu eğitimlerin düzenli olarak yenilenmesiyle, TİHEK'in etkinliği artırılabilir[60].

Her ne kadar TİHEK'e yapılan başvuruların sayısında artış olsa da bunların yeterli sayıda olduğunu söylemenin imkânı yoktur. Aslına bakacak olursak, pek çok başvuru, insan hakları ihlalleriyle ilgili olmayan mevzuları içermektedir. Bunun asıl sebebi, bireylerin insan hakları konularında yeterli bilgi ve bilinç seviyesinde bulunmamalarıdır[61]. Kurumun bilinçlendirme faaliyetlerindeki en önemli iş birlikçisi medyadır. Medyayla yapılacak iş birliği aracılığıyla, Kurumun bilinçlendirme faaliyetleri, daha hızlı bir biçimde daha çok kişiye ulaşacaktır. Bunun sonucunda da kamuoyunun insan hakları konularındaki hassaslığı, etkili bir biçimde gelişip artacaktır[62].

Her ne kadar genel yetkiler çerçevesinde Paris Prensiplerini sağlamak bakımından mühim eksiklikler bulunsa da mesuliyet sahası içinde bulunan konulara ilişkin ciddi çalışmaların yapıldığını söyleyebiliriz. Ne yazık ki sonuç olarak TİHEK, bir UİHK olarak evrensel insan hakları norm ve değerleri

[58] Aydın (n 15) 216.
[59] Kayaalp (n 30) 101.
[60] Albayrak (n 5) 149.
[61] Albayrak (n 5) 149.
[62] Düğmeci (n 34) 231.

ekseninde yer alamamıştır. TİHEK bugünkü hâliyle, kendi felsefi ve fikrî tutumlarına göre inisiyatif geliştirmeye devam etmektedir[63].

SONUÇ

Bir devletin sahip olması gereken en önemli görevlerden biri, insan haklarını korumak ve geliştirmektir. Devletin idari yapısı içinde, söz konusu görevi ifa edebilecek en önemli organlardan biri de UİHK'lerdir. UİHK'lerin sahip olması gereken temel standartlar, Paris Prensipleriyle düzenlenmiştir.

İnsan haklarının geliştirilmesi ve korunması konusunda geniş sorumluluk sahibi ulusal kuruluşlar olarak UİHK'ler, ulusal koruma sisteminin temel bir unsurudur. UİHK'ler hükümet, parlamento, çeşitli diğer devlet kurumları, akademik ve araştırma merkezleri, sivil toplum örgütleri ve uluslararası, bölgesel ve ulusal insan hakları koruma sistemlerini birbirine bağlayarak toplum içinde önemli bir köprü görevi görebilirler. UİHK'lerin görevleri arasında, hükümetleri uluslararası insan hakları sözleşmelerini onaylamaya, uluslararası insan hakları mekanizmaları tarafından formüle edilen tavsiyeleri uygulamaya ve yerel mevzuat ve politikaların uluslararası ve bölgesel standartlarla uyumluluğunu sağlamaya teşvik etmek de yer alır. UİHK'ler, kendi ülkelerindeki insan haklarının durumunu izler ve bulgularını ve tavsiyelerini yetkililerle ve kamuoyuyla paylaşır. UİHK'ler ayrıca, insan hakları konularında farkındalık yaratmaya, insan hakları eğitim ve öğretimini geliştirmeye ve daha geniş anlamda insan haklarına saygı kültürü oluşturmaya katkıda bulunurlar[64].

Ulusal önleme mekanizması olarak ilgili Kurum, devletin tüm imkân ve gücüne sahipken; karşı taraf olan mağdur ve zayıf konumdaki birey, bu tür olanaklara sahip değildir. Bu da bize, iki taraf arasında, savunma silah ve imkânları

[63] Aydın (n 15) 225-226.
[64] United Nations Development Programme (UNDP), Global Principles for the Capacity Assessment of National Human Rights Institutions (UNDP 2016) 6.

açısından, ciddi bir eşitsizliğin olduğunu göstermektedir.

Türkiye'nin ulusal insan hakları kurumu olan TİHEK, her ne kadar önemli vazifeler üstlense de pek çok açıdan eleştirilmektedir. Kuruma yöneltilen eleştirilerin büyük bir kısmı, Kurumun yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkindir.

Öncelikle vurgulamayız ki, TİHEK'in hem ulusal insan hakları kurumunun hem de eşitlik kurumunun vazifelerini münferiden yüklenmesi uygun değildir. İnsan hakları kurumunun vazifesi, insan haklarını muhafaza ve teşvik etmekken; eşitlik kurumunun vazifesi, ayrımcılık yasağı ihlallerini engellemek ve denetlemektir. İki farklı kurumun, ayrı ayrı ifa etmesi gereken vazifeler, tek bir kurum çatısı altında toplanırsa; söz konusu kurum geniş bir vazife sahasına sahip olacaktır. Bunun sonucunda da söz konusu kurum vazifelerine ifa ederken yeterli seviyede başarı gösteremeyecektir. Ülkemizde de yapılması gereken, eşitlik ve insan hakları kurumlarının, ayrı kurumlar olarak kurulmasıdır.

TİHEK'e yapılan eleştirilerin başında, Kurul üyelerinin seçim usulü gelmektedir. Kurul üyeleri külliyen Cumhurbaşkanınca atanmaktadır. Kurumun bu özelliği, bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmektedir. Kurula üye seçiminde, Paris Prensiplerine uygun olarak, STK'lerin katılımı sağlanmalı, plüralist ve şeffaf bir seçim usulü tayin edilmelidir.

Ayrıca, Kurula seçilecek üyelerde aranan şartlar da eleştiriye açıktır. Nitekim mevcut durumda Kurula üye seçilebilmek için, insan hakları alanından tecrübeli olmak, üyelik şartları arasında bulunmamaktadır. Bu durum, Kurula alakasız kişilerin üye olarak seçilebilmesine sebep olabilecektir. Bunun sonucunda da Kurumun, etkin bir biçimde çalışamaması olasılıklar dâhilinde olacaktır. Yapılması gereken, TİHEKK'nin ilk hâlinde olduğu gibi; üye seçilebilmek için, insan hakları alanında tecrübe sahibi olmak şartının geri getirilmesi olacaktır.

Mevcut durumda Kurul üyelerinin görev süresi hakkında TİHEKK'de herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Paris Prensiplerine aykırılık teşkil eden bu durum

ortadan kaldırılarak; TİHEKK'nin ilk hâlinde olduğu gibi, Kurul üyelerinin görev süresi belirli olmalıdır.

TİHEK'in kamuoyuna sunduğu raporlar ne yazık ki bilgilendiricilikten uzaktır. Ayrıca söz konusu raporların içeriği de güven verici değildir. Kurumun kamuoyuyla iletişim yüksek olursa, başka bir deyişle, Kurum rapor ve faaliyetleriyle kamuoyuna ne kadar aleni olursa; Kurumun, idare ve ihlalci taraflar üzerinde kamuoyu baskısı yaratma etkisi de o denli yüksek olacaktır.

TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlallerine şikâyet başvurusu kabul etmesine rağmen, insan hakları ihlallerine şikâyet başvurusu kabul etmemektedir. Kuruma re'sen insan hakları ihlallerini inceleme yetkisi verilerek, bu eksiklik aşılabilir.

TİHEKK'de ayrımcılık türleri sınırlı sayılmıştır; dolayısıyla, örnekleme yoluyla genişletilememektedir. Bunun sonucunda da TİHEKK'de yer almayan ayrımcılık temelleri eylemlere maruz kalan kişiler, TİHEK'in korumasından faydalanamamaktadır. Yapılması gereken, ayrımcılık temelli eylemlerin kapsamının, ayrımcılıkla samimi olarak mücadele edecek biçimde genişletilmesidir.

TİHEK'e başvuru yapabilmek için gerçekleşmesi gereken şart, başvuran kişinin ayrımcı davranıştan zarar görmüş olmasıdır. Böyle bir şartın varlığı, ayrımcı davranıştan zarar görmeyen üçüncü kişilerin, kişi gruplarının, STK'lerin ve sendikaların Kuruma başvurusunu önlemektedir. Yapılması gereken, üçüncü kişilere, kişi gruplarına, STK'lere ve sendikalara başvuru hakkının tanınmasıdır. Bunun sayesinde, başvurmakta çekingen davrananlar mağduriyetlerini TİHEK'e iletebileceklerdir. Ayrıca, ayrımcılık temelli eylemlerden mağdur olanların korunması sağlanacaktır.

TİHEK verdiği eğitimlerin birçoğunda toplumsal cinsiyet eşitliğine vurgu yapmaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin eğitim, muhakkak eğitimin tüm

aşamalarındaki müfredatlarda yerini almalıdır. Söz konusu eğitim, okul öncesinden başlayarak, tüm eğitim hayatını kapsamalıdır. Hatta çalışma hayatında da hizmet içi eğitimlerle devam etmelidir.

KAYNAKÇA

Albayrak H, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi', (2020) 31 (3) Sayıştay Dergisi 129, 153.

Aydın İ, 'Bir Ulusal İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu' (Doktora Tezi, Bolu Abant İzzet Baykal Üniversitesi 2022).

Beyoğlu A, 'T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma', (2021) 3 (23) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 992, 1013.

Cin Karagöz E, 'Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri', (2016) (30) Yasama Dergisi 21, 40.

Demir K, 'İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2021).

Didinmez MA, 'Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağına Akreditasyon Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu İncelemesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).

Dinçkol HA, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi', (2021) 27 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 188, 215.

Duman E, Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu (Ayrıntı Basımevi 2017).

Düğmeci F, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2018).

Erdoğan M, 'İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım', (2019) (İnsan Hakları Özel Sayısı) Düşünüyorum Dergisi 7, 16.

Eren A, Ulusal İnsan Hakları Kurumları (Oniki Levha Yayınları 2012).

Eren H, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (Adalet Yayınevi 2016).

Elverdi E, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Avrupa Birliği Ayrımcılık Yasağı Direktifleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi', (2022) (45) Yasama Dergisi 95, 119.

Kaos GL ve diğerleri, Türkiye'de LGBT Yurttaşlara Yönelik İnsan Hakları İhlalleri (Ayrıntı Basımevi 2014).

Kayaalp D, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun İş Hukukuna Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2019).

Kidd B ve Donnely P, 'Human Rights in Sports', (2000) 35 (2) International Review for the Sociology of Sport 131, 148.

Kjærum M, 'National Human Rights Institutions Implementing Human Rights' iç Morten Bergsmo (ed), Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden (Brill Academic Publishers 2003).

Odyakmaz Z ve diğerleri '6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I', (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 721, 761.

Oğuşgil VA, 'Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi', (2015) (74) Bilig: Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi 175, 196.

Pohjolainen AE, The Evolution of National Human Rights Institutions-The Role of the United Nations (The Danish Institute for Human Rights 2006).

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) İşkence ve Kötü Muameleye Karşı Ulusal Önleme Mekanizması 2019 Yılı Raporu (Düş Pınarı Yayınları 2020).

Uçar İ ve Türe G, 'İdari Usulde Resen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme', (2021) 25 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 973, 1026.

United Nations Development Programme (UNDP), Global Principles for the Capacity Assessment of National Human Rights Institutions (UNDP 2016).

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY JOURNAL OF LAW FACULTY

Gönderim Tarihi / Received: 03.04.2023
Kabul Tarihi / Accepted: 12.04.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

BİR DİSİPLİN SUÇU OLARAK "KAÇAKÇILARLA İLİŞKİ KURMAK"

Seçkin YAVUZDOĞAN

Araştırma Makalesi

Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, seckinyavuzdogan@klu.edu.tr, ORCID:0000-0002-4698-3140.

ÖZET

Kaçakçılık, bir devletin hakimiyet alanından gizlice başka bir devletin hakimiyetine mal ihraç etmek olarak tanımlanabilir. Kaçakçılarla ilişki kurma suçu, disiplin mevzuatında kendine yer edinmiş, yüksek yargı kararlarında suçun unsurları hakkında farklı görüşler ortaya konulan bir suçtur. Kaçakçılık yapmanın veya kaçakçılarla ilişki kurmanın, meslekten çıkarma, görevden uzaklaştırma tedbirine karar verilmesi gibi sonuçları vardır. Kolluk görevlileri hem görevlerini ifa ettikleri esnada hem de sosyal hayatını sürdürürken disiplin hukuku anlamında hareketlerine, ilişkilerine dikkat etmelidir. Üzerinde tanım birliği olmayan, özel kanunlarda yer alan, yürütülen disiplin soruşturması ve yargılaması ile ceza soruşturma ve kovuşturması aşamalarında farklı unsurların ele alındığı "kaçakçılarla ilişki kurma"nın, disiplinler arası bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kaçakçılık yapan kişilerle "mesleğin gerekleri dışında her türlü ilişki" kuran kamu görevlisinin meslekten çıkarılacağı, mevzuatımızda düzenlenmişse de suçun tanımındaki ilişkinin geniş ve kesin olarak belirtilmesi, yargı ve disiplin süreci makamlarının somut olayı ele almasında gereksiz bir sınır çizmekte ve suçun anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Kaçakçılarla ilişki kurma fiili hakkında, kesin sınırları olan genel bir tanımlamadan kaçınılması ve suç teşkilinde araştırılacak fiillerin somut olayın gereklerine özgü değerlendirilmesi daha doğru olacaktır.

Çalışmamız kapsamında; kaçakçılık ve kaçakçılarla ilişki kurma kavramlarının üzerinde durulmuş, kaçakçılık ve kaçakçılarla ilişki kurma eylemlerinin tespiti yüksek yargı kararları ışığında değerlendirilmiş, idare hukuku bağlamında kaçakçılarla ilişki kurma disiplin suçuna nasıl yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Kaçakçılık, İlişki, Mesleğin Gerekleri, Disiplin Soruşturması, Ceza Yargılaması

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

"ASSOCIATING WITH SMUGGLERS" AS A DISCIPLINARY OFFENSE

Seçkin YAVUZDOĞAN

Research Article

Assoc. Prof., Kırklareli University Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Administrative Law, seckinyavuzdogan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4698-3140.

ABSTRACT

Smuggling can be defined as secretly exporting goods from the sovereignty of one country to the sovereignty of another country. The offence of associating with smugglers is an offence that has gained a place in the disciplinary legislation and different opinions have been put forward on the elements of the offence in high judicial decisions. The offence of smuggling or associating with smugglers has consequences such as dismissal from the profession or suspension from duty. Law enforcement officers should pay attention to their behaviours and relations in terms of disciplinary law both during the performance of their duties and while maintaining

their social life. "Establishing relations with smugglers", which has no unified definition, is included in special laws, and different elements are handled in the disciplinary investigation and trial and criminal investigation and prosecution stages, should be evaluated from an interdisciplinary perspective.
Although it is regulated in our legislation that public officials who establish "any kind of relationship with smugglers other than the requirements of their profession" shall be dismissed from their profession, the broad and precise specification of the relationship in the definition of the offence draws an unnecessary limit for the judicial and disciplinary authorities to deal with the concrete case and makes it difficult to understand the offence. It would be more appropriate to avoid a general definition with definite boundaries about the act of establishing a relationship with smugglers and to evaluate the acts to be investigated in the constitution of the offence specific to the requirements of the concrete case.
Within the scope of our study; the concepts of smuggling and establishing relations with smugglers are emphasised, the determination of smuggling and establishing relations with smugglers are evaluated in the light of high judicial decisions, and how the disciplinary offence of establishing relations with smugglers should be approached in the context of administrative law is expressed.

KEYWORDS: Smuggling, Relationship, Requirements Of The Profession, Disciplinary Investigation, Criminal Proceedings

GİRİŞ

Kolluk hizmetini yerine getiren kamu personeli sadece görevin ifası sırasında değil sosyal yaşamlarında da disiplin kurallarıyla bağlıdırlar. Bu sebeple disiplin hukuku kolluk görevlisinin günlük hayatını da konu alır. “Kaçakçılarla ilişki kurma” disiplin suçu tam da böyle bir düzenlemedir. Kolluk görevlisinin vazifesi dışında, konusu suç teşkil etmese dahi bir kaçakçı ile ilişki kurması meslekten çıkarma cezasını gerektirir.

“Kaçakçılar ile ilişki kurma” fiili kolluk disiplini için yeni olmasa da bu konudaki tartışmalar günceldir. Detaylı olarak değindiğimiz yargı kararlarında görülebileceği üzere kaçakçı ile ilişki kurmak; kaçakçılık suçuna iştirak etmek ya da mesleğin gereği dışında kaçakçılarla kurulan her türlü ilişki gibi birbirinden farklı ifadeler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra kaçakçının kim olduğu, kaçakçılığın tespiti gibi konular da disiplin soruşturmasını yürüten idare tarafından farklı olarak algılanabilmektedir.

“Kaçakçılar ile ilişki kurma” fiiline bağlanan cezanın ağırlığı, fiilin tarihsel geçmişi ile istikrarlı olarak mevzuattaki yeri ve fiilin tüm kolluk personelini kapsayacak şekilde genişlemiş olması durumu göz önünde bulundurulduğunda bu konuda yürütülen tartışmalara katkı sunmak önemli bir hal almıştır.

I. KAÇAKÇILIK

Sözlük anlamı olarak kaçakçılık; bir devletin yasalarına karşı gelerek yapılan ticaret; kaçakçının yaptığı iş, gizli olarak, sezdirmeden kaçırma işidir[1]. Kaçakçılık, ödemekle yükümlü bulunulan vergiyi şaibeli yollarla ödememek, kanunların izin verdiği haller dışında ticari nitelikli faaliyetlerde bulunmak, yasaklanmış bir malı ticarette kullanmak, yasaklanmamış bir malı yasaklanmış şekillerde ticarette kullanmak ve bu şekillerden biri vasıtasıyla alım, satım veya aracılık etmektir[2].

Benzer şekilde kaçakçılık "hile kullanmak suretiyle devlete verilmesi gereken vergi ve diğer yasal zorunlulukları yerine getirmeden alım ve satımı yasak edilmiş malı gizlice alıp satarak çıkar temin etme işi" şeklinde de tanımlanmaktadır[3].

Dünya Gümrük Örgütü tarafından yapılan tanıma göre kaçakçılık, *"Ticari eşya sevkiyatı üzerindeki vergi, resim ve harçları ödemeden kaçınmak veya buna teşebbüs etmek, ticari eşya için uygulanmakta olan yasaklama, sınırlama ve kısıtlamalardan kaçınmak veya buna teşebbüs etmek, herhangi bir vergi iadesi, sübvansiyon veya ödemeyi haksız yere almak veya buna teşebbüs etmek, iş hayatında meşru rekabet ilke ve uygulamalarını zedeleyici haksız ticari avantaj elde etmek veya buna teşebbüs etmek amacıyla gümrüklerin uygulanmasından sorumlu olduğu kural koyucu ve düzenleyici mevzuat hükümlerinin herhangi bir şekilde ihlali"* şeklinde tanımlanmıştır[4].

Kaçakçılık kısaca devletin yasalarında öngörmüş olduğu kurallara aykırı olarak

[1]'Kaçakçılık', <https://sozluk.gov.tr/> Son Erişim Tarihi:29.03.2023.
[2]İsa Polat, '5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Uyarınca İhracat Kaçakçılığı Suçları ve Kabahatleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2009) 2-3.
[3]Murat Aydın, '5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2011) 4.
[4] Birsen Karakaş, Türk Hukukunda Gümrük Kaçakçılığı Suçları (Turhan Kitabevi 2004) 203.

bir şeyin yurtdışına çıkarılması veya yurda sokulması şeklinde tanımlanabilir. Bu kapsamda yurt içindeki bir noktadan bir başka noktaya götürülen mal açısından kaçakçılık suçunun işlenilmesinden bahsedilemeyecektir[5].

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda kaçakçılığın tanımı yapılmamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kaçakçılığı şu şekilde tanımlamıştır: *"Yurda sokulması veya yurt dışına çıkarılması yasak olan şeyleri yasadışı yollardan yurda sokma veya yurttan dışarı çıkarma yahut girmesi ve çıkması serbest ve fakat gümrük vergisine tabi malları vergi vermeden yasadışı yollardan yurda sokma veya yurttan çıkarma ve fiillere teşebbüs etmektir"*[6].

II. "KAÇAKÇILARLA İLİŞKİ KURMA" DİSİPLİN SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Kaçakçılara ilişki kurma fiili 24.04.1979 tarihinde yürürlüğe giren Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 22/8. maddesinde meslekten çıkarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak tanımlanmıştır.

Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü hükümleri 668 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin (OHAL KHK'sının) yürürlüğe girdiği 27.07.2016 tarihine kadar emniyet teşkilatı çatısı altındaki her sınıftan memur açısından hüküm ifade etmekte iken,668 sayılı OHAL KHK'sının 6. maddesi ile Jandarma Genel Komutanlığı; İçişleri Bakanlığı'na bağlanmış ve aynı KHK'nın 21. maddesi ile jandarma personeli özel kanun çıkarılana kadar emniyet teşkilatı disiplin mevzuatına tabi kılınmıştır. 2803 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle birlikte Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü, jandarma personelini kapsayacak şekilde genişlemiştir. Sahil Güvenlik Komutanlığı, KHK'nın 23. maddesi ile İçişleri Bakanlığı'na bağlanmış ve KHK'nın 36. maddesi ile sahil güvenlik

[5] Aydın (n 3) 6.
[6] Yargıtay CGK, 7-3/32, 22.2.2000.

personeli, Emniyet Teşkilatı disiplin mevzuatına tabi kılınmıştır. Sürecin sonunda 7068 sayılı Kanun ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeline ilişkin disiplin suç ve cezaları düzenlenmiştir. Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün yürürlüğe girdiği 1979 yılından, 7068 sayılı Kanun'un düzenlenmesine kadar kolluğa ilişkin disiplin hükümlerinde pek çok değişiklik yapılmasına rağmen, "kaçakçılar ile ilişki kurma" fiili disiplin suçu olarak korunmuş ve meslekten çıkarma yaptırımı değiştirilmeden aynen korunmuştur. Dolayısıyla gerek kanun koyucunun gerekse yürütmenin "kaçakçılar ile ilişki kurma" disiplin suçunu, kolluk disiplini açısından önemli bulduğu ve bu haliyle uygulamada ısrar ettiği görülmektedir. 668 sayılı OHAL KHK'sı ile birlikte "kaçakçılar ile ilişki kurma" disiplin suçunun anlaşılması ve doğru uygulanması sadece emniyet personeli için değil aynı zamanda jandarma ve sahil güvenlik personeli için de önemli bir hale gelmiştir. Jandarma ve sahil güvenlik personelini de kapsayan 682 sayılı KHK, 23.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 682 sayılı KHK, 7068 Sayılı Kanun ile kanunlaştırılmıştır.

III. KAÇAKÇILIK UNSURU VE TESPİTİ

Kaçakçılık doğrudan herhangi bir kanunda tanımlanmış bir suç olmayıp esasen 2863 sayılı, 5237 sayılı, 5607 sayılı, 6136 sayılı Kanunlarda dolaylı olarak tanımlamalar yapılmıştır. Dolayısıyla "kaçakçılık" tan söz ederken özel kanunlarda tanımlanan kaçakçılık türlerinin tamamının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Gerek doktrinde gerekse yüksek yargı kararlarında kaçakçılık suçunun tespitinin ceza mahkemelerinin görev alanında olduğu, bu sebeple kaçakçılık eyleminin tespiti hak ve yetkisinin idari yargıda değil, adli yargıda olduğu, kaçakçılık unsurunun kesinleşmiş bir yargı kararı ile tespit edilmediği durumlarda, idari yargının önüne gelen uyuşmazlıkta adli yargının kararını bekletici mesele olarak

değerlendirmesi gerektiği, disiplin hukukundan kaynaklanan yargılamalarda uyuşmazlığın çözümü için ceza yargılamasının neticesinin beklenmesi gerektiği hususunda görüşler bulunmaktadır[7].

Kanaatimizce, disiplin soruşturması, ceza yargısından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle, ceza yargılaması sırasında değerlendirilemeyen veya değerlendirilmeyen bazı delillerin disiplin soruşturması esnasında değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmaz. Kaldı ki bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

Ancak Danıştay bizimle aynı görüşte değildir. Danıştay 5 D, E 2016/20229 K 2018/16056, 03.10.2018 kararında;

"*… davacının, disiplin cezasına konu fiili nedeniyle adli yönden; "2863 sayılı Kanuna aykırılık" isnadıyla Ahlat Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/322 esasında kamu davası açıldığı, yargılamanın devam ettiği ve henüz kesinleşmediği görülmektedir.*

Anılan suçun 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda tanımlanmış olması nedeniyle, davacının bu suçu işleyip işlemediği ancak ceza mahkemesince verilecek karar sonucunda belirlenebilecektir.

Bu durumda, söz konusu ceza davasının sonuçlanıp sonuçlanmadığı hususunun İdare Mahkemesince araştırılması ve davacı hakkındaki ceza yargılaması sonuçlandıktan sonra disiplin cezasına konu fiillerin işlenip işlenmediği konusunda yeniden bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeksizin davacının üzerine atılı fiillerin sübut bulduğu kabul edilerek tesis edilen dava konu işlemde hukuka uyarlık, aksi yöndeki İdare

[7] Mustafa Ahioğlu, 'İdari Yargılama Hukukunda Bekletici Mesele', (2021) (20) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 33, 67-68.

Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir…" şeklinde hüküm kurmuştur.

Yine Danıştay kararlarında kaçakçılara ilişkin olarak "suç kaydı", "sabıka kaydı'', "hakkında verilen ceza kararının kesinleştiği" gibi ifadelerle ile kaçakçılık eyleminin ceza mahkemeleri tarafından tespit edildiğine ilişkin gerekçeler bulunmaktadır[8].

Ancak buradan yola çıkarak ceza mahkemesi kararının disiplin soruşturması açısından bir ön koşul olduğu sonucu çıkarılamaz. 657 sayılı Kanun'un 131. maddesi ve 7068 sayılı Kanunun 5. maddesi, ceza yargılaması ve disiplin soruşturmasının birbirinden bağımsız olduğu hususunu vurgulamaktadır. Fakat kaçakçılarla ilişki kurulduğu gerekçesiyle disiplin soruşturması sonucunda meslekten çıkarma cezası verilmeden önce kaçakçılık yapıldığı hususunun bir ceza mahkemesi tarafından tespit edilmiş olması gerekir. Aksi durumda verilecek karar, sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır.

Yine kolluk personeli hakkında "örgüte bilerek isteyerek yardım etme" suçunun yasal unsurları oluşmadığı gerekçesi ile takipsizlik kararı verilmiş ve **söz konusu takipsizlik kararı, disiplin cezası işleminin tesisinden önce idarenin bilgisine girmesine rağmen kolluk görevlisi hakkında "kaçakçılık veya kaçakçılarla ilişki kurmak" fiili nedeniyle meslekten çıkarılma cezasının verilmesi durumunda kolluk personelinin kaçakçılarla ilişki kurmak suçunu işlediği algısının oluşmasına, dolayısıyla kişilik haklarının zedelenmesine sebebiyet vereceği izahtan varestedir. Hiçbir yargı kararına dayanmayan böyle bir durumda kolluk personelinin eyleminin "kaçakçılık yapmak veya kaçakçılarla ilişki kurmak" olarak nitelendirilmesinde idarenin ağır hizmet**

[8] Danıştay İDDK, E 2009/111 K 2010/1048, 27.05.2010; Danıştay 12 D, E 2010/64 K 2011/474, 04.02.2011.

kusuru bulunduğu kesindir[9].

IV. KAÇAKÇILARLA İLİŞKİ KURMA

Uzun süredir mevzuatta yer almasına rağmen "kaçakçılar ile ilişki kurma" disiplin suçunun somut olaya uygulanmasına ilişkin Danıştay'ın güncel kararlarında dahi farklı uygulamalar görülmektedir[10].Bir somut olaya hangi kuralın uygulanacağı ile ilgili cevap aranırken hukuka aykırı fiilin unsurlarının tanımlanması önemlidir.

Sözlük anlamı olarak "ilişki kurmak" deyimi "bağlantı sağlamak, ilgi sağlamak" olarak tanımlanmaktadır[11]. Terimin lafzi olarak yorumuna gidildiğinde ilişki kurmak fiili ile ilgili olarak kaçakçılık suçlarını işleyen kişi ile her türlü ilgi ve bağlantının kurulması fiilinin yaptırıma bağlandığı sonucu çıkmaktadır. Fakat hukuken ele alındığında bu eylemin disiplin hukuku için geçerli olan ilkeler ve hukuki yorum teknikleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu sebeple özellikle yüksek yargı kararlarında kaçakçılar ile kurulan ilişki tanımlanırken "mesleğin gereği dışında kurulan her türlü ilişki" kavramı kullanılmıştır.

Türk Ceza Hukukundaki kuralların kahir ekseriyeti disiplin hukukunda da uygulama alanı bulur. Dolayısıyla bir disiplin suçunun oluşabilmesi için suçun unsurlarının da incelenmesi gerekir. Kanun hükmü uyarınca "kaçakçılık yapmak veya kaçakçılarla ilişki kurmak" disiplin suçunun oluşabilmesi için; ortada kaçakçılık yapan yani hukuken kendisine kaçakçı diyebileceğimiz bir gerçek kişi bulunmalı ve "kaçakçılarla ilişki kurmak" disiplin suçundan dolayı ceza verilecekse yine ortada kaçakçı olduğu hukuken tespit edilmiş gerçek kişiler olmalıdır.

[9] Danıştay 5 D, E 2016/16425 K 2018/15974, 04.02.2011.
[10] Danıştay 2 D, E 2021/8043 K 2021/3270, 11.10.2021.
[11] 'İlişki Kurmak', <https://sozluk.gov.tr/> Son Erişim Tarihi:26.03.2023.

Madde metninde kaçakçılık yapan veya bu eylemi işleyenlerle ilişki kuran memurun meslekten çıkarılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce buradaki kaçakçılık deyiminden 5607 sayılı Kanun'da düzenlenen kaçakçılık fiillerinin yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 79–80'de düzenlenen göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları da anlaşılmalıdır.

İlk olarak şunu önemle belirtmeliyiz ki henüz ortada mahkeme kararı ile kesinleşmiş bir suç örgütü, suç örgütü lideri veya suç örgütü üyeleri yoksa, kolluk personelinin ilişkide bulunduğu kişi hakkında kaçakçılık yapmak veya suç örgütü lideri olmak sebeplerinden herhangi bir mahkumiyet kararı bulunmamaktaysa "kaçakçılarla ilişki kurma" disiplin suçu oluşmaz. Masumiyet karinesi evrensel ceza hukuku kaidesidir. Kişinin suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar herkes masum sayılır.

7068 sayılı Kanunun madde 8/6. fıkrasının "o" bendi uyarınca kaçakçılık yapılması yahut kaçakçılar ile ilişki kurulması fiilleri nedeniyle kolluk görevlisinin meslekten çıkarılmasına karar verilebilecektir. Bu düzenlemeye benzer şekilde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3 ve 7. maddeleri ile TCK'nın 79 ve 80. maddelerinde de düzenlemeler bulunmaktadır. Kaçakçılarla ilişki kurma suçundan söz edilebilmesi için memurun sayılan kişiler ile ilişkileri kaçakçılık amacıyla kurması gerekmektedir[12]. Tabii sebeplerle gerçekleşen yahut kaçakçılık haricindeki ilişkileri ilgilendiren münasebetler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Söz gelimi, bir memur kaçakçılık fiilini işleyen kayınvalidesi ile ilişkisi bulunmasından yahut bir hobi kursuna giderken kurstaki arkadaşlarından birisinin kaçakçılık yaptığını bilmesi durumunda cezalandırma yoluna gidilemeyecektir.

[12] Danıştay 12 D, E 2010/64 K 2011/474, 04.02.2011 (lexpera.com.tr, Son Erişim Tarihi:02.01.2023).

Konuya ilişkin bir Danıştay kararında[13] kişilerin, temin ettikleri uyuşturucu maddelerin uçakla İzmir iline götürülmeye çalışılırken kolluk tarafından yakalanmaları sonrasında, yapılan soruşturma sırasında davacı memurun ilgili kişilerle olaydan bir hafta öncesinde görüştüğü tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme kaçakçılık fiilinin "yurda giriş veya çıkışı gümrüğe tabi bir eşyanın gümrük işlemleri yapılmadan ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması" şeklinde tanımlamıştır. Bunun yanı sıra, bahse konu olayda üretim, kullanım ve satışları yasaklanan uyuşturucu maddelerin yurt içerisinde bir yerden başka bir yere naklinin söz konusu olduğu, davacı memurun disiplin cezasını aldığı kaçakçılık yapmak yahut kaçakçılarla ilişki kurma eyleminin TCK yahut Kaçakçılık Kanunu'nda öngörülen suçlardan olmasından dolayı ceza yargılamasının yapılmasının ardından disiplin cezasını gerektiren bir eylemin bulunup bulunmadığının tespitinin gerektiğini vurgulanmıştır. Buna karşılık kaçakçılık eylemi nedeniyle davacı memur ve diğer ilgililere ilişkin olarak bir kamu davasının da açılmadığının altı çizilmiştir. Bahse konu disiplin suçu sebebiyle kolluk personeli hakkında herhangi bir kamu davası açılmamışsa, takipsizlik kararı verilmişse artık "kaçakçılarla ilişki kurma" disiplin suçunu işlediğinden bahisle disiplin cezası verilemeyecektir.

Danıştay'a göre kaçakçılarla mesleğin gereği dışında kurulan her türlü ilişki meslekten çıkarma cezasını gerektirir. İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2009/111 K 2010/1048, 27.05.2010 kararında; "… *kaçakçılarla ilişki kurmak denilmek suretiyle kaçakçılarla mesleğin gerekleri dışında kurulan her türlü ilişkinin meslekten çıkarma cezasını gerektirdiği öngörülmüş olup, bu ilişkinin ayrıca kaçakçılık yapma amacını taşımasına gerek bulunmamaktadır.*" diyerek görüşünü izhar etmiştir. "Kaçakçılar ile ilişki", "meslek faaliyeti" açısından ele

[13] Danıştay 10 D, E 2019/545 K 2019/4200, 19.06.2019 (lexpera.com.tr, Son Erişim Tarihi:29.12.2022).

alınmış ve mesleki faaliyetin dışarısında kalan her türlü ilişkinin meslekten çıkartılma cezasını gerektirdiği sonucuna ulaşılmıştır[14]. Maalesef bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kolluk personelinin mesleki faaliyet dışında kaçakçılarla kurduğu her türlü ilişkinin bu disiplin suçuna vücut verebileceği kabul edilecek olursa kaçakçıyla kurulan diğer zorunlu hukuki ilişkileri de bu kapsamda kabul etmek gerekecektir. Örneğin: Kat maliki olarak ana taşınmazın yönetimi için kurulan ilişki, kanuni devir ile taraf olunan sözleşme sebebiyle kurulan ilişki, miras ortaklığı sebebiyle kurulan ilişki, aile hukuku sebebiyle kurulan ilişki vd.

Disiplin kuralları uygulanırken göz önünde tutulacak bir diğer önemli husus ise ölçülülük ilkesidir. Yaptırım ile eylem arasında kanunla amaçlanan sonuca uygun bir denge bulunmalıdır. Yani yaptırım, korunan hukuki menfaati sağlamaya elverişli hakkaniyete uygun, adil ve ölçülü uygulanmalıdır. Dolayısıyla yolsuzluk ihtimali barındırmayan sıradan beşeri ilişkilerin cezalandırılması da ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Aynı camide ibadet etmek, aynı toplu taşıma aracını kullanmak, düğün ve festival gibi etkinliklere katılmak gibi olağan ilişkiler ölçülülük ilkesi gereğince disiplin cezasını gerektirmez.

Ayrıca ilişkinin süresinin de anlamlı sayılabilecek nitelikte olması gerektiği kanaatindeyiz. Günlük sosyal bir faaliyet sırasında kısa süreli bir karşılaşma her ne kadar mesleki bir faaliyet kapsamında kalmasa da cezayı gerektirmeyebilir.

[14] Benzer yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi'nin, E 2018/702 K 2019/323, 14.02.2019 kararının konuyla ilgili kısmı şu şekildedir;"…disiplin hukuku açısından yapılan değerlendirmede; gerek soruşturma kapsamındaki ifadelerden gerekse dava dosyasında yer alan "iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin tutanak" içeriğindeki konuşma ve mesaj kayıtlarında davacının A.Y. isimli şahısla ilişki içerisinde olduğu, A.Y.'ye "abi, baba" diye hitap ettiği, mesleğini kullanarak bu şahsın talimatlarını yerine getirdiği, aralarında para alışverişi olduğu, diğer suç örgütü üyeleri ile ilişki içerisinde bulunduğu A.Y. isimli şahsın uyuşturucu imalatından hakkında davalar olduğu, birinde mahkumiyeti bulunduğu, kaçakçılık fiilinden hakkında soruşturma yürütüldüğü ve tutuklu bulunduğu bu bakımdan davacının, disiplin suçuna konu eylemi gerçekleştirdiği sonucuna varılmıştır….".

Tüm bu kriterler somut olaya göre ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak değerlendirmelidir.

Kaçakçılar ile kurulan ilişki failin iradesi dışında, tesadüf, cebir ve mücbir sebebe dayanan bir ilişki olabileceği gibi hukuken kurulmuş bir ilişki de söz konusu olabilir. Böyle bir durumda artık kolluk personeli açısından sorumluluktan da bahsetmek mümkün değildir. İnsanların birlikte yaşaması sebebiyle hukuk düzeni içerisinde zorunlu olarak kurulan ilişkiler mevcuttur. Bu ilişkiler sebebiyle de kolluk personelinin kusurundan dolayısıyla sorumluluğundan bahsedilemez.

Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat malikleri arasında kurulan ilişki ana taşınmazın idaresi için zorunlu olup yasa tarafından ön görülmüştür. Kat malikleri arasındaki ilişki bu anlamda taraflar açısından iradi değildir[15].

Ülkemizdeki ortaklıkların belki de büyük çoğunluğu miras hukuku sebebiyle doğan ortaklıklardır. Dolayısıyla kaçakçı ile kolluk personeli arasındaki ilişki miras hukuku hükümleri çerçevesinde kurulabilir. Aile hukuku açısından müşterek çocuk ve bakmakla yükümlü olunan kişiler arasında kurulan ilişkiler, yine miras hukuku açısından ölüme bağlı tasarruflarla kurulan ilişkiler, kıymetli evrak hukukundan, ortaklıklar hukukundan ve sair mevzuattan kaynaklanan irade dışı ilişkilerin kurulması söz konusu olabilir. Görüldüğü üzere bu örneklerde ilişki iradi değil kanuni zorunluluk sebebiyle kurulmuştur.

Bahse konu örneklerin tamamında kaçakçı ile kurulan ilişki irade dışında gerçekleşmektedir. Failin kaçakçı ile ilişki kurma iradesi söz konusu değildir ve kurulan ilişkilerin tamamı "mesleğin gerekleri dışında kurulan her türlü ilişki" kapsamında kalmaktadır. Bu yüzden Danıştay tarafından yapılan tanımlamanın doğru olmadığı kanaatindeyiz.

[15] Kaçakçıyı ihbar etme sorumluluğu ve vazife gereği re'sen karşılaşılan suç ile ilgili kolluk personelinin görevlerine ilişkin hükümler çalışmanın konusu dışında kaldığından ayrıca değerlendirmelidir.

Kolluk personelinin görevi ifa sırasında kaçakçılar ile kurduğu ilişki araştırmada ele alınan yargı kararlarında da isabetli olarak belirtildiği üzere hukuka aykırı olarak görülmemektedir. Dolayısıyla mesleki faaliyetler sebebiyle kaçakçılarla kurulan ilişki sebebiyle meslekten çıkarma disiplin cezası uygulanmaz.

V. KAÇAKÇILAR İLE İLİŞKİ KURMA DİSİPLİN SUÇUNUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus ise kolluk personelinin ilişki kurduğu kişinin kaçakçı sayıldığı zaman aralığıdır. Dolayısıyla ceza mahkemesi tarafından verilen hükmün ne anlama geldiği ve hükmün konusunun ne olduğu meselesinin öncelikle ele alınması gerekmektedir. Kaçakçılarla ilişki kurma suçu açısından, kolluk personelinin ilişki kurduğu kişinin, kurulan ilişki sırasında, kaçakçılık suçlarından en az birini ihlal eden bir fillinin bulunduğunun tespit edilmiş olması ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekir. Kaçakçıyla kolluk personelinin ilişki kurmaktan yasaklı olduğu süreç, suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı hususuna bakılmaksızın, hazırlık hareketlerinden başlayarak ve zincirleme suç hükümleri de göz önünde bulundurularak fiili olarak sonlandığı ya da hukuki kesintiye uğradığı ana kadar geçen süre zarfıdır[16]. Başka bir ifade ile kaçakçının kaçakçılık kastı ile harekete başladığı ve tek bir kast ile suç işleme iradesini sürdürdüğü sırada kaçakçı ile ilişki kuran kolluk görevlisi meslekten çıkarılır.

Kaçakçılığa ilişkin kastı herhangi bir şekilde sonlandıktan sonra, ortada kaçakçılık suçu oluşturan bir fiil kalmadığından şahsın kaçakçı olarak tanımlanması ceza hukuku açısından mümkün değildir. Sırf bir kişinin kaçakçılık ile ilgili olarak sabıka kaydının bulunması şahsı ömür boyu kaçakçı yapmaz. Bu sebeple daha önceden kaçakçılık ile ilgili sabıka kaydı bulunan kişi ile kurulan ilişki kaçakçılar ile ilişki kurma disiplin suçunu oluşturmaz. Bu husus masumiyet

[16] Yargıtay CGK, E 2017/570 K 2019/576, 03.10.2019.

karinesi ile şeref ve itibarın korunması hakkı dahilinde de değerlendirilebilir[17]. Ayrıca sabıka kaydı olan kişiler ile ilişki kurulmasının disiplin yaptırımına bağlanması sabıkalı için kanunda öngörülen cezayı aşan ve hayatı boyunca sürecek ikinci bir ceza niteliğinde olacaktır.

VI. KAÇAKÇILAR İLE İLİŞKİ KURMA DİSİPLİN SUÇUNDA GÖREVDEN UZAKLAŞTIRMA TEDBİRİ

7068 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca "kaçakçılarla ilişki kurma" disiplin suçu için bir ihtiyati tedbir olarak görevden uzaklaştırma kararı verilebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla meslekten çıkarma cezasını gerektiren kaçakçılar ile ilişki kurma suçundan yürütülen bir disiplin soruşturması söz konusu ise madde hükümlerine dayanarak görevden uzaklaştırma kararı verilebilir.

Görevden uzaklaştırma kararı ile ilgili olarak ölçülülük ilkesi öncelikli olarak değerlendirilmelidir. Hakkaniyet gereği ihtiyati tedbiri gerekli kılacak somut bir olayın varlığı şarttır. Bu husus 7068 sayılı Kanun m.24/2'de: "...görevi başında kalmasında sakınca görülenler..." ifadesi kullanılmak suretiyle somutlaştırılmıştır. Görülen sakınca, görevden uzaklaştırma kararının sebep unsurunu oluşturacağından, gerekçe gösterilmeksizin tek başına disiplin soruşturması gerekçe gösterilerek kolluk personelinin görevden uzaklaştırılması hukuka aykırı olacaktır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4 İdari Dava Dairesi, E 2017/3536E K 2017/3115, 29.09.2017 kararında "…*davacının görevden uzaklaştırılmasını zorunlu kılan ve soruşturma safhasından sonra ortaya çıkan herhangi bir bilgi belge veya iddianın ileri sürülmediği görüldüğünden, işlemde hukuka uyarlık*

[17] Ali Erkan Göğüş, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Masumiyet Karinesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 112.

olmadığı sonucuna varılmıştır." şeklinde hüküm kurmuştur.

657 sayılı Kanun uyarınca *"Görevden uzaklaştırma; bir disiplin kovuşturması icabından olduğu takdirde en çok 3 ay devam edebilir. Bu süre sonunda hakkında bir karar verilmediği takdirde memur görevine başlatılır."* hükmü ile açıkça ve emredici şekilde disiplin soruşturması sebebiyle verilen görevden uzaklaştırma kararı için 3 aylık azami süre öngörülmüştür. Sürenin sonunda yeniden bir görevden uzaklaştırma kararı verilmesinin de önüne geçilmiştir. 7068 sayılı Kanun'un madde 28/2.fıkrası uyarınca *"Disiplin kurullarınca haklarında meslekten çıkarma cezası veya Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilenlerden görevi başında kalmasında sakınca görülenler, kararın onaylanarak uygulanmasına kadar birinci fıkra kapsamında görevlerinden uzaklaştırılabilir. Bunlardan meslekten çıkarma cezası daha hafif bir cezaya indirilerek onaylanmış olanlar hakkında görevden uzaklaştırma önlemi derhal kaldırılır."*

Bu sebeple kolluk görevlisi hakkında verilmiş herhangi bir meslekten çıkarma veya devlet memurluğundan çıkarma cezası bulunmuyorsa görevden uzaklaştırma tedbiri en fazla üç ay sürebilir[18]. Ancak görevden uzaklaştırılmış bulunan kolluk görevlisi hakkında bu cezalardan herhangi biri verilmiş ise kolluk görevlisi hakkındaki bu tedbir, kararın onaylanmasına kadar devam edebilir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, E 2010/292, 20.01.2010 sayılı yürütmenin durdurulması istemini de içeren davada;

"*…Bakılan davada, polis memuru olarak görev yapan davacının hakkında başlatılacak soruşturma nedeniyle soruşturmanın selameti bakımından görevden uzaklaştırıldığı anlaşılmakta ise de hakkında yürütülecek soruşturma nedeniyle*

[18] Kaçakçılar ile kurulan ilişkinin boyutunun suça iştirak niteliğinde olması durumu ayrıdır. Bu durumda artık kaçakçılarla ilişki kurmaktan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda kolluk personelinin kaçakçılık yapmasından bahsedilebilir.

ilgilinin görevi başında kalmasında hangi sakıncaların görüldüğünün ortaya konulamadığı gibi böyle bir tespitinde mevcut olmadığı anlaşıldığından davacının bu gerekçeye dayalı olarak görevden uzaklaştırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan yürütülecek disiplin soruşturması nedeniyle 17.10.2009 tarihli onayla görevden uzaklaştırılan davacının 657 sayılı Yasanın 145. maddesi uyarınca görevden uzaklaştırılması süresi en çok 3 ay devam edebileceğinden yasa hükmünün öngördüğü 3 aylık süreninde dolması nedeniyle ilgilinin görevine başlatılması gerektiği açık bulunduğundan dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

...hukuka aykırı olduğu ve uygulanması halinde davacının telafisi güç veya imkânsız zararına yol açacağı açık bulunan dava konusu işlemin, dava sonuna kadar ve teminat aranmaksızın yürütmesinin durdurulmasına..." şeklinde karar vermiş, kolluk personelinin hangi gerekçelerle görevi başında kalmasının sakıncalı görüldüğünün somut olarak ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir.

SONUÇ

Ceza hukukunda yer alan kanunilik ilkesi disiplin hukukunda da yer bulur. Devlet Memurları Kanunu gibi kısmi kıyasa yer veren düzenlemeler hariç *"suçta ve cezada kanunilik ilkesi"* disiplin hukukunda da uygulanır. Kanun koyucu çeşitli nedenlerle idareye takdir yetkisi tanımak zorunda ise de bu yetkinin kullanılması konusunda idareyi tamamen serbest bırakmaz. Bu açıdan hukuka uygunluk denetimi zorunlu bir şart olarak karşımıza çıkar. Hukuka uygunluk denetimi maddi olay ve bulguları, bunların değerlendirilip nitelendirilmesini de içerir. Takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştiren idari yargı yerleri kamu yararı ile özel yarar arasında bir denge kurar. Bu çerçevede, eylemi somut olarak tespit edilmeden tesis edilen disiplin cezaları, sübut bulmayan iddialara dayalı olarak verilen disiplin cezaları, idare tarafından ibraz

edilen belgelerden iddia edilen hususlarda somut bir saptamanın ya da bilgi ve belgenin ibraz edilemediği disiplin cezaları, sicil, liyakat, hizmet süresi gibi nesnel ölçütler dikkate alınmadan tesis edilen disiplin cezaları, objektif bilgi ve belgelerle kanıtlanmamış iddialara dayanılarak tesis edilen disiplin cezalarında kamu yararı bulunmaz ve bu cezaların iptali gerekir[19].

İdarenin belirsiz bir kavramı gerekçe göstermesi, soyut iddiaları gerekçe göstermesi, şüpheye dayanarak işlem tesis etmesi, istihbari nitelikte bilgileri gerekçe göstermesi, açık kesin bilgi ve belgeler olmaksızın kanaate dayalı gerekçe göstermesi gerekçe gösterdiği anlamına gelmez[20].

Kaçakçılar ile ilişki kurma suçu kolluk disiplin mevzuatında köklü bir geçmişe sahip olmasına karşın güncel yüksek yargı kararlarında suçun unsurları hakkında farklı görüşler ortaya konulmaktadır. Disiplin suçunun istikrarlı bir tanıma ulaşması ise hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir. Bu sebeple bütüncül olarak değerlendirmek yerine, fiili merkeze alarak yürütülen bir tartışma problemin çözümü açısından yararlı bir zemin oluşturacaktır. Kaçakçılarla ilişki kurma disiplin suçu, disiplinler arası yapısı bu yaklaşımı gerektirmektedir. Suçun tanımında belirlenen "mesleğin gerekleri dışında kurulan her türlü ilişki" geniş ve kesin oluşuyla hem yargının somut olayı ele almasında gereksiz bir sınır çizmekte hem de suçun anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bunun yerine kaçakçılarla ilişki kurma fiili somut olayın gerçekleşme şekline göre ele alınmalı ve kesin sınırları olan genel bir tanımlamadan kaçınılmalıdır.

KAYNAKÇA

Ahioğlu M, 'İdari Yargılama Hukukunda Bekletici Mesele', (2021) (20) İdare

[19] Bu gerekçelerin tamamı Danıştay kararlarından alınmıştır. Karar künyeleri için Bkz. Seçkin Yavuzdoğan, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama (2. Bası, Adalet Yayınevi 2016) 80-86.

[20] Yüzlerce karar sayılabilirse de örnek kabilinden; Danıştay 2 D, E 2004/1822 K 2005/165, 02.05.2005, Danıştay Dergisi 111.

Hukuku ve İlimleri Dergisi 33, 75.

Aydın M, '5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2011).

Göğüş AE, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Masumiyet Karinesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019).

Karakaş B, Türk Hukukunda Gümrük Kaçakçılığı Suçları (Turhan Kitabevi 2004).

Polat İ, '5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Uyarınca İhracat Kaçakçılığı Suçları ve Kabahatleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2009).

Ünal K ve Parlar A, 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (Adil Yayınevi 2004).

Yavuzdoğan S, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama (2. Bası, Adalet Yayınevi 2016).

İNTERNET KAYNAKLARI

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

<http://www.ekodialog.com/yeralti-ekonomisi/kacakcilik-sucu-nedir.html>

<https://www.lexpera.com.tr>

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received:
07.04.2023
Kabul Tarihi / Accepted:
13.04.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

CONSTITUTIONAL PLURALISTIC ANALYSIS OF APPROXIMATE PROPORTIONAL REPRESENTATIONAL SYSTEMS BASED ON A SINGLE SAMPLE COMPARISON

Burçin AYDOĞDU

Research Article

Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Philosophy and Sociology of Law, burcinaydogdu@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5313-5676.

ABSTRACT

There is no standardized electoral system in representative democracies. Although the most common proportional electoral system worldwide is D'Hondt, various electoral systems based on different calculations are applied in the democratic world. There are sufficient positive regulations and academic resources about the calculation methods of each of these, but there are few resources that compare them side by side, and more importantly, these resources compare the electoral systems verbally. They do not handle the arithmetic results of the electoral systems over one standard sample nor make numerical comparisons. In this study, six of the most common approximate proportional representation systems in the world are discussed. These six systems were applied to a fictional vote distribution that would give different results in each electoral system, and the differences between the electoral systems are determined based on their numerical results. In particular, it was emphasized which one is more pluralistic and which one is more majoritarian. In addition, based on the same numerical data, it is hereby argued that the pluralist structure in an electoral system is directly proportional to the power of representation in that system. Therefore, pluralist election systems have a more democratic nature in terms of responding to the representation ability of the votes of the voters.

KEYWORDS: Proportional Representation, D'Hondt, Highest Residual, Strongest Average, Pluralism

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

YAKLAŞTIRMALI NİSPİ TEMSİL SİSTEMLERİNİN BİR ÖRNEKLİ KARŞILAŞTIRMAYA DAYALI ANAYASAL ÇOĞULCULUK ANALİZİ

Burçin AYDOĞDU

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, burcinaydogdu@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5313-5676.

ÖZET

Temsilî demokrasilerde standart haline gelmiş bir seçim sistemi yoktur. En yaygını D'Hondt olmakla birlikte demokratik dünyada farklı hesaplamalara dayalı muhtelif seçim sistemleri uygulanmaktadır. Bunların her birinin hesaplama yöntemleri hakkında yeterli pozitif düzenleme ve akademik kaynak bulunsa da bunları yan yana koyup mukayese eden kaynak azdır ve daha da önemlisi bu kaynaklar söz konusu karşılaştırmayı sözel bir üslupla yapmakta, sistemlerinin aritmetik sonuçlarını ortak bir örnek üzerinden ele alıp sayısal karşılaştırma yapmamaktadır. Bu çalışmada dünyada en yaygın olan yaklaştırmalı nispi temsil sistemlerinin altısı ele

alınmıştır. Bu altı sistem, her birinde farklı sonuç verecek kurgusal bir oy dağılımına uygulanmış ve sayısal sonuçları üzerinden sistemler arasındaki farklılıklar tespit edilmiştir. Özellikle hangisinin daha çoğulcu hangisinin daha çoğunlukçu olduğu üzerinde durulmuştur. Ayrıca aynı sayısal veriler üzerinden, bir seçim sistemindeki çoğulcu yapıyla o sistemdeki temsil gücünün doğru orantılı olduğu, dolayısıyla çoğulcu seçim sistemlerinin seçmenlerin oylarının temsil kabiliyetine karşılık vermek açısından da daha demokratik niteliğe sahip olduğu iddia edilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Nispi Temsil, D'Hondt, En Yüksek Artık, En Kuvvetli Ortalama, Çoğulculuk

INTRODUCTION

Though democracy, as we know in ancient times, was disregarded for centuries primarily based on the presumption that "a ship cannot be directed by its passengers", the age of liberties starting from American revolution and consolidated by French Revolution brought a stronger argument for representative democracy -though not direct democracy in true sense- suggesting that while people may be unable to govern a state, they would still know who governs it the best, just as people may be unable to make good shoes but they would know who makes the best shoes. This way, it was possible to argue that representative democracies would lead to appointment of the best governors to the bodies of the state as a result of a sound competition between political parties, just another outcome of the invisible hand of the liberal world view.

A free competitive market, in terms of economy, is expected to prove its efficiency by elimination of the competitors that fail to satisfy the customers as well as by survival of the competitors that provides the customers with the highest quality and/or the lowest price for its products or services. The same could be expected from a political competition, where the voters' choice would cause elimination of, or at least temporary loss of power for the failing parties and the same choice of voters would keep the efficient statesmen in power as a result of their awareness about the state matters, in particular, the voters' reactions to the policies adopted by the party or parties in power[1].

[1] Christopher H. Achen and Larry M. Bartels, Democracy for Realists (Princeton University Press 2017) 25.

In countries, where there are more than two mainstream political parties, equality of opportunity is therefore an important requirement for the soundness of the democracy, i.e., the political competition. Plurality is a principle that allows new and/or minor political parties to have representation among the older and/or larger political parties. While an elective system that doesn't offer opportunity to minor parties to express themselves effectively is unable to run a dynamic political competition, an elective system that helps minor parties to hold seat and have floor in the governmental bodies keep their political competition more robust[2].

With a similar consideration, jurisprudence authorities state and European Court of Human Rights decision imply that electoral threshold can weaken the democracy, since minority parties' inability to represent their voters' would render the parliament a medium of expression exclusive to the majority of the nation[3]. For this reason, electoral systems are carefully arranged in a way that don't just distribute the seats in straight proportion with the votes, nor distribute it between the largest political parties but also observe the minor parties' ability of representation.

This study compares the most common electoral systems in the democratic world and check to what extent and in what ways they care the minority votes and protect the plurality. Such an analysis requires an electoral sample that works for all electoral systems with different results, so that it will be possible to handle the electoral systems' difference in representation ratios and see how the relevant electoral system regards the minority votes.

Therefore, this study is based on a fictional sample of an electoral district with 80

[2] Arend Lijphart, 'Majority Rule Versus Democracy in Deeply Divided Societies', (1977) 4 (2) Politikon: South African Journal of Political Studies 113, 115-117.
[3] Sinan Alkin, 'Underrepresentative democracy: Why Turkey should abandon Europe's highest electoral threshold', (2011) 10 (2) Washington University Global Studies Law Review 347, 347.

thousand voters that elects 15 MP's and thereby results different allocation of seats in every approximate proportional electoral system that applies the same distribution of votes won by the parties. The fictional allocation of votes is as given below.

Party A=33,207

Party B=22,550

Party C=13,175

Party D=7888

Party E=3180[4]

In this case, with about 70% of the total votes cast, Party A and Party B collectively represent a sizeable chunk of the electoral district. As a result, they are far better off than the opposition, and it would be challenging for any of the minor parties to secure representation. Because fewer views and viewpoints are represented in government due to the concentration of power in a small number of parties, this can be detrimental to democracy.

In a straight proportional representation system, where seats are divided exclusively based on the parties' vote shares, Party E, for instance, only represents less than 4% of the population, making it unlikely for them to obtain a seat. This can be troublesome since it suggests that a sizable segment of the population's voices and concerns might be disregarded in the political process. Party E might have a chance to win a seat, but, in highly pluralistic election systems where minor parties are given greater chances to achieve representation.

Therefore, it would take a more benevolent electoral system that is intended to encourage greater pluralism and representation in order for Party D to surpass

[4] <https://halilnevzat.com/voting-systems-simulator/> Date of Access:16.02.2023.

Party E in votes and gain one seat. This demonstrates how election systems can significantly affect the degree of political rivalry and representation, highlighting the need to take these issues into account when constructing electoral systems.

In general, it's critical to achieve a balance between making sure all opinions are represented in the political process and averting a situation where participation is so dispersed that efficient leadership is impossible. A well-thought-out election system should support a healthy amount of political rivalry while also guaranteeing that the executive branch is capable of making choices and acting on them. A detailed analysis of variables including the size of the electoral district, the number of contending parties, and the procedure for allocating seats is necessary to achieve this equilibrium. It is feasible to develop electoral processes that accurately reflect the will of the populace by taking these elements into consideration.

There are many approximate proportional representational systems in the world. It is possible to classify all of them into two categories: Largest Remainder Method and Highest Averages Method[5]. Largest Remainder Method is based on certain quotas for election of each MP. Different systems apply difference calculation methods for the seats that remain vacant after allocation of the quotas. Whereas Highest Averages Method is based on dividing the votes to subsequent number after allocation of each seat to the relevant party. Different systems apply different dividers. Different outcomes concerning the minority votes in each electoral system will be analyzed in accordance with its method.

I. LARGEST REMAINDER METHOD[6]

This method, based on quotas for each MP, is most commonly used by Hare

[5] Matt Golder, 'Democratic Electoral Systems Around the World, 1946–2000', (2005) 24 (1) Electoral Studies 103, 108.
[6] Pierre Pactet, Institutions Politique Droit constitutionel, (16. Ed., Armand Colin/Masson 1997) 104.

System, Droop System and Imperiali System[7]. The common concern of the electoral systems using largest remainder method is to assure that MP's are elected with the same number of votes, to the extent allowed by the distribution of the votes to the parties. This is important, because electing one MP with less votes than another MP implies inequality between the representation power of the votes. The only legitimate exception to equality of representation power is the protection of the minorities. This is the main reason of the fact that there is no elective system in the democratic world that is purely based on MP quotas calculated straightly by dividing the number of votes to the number of seats. Though differently, every electoral system has a special approach to protection of the minority votes.

There is a potential allocation problem with Droop system and Imperiali system. As shown below, these two systems may produce more quota MP's than the number of the seats available. In such cases the allocation of seats is calculated in accordance with another electoral system, so such an outcome would render this study's comparison meaningless. For this reason, the sample is chosen watching that quota MP's elected in Droop and Imperiali are sufficient and don't require application of another electoral system for the sake of filling in the vacant seats.

A. HARE SYSTEM

Also referred to as ranked-choice voting (RCV) and earlier as instant-runoff voting (IRV)[8], this vote-sharing system is based on straightly proportional quotes. Given the number of votes to be cast and the number of MP's to be elected in the relevant electoral district, the officials must first calculate the minimum number

[7] Golder (n 5) 109-110.
[8] Richard F Potthoff, 'Is Hare (aka IRV and RCV) Better But Not Best?', (2023) 22 (1) Election Law Journal: Rules, Politics and Policy 1, 1.

of votes required for election of each MP. This is an easy calculation for Hare system[9]. Total number of votes in the electoral district is divided to the number of MP's to be elected in the electoral district.

For the sample taken in this study, the quota for election of an MP from the list is 80,000/15=5333.

	Votes Won	Number of MP's elected by 5333 votes	Remainder Votes	MP's Added	Total MP's Won
Party A	33,207	6 (31998 votes)	1209	0	6
Party B	22,550	4 (21332 votes)	1218	0	4
Party C	13,175	2 (10666 votes)	2509	0	2
Party D	7888	1 (5333)	2555✓	1	2
Party E	3180	0	3180✓	1	1

Here, party A wins, as it wins 6 chairs through quota, but no chairs through its remainder votes. While party B wins 4 chairs, party C wins 2 chairs and party D wins one chairs through MP election quota, Party D and Party E each win one additional chair through their remainder votes. Therefore, this systems allows every party, to some extent, to be represented in the parliament.

9 In Turkish Constitutional Law theses and course text books, Hare Mathod is handled as if it is the same thing with the Largest Remainder Method. In fact, Hare system is the most common electoral system exercising the Largest Remainder Method, but it is not the only system that uses it. Aside from Hare system, Droop System and Imperiali System also use the Largest Remainder Method. Largest Remainder Method is not an electoral system per-se. It is the name of the method that takes into consideration the remainder votes after allocation of the seats according to the MP quota.

B. DROOP SYSTEM

Similar to Hare System, Droop System uses quota. However, quota in Droop system is calculated differently. Though there are 15 seats in the sample electoral district, the quota is dividend of the total votes to one more than the number of seats. Therefore, the quota for Droop in this sample will be: 80,000/(15+1)=5000

	Votes Won	Number of MP's elected by 5000 votes	Remainder Votes	MP's Added	Total MP's Won
Party A	33,207	6 (30,000 votes)	3207✓	1	7
Party B	22,550	4 (20,000 votes)	2550	0	4
Party C	13,175	2 (10,000 votes)	3175	0	2
Party D	7888	1 (5,000 votes)	2888	0	1
Party E	3180	0	3180✓	1	1

In Droop system, party A wins, because it wins 6 chairs through quota and one chair through its remainder votes. While party B wins 4 chairs, party C wins 2 chairs and party D wins one chairs through MP election quota, Party A and Party E each win one additional chair through their remainder votes. Therefore, this systems also allows every party, to some extent, to be represented in the parliament.

C. IMPERIALI SYSTEM

Imperiali System is similar to Droop System. This time the divider will be two more than the total number of seats in the electoral district, i.e.,

quota=80,000/(15+2)=4706

	Votes Won	Number of MP's elected by 4706 votes	Remainder Votes	MP's Added	Total MP's Won
Party A	33,207	7 (32942 votes)	265	0	7
Party B	22,550	4 (18824 votes)	3726	0	4
Party C	13,175	2 (9412 votes)	3763✓	1	3
Party D	7888	1 (4706 votes)	3182	0	1
Party E	3180	0	3180	0	0

As seen in the table, this system, in this model, does not allow Party E to be represented in the parliament. Only Party A, winning 7 chairs from MP election quota, Party B, winning 4 chairs from MP election quota, Party C, winning 2 chairs from MP election quota and one chair from its remainder votes, and party D, winning one chair from MP election quota took the opportunity of being represented in the parliament.

II. HIGHEST AVERAGES METHOD

There are various chair allocation systems using the highest averages method[10]. The most common system among them are D'Hondt system (which is the same with Jefferson system in USA[11]), Sainte-Lague system (which is the same with

10 Highest Averages Method is not a chair allocation system, per se. It is a common name for the chair allocations systems that calculate the chairs won by dividing the number of votes won by each party to a certain dividers, rather than quotas. Bkz. Allison McCulloch, Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies (Routledge 2014) 13.
11Bertrand Badie, 'Electoral Systems' iç. Bertrand Badie and others (edr), International Encyclopedia of Political Science (Sage Publications Inc. 2011) 749, 754.

Webster system in USA[12]) and Modified Sainte-Lague system[13].

A. D'HONDT SYSTEM/JEFFERSON SYSTEM

This system shapes the allocation table by dividing each party's votes to 1, 2, 3 and consecutive numbers as necessary[14]. The highest dividends that are calculated in this table win the chairs in order of magnitude. Each dividend of a party, which is calculated among the winning dividends, gives a chair to that party[15]. In this particular case, D'Hondt system gives the following results:

	Votes Won (D. by 1)	D. by 2	D. by 3	D. by 4	D. by 5	D. by 6	D. by 7	Total MP's Won
Party A	**33,207**	**16,603**	**11,069**	**8302**	**6641**	**5535**	**4744**	7
Party B	**22,550**	**11,275**	**7517**	**5638**	**4510**	3758	3221	5
Party C	**13,175**	**6587**	4392	3294	2635	2196	1882	2
Party D	**7888**	3944	2629	1972	1578	1315	1127	1
Party E	3180	1590	1060	795	636	530	454	0

According to foregoing figures, party A wins 7 chairs, thanks to its 7 'higher' dividends. Party B wins 5 chairs, as its 6th dividend 3758 and its 7th dividend 3211 are not among the highest 15 dividends. Party C wins 2 chairs, party D wins one

12 Badie (n 11) 754.
13'Electoral Systems and Voting Procedures at Local Level' <https://rm.coe.int/1680747fdb/> Date of Access:16.02.2023, 52.
14 McCulloch (n 10) 13.
15 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (8. bası, Yetkin Yayınları 2004) 263.

chair and Party E is not represented in the parliament for this electoral district.

B. SAINTE-LAGUË SYSTEM/WEBSTER SYSTEM:

This system is similar to D'hondt systems that was explained above. The only difference is that the dividers are not the natural numbers 1, 2, 3 and the rest, used in D'hondt system. The dividers are odd numbers, i.e. 1, 3, 5 and consecutive numbers[16]. Applying Sainte-Laguë/Jefferson system to the model election results, brings out the following table:

	Votes Won (D. by 1)	D. by 3	D. by 5	D. by 7	D. by 9	D. by 11	Total MP's Won
Party A	**33,207**	**11,069**	**6641**	**4744**	**3690**	**3019**	6
Party B	**22,550**	**7517**	**4510**	**3221**	2506	2050	4
Party C	**13,175**	**4392**	**2635**	1882	1464	1198	3
Party D	**7888**	2629	1578	1127	876	717	1
Party E	**3180**	1060	636	454	353	289	1

Sainte-Laguë/Jefferson system allocates 6 chairs to Party A, 4 chairs to Party B, 3 chairs to Party C, one chair to Party D and one chair to Party E.

C. MODIFIED SAINTE-LAGUË SYSTEM

The only difference between this system and Saint-Lague system is that the initial divider is 1.4 rather than 1; the raw number of votes are not taken into account in distribution of chairs. Only the dividends, starting from those calculated by

16 McCulloch (n 10) 13.

dividing the party's total votes to 1.4 are taken into account in this system[17].

Applying Modified Sainte-Lague system to the case, handled in this study, govies the following results:

	Votes Won	D. by 1.4	D. by 3	D. by 5	D. by 7	D. By 9	D. By 11	Total MP's Won
Party A	33,207	**23720**	**11,069**	**6641**	**4744**	**3690**	**3019**	6
Party B	22,550	**16107**	**7517**	**4510**	**3221**	2506	2050	4
Party C	13,175	**9411**	**4392**	**2635**	1882	1464	1198	3
Party D	7888	**5634**	**2629**	1578	1127	876	717	2
Party E	3180	2271	1060	636	454	353	289	0

In this system, party A wins 6 chair, party B wins 4 chairs, party C wins 3 chairs, party D wins 2 chairs and party E wins no chairs.

17 Erik S. Herron and others, 'Terminology and Basic Rules of Electoral Systems' iç Erik S. Herron and others (edr), The Oxford Handbook of Electoral Systems (Oxford University Press 2018) 8.

III. COMPARISON OF THE ELECTORAL SYSTEMS FOR THE FICTIONAL SCENARIO

Each system for distribution of chairs gives a different result for the particular case handled in this study. The difference between the results allows to observe which system is more pluralist and which system is more majoritarian. In addition, comparison of the electoral systems handling the same election case shows that pluralism-majoritarianism is not the only difference between the systems; but there are difference in understandings of the pluralism and majoritarianism. That is a vertical dimension of the horizontal dilemma of pluralism-majoritarianism. Comparing the chair distribution results suffices to see what kind of pluralistic approach each system adopts towards the allocation of resources and representation of diverse interests.

Below is the chair distribution result of each electoral system handled in this study:

	Hare	Droop	Imperiali	D'Hondt	Sainte-Lague	Modified Sainte-Lague
Party A	6	7	7	7	6	6
Party B	4	4	4	5	4	4
Party C	2	2	3	2	3	3
Party D	2	1	1	1	1	2
Party E	1	1	0	0	1	0

With a general view to the figures, it is apparent that the most majoritarian electoral systems among these electoral systems are D'Hondt and Imperiali, as

they give 7 chairs to the leading party on one hand, and give no chairs to the minority party E on the other hand. Among these two, D'Hondt can be interpreted as a little more majoritarian because it gives 5 chairs to the second party with the most votes, while Imperiali gives 4 chairs to the same party.

After D'Hondt and Imperiali, in term of majoritarianism, comes Droop or Modified Sainte-Lague. While Droop seems majoritarian as it gives 7 chairs to the leading party though it gives one chair to Party E, the smallest party, Modified Sainte-Lague can also be argues to be the third as it gives no chair to Party E, the smalles Party, though it gives 6 chairs to the leading party, which is less than the number of chairs given to the leading party in Droop System. With a closer analysis, it is possible to defend Droop is a little more majoritarian than Modified Sainte Lague, as it gives one chair to the second smallest party, while Modified Sainte-Lague gives 2 chairs, and also Droop gives only 2 chairs Party C, the third party in vote ranking, while Modified Saint-Lague gives 3 chairs to the same party. These comparisons make sense as both systems give 4 chairs to the second leading party. If one of them gave more chairs to the second leading party than the other system, it would be possible to argue that such system is more majoritarion. However, that is not the case in this particular fictional sample.

The least majoritarian systems are Hare and Sainte-Lague systems, as they both give 6 chairs to the leading party and give one chair to Party E, with the smallest number of votes. They also result similarly in giving 4 chairs to Party B, the second party with the highest number of votes. Handling their approach to Party C, the third ranking party and Party D, the fourth ranking party, it is possible to see Hare electoral system less majoritarian than Sainte-Lague electoral system, though it is quite slight a difference: Hare electoral system gives 2 chairs to each of the two parties, while Sainte-Lague gives 3 chairs to Party C and 1 chair to party D.

Therefore majoritarianism ranking between these 6 electoral systems in light of the sample fictional voting results is as follows (from the most majoritarian to the least majoritarian electoral system): D'Hondt, Imperiali, Droop, Modified Sainte-Lague, Sainte-Lague and Hare.

Definition of pluralism is not limited to giving voice to the minorities. It also requires a higher power of representation for the voters. A higher power of representation is also a requirement of democracy[18]. Therefore, a comparing some of the systems, ranked above, according to their power of representation would be a good way for crosschecking their level of pluralism and democracy.

In Hare electoral system, remainder votes of three parties were insufficient for appointment of an MP. Sum of their remainder votes are 1209+1218+2509=4936. There fore 4936 votes in Hare system were unrepresented.

In Droop electoral system, remainder votes of three different parties, in different amount of votes, were insufficient for appointment of an MP. Sum of their remainder votes are 2550+3175+2888=8613. Therefore, 8613 votes in Droop system were unrepresented.

In Imperiali electoral system, remainder votes of four parties, again in different amount of votes, were insufficient for appointment of an MP. Sum of those 4 parties' remainder votes are: 265+3726+3182+3180=10,353. Therefore, Imperiali systems leaves 10,353 votes unrepresented.

These figures are in line with the majoritarianism/pluralism ranking made above. Among these three, Hare system is the most democratic one with the smallest number of unrepresented votes. While Hare system results 4936 unrepresented votes, Droop systems comes after Hare system with 8613 unrepresented votes.

[18] Daniel M. Weinstock, 'Democracy and Disagreement' (1997) 91 (3) American Political Science Review 724, 724.

Imperiali, among these three systems, is the least democratic one as it results 10,353 unrepresented votes.

Though highest averages method does not allow a basic calculation of the unrepresented votes, the foregoing inference can be extended to the electoral systems using highest averages method, because their distribution differences are all inline with the vote distribution differences between highest remainder methods. Under such assumption, it can be suggested that this fictional voting scenario shows that a ranking of these 6 electoral system according to their level of democracy, limited to the criteria handled in this study, would be as follows: Hare (the most Democratic), Sainte-Lague, Modified Sainte-Lague, Droop, Imperial, and D'Hondt.

CONCLUSION

There are a number of crucial aspects to take into account while assessing the characteristics of an electoral system. While it is unquestionably an important factor, the ability to give representation to the tiniest minority groups is not the only indicator of a system's pluralist, majoritarian, or democratic nature. Another important factor is the proportionality of representation given to larger parties, which reflects the general fairness and balance of the system.

A pluralistic and democratic election system is one that permits other marginally larger groups to have a voice in parliament, even if it does not provide the smallest minority group a voice. This acknowledges that some groups in a community could just be too small to exert much political influence, and that their lack of representation in parliament is not always the fault of the election system. What matters is that the system enables a range of voices to be heard and various viewpoints to be reflected.

Hence, it is also essential for an electoral system to offer each voter equal, or at

the very least comparable, opportunity to have their vote represented in parliament. A voter should have an equal chance to have their voice heard and for their vote to be counted, regardless of whether they are a member of a majority or minority group. This guarantees that each citizen's rights and interests are upheld and is a key requirement of democracy.

It's critical to understand that various voting systems might operate significantly differently from one another when comparing them. For instance, each of the six voting systems examined in the aforementioned study had distinct advantages and disadvantages in terms of advancing plurality and democracy. Different systems may be scored higher or lower in terms of their degree of plurality depending on the precise criteria that were used to evaluate them.

In the end, what matters most is that an electoral system provide people fair and equitable representation and authority. This calls for striking a balance between ensuring that all groups have a voice in parliament and taking into account the possibility that some groups may be too tiny to exert a considerable amount of political influence. We can make sure that our election systems are accurately reflective of the needs and interests of all citizens by placing a priority on pluralism and democracy.

BIBLIOGRAPHY

Achen CH and Bartels LM, Democracy for Realists (Princeton University Press 2017).

Alkin S, 'Underrepresentative democracy: Why Turkey should abandon Europe's highest electoral threshold', (2011) Wash. U. Global Stud. L. Rev. 10 347, 369.

Badie B, 'Electoral Systems' iç. Bertrand Badie and others (edr), International Encyclopedia of Political Science (Sage Publications Inc. 2011) 749, 756.

Golder M, 'Democratic Electoral Systems Around the World, 1946–2000', (2005) 24 (1) Electoral Studies 103, 121.

Herron ES and others, 'Terminology and Basic Rules of Electoral Systems' iç Erik S. Herron and others (edr), The Oxford Handbook of Electoral Systems (Oxford

University Press 2018).

Lijphart A, 'Majority Rule Versus Democracy in Deeply Divided Societies', (1977) Politikon: South African Journal of Political Studies 4 (2), 113, 126.

McCulloch A, Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies, (Routledge 2014).

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, (8. bası, Yetkin Yayınları 2004).

Pactet P, Institutions Politique Droit constitutionel (16. Ed., Armand Colin/Masson 1997).

Potthoff RF, 'Is Hare (aka IRV and RCV) Better But Not Best?', (2023) 22 (1) Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy 1, 26.

Weinstock DM, 'Democracy and Disagreement', (1997) 91 (3) American Political Science Review 724, 725.

INTERNET RESOURCES

<https://halilnevzat.com/voting-systems-simulator/>

<https://rm.coe.int/1680747fdb/>

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received: 06.04.2023
Kabul Tarihi / Accepted: 16.05.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

TOPLU İŞ HUKUKUNDA YETKİ İTİRAZI PROSEDÜRÜ HAKKINDA TARTIŞMALI NOKTALAR

Sedat SEZGİN

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, sedatsezgin@klu.edu.tr, ORCID NO: 0000-0002-3372-924X.

ÖZET

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 43 ve Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik madde 10 hükümleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verilen yetki belgesine itiraz prosedürünü düzenlemektedir. İlgili hükümlerde; yetki itirazının kimler tarafından gerçekleştirilebileceği, itirazın süresi, itirazın yapılacağı makam ve itirazın yetki işlemleri üzerindeki etkisine yer verilmiştir. Yetki itirazı prosedürünün genel olarak mutlak emredici hükümlerle düzenlenmiş olması, uygulamadaki problemlerin çözümüne yeterince katkı sağlamamaktadır. Bu noktada yetki itirazının, toplu iş sözleşmesinin imzalanması sürecini durdurucu etkisi önem arz etmektedir. Uygulamada iş mahkemelerinde yoğun bir şekilde yetki itirazı davaları görülmektedir. Teorik sorunların pratik sonuçları, anayasal bir hak olan sendikal örgütlenme hakkını ciddi biçimde zedelemektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Yetki İtirazı, İtiraz Sebepleri, İtirazın Şekli, İtirazın Yetkilendirme Sürecine Etkisi, İtiraz Davası

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

DISCUSSION POINTS ABOUT THE AUTHORITY OBJECTION PROCEDURE IN COLLECTIVE LABOR LAW

Sedat SEZGİN

Research Article

Research Assistant, Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Private Law, Department of Roman Law, sedatsezgin@klu.edu.tr, ORCID NO: 0000-0002-3372-924X.

ABSTRACT

Article 43 of the Trade Unions and Collective Bargaining Agreement Law No. 6356 and article 10 of the Regulation on Collective Labor Agreement Authorization and Strike Voting regulate the procedure for objecting to the authorization certificate given by the Ministry of Labor and Social Security. In the relevant provisions; By whom the objection can be made, the duration of the objection, the authority to which the objection will be made and the effect of the objection on the authorization procedures are given. The fact that the authorization objection procedure is generally regulated with absolute mandatory provisions does not contribute enough to the solution of the problems in practice. At this point, the stopping effect of the authorization objection in the signing process of the collective bargaining agreement is important. In practice, jurisdictional objection cases are seen intensively in labor courts. The practical consequences of theoretical problems seriously undermine the constitutional right of unionisation.

KEYWORDS: Authority Objection, Reasons for Objection, Form of Objection, Effect of Objection on Authorization Process, Objection Case

GİRİŞ

İşçi sendikasının Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi, toplu iş sözleşmesi sürecinin başlangıç noktasıdır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda işçi sendikasının, işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin Bakanlığa yetki başvurusu ayrı ayrı düzenlemiştir. Kanunda, başvuru üzerine gerçekleştirilebilecek itiraz prosedürüne detaylı bir şekilde yer verilmiştir. Toplu iş hukukuna ilişkin yargıya taşınan uyuşmazlıklar arasında yetki itirazı davalarına sıklıkla rastlanılmaktadır.

Çalışmamızın konusunu Bakanlığının yetkiye ilişkin olumlu veya olumsuz tespit bildirimine karşı gerçekleştirilecek itirazlar oluşturmaktadır. Bu noktada öncelikle tespit yazısına itiraz edebilecek kişiler ele alınacaktır. Devamında itiraz sebepleri, itirazın şekli ve süresi, itiraza dair yargılama aşaması ve itirazın yetkilendirme süreci öğretideki görüşlerle birlikte açıklanacak, Yargıtay uygulamasıyla karşılaştırılması yapılacaktır. İtirazın gerçekleştirilmesi ile yetkilendirme sürecinin sekteye uğraması hususu, detaylı biçimde tartışılıp çözüm önerileri sunulacaktır.

I. YETKİ İTİRAZI PROSEDÜRÜNÜN MEVZUAT İÇERİSİNDEKİ YERİ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 43 ve Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik m. 10 hükümleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tesis edilen yetki belgesine itiraz prosedürünü düzenlemektedir. İlgili hükümlerde; yetki itirazının kimler tarafından gerçekleştirilebileceği, itirazın süresi, itirazın yapılacağı makam ve itirazın yetki işlemleri üzerindeki etkisi belirtilmektedir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 43 hükmü şu şekildedir: " (1) *Kendilerine 42 nci madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren;*

taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir.(2) *İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.* (3) *İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar.Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir.Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.* (4) *42 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.* (5) *İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.*"[1]

Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik m. 10 hükmü ise şu şekildedir: " (1) *Kendilerine tespit yazısı gönderilen işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığına*

[1] 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 43 hükmü mülga 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 15 hükmüne benzer biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte mülga 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 15 hükmünde yer almayan bir düzenleme olan olumsuz yetki tespitine itiraz prosedürü, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 43 hükmünde ele alınarak önemli bir eksiklik giderilmiştir. Nuri Çelik ve diğerleri, İş Hukuku Dersleri (35. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 681.

dair itirazda bulunabilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası yetki itirazında bulunamaz. (2) *Yetki tespitine itiraz, nedenleri belirtilmek suretiyle yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz dilekçesinin mahkemeye verilmeden önce görevli makama kayıt ettirilmesi gerekir.* (3) *İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazlar mahkeme tarafından altı iş günü içinde duruşma yapılmaksızın kesin olarak karara bağlanır.* (4) *Yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içerisinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.* (5) *İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.* "

II. İTİRAZI GERÇEKLEŞTİREBİLECEK KİŞİLER

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verilen yetki tespit yazısına itiraz edebilecek kişiler, farklı durumlar içerisinde, çeşitlilik arz etmektedir[2]. Birinci olasılık; Bakanlık tarafından işçi sendikasına verilen olumlu yetki tespiti[3]yazısına, ilgili işkolunda en az yüzde bir üyesi bulunan diğer işçi sendikalarının itiraz etmesidir. Bu durumda husumetli olarak olumlu yetki tespit belgesi verilmiş olan işçi sendikası ve Bakanlık gösterilmelidir[4]. İkinci olasılık; Bakanlık tarafından işçi sendikasına verilen olumlu yetki tespiti yazısına toplu iş sözleşmesinin tarafı olacak işverenin veya işveren sendika üyesi ise işveren sendikasının itiraz etmesidir[5]. Birinci olasılıkta olduğu gibi ikinci olasılıkta da

[2] Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) 285.
[3] Olumlu yetki tespit yazısı ilgili işkolundaki tüm işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi değilse işverene bildirilir. M. Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (3. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022) 282.
[4] Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2020) 384.
[5] Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları (9. Baskı, Beta Yayınları

husumetli olarak olumlu yetki tespiti alan işçi sendikası ve Bakanlık gösterilmelidir[6]. Üçüncü olasılık, yetki tespit talebi reddedilen işçi sendikasının olumsuz yetki tespit yazısına[7] itiraz etmesidir. Bu durumda husumetli olarak yalnızca Bakanlık gösterilmelidir[8]. Lakin ilgili işyerine ilişkin yetki itirazı haricinde bir işe iade davası derdest ise işverenin olumsuz yetki itirazı sürecine dahil edilmesi gereklidir[9]. Zira işe iade davalarının sonucu, yetki itiraz davasının[10] sonucunu etkileyebilir niteliktedir[11]. Dördüncü olasılık ise yetki tespit talebi reddedilen işveren sendikası veya sendika üyesi değilse işverenin olumsuz yetki tespit yazısına itiraz etmesidir[12]. Dördüncü olasılıkta da üçüncü olasılıkta olduğu gibi husumetli olarak yalnızca Bakanlık gösterilmelidir[13].

2018) 366.

[6]Tunçomağ ve Centel (n 5) 366.

[7] Olumsuz yetki tespit yazısı yalnızca başvuruda bulunan sendikaya bildirilir. Uşan ve Erdoğan (n 3) 282.

[8]Tunçomağ ve Centel (n 5) 366. Lakin STİK m. 43/4 hükmünde belirtildiği üzere açılan dava "*o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir* ". Bildirimin yapıldığı kişiler davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Çelik ve diğerleri (n 1) 975.

[9] Yargıtay 9 HD, E 2004/24208, K 2004/19650, 22.09.2004 "*2822 Sayılı TİSGLK nun 15. maddesi uyarınca açılmış bulunan yetki tespitine itirazlarda işyerinde çalışan işçi sayısının uyuşmazlık konusu olduğundan işverenin davaya dahil edilmesi gerekir. Bu tür davalarda işverenin yasal hasım olduğu ve dava sonunda hukuki durumunun etkileneceği dikkate alınmalıdır. Bu nedenlerle İşveren P. E. Cam San. ve Tic. AŞ.nin davaya müdahale talebinin reddi hatalıdır. Böyle bir istek olmasa dahi mahkemenin re'sen işvereni davaya dahil ettirip taraf teşkili sağladıktan sonra yargılamaya devam edip karar vermesi gerekir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi:05.04.2023).

[10] Belirtmek isteriz ki yetki itirazı usul hukuku açısından bir dava türü olarak nitelendirilemez. Lakin itiraz prosedürünün yürütümü açısından dava usulleri uygulanır. Oya Türkoğlu, '6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Kapsamında Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi ve Uluslararası Normlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2019) 107. Çalışmamızda yeknesaklığın sağlanması bakımından itiraz usulünden dava olarak bahsedilecektir.

[11] Efe Yamakoğlu, 'Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz Prosedürü', (2010) 11 (2) Kamu-İş 23, 34-35.

[12] Ercan Akyiğit, Toplu İş Hukuku (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 382.

[13] Akyiğit (n 12) 382.

Uygulamada itirazların sıklıkla ikinci ve üçüncü olasılıklara ilişkin gerçekleştiği görülmektedir[14]. Husumetli olarak gösterilenler arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır[15]. Husumet ilişkisi re'sen mahkemece incelenir[16]. Şayet mahkeme tarafından taraf teşmilinde bir eksiklik tespit edilirse davacıya eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmeli, ilgili süre içinde eksiklik tamamlanmadığı takdirde davanın reddi gereklidir[17]. Ayrıca belirtmek isteriz ki yetki itirazı davalarında arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır[18].

STİK m. 43/2 hükmü gereğince işçi sendikasının itirazda bulunabilmesi için ilgili işkolunda en az yüzde bir üyesi bulunmalıdır. Aksi halde yetki itirazı prosedürü işletilemez.

[14]Şahlanan (n 4) 384.

[15]Yasemin Başmanav, '6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz', (2015) 33 Sicil İş Hukuku Dergisi 27, 38; Barış Duman, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi (Kartal Yayınevi 2005) 161-162; A. Can Tuncay ve F. Burcu Savaş, Toplu İş Hukuku (3. Baskı, Beta Yayıncılık 2013) 212.

[16] Yamakoğlu (n 11) 34.

[17]Yargıtay 9 HD, E 2021/10665 K 2021/15657, 11.11.2021 "*Somut uyuşmazlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan olumlu yetki tespitinin iptali istemine ilişkindir. Belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun'un 42 nci maddesi gereğince, yetki başvurusu üzerine bir işyeri yahut işletmede sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli çoğunluğu sağlayıp sağlayamadığının tespitine dair görev ve yetki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında olduğundan, yetki tespitine itiraz edilmesi durumunda da, Bakanlığın davada taraf olarak yer alması gerekmektedir. Bununla birlikte somut olayda davanın sadece sendikaya karşı açıldığı ve yargılamanın da bu şekilde sonuçlandırıldığı görüldüğünden, taraf teşkili sağlanmaksızın hüküm kurulması doğru olmamıştır. Buna göre mahkemece, davayı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına da yöneltmesi için davacıya kesin süre verilmeli, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası incelenmelidir. Anılan hususlar gözetilmeksizin, eksik inceleme sonucunda İlk Derece Mahkemesince yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[18] Ercüment Özkaraca ve Canan Ünal, 'Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması', (2019) (42) Sicil İş Hukuku Dergisi 16, 35.

III. İTİRAZ SEBEPLERİ

A. YÜRÜRLÜĞE DAİR İTİRAZ

STİK m. 41 vd. hükümlerinde belirtilen şartları taşıyan işçi sendikaları tarafından, ilgili işyeri veya işletmede yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyorsa veya sona erme tarihine yüz yirmi gün ya da daha az bir süre bulunuyorsa yetki tespit başvurusu her zaman yapılabilir[19]. Bununla birlikte işyeri veya işletmede yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi mevcutsa veya toplu iş sözleşmesi yürürlük süresinin sona erme tarihine yüz yirmi günden fazla bir süre bulunuyorsa[20] Bakanlığa yapılan yetki başvurusu, STİK m. 35/4 hükmü gereğince reddedilmelidir[21]. Şayet durum fark edilmeksizin başvuru Bakanlıkça sehven kabul edilmişse verilen toplu iş sözleşmesi yetkisine itiraz edilebilir[22]. Başka bir

[19] Yargıtay 9 HD, E 1984/9637 K 1984/8660, 05.10.1984 "*2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun TİS'nin süresini ve bitimini düzenleyen 7/3. maddesinde "yeni sözleşme için yetki görüşmelerine eski sözleşme süresinin bitiminden önceki 120 gün içinde başlanabileceği" kuralı getirilmiştir. Bu kural Yasanın genel amaç ve sistemi içinde düşünüldüğünde uyulması zorunlu emredici bir kuraldır. Davalı sendika ise, işyerinde uygulanmakta olan sözleşmenin bitiminden 120 günden çok daha önce ve 19.4.1984 tarihinde başvurmuş ve çalışan işçi ve üye sayısı ve yetki konusu bu tarihe göre belirlenmiştir. Oysa böyle zamansız bir başvuru üzerine yapılacak inceleme sonuca önemli derecede etkili olacak şekilde hatalı bulunduğundan Yasanın amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle itirazın kabulü gerekirken reddi isabetli bulunmadığından hükmün bozulması gerekir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi:05.04.2023).

[20]Toplu iş sözleşmesinin bitimine yüz yirmi günden daha uzun bir süre mevcutken yapılan yetki tespit başvurusu, toplu iş sözleşmesinin bitimine yüz yirmi gün kalsa dahi geçerli sayılamaz. Zira hüküm mutlak emredicidir. Selçuk Kocabıyık, '6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yetki Tespiti ve Yetki Tespitine İtiraz', (2012) (28) Sicil İş Hukuku Dergisi 197, 200.

[21] Hadi Sümer, İş Hukuku (26. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 249.

[22]Hakkı Şekerbay, 'Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespit Otomasyon Sistemi ve E-Devlet Kapısı' (Uzmanlık Tezi, Ankara 2012) 58; Şahlanan (n 4) 387; Çelik ve diğerleri (n 1) 976. Ayrıca kanun dışı grevin tespiti davası sonuçlanmadan bir başka sendikaya Bakanlık tarafından toplu iş sözleşme akdetme yetkisi verilemez. Yargıtay 9 HD, E 1994/18490 K 1994/18404, 22.12.1994 "*Davacı sendika, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurarak, çoğunluk tesbiti isteminde bulunmuş ve Bakanlıkca da 7.l.l993 tarihli yetki belgesi verilmiştir. Daha sonra, adı geçen sendika ile toplu görüşmelere başlanmış ve bu görüşmelerin uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine, sendikaca grev kararı alınmış ve 4.9.l993 de grevin uygulanmasına başlanmıştır. Grev devam ederken işveren, grevin yasa*

nedenle açılan yetki tespitine itiraz davasında yürürlük itirazında bulunulmasa dahi kanuni düzenlemenin emredici niteliğinden dolayı yürürlük durumunun uygunluğu mahkemece re'sen incelenmelidir[23].

Yürürlük itirazı, maddi bir hataya[24] ilişkin olduğundan dolayı STİK m. 43/3 hükmü gereğince mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın dosya üzerinden itirazı kesin olarak karara bağlar. Lakin Yargıtay uygulaması bu noktada farklılık arz etmektedir. Kanun hükmünde maddi hataya ve süreye dair itirazların kesin olarak karara bağlanmasından söz edilmiş olsa dahi, Yargıtay "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" temyiz incelemesine tabi tutulmasına ve itirazın bu kapsamda olmadığı sonucuna varılması durumunda uyuşmazlığın kanun yoluna tabi olduğuna hükmetmiştir[25].

---

dışı olduğu iddiasıyla bir dava açmıştır. Bu dava devam ederken davalı G. Sendikası, 23.ll.l993 tarihinde kendisinin çoğunlukta bulunduğunun tesbiti için Bakanlığa başvurmuş, Bakanlıkça 6.2.l994 tarihinde G. Sendikasının yetkili olduğuna dair belge verilmiştir. Davacı B. Sendikası, açtığı bu dava ile, yetkiye itiraz etmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere davacı sendikanın, kesin yetki belgesine dayanarak toplu sözleşme prosedürünü yürüttüğü bir sırada davalı sendikaya yetki belgesi verilmesi yasaya aykırıdır. Zira, davacı sendikanın yetkisi düşmemiştir. Nitekim, işverenin açtığı grevin kanun dışı olduğunun tesbiti davası da başvuru tarihinde henüz sonuçlanmadığı gibi, daha sonra 27.6.l994 tarihinde de esastan değil, ehliyet yönünden red edilerek kesinleşmiştir. Bu durumda, toplu sözleşme prosedürü devam ederken bir başka sendikaya yetki belgesi verilemiyeceği hususu dikkate alınarak yetki belgesinin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile yazılı şekilde davanın red edilmiş olması hatalıdır. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi:05.04.2023).

[23] Duman (n 15) 145.

[24] Başmanav (n 15) 40; Yamakoğlu (n 11) 38.

[25] Örneğin geçiş hükümlerine dair maddi hatanın varlığı bozma sebebidir. Yargıtay 9 HD, E 2013/5980 K 2013/14127, 09.05.2013 "*07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin 3.fıkrasında "Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu Kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan sendikaların, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvurulan mülga 2822 sayılı Kanunun 12 nci maddesine göre Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve mülga 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılır. (Ek cümle: 10/01/2013 - 6385 S.K./20. md) Ancak, en son yayımlanan*

Bu durum öğretide yetki uyuşmazlıklarının kısa sürede çözüme kavuşturulma amacı ile çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir[26]. Kanaatimizce Yargıtay tarafından "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" incelenmesi ile "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin olmasına rağmen incelenmesi" arasında fiilen bir fark bulunmamaktadır. Zira itirazın "niteliğinin tespiti" yapılırken hali hazırda uyuşmazlığa ilişkin inceleme gerçekleşmektedir. Niteliksel inceleme, sürecin uzamasına sebep olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay uygulaması, STİK m. 43/3 hükmünün "dolambaçlı" ihlali sonucunu doğurmaktadır.

B. ÇOĞUNLUĞA DAİR İTİRAZ

Uygulamada yetki itirazlarının konusunun sıklıkla çoğunluğa dair itiraz teşkil ettiği gözlemlenmektedir[27]. STİK m. 41/1 hükmü gereğince Bakanlıktan toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisi alabilmek isteyen işçi sendikasının ilgili işkolunda çalışan işçilerin[28] en az yüzde biri oranında üyesi bulunmalıdır. İşçi sendikasının

2009 istatistiğinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi için başvuru hakkına sahip işçi sendikalarının 7/11/2012 tarihinde ve sonraki bu fıkraya göre yapacakları yetki tespit talepleri, 41 inci maddede yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre sonuçlandırılır." 4. fıkrasında, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıkları mülga 2822 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı tüzük ve yönetmeliklere göre sonuçlandırılır." denilerek kanunun yürürlüğünden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin uygulanacak kanun bakımından geçiş hükmü öngörülmüştür. Somut olayda davacının 01.11.2010 tarihinde yetki tespit başvurusunda bulunduğu, dava tarihinin 23.10.2012 olduğu görülmekle 6356 sayılı yasanın geçici 6. Maddesi gereğince 2822 sayılı yasanın uygulanması gerekirken 6356 sayılı yasa hükümleri gereğince karar verilmesi hatalıdır." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[26]Aydın Kaya, 'Toplu İş Sözleşmelerinde Ehliyet ve Yetki' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2017) 267; Çelik ve diğerleri (n 1) 976.

[27] Yamakoğlu (n 11) 28.

[28] İşçinin belirli süreli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışması, tam süreli veya kısmi süreli olması, deneme süresinde olması hesaba katılma hususunda önem arz etmez. Bilakis yalnızca fiilen çalışan işçiler hesaplamaya dahil edilmez, çeşitli sebeplerle iş sözleşmeleri askıda olan işçiler de çoğunluk tespitinde dikkate alınır. Türkoğlu (n 10) 58 vd.; Kaya (n 26) 247-248.

yüzde bir oranında üyesinin bulunması,yegane matematiksel yeterlik şartı değildir[29]. STİK m. 41/1 hükmünün devamında belirtildiği üzere işçi sendikasının işyeri bazında toplu iş sözleşme akdetme yetkisi alabilmesi için işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının[30] Bakanlığa başvuru tarihinde başvuran sendikanın üyesi olması; işletme bazında toplu iş sözleşme akdetme yetkisi alabilmesi için işletme bütününde[31] çalışan işçilerin yüzde kırkının Bakanlığa başvuru tarihinde başvuran sendikanın üyesi olması şarttır[32]. Çoğunluğun mevcudiyeti, sendikanın toplu iş sözleşmesi tarafı olabilmesi için bir ön koşuldur[33].

---

[29] Merve Alıç, 'Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi 2022) 57.

[30] "*Yarıdan fazlası*" ifadesi yarıdan yüzde bir fazla (%50+1) şeklinde anlaşılmamalıdır. Akyiğit (n 12) 530; Yargıtay uygulaması da bu şekildedir. Yargıtay 22 HD, E 2017/44747 K 2017/30361, 21.12.2017 "*Bu itibarla, somut uyuşmazlıkta (...) sicil numaralı ünite işyeri niteliğinde olmadığından, sadece (...) sicil numaralı işyeri nazara alınarak ve başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının sendika üyesi olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle sonuca gidilmelidir. Bu hususlar dikkate alındığında ise, başvuru tarihinde çalışan toplam işçi sayısının 130 olduğu ve sendika üye sayısının 61 olduğu anlaşılmakla, davanın kabulü ile yetki tespitinin iptalinin gerektiği tartışmasızdır. Anılan hususlar gözetilmeksizin, eksik inceleme sonucunda ilk derece mahkemesince yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı hatalıdır*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[31] İşletme bazında toplu iş sözleşmesi yetki başvurusunda işletme kapsamındaki tüm işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve %40 oranındaki çoğunluk buna göre hesaplanır. Her bir işyeri için ayrı ayrı hesaplama yapılmaz. Bununla birlikte birbirine bağlı yerler ile iş organizasyonu kapsamında bir bütün halinde tek bir işyeri bulunuyorsa %40 oranı değil, yarıdan fazla esasına göre çoğunluk tespiti yapılır. Yargıtay 22 HD, E 2013/33468 K 2013/28331, 06.12.2013 "*Önemle ifade etmek gerekir ki, iş kolu tespitinde olduğu gibi dava konusu olumlu yetki tespiti işleminde de işletmeden değil işyeri ve bağlı yerlerden bahsedilmektedir. Şu halde olumlu yetki tespit işlemi işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkindir. Diğer taraftan davacı tarafından yapılan iş ya da organizasyonun değişikliği iddia edilmediği gibi buna ilişkin somut delil ya da bulgular da sunulmamıştır. Bu itibarla önceki işkolu tespitindeki belirlemelerin geçerli olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak işyeri toplu iş sözleşmesi bakımından yetki tespiti yapılmasına ve ortada bir işletme bulunamamasına göre işyeri çoğunluğunun % 40 değil % 50 esası uyarınca belirlenmesi gerekmektedir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[32] Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II–Toplu İş İlişkileri (2. Baskı, Beta Yayıncılık 2013) 378-379.

[33]Çelik ve diğerleri (n 1) 960. İkinci ön koşul ise STİK m. 41/5 hükmünde belirtildiği üzere bir işkolunda çalışan işçilerin toplam sayısının yüzde birinin ilgili işçi sendikasına

Kanun koyucu işyeri bazında yapılan toplu iş sözleşmeleri kapsamında işçi sendikasının ilgili işyerinde yarıdan fazla üyesinin bulunması ve işletme bazında yapılan toplu iş sözleşmeleri kapsamında ise işçi sendikasının işletme bütününde en az yüzde kırk oranında üyesinin bulunmasına ilişkin çoğunluk şartlarının, Bakanlığa başvuru anında sağlanmış olmasını yeterli kabul etmiştir[34].Bu nedenle başvuru anında işçi sendikası çoğunluk şartlarını (ve diğer şartları)taşıyorsa yetki belgesine sahip olabilecektir. Başvuru anı baz alındığından, başvurudan önce sendika üyeliğinden istifa eden işçiler çoğunluk tespitinde dikkate alınırken, başvurudan sonra gerçekleşen istifalar, hatta sendikanın hiçbir üyesinin kalmaması ya da işverenin değişmesi durumları çoğunluk tespiti bakımından önem arz etmez[35].Lakin belirtmek isteriz ki STİK m. 19/3 hükmü gereğince e-devlet üzerinden gerçekleştirilen sendika üyeliklerinden çekilme bildirimleri bir ay sonra hüküm ve sonuç doğurur. Bu nedenle Bakanlığa başvuru tarihi itibariyle bir aylık süre geçmediyse, çekilme bildiriminde bulunan üyeler çoğunluk hesaplaması yapılırken hesaba katılır[36]. Ayrıca STİK m. 17 hükmü gereğince yeni üyeliklerin sayısının tespitinde e-devlet üzerinden üyelik başvuru anı değil, sendikanın yetkili organlarınca üyelik başvurusunun kabul edildiği tarih baz alınmalıdır.

STİK m. 42/4 hükmü, çoğunluğun tespitine ilişkin anlaşılması güç bir düzenleme içermektedir. İlgili hükme göre "*Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz*". Hüküm amaçsal yoruma tabi tutulmaksızın yüzeysel değerlendirilirse, işe giriş ve çıkış bildirimleri kanuni sürede yapılmayan, lakin fiilen çalışan işçilerin çoğunluk

üye olmasıdır. Bu konuda bkz. III-D. Başlığı.
[34]Sur (n 2) 288.
[35]Şekerbay (n 22) 59; Türkoğlu (n 10) 58; Alıç (n 29) 57.
[36]Yamakoğlu (n 11) 28-29.

tespitinde dikkate alınmayacağı sonucuna ulaşılır. *Ratio legis* ise işyerinde çalışan işçi sayısının gerçeğe aykırı olarak yüksek gösterilmesi kastıyla yapılan sigorta bildirimlerinin önüne geçilmesidir[37]. STİK m. 42/4 hükmü, çoğunluğun hesaplanması bakımından işçi sendikalarının aleyhine sonuçlar (örneğin gerçek üye sayısının tespiti) doğurmaktadır[38]. Bu nedenle kanuni düzenlemenin "sendikanın Bakanlığa yetki tespit talebinden sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna yöneltilen geçmişe doğru hüküm doğuran işe giriş-çıkış bildirimlerin dikkate alınmaması" şeklinde yorumlanması isabetli olacaktır[39]. Lakin öğretide iş sözleşmesine istinaden fiilen çalışıyor olmanın tek başına yetki tespitinde dikkate alınması için yeterli kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur[40]. Kanaatimizce STİK m. 42/4 hükmünün varlığı sebebiyle görüşe *de lege lata* bakımdan katılmak mümkün değildir.

Belirtmek isteriz ki çoğunluğa dair itirazlar genellikle işe başlayan veya iş sözleşmeleri sona eren işçilerin ya da sendika üyeliğine dair bilgilerin zamanında bildirilmemesinden kaynaklanır[41].

C. İŞKOLUNA DAİR İTİRAZ

Bir diğer yetki itirazı konusu, sendikanın bulunduğu işkoluna ilişkindir. STİK m. 3 hükmü uyarınca işçi ve işveren sendikaları yalnızca işkolu esasına göre kurulabilir. İşkolunun belirlenmiş olması, yetki tespiti talebinde bulunan sendikanın ehliyeti ile doğrudan ilişkilidir[42].Bu nedenle işkolu uygunluğu

[37]Türkoğlu (n 10) 44.
[38]Çelik ve diğerleri (n 1) 970.
[39]Başmanav (n 15) 31.
[40] Kaya (n 26) 255-256.
[41] Yamakoğlu (n 11) 28.
[42]Toplu iş sözleşmesinde ehliyet ve yetki kavramları hakkında detaylı bilgi için Bkz. Rüçhan Işık, Türk Toplu İş sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki (Sevinç Matbaası, 1970) 13; Yargıtay 22 HD, E 2014/3987 K 2014/24999, 17.02.2014 "*İşkolu istatistiklerine itiraz, istatistiklerin gerçeği yansıtmadığı iddiası ile yapılabilmektedir. Bir başka ifadeyle, işkolu istatistiklerine itiraz, istatistiklerdeki hatalara ilişkin olup, istatistik*

mahkemece re'sen dikkate alınır[43].

İşkolunun tespiti STİK m. 5 hükmüne göre yapılır. İlgili hüküm şu şekildedir: "(1) *Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. (Ek cümle: 12/10/2017-7036/29 md.) Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi iki ay içinde kararını verir. (Değişik cümle: 12/10/2017-7036/29 md.) Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar. (2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz. (3) İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez."*

STİK m. 5 hükmü gereğince işkolu ile ilgili itirazlar ancak bir sonraki toplu iş sözleşmesi dönemi açısından dikkate alınır. Düzenlemenin amacı, başlamış olan toplu iş sözleşmesi prosedürünün işkolu itirazı ile geciktirilmesi ya da akdedilmesinin önüne geçilmesinin engellenmesidir[44]. Lakin belirtmek isteriz ki işkolu itirazının yetkilendirme sürecini etkilememesi için yetki tespit başvurusunun işkolu itirazından önce başlamış olmalıdır. Yargıtay kararında ifade edildiği üzere, şayet toplu iş sözleşmesi süreci başlamamışsa işkolu tespitine

ile hukuki dayanaklarının uluslararası mevzuata uygunluğuyla ilgili değildir. Bu yönüyle işkolu barajı, işçi sendikasının ehliyeti ile ilgili bir konu olduğundan, davacının bu iddiasını yetki tespitine itiraz davasında ileri sürebileceği kabul edilmelidir." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[43]Şekerbay (n 22) 61.

[44]Çelik ve diğerleri (n 1) 979. *De lege ferenda* bakımından işkolu değişikliği tespitinin yetki sürecine etki etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten de yetki başvurusundan sonra sendikanın hatalı işkoluna kayıtlı olması mümkündür. Hatanın giderilmeksizin sürecin devam etmesi farklı problemler doğurabilir.

ilişkin dava, bekletici mesele yapılmalıdır[45].

İşkoluna dair itirazların yetki itirazından farklı mahkemede incelenmesi olası bir durumdur. İki farklı yargılamanın mevcudiyeti süreci sekteye uğratmaktadır. Sürecin hızlanması maksadıyla yetki itirazını inceleyen mahkemenin aynı zamanda iş yerinin hangi işkolunda bulunduğunu da tespit edebilme yetkisine sahip olması gerektiği önerilmişse de kanun tasarısında bu durum kabul edilmemiştir[46].

D. İSTATİSTİK VERİLERİNE DAİR İTİRAZ

STİK m. 41/5 hükmünde belirtildiği üzere bir işkolunda çalışan işçilerin toplam sayısının yüzde birinin ilgili işçi sendikasına üye olup olmadığının tespitinde, Bakanlık tarafından her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanmakta olan resmi istatistikler esas alınmaktadır[47]. Yüzde birlik orana sahip olmak toplu iş sözleşmesi yapabilmenin bir ön koşuludur[48].Resmi istatistiklerde her bir

[45] Yargıtay 9 HD, E 2021/3116 K 2021/8169, 15.04.2021 "*Belirtmek gerekir ki, işkolu itirazının yetki tespit sürecinde bekletici mesele yapılamayacağına dair kural, yetki tespit başvurusundan sonra ileri sürülen işkolu itirazına ilişkindir. Bununla birlikte yetki tespit başvuru tarihinden önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunda bulunulması durumunda, işkolu tespit kararı beklenilmeli, işkolu tespit kararına da itiraz edilmesi durumunda buna ilişkin yargılamanın sonucu bekletici mesele yapılmalıdır. Nitekim bu ihtimalde yetki tespit başvurusundan önce işkolu tespit başvurusu yapıldığından, işkolu tespit sürecinin sonunda verilecek karar mevcut yetki uyuşmazlığı bakımından da geçerli olacaktır. Bu husus 6356 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde "Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak" şeklinde ifade edilmiştir...Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında, mahkemece işkolu tespitine itiraz istemine ilişkin ... 7. İş Mahkemesi'nin 2018/2-2020/464 E.K sayılı dosyası bekletici mesele yapılmalı, işkolu tespit kararının kesinleşmesi beklenilmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Anılan hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme sonucunda İlk Derece Mahkemesince yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[46] Şekerbay (n 22) 61.

[47] Yayımlanan son istatistiklere ulaşmak için Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/01/20230119-4.pdf>

[48] Çelik ve diğerleri (n 1) 960.

işkolundaki işçi sayılarının toplamı ve işkollarındaki işçi sendikaların toplam üye sayıları belirtilir. Yayımlanmış olan resmi istatistik verileri, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için Bakanlık tarafından yeni veriler yayımlanıncaya kadar geçerlidir[49]. STİK m. 41/5 hükmünün son cümlesinde belirtildiği üzere yetki belgesi almak maksadıyla Bakanlığa bir başvuru yapılmışsa veya yetki belgesi Bakanlıkça tanzim edilip sendikaya bildirilmişse, bu tarihten itibaren yayımlanacak istatistikler süreci etkilemez. Kesinleşen istatistikler tüm sendikalar için geçerlilik arz eder. Lakin yayımlanmış olan verilerin hatalı olduğu iddiasıyla (örneğin yüzde birlik orana sahip olduğu iddiasıyla), uygulamada istatistiğe itiraz davası olarak yer alan davanın açılması mümkündür[50]. Bu davanın açılabilmesi STSK m. 41/6 hükmüne göre istatistiğin yayımlanmasından itibaren on beş günlük hak düşürücü süreye tabidir. Aksi takdirde istatistikler kesinleşir. Hükmün devamında belirtildiği istatistiğe itiraz davası Ankara İş Mahkemesi'nde görülür. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırmalıdır. Karara karşı ilgililerce veya Bakanlıkça istinaf başvurusu yapılabilir. Bu durumda Bölge Adliye Mahkemesi bir ay içerisinde istinaf incelemesini tamamlamalıdır. İstinaf kararı temyize tabidir. Yargıtay, ilgililerce veya Bakanlıkça yapılan temyiz talebini on beş gün içinde kesin olarak karara

[49]Başmanav (n 15) 33.

[50]Tuncay ve Savaş (n 15) 202; Dava sonucundan o işkolundaki tüm sendikaların etkilenmesi mümkündür. Yargıtay kararlarında da istatistiğe itiraz davasında davanın sonucundan etkilenebilecek ilgili işkolundaki diğer sendikaların davalı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 9 HD, E 2021/10252 K 2021/15441, 04.11.2021 "*İtiraz neticesinde davanın sonucundan etkileneceği açık olan ve hukuki menfaati bulunan aynı işkolunda yer alan diğer sendikalar da davalı olarak yargılamada yer almalıdır… davacının, "Sağlık ve sosyal hizmetler" işkolunda yer alan diğer sendikalara da davayı yöneltmesi sağlanmalı, anılan sendikalara dava dilekçesi tebliğ edilmeli, bu suretle taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası incelenmelidir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023). Zira itiraz sonucunda istatistiğe ilişkin hatanın düzeltilmesi ile diğer sendikaların üye sayısı etkilenebilir. Örneğin bir sendikanın üye sayısı düşerken, diğer sendikaların üye sayıları artabilir. Gülsevil Alpagut ve Mert Namlı, 'İşkolu Barajının Toplu Sözleşme Hakkı Karşısında Değerlendirilmesi ve İstatistiklere İtirazın Yetki Başvurusuna Etkisi', (2022) 1 Çalışma ve Toplum 55, 81.

bağlamalıdır. İstatistiğe itiraz davası ilgili işkolundaki herhangi bir işçi sendikası, işveren sendikası, işveren, sendikalı olsun veya olmasın ilgili işkolunda bulunan bir işyerinde çalışan herhangi bir işçi dahi açabilir[51].

İstatistiğe itiraz davası ile yetki tespitine itiraz davası arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır. Şayet bir yetki tespitine itiraz davası açılmışsa, yetki tespitine itiraz davasından önce derdest olan istatistiğe itiraz davasının bekletici mesele yapılması gerekmektedir[52]. Bununla birlikte yetki itirazı Bakanlık tarafından yayımlanan itiraz istatistik verilerinin doğruluğuna ilişkin olmayıp, yalnızca hatalı değerlendirilmesinden kaynaklanıyorsa ilgili itiraz, maddi bir hataya[53] ilişkin olduğundan dolayı STİK m. 43/3 hükmü gereğince mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın itirazı kesin olarak karara bağlar. Lakin Yargıtay uygulaması farklılık arz etmektedir. Bu konu çalışmamızda ayrıca değerlendirilmiştir[54]. Tekrardan belirtmek isteriz ki kanun hükmünde maddi hataya ve süreye dair itirazların kesin olarak karara bağlanmasından söz edilmiş olsa dahi, Yargıtay "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" temyiz incelemesine tabi tutulmasını ve itirazın bu

[51]Başmanav (n 15) 33.

[52] Yargıtay 22 HD, E 2014/31914 K 2014/31952, 22.11.2014 "*Somut olayda, başvuru tarihi itibariyle yayımlanan son istatistik olan 2013 Temmuz ayı istatistiklerinin esas alınması gerekmektedir. Davacı sendikanın Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyon DİSK üyesi olduğu gözetildiğinde, yukarıda belirtilen 6356 sayılı Kanun hükümleri karşısında, davacı sendikanın, toplu iş sözleşmesi ehliyeti için, 2013 Temmuz istatistiklerinde %1 olan işkolu barajını aşması gerekmektedir. Dosya içeriğine göre ise, %1 işkolu barajını aşamayan davacı N... Sendikası tarafından, 2013 Temmuz ayı istatistiklerine karşı süresinde itiraz edilmiş olup, yargılamanın, Ankara 15. İş Mahkemesinin 2013/463 esas sayılı dosyası ile görüldüğü ve halen derdest olduğu anlaşılmıştır. Bütün bu açıklamalar karşısında, mahkemece, Ankara 15. İş Mahkemesi'nin 2013/463 esas sayılı dosyasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." Aynı yönde Yargıtay 9 HD, E 2021/614 K 2021/4941, 25.2.2021. (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[53]Başmanav (n 15) 40; Yamakoğlu (n 11) 38.

[54] Bkz. III-A başlığı.

kapsamda olmadığı sonucuna varılması durumunda uyuşmazlığın temyiz incelemesine tabi tutulabileceğine hükmetmiştir[55]. Bu durum öğretide yetki uyuşmazlıklarının kısa sürede çözüme kavuşturulma amacı ile çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir[56]. Kanaatimizce Yargıtay tarafından "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" incelenmesi ile "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin olmasına rağmen incelenmesi" arasında fiilen bir fark bulunmamaktadır. Zira itirazın "niteliğinin tespiti" yapılırken hali hazırda uyuşmazlığa ilişkin inceleme yapılmaktadır. Bu nedenle Yargıtay uygulaması STİK m. 43/3 hükmünün "dolambaçlı" ihlali teşkil etmektedir.

E. İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE DAİR İTİRAZ

İşletme toplu iş sözleşmesi kavramı STİK m. 2/1,d hükmünde açıklanmıştır. Hükme göre işletme toplu iş sözleşmesi "*bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan*

[55] Örneğin geçiş hükümlerine dair maddi hatanın varlığı bozma sebebidir. Yargıtay 9 HD, E 2013/5980 K 2013/14127, 09.05.2013 "*07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin 3.fıkrasında "Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu Kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan sendikaların, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvurulan mülga 2822 sayılı Kanunun 12 nci maddesine göre Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve mülga 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılır. (Ek cümle: 10/01/2013 - 6385 S.K./20. md) Ancak, en son yayımlanan 2009 istatistiğinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi için başvuru hakkına sahip işçi sendikalarının 7/11/2012 tarihinde ve sonraki bu fıkraya göre yapacakları yetki tespit talepleri, 41 inci maddede yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre sonuçlandırılır." 4. fıkrasında, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıkları mülga 2822 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı tüzük ve yönetmeliklere göre sonuçlandırılır." denilerek kanunun yürürlüğünden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin uygulanacak kanun bakımından geçiş hükmü öngörülmüştür. Somut olayda davacının 01.11.2010 tarihinde yetki tespit başvurusunda bulunduğu, dava tarihinin 23.10.2012 olduğu görülmekle 6356 sayılı yasanın geçici 6. Maddesi gereğince 2822 sayılı yasanın uygulanması gerekirken 6356 sayılı yasa hükümleri gereğince karar verilmesi hatalıdır*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[56] Kaya (n 26) 267; Çelik ve diğerleri (n 1) 976.

sözleşme"dir. Uygulamada toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti aşamasında işverenin işyerlerinin işletme olarak değerlendirilmesi hususunda uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır[57].

STİK m. 34/2 hükmüne göre "*bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir*". Hükümden anlaşılacağı üzere bir işkolunda aynı işverene ait birden fazla işyeri bulunuyorsa bu işyerlerinden herhangi birisi kapsamında olacak biçimde işyeri toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi verilemez, bu yönde yapılan başvurular reddedilir[58]. Lakin Bakanlık tarafından sehven yetki belgesi verilmiş ise belgenin iptali gereklidir[59].

İşletme düzeyinde yapılacak toplu iş sözleşmelerinde çoğunluk hesabı farklılaşmaktadır. STİK m. 41 hükmüne göre sendikanın yetki belgesi alabilmesi için işverenin aynı işkolundaki tüm işyerleri bir bütün olarak ele alınarak ilgili işyerlerinde çalışan işçilerin yüzde kırkının sendika üyesi olması zaruridir. Bu konudaki uyuşmazlıklar STİK m. 34/4 hükmü gereğince "*işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi on beş gün içinde kesin olarak karar verir*." . İlgili hükümde işletme merkezi kavramının kullanılması isabetli değildir. Zira STİK kapsamında işletme, teknik ve ekonomik anlamda işyerleri bütününü değil aynı işkolundaki birden çok işyerini ifade etmektedir. İfadeden anlaşılması gereken husus; işveren gerçek kişi ise işverenin ikametgah adresi, tüzel kişi ise ticaret siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesidir[60]. Bu noktada toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisi alınmak istenen işyerinin aslında işletme düzeyinde değerlendirilmesi gerektiğine veya işletme düzeyinde

[57] Yamakoğlu (n 11) 27; Başmanav (n 15) 34; Türkoğlu (n 10) 101.
[58] Şekerbay (n 22) 63; Alıç (n 29) 59.
[59] Duman (n 15) 146; Türkoğlu (n 10) 101.
[60] Talat Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri (Beta Yayıncılık 2013) 142.

değerlendirilen bir işyerinin işletme bazında olmadığına dair itirazlarla karşılaşılabilir. Zira STİK m. 41 hükmüne göre verilecek yetki işletme ve işyeri bakımından farklı çoğunluk şartları içermektedir. Bu noktada işletme itirazının yetkilendirme sürecine etkisi nasıl olacaktır? İlgili uyuşmazlığın toplu iş sözleşme akdetme sürecine etkisi düşünülerek bekletici mesele sayılması ve bağımsız bir dava açılması maksadıyla itirazda bulunan kişiye süre verilmesi gerektiği ifade edilebilir[61]. Lakin bu tarz bir uygulama itiraz aşamasının gereksiz yere uzamasına sebebiyet verir ve usul ekonomisine aykırıdır. Bu gerekçe ile derdest bir yetki itirazı davasında hakimin işletme niteliğinin varlığına dair itirazlar hususunda karar verebilme yetkisinin bulunduğunun kabul edilmesi gereklidir[62]. Zira yetki itirazları kamu düzenini ilişkilendirir ve yetkiye dair kanuni düzenlemeler emredici hüküm niteliğindedir[63]. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir[64]. Lakin bu açıklamalarımız yalnızca yetki başvurusu öncesinde yapılan

[61]Yargıtay 9 HD, E 1997/12515 K 1997/14353, 09.07.1997 "*Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı şirkete ait Marmaris 'te kurulu ..... Oteli için 24.1.1997 başvuru tarihi itibariyle Oleyis Sendikasının çoğunluğu bulunduğu yolunda Bakanlıkça tesbit yapıldığı, bu tesbite A. 1. A. Hukuk Mahkemesinin 1997/248 esas numarasında kayıtli itiraz davasının davacı işveren tarafından açıldığı ve derdest olduğu anlaşılmaktadır.Anılan Mahkemenin 30.4.1997 tarihli yazısında da bu dava dosyasının tetkik ve iade olunmak üzere istendiği görülmektedir.Bu dava çoğunluk tesbitine itiraz davası olmayıp, açıkca 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun 3/2. maddesinde "işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede onbeş gün içinde karar bağlanır.."hükmü uyarınca açılmış bir davadır.Anılan Yasanın 15. maddesinde öngörülen itiraz davası için yasa koyucu mahkemelere karar vermek için bir süre öngörmediği halde, işletmenin tesbitinin " onbeş gün içinde" karara bağlanması için direktif vermiştir.Bu durumda işyeri çoğunluk tesbitine karşı A. 1. A. Hukuk Mahkemesi dosyası celbolunup o davada işletmenin tesbiti bekletici mesele yapılmış olup olmadığı araştırılarak, davacının doğmuş ve doğacak uyuşmazlıklara karşı işletme toplu iş sözleşmesi yapılması yönünden Antalya 'daki merkez ve bağlı olduğu belirtilen işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[62] Yamakoğlu (n 11) 27; Tuncay ve Savaş (n 15) 214; Sur (n 2) 266; Başmanav (n 15) 35.

[63]Şekerbay (n 22) 63; Alıç (n 29) 59; Yamakoğlu (n 11) 27.

[64] Yargıtay 9 HD, E 2013/13085 K 2013/32082, 05.12.2013 "*6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasında, Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna*

işletme itirazları için geçerli olmalıdır. Zira öğretide katıldığımız görüş, işletme itirazının işkolu tespitini gerektirmesi sebebiyle, ilgili itirazların STİK m. 5/2 hükmü gereğince bekletici mesele sayılmaması ve mevcut kayıtlara göre yetki tespit sürecinin devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir[65]. STİK m. 5 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere işkolu davalarının yetki itirazı sürecini gereksiz yere uzatmasını önlemek gereklidir[66]. Yargıtay'ın eski görüşü STİK m. 5/2 hükmünün işletme itirazlarına ilişkin davalarda uygulanamayacağını, yalnızca işyeri uyuşmazlıkları açısından uygulanabileceğini ve bu nedenle işletme itirazı davalarının bekletici mesele sayılması gerektiği yönündeydi[67].Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün

ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir. denilirken 4. fıkrasında ise, İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi hâlinde Yargıtay onbeş gün içinde kesin olarak karar verir. düzenlemesi getirilmiştir. Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait, aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bulunması gereklidir. İşverenin işletme kapsamındaki işyerleri için ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu toplu iş sözleşmesi ise işletme toplu iş sözleşmesidir. Bu kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmelidir. Somut olayda dava konusu tespit, davacı N... Ltd. Şirketinin Ömer Avni Mh. M. Mebusan Cad. K... İşhanı No: ... Beyoğlu/İSTANBUL ve Şehit Bayram Gökmen Mh. Ş... Sk. No: ... Konuralp/DÜZCE adreslerindeki iki ayrı işyerinde yapılmıştır. Davacı işyerlerinin farklı iş kollarında bulunduğunu iddia etmekte; davalı ise asıl işin görüldüğü işyerinin bulunduğu Düzce mahkemelerinin davaya bakmakta yetkili olduğunu savunmaktadır. Bu noktada mahkemece merkez işyerine ilişkin herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. O halde öncelikle merkez işyerine ilişkin de bir inceleme yapılmalı, diğer işyeri ile birlikte tek bir işyeri veya bağımsız işyerleri oluşturulup oluşturmadığı ya da işletme niteliğinde bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulup buna göre mahkemenin davaya bakma yetkisi değerlendirilmeksizin verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[65]Çelik ve diğerleri (n 1) 977.

[66]"*Bu hüküm ile işkolu itirazlarının toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılması önlenmek istenmiştir*" Gerekçeye ulaşmak için Bkz. <https://www.csgb.gov.tr/media/1330/sendikalar-ve-toplu-i%C5%9F-soezle%C5%9Fmesi-kanunu-ilgili-yoenetmelikler.pdf> 66.

[67] Yargıtay 9 HD, E 2016/35791 K 2016/21757, 08.12.2016 "*Her ne kadar 6356 Sayılı*

değildi. Zira Yargıtay'ın STİK m. 5/2 hükmünün yalnızca işyerine dair uyuşmazlıklarda uygulanabilir olduğuna ilişkin görüşü kanun hükmünün açıkça ihlaliydi. STİK m. 5/2 hükmü içerisinde herhangi bir işyeri/işletme itirazı ayrımı bulunmamaktadır. Ayrıca bir işyeri açısından itiraz gerçekleştirilmiş olsa dahi işverenin aynı iş kolunda bir başka işyeri bulunuyorsa, işyerinin işkoluna dair itiraz işletme itirazı niteliğine bürünmektedir[68]. Yargıtay'ın 2021 tarihinde kanunun açık ihlali niteliğindeki eski görüşünü terk etmesi yerindedir. 2021 tarihli Yargıtay kararında belirtildiği üzere STİK m. 5/2 hükmü gereğince işkolu itirazı davalarının yetki tespit başvurusundan sonra açıldığı durumlarda bekletici mesele yapılmamalı ve başvuru tarihindeki kayıtlar kapsamında yetki itirazının sonuçlandırılması gereklidir[69]. Lakin içtihadi bir sorunun varlığı halen devam

Yasa'nın 5/(2) .fıkrasında Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz denilmekte ise de, bu düzenlemenin Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan ve 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinde tanımlanan işletme iddiası kapsamı dışında haller için uygulanması gerektiği değerlendirilmelidir. Aksi halde işletme kapsamına giren bir gerçek ve tüzel kişiye ait işyerlerinde, işletme bütünlüğü gözetilmeden yasanın emredici hükümleri dikkate alınmadan toplu iş sözleşmesi yapılması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. O halde, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyi, işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamışken ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmek gereklidir. 6356 sayılı Kanunda işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[68]Çelik ve diğerleri (n 1) 979.

[69] Yargıtay 9 HD, E 2021/3116 K 2021/8169, 15.04.2021 "*Belirtmek gerekir ki, işkolu itirazının yetki tespit sürecinde bekletici mesele yapılamayacağına dair kural, yetki tespit başvurusundan sonra ileri sürülen işkolu itirazına ilişkindir. Bununla birlikte yetki tespit başvuru tarihinden önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunda bulunulması durumunda, işkolu tespit kararı beklenilmeli, işkolu tespit*

etmektedir. Yargıtay'ın işyeri-bağlı yer hususunda tek bir işyerinin varlığına dair itirazların kabulü açısından itiraz konusu yerlerin aynı işkolunda olması gerektiğine ilişkin görüşü[70] yerinde değildir. Zira bağlı yerin bir işkolu mevcudiyeti bulunmaz, işkolu kavramı yalnızca işyerleri açısından uygulanabilir durumdadır[71]. Bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu m. 2/2 hükmünde belirtildiği üzere "*İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler)*[72]*... işyerinden sayılır.*"[73]. Yargıtay'ın bir yerin işyerine bağlı yer olarak sayılması için

kararına da itiraz edilmesi durumunda buna ilişkin yargılamanın sonucu bekletici mesele yapılmalıdır. Nitekim bu ihtimalde yetki tespit başvurusundan önce işkolu tespit başvurusu yapıldığından, işkolu tespit sürecinin sonunda verilecek karar mevcut yetki uyuşmazlığı bakımından da geçerli olacaktır. Bu husus 6356 Sayılı Kanun'un 5 .maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde "Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak" şeklinde ifade edilmiştir. Diğer taraftan, her ne kadar 6356 Sayılı Kanun'un 42 . maddesinin ikinci fıkrası gereğince yetki tespit kararı davacı sendikaya tebliğ edilmemiş ve 6356 Sayılı Kanun'un 43 .maddesinin birinci fıkrasında dava açma hakkına sahip olanlar arasında farklı işkolunda yer alan sendikalar belirtilmemiş ise de, somut uyuşmazlıkta yetki başvuru tarihinden önce davacı sendikanın işkolu tespit başvurusu bulunduğundan ve işkolu tespitine itiraz davası derdest olduğundan, davacı sendikanın dava açmakta hukuki yararı bulunduğu ve aktif husumet ehliyetine sahip olduğu hususu tartışmasızdır." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[70]Yargıtay 9 HD, E 2021/10449 K 2021/14734, 21.10.2021 "*...her üç birimde de aynı teknik amaca yönelik faaliyet yürütüldüğü, yönetimde birlik, amaçta birlik ve aynı iş organizasyonu kapsamında faaliyet gösterme unsurlarının mevcut olduğu, her üç birimin de metal işkolunda kayıtlı olduğu, bu itibarla yetki tespitine konu üç birimin de tek bir işyeri niteliğinde olması sebebiyle toplu iş sözleşmesi yapabilmek için sendika tarafından yarıdan fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği tartışmasızdır*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[71]Çelik ve diğerleri (n 1) 980.

[72] Bağlı yerlerin tespiti hususunda üç temel unsur bulunmaktadır. Bunlar; hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birliktir. Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. Kübra Doğan Yenisey, 'Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi', (2013) 4 *Çalışma ve Toplum* 43, 53 vd.

[73] Bu noktada coğrafi yakınlık unsuru bir yerin bağlı yer veya bağımsız işyeri olarak belirlenmesinde önem arz eder. Bu konu hakkında Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2021/12327 K 2022/231, 12.01.2022 "*...Bu itibarla birimler arasındaki coğrafi yakınlık durumu da, işyerinin sınırları ve işyerine bağlı yerlerin yahut bağımsız işyerlerinin tespiti bakımından dikkate alınması gereken bir unsurdur. Bu açıklamalara göre, yetki tespitine esas alınan birimlerin geneli itibariyle farklı il ve ilçelerde bulunduğu ve ayrıca yetki*

işyeri ile aynı işkolunda bulunması şartını araması yasal dayanaktan yoksundur[74].

IV. İTİRAZ ŞEKLİ

STİK m. 43 hükmünde yetki tespitine itirazın dilekçe ile mahkemeye yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Mahkemeye tesliminden önce itiraz dilekçesinin görevli makama[75] kaydı yapılmalıdır[76]. Kanunda dilekçenin görevli makama

tespitine esas alınan işçi sayısının da 768 olduğu gözetildiğinde tüm birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Bu anlamda, somut olayda işletme toplu iş sözleşmesine yönelik yetki tespiti söz konusu olduğundan, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisi için işçilerin %40'ını üye kaydetmesi gerekmektedir. Dosya içeriğine göre sendikanın %40 çoğunluğu sağladığı da açık olduğundan, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[74]Çelik ve diğerleri (n 1) 980.

[75] Görevli makam STİK m. 2/1,c hükmüne göre tespit edilir. Bu nedenle "*Görevli makam: İşyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığı*"'dır. Lakin itirazın farklı bir İl Müdürlüğüne kaydettirilmesi yeterli kabul edilmektedir. Yargıtay 9 HD, E 2021/12535 K 2022/520, 18.01.2022 "*Uyuşmazlığı asıl doğuran nedenin davacının Konya yerine Ankara'daki görevli makama itiraz dilekçesini kayıt ettirip davasını açmasından kaynaklanmaktadır. Bu meyanda uygulamaya bakıldığında, yetki sürecinde ilgi sendikaların itiraz dilekçelerini görevli makama kayıt ettirilmesi üzerine yapılan inceleme ile kaydın yapıldığı yer (görevli makam) hatalı dahi olsa KEP (kamu elektronik posta sistemi) üzerinde ilgili idareye bu itiraz bildirilmektedir. Böylelikle Kanun'un amaçladığı bildirim şartı gerçekleşmektedir. Dairemizce uygulama da dikkate alınarak ilgili Kanun hükümlerinin amaçsal (gaî) yorumundan hareketle salt itiraz dilekçesinin başka bir il müdürlüğüne kaydettirilmiş olması yetki tespitine itiraz edilmediği şeklinde yorumlanamayacağı kabul edilmekte, böyle bir durumda yapılan bu itirazın sonuçlanıncaya kadar yetki işlemlerinin durdurulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda, Mahkemece davalı Bakanlığın 6356 Sayılı Kanun'un 43 /5. maddesi gereğince yetki işlemlerini durdurması gerekirken 44 üncü maddesine istinaden yetki belgesi düzenleyerek bu sürece devam edilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle birleşen davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, bu noktadan herhangi bir değerlendirme dahi yapılmaksızın davanın reddine karar verilmesi hatalıdır*." Yargıtay'ın kararı idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince kanaatimizce yerindedir. (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[76] Lakin görevli makamda dilekçenin şerh edilmesi gerekmez. Yamakoğlu (n 11) 31; Türkoğlu (n 10) 93; Kaya (n 26) 266; Başmanav (n 15) 37; Yargıtay uygulaması da bu

kayıt şartının aranmasındaki amaç, STİK m 43/5 hükmü gereğince itiraz ile yetki işlemleri duracağından dolayı, ilgili itirazın Bakanlık tarafından öğrenilmesi ve yetki sürecinin devam etmemesinin sağlanmasıdır[77]. Bu durum olumsuz yetki itirazı sürecinde de farksızdır[78]. Şayet dilekçe görevli makama kaydettirilmeksizin doğrudan mahkemeye teslim edilirse usuli eksiklik sebebiyle reddolunmalıdır[79]. Zira bu zorunluluk, bir dava şartıdır[80].

STİK m. 43/3 hükmü gereğince yetki tespitine itiraz dilekçesinde itiraz sebepleri somut delillerle desteklenmemişse itirazın incelenmeden reddi gereklidir[81]. İtiraz

şekildedir. Yargıtay 9 HD, E 2000/116 K 2000/220, 20.01.2000 "*Davacı İşveren davalı sendikanın çoğunluğu bulunduğunu belirten tesbit yazısına karşı yetkili iş mahkemesinde itiraz davası açarken 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 15. maddesi uyarınca itiraz dilekçesinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İstanbul Bölge Müdürlüğüne 7.4.1999 tarih ve 124 sayı ile kaydettirdiği dosya içinde bulunan İstanbul Bölge Çalışma Müdürlüğünün 10 Kasım 1999 tarih ve 19763 sayılı yazısı ve eki kayıt defteri fotokopisinden anlaşılmaktadır. Kayıt şerhinin ayrıca dava dilekçesine şerh edilmemiş olmasının sonuca etkili olduğu düşünülemez. Gerçekten önemli olan husus Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasında da benimsendiği gibi itiraz davasından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının haberdar edilmesidir. Bu olgular karşısında işin esasının incelenerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir."* (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[77] Alıç (n 29) 60; Yamakoğlu (n 11) 30; Şekerbay (n 22) 66

[78] Başmanav (n 15) 41.

[79] Duman (n 15) 154; Yamakoğlu (n 11) 30; Türkoğlu (n 10) 93.

[80] Çelik ve diğerleri (n 1) 973; Türkoğlu (n 10) 93.

[81] Kadir Arıcı, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku (Gazi Kitabevi 2022) 254. Lakin bu durumda dahi itirazın somut delillerle dayanıp dayanmadığı hususunda zorunlu olarak bir inceleme yapılır. Yargıtay 22 HD, E 2013/16422 K 2013/15619, 26.06.2013 "*Davacı ile davalılar arasındaki uyuşmazlık davalı sendikanın davacı şirketin işyerlerinde çoğunluğu sağlayıp sağlayamadığı ve mahkemece itiraz ile eklerinde somut deliller bulunmadığı gerekçesiyle işin esasına girmeksizin davanın reddine karar verilmesinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 3. fıkrasında, "İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer' almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir, işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır." denilmiştir. Hükümde yer alan "itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir" cümlesi*

dilekçesinde somut delil varlığının zorunluluğu, yetkilendirme sürecinin uzamasının engellenmesi ve kötü niyetli itirazların önüne geçilmesini sağlamaktadır[82]. Ayrıca ilgili işkolunda yüzde birden az üyesi bulunan işçi sendikaları hukuki yararları bulunmaması sebebiyle yetki tespitine itiraz edemeyecektir[83].

V. İTİRAZ SÜRESİ

STİK m. 43 hükmüne göre Bakanlık tarafından yapılan yetki tespitine itiraz, tespit bildiriminin yapıldığı işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren tarafından, bildirimin tebliğ tarihinden itibaren altı iş günü içerisinde, görevli makama kaydettirildikten sonra mahkemeye yapılır. Madde

17.10.2012 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda verilen önerge ile hükmün kapsamına dahil edilmiştir. Önerge ile eklenen cümlenin amacının sırf yetki sürecini sürüncemede bırakmak amacıyla yapılan kötü niyetli itirazların önüne geçilmesi olduğu görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki hükümde itirazın incelenmeksizin reddedileceği ifade edilse de itirazın sırf yetki sürecini sürüncemede bırakmaya yönelik olup olmadığı ile somut delillere dayanıp dayanmadığı mahkeme tarafından bir inceleme ve değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Şu halde itirazın incelenmeksizin reddedileceği ifadesinin somut olmayan ve somut delillerle desteklenmeyen itirazların işin esasına girmeksizin reddedileceği şeklinde anlaşılması özelde maddenin, genelde ise Kanunun amacına ve sistematiğine uygun düşmektedir. Diğer taraftan yargılanma haklarını kısıtlayan ve sınırlandıran hükümlerin hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenme hakkı kapsamında dar yorumlanması gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Davacı, işletme kapsamına ve buna bağlı olarak işçi sayısına itiraz ettiği gibi davalı sendikanın üye sayısını da kabul etmemektedir. Davacı vekili ayrıca işletme kapsamına ilişkin dava açtıklarını, bunun bekletici mesele yapılması gerektiğini, delillerin davalı bakanlık ile davalı sendikada bulunması nedeniyle delillere ulaşmakta güçlük çekildiğini ileri sürmektedir. Diğer taraftan yetki tespitine itiraz dilekçesi ve eklerinde hukuki mütalaa, keşif, bilirkişi incelemesi, yetki tespit belgesi, bir kısım üyelikten çekilme bildirimleri, işyerlerine ilişkin Nace kodlarını gösterir belge, SGK prim bordroları, işe giriş ve çıkış bildirimleri, üye kayıt fişleri, istifa fişleri delillerine dayanılmıştır. Görüldüğü üzere, davacının itirazı somut olup delillerle de desteklendiğinden 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesi kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle mahkemece belirtilen hükme dayanılarak esas hakkında değerlendirme yapılmaksızın davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[82] Sur (n 2) 286.

[83] Şekerbay (n 22) 65.

hükmünde ifade edilen altı iş günlük sürenin hesaplanması bakımından ilgililere tebligatın yapıldığı gün dikkate alınmaz[84]. Ayrıca yetki tespit itirazı resmi bir makam yapılacağından dolayı bayram, genel tatil günleri ile hafta sonu günleri (cumartesi ve pazar) iş günü sayılmaz[85]. Şayet sürenin son günü tatile denk gelirse tatil gününden sonraki ilk resmi işgünü mesai saatinin bitimine kadar itiraz edilebilir. Ayrıca resmi tatil yarım gün ise öğlene kadar yapılan mesainin tam iş günü olarak kabul edildiğine dikkat edilmelidir[86]. İtiraza dair süre hak düşürücü nitelikte olduğundan sürenin geçmiş olması durumunda itiraz davası esasına girilmeksizin usulden reddedilir[87]. İtiraz dilekçesi STİK m.43/2 hükmünde belirtildiği üzere, öncelikle görevli makama kaydedilmeli, devamında mahkemeye sunulmalıdır. Dilekçenin görevli makama kaydı usuli bir

[84]Başmanav (n 15) 39; Yargıtay 9 HD, E 1994/11574 K 1994/11158, 14.07.1994 "*Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın çoğunluk tesbitine ilişkin yazıları, muteriz sendikaya 9.12.1993 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu husus mahkemenin de kabulündedir. 2822 sayılı Yasanın 15. maddesi, çoğunluk tesbitine karşı yapılacak itirazlar için altı iş günlük süre tanımış olup, başvurunun yapılacağı merci itibari ile cumartesi ve pazar günleri iş gününden sayılamayacağından, 17.12.1993 tarihinde açılmış olan davanın altı iş günlük süre içinde açıldığı açıkça ortada olduğu halde, bu sürenin geçtiğinden bahisle itirazın reddi yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[85]Çelik ve diğerleri (n 1) 981.

[86] Türkoğlu (n 10) 95.

[87] Tuncay ve Savaş (n 15) 212-213; Yargıtay 9 HD, E 1984/9922 K 1984/8987, 22.10.1984 "*2822 sayılı kanunun 13. maddesi uyarınca yetki tesbiti isteyen sendikanın başvurusu üzerine 6 iş günü içinde BÇM'nintesbit yazısını alan işçi veya işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin hangi mahkemeye nekadar süre içinde ve hangi yolu izleyerek başvuracağı 2822 sayılı Kanunu'nun 15. maddesinde açık ve seçik olarak düzenlenmiştir. Madde içinde itirazın 6 iş günü görevli mahkemeye yapılacağına işaret edildikten sonra aynı fıkranın son hükmünde itiraz dilekçesinin Çalışma Bakanlığı veya ilgili BCM'ne kayıt edildikten sonra mahkemeye verileceği hükme bağlanmıştır. Toplu İş Sözleşmesi yapma prosedürü, bütün bilgilerin ve bu arada itirazların BÇM ve Çalışma Bakanlağında toplanmasını amaçlayıcı bir sistem getiren 2822 sayılı yasanın getirdiği bu sistem içerisinde konu incelendiğinde itiraz dilekçesinin Çalışma Bakanlığı veya BÇM'ne kaydettirilmesi, itirazın incelenmesini etkileyecek çok önemli koşul olduğu, ihmalinin yasanın getirdiği sistem ve amaçla bağdaşmayacak sonuçlar doğuracağı anlaşılır. Muteriz, bu zorunluluğa uymadan ve süresi içinde ikmal etmeden mahkemeye baş vurmuştur. Bu nedenle itirazın reddi gerekirken, işin esasına girilerek itirazın kabulü bozmayı gerektirmiştir.*" (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

zorunluluktur[88].

VI. İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

STİK m. 43 hükmünde yetki tespitine itiraz prosedürü bakımından itirazın konusuna ilişkin hususların ispatında hangi tarafın yükümlü olduğuna dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel nitelikli bir düzenleme bulunmadığından dolayı STİK m. 80/2 hükmünün atfıyla ispata dair genel kural olan TMK m. 6 hükmü uygulanmalıdır. İlgili hükme göre iddia sahibi iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Çalışmamız açısından da ilgili hüküm uygulandığında, toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğunu ya da başvuruda bulunan sendikanın yetkisiz olduğunu iddia eden tarafın iddiasını ispat ile yükümlü olduğu kabul etmek gereklidir[89].

VII. İTİRAZ DAVASINDA GÖREVLİ MAHKEME

STİK m. 79 hükmü gereğince yetki tespitine itiraz davaları iş davalarına bakan mahkeme (İş Mahkemesi) tarafından görülür. Şayet davanın görüldüğü yerde İş Mahkemesi bulunmuyorsa Asliye Hukuk Mahkemeleri, İş Mahkemesi sıfatıyla yetki tespiti itirazı davasına bakmakla görevlidir[90].

VIII. İTİRAZ DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME

STİK m. 79 hükmüne göre STİK yedinci "ila" on birinci bölümlerinin uygulamasından doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesine belirlenir. Yetki tespitine itiraz davasının düzenlenmiş olduğu STİK m. 43 hükmü STİK sekizinci bölümünde yer almaktadır. "İla" edatının kullanımından[91] belirtilen sayıların (7 ve 11) aralığında

[88]Duman (n 15) 165-166. Bu sayede durumdan haberdar olan Bakanlık yetki sürecinin ihtiyati tedbir kararı olmaksızın durduracaktır. Yamakoğlu (n 11) 30.
[89]Başmanav (n 15) 39; Yamakoğlu (n 11) 39; Duman (n 15) 170; Türkoğlu (n 10) 97; Alıç (n 29) 61; Şekerbay (n 22) 70.
[90] Alıç (n 29) 61; Şekerbay (n 22) 67; Yamakoğlu (n 11) 31.
[91] Anlamı için Bkz. <www.tdk.com>.

kalan diğer sayıların (8-9-10) dâhil edildiği anlaşıldığından Kanunun sekizinci bölümdeki yetki tespitine itiraz davası için yetkili mahkeme, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesidir. Çalışmamızda belirttiğimiz üzere görevli makam STİK m. 2 hükmü dikkate alınarak tespit edilir[92]. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi; işletme toplu iş sözleşmesi niteliğinde ise işletme merkezinin[93] bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesi, işyeri toplu iş sözleşmesi niteliğinde ise işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesi; grup toplu iş sözleşmesi ise gruba dahil olan işyerleri aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giriyor ise o yerdeki iş mahkemesi, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanında kalıyorsa Ankara iş mahkemeleri yetkili olur[94]. İş mahkemelerinin yetkisi İş Mahkemeleri Kanunu m. 6 hükmünde olduğu gibi STİK kapsamında da yetki kuralları da kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerin yetkisi kesin olarak belirlenmiştir[95].

IX. DAVA TARAFLARI

STİK m. 43 hükmünde yetki itirazı davasında dava taraflarına ilişkin açıkça bir düzenleme getirilmemiştir. Bu noktada bakanlığın olumlu tespitine karşı açılacak itiraz davasında taraf sıfatları çalışmamızda belirttiğimiz üzere değişkenlik gösterebilmektedir[96]. Olumlu tespite itiraza ilişkin birinci olasılık Bakanlık tarafından işçi sendikasına verilen olumlu tespit yazısına diğer işçi

[92] Bkz. IV Başlık.
[93] Lakin çalışmamızda belirttiğimiz üzere STİK kapsamında işletme, teknik ve ekonomik anlamda işyerleri bütününü değil aynı işkolundaki birden çok işyerini ifade etmektedir. İfadeden anlaşılması gereken husus işveren gerçek kişi ise işverenin ikametgâh adresi, tüzel kişi ise ticaret siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesidir. Bkz. III-E Başlığı.
[94] Tuncay ve Savaş (n 15) 213; Başmanav (n 15) 38.
[95] Şekerbay (n 22) 68; Alıç (n 29) 61-62.
[96] Bkz II. Başlık.

sendikalarının[97] itiraz etmesidir[98]. Bu durumda davalı tarafı; olumlu yetki tespit belgesi verilen işçi sendikası ve Bakanlık oluşturmaktadır[99]. İkinci olasılık ise Bakanlık tarafından işçi sendikasına verilen olumlu tespit yazısına toplu iş sözleşmesinin tarafı olacak işverenin veya işveren sendika üyesi ise işveren sendikasının itiraz etmesidir[100]. Bu durumda da davalı tarafı olumlu yetki tespit belgesi verilen işçi sendikası ve Bakanlık oluşturmaktadır[101]. Her iki olasılıkta da davalı olarak gösterilenler arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır[102]. Husumet ilişkisi re'sen mahkemece incelenir[103]. Şayet mahkeme tarafından taraf teşmilinde bir eksiklik tespit edilirse davacıya kesin süre verilmeli, ilgili süre içinde eksiklik tamamlanmadığı takdirde davanın reddi gereklidir[104]. Olumsuz tespit davasında taraf teşmili olumlu tespit davasına göre daha belirgindir. Olumsuz tespit davasında yetki tespit talebi reddedilen işçi sendikası davacı taraf

[97] Lakin STİK m. 43/2 hükmü gereğince işçi sendikalarının itirazda bulunabilmesi için ilgili işkolunda en az yüzde bir üyesi bulunmalıdır.
[98] Alıç (n 29) 55-56.
[99] Şahlanan (n 4) 381.
[100] Tunçomağ ve Centel (n 5) 366.
[101] Şahlanan (n 4) 381.
[102] Başmanav (n 15) 38; Duman (n 15) 161-162; Tuncay ve Savaş (n 15) 212.
[103] Yamakoğlu (n 11) 34.
[104] Yargıtay 9 HD, E 2021/10665 K 2021/15657, 11.11.2021 "*Somut uyuşmazlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan olumlu yetki tespitinin iptali istemine ilişkindir. Belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun'un 42 nci maddesi gereğince, yetki başvurusu üzerine bir işyeri yahut işletmede sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli çoğunluğu sağlayıp sağlayamadığının tespitine dair görev ve yetki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında olduğundan, yetki tespitine itiraz edilmesi durumunda da, Bakanlığın davada taraf olarak yer alması gerekmektedir. Bununla birlikte somut olayda davanın sadece sendikaya karşı açıldığı ve yargılamanın da bu şekilde sonuçlandırıldığı görüldüğünden, taraf teşkili sağlanmaksızın hüküm kurulması doğru olmamıştır. Buna göre mahkemece, davayı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına da yöneltmesi için davacıya kesin süre verilmeli, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası incelenmelidir. Anılan hususlar gözetilmeksizin, eksik inceleme sonucunda İlk Derece Mahkemesince yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

teşkil eder[105]. Bu durumda davalı olarak yalnızca Bakanlık gösterilmelidir[106]. Lakin ilgili işyerine ilişkin yetki itirazı haricinde bir işe iade davası da söz konusu ise her halükârda işverenin davaya dahil edilmesi gereklidir[107]. Zira işe iade davalarının sonucu, yetki itiraz davasının sonucunu etkileyebilir niteliktedir[108]. Ayrıca tekrardan belirtmek isteriz ki itiraz davalarında arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır[109].

X. İTİRAZIN YETKİLENDİRME SÜRECİNE ETKİSİ

STİK m. 43/5 hükmünde ifade edildiği üzere itiraz davasının açılması sonucunda karar kesinleşinceye kadar yetkilendirme süreci durur. Mahkemeye başvurulmadan önce, itiraz dilekçesinin görevli makama kaydettirilmesindeki temel amaç, itirazın varlığından idari makamın haberdar olması ve yetkilendirme sürecine devam edilmemesinin sağlanmasıdır[110]. Bu sayede yetki işlemlerinin durdurulmasına ilişkin bir ihtiyati tedbir kararı alınmasına ihtiyaç yoktur[111]. Bununla birlikte itirazın varlığına rağmen görevli makam yetkilendirme sürecine devam etmiş ve bir yetki belgesi tesis etmişse belgegeçersiz olacaktır[112].

---

[105] Bkz. XII. Başlık.

[106]Tunçomağ ve Centel (n 5) 366. Lakin STİK m. 43/4 hükmünde belirtildiği üzere açılan dava "*o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir*". Bildirimin yapıldığı kişiler davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Çelik ve diğerleri (n 1) 975.

[107] Yargıtay 9 HD, E 2004/24208 K 2004/19650, 22.09.2004 "*2822 Sayılı TİSGLK nun 15. maddesi uyarınca açılmış bulunan yetki tespitine itirazlarda işyerinde çalışan işçi sayısının uyuşmazlık konusu olduğundan işverenin davaya dahil edilmesi gerekir. Bu tür davalarda işverenin yasal hasım olduğu ve dava sonunda hukuki durumunun etkileneceği dikkate alınmalıdır. Bu nedenlerle İşveren P. E. Cam San. ve Tic. AŞ.nin davaya müdahale talebinin reddi hatalıdır. Böyle bir istek olmasa dahi mahkemenin re'sen işvereni davaya dahil ettirip taraf teşkili sağladıktan sonra yargılamaya devam edip karar vermesi gerekir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[108] Yamakoğlu (n 11) 34-35.

[109]Özkaraca ve Ünal (n 18) 35.

[110] Alıç (n 29) 60; Yamakoğlu (n 11) 30; Şekerbay (n 22) 66; Başmanav (n 15) 37.

[111] Yamakoğlu (n 11) 30.

[112] Türkoğlu (n 10) 98.

Çalışmamızda belirttiğimiz üzere itiraz işkoluna ilişkin ise uyuşmazlığın çözümü STİK m. 5 hükmü çerçevesinde gerçekleşmektedir[113]. Kanuni düzenleme gereğince işkolu ile ilgili itirazlar ancak bir sonraki toplu iş sözleşmesi dönemi açısından önem arz etmektedir. Düzenleme başlamış olan toplu iş sözleşmesi prosedürünün geciktirilmesi ya da akdedilmesinin önüne geçilmesine yönelik amaçları engellemektedir[114]. Lakin belirtmek isteriz ki işkolu itirazı ve itiraz üzerine değişikliğin toplu iş sözleşmesi sürecini etkilememesi için toplu iş sözleşmesi sürecinin başlamış olması gereklidir. Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere şayet toplu iş sözleşmesi sürecinin başlamamış ise, işkolu tespitine ilişkin dava bekletici mesele yapılmalıdır[115]. Sürecin hızlanması maksadıyla yetki itirazına bakan mahkemenin aynı zamanda iş yerinin hangi işkolunda bulunduğunu da tespit etmesi önerilmişse de kanun tasarısında bu durum kabul edilmemiştir[116].

Şayet itiraz Bakanlık tarafından yayımlanmış olan istatistiklere ilişkin ise yetkilendirme sürecine etkisi nasıl olacaktır? Bu durum çalışmamızda ayrıca ele

---

[113] Bkz. III-C. Başlığı.
[114] Çelik ve diğerleri (n 1) 979.
[115] Yargıtay 9 HD, E 2021/3116 K 2021/8169, 15.04.2021 "*Belirtmek gerekir ki, işkolu itirazının yetki tespit sürecinde bekletici mesele yapılamayacağına dair kural, yetki tespit başvurusundan sonra ileri sürülen işkolu itirazına ilişkindir. Bununla birlikte yetki tespit başvuru tarihinden önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunda bulunulması durumunda, işkolu tespit kararı beklenilmeli, işkolu tespit kararına da itiraz edilmesi durumunda buna ilişkin yargılamanın sonucu bekletici mesele yapılmalıdır. Nitekim bu ihtimalde yetki tespit başvurusundan önce işkolu tespit başvurusu yapıldığından, işkolu tespit sürecinin sonunda verilecek karar mevcut yetki uyuşmazlığı bakımından da geçerli olacaktır. Bu husus 6356 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde "Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak" şeklinde ifade edilmiştir...Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında, mahkemece işkolu tespitine itiraz istemine ilişkin ... 7. İş Mahkemesi'nin 2018/2-2020/464 E.K. sayılı dosyası bekletici mesele yapılmalı, işkolu tespit kararının kesinleşmesi beklenilmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Anılan hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme sonucunda İlk Derece Mahkemesince yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).
[116] Şekerbay (n 22) 61.

alınmıştır[117]. Tekrardan belirtmek isteriz ki STİK m. 41/5 hükmünde ifade edildiği üzere bir işkolunda çalışan işçilerin toplam sayısının yüzde birinin ilgili işçi sendikasına üye olup olmadığının tespitinde, Bakanlık tarafından her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanmakta olan resmi istatistikler esas alınmaktadır[118]. Yüzde birlik orana sahip olmak toplu iş sözleşmesi yapabilmenin bir ön koşuludur[119]. Resmi istatistiklerde her bir işkolundaki işçi sayılarının toplamı ve işkollarındaki işçi sendikaların toplam üye sayıları belirtilir. Yayımlanmış olan resmi istatistik verileri, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için Bakanlık tarafından yeni veriler yayımlanıncaya kadar geçerlidir[120]. STİK m. 41/5 hükmünün son cümlesinde belirtildiği üzere yetki belgesi almak maksadıyla Bakanlığa bir başvuru yapılmışsa veya yetki belgesi Bakanlıkça tanzim edilip sendikaya bildirilmişse, bu tarihten itibaren yayımlanacak istatistikler süreci etkilemez. Kesinleşen istatistikler tüm sendikalar için geçerlilik arz eder. Lakin yayımlanmış olan verilerin hatalı olduğu iddiasıyla (örneğin yüzde birlik orana sahip olduğu iddiasıyla), uygulamada istatistiğe itiraz davası olarak yer alan davanın açılması mümkündür[121]. Bu davanın açılabilmesi STSK m. 41/6 hükmüne göre istatistiğin yayımlanmasından itibaren on beş günlük hak düşürücü süreye tabidir. Aksi takdirde istatistikler kesinleşir. Bununla birlikte yetki itirazı Bakanlık tarafından yayımlanan itiraz istatistik verilerinin doğruluğuna ilişkin olmayıp, yalnızca hatalı değerlendirilmesinden kaynaklanıyorsa ilgili itiraz, maddi bir hataya[122] ilişkin olduğundan dolayı STİK m. 43/3 hükmü gereğince mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın itirazı kesin olarak karara bağlar. Lakin Yargıtay uygulaması farklılık arz etmektedir. Bu konu

[117] Bkz. III- D. Başlığı.
[118]Yayımlanan son istatistiklere ulaşmak için Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/01/20230119-4.pdf>
[119]Çelik ve diğerleri (n 1) 960.
[120]Başmanav (n 15) 33.
[121]Tuncay ve Savaş (n 15) 202.
[122]Başmanav (n 15) 40; Yamakoğlu (n 11) 38.

çalışmamızda ayrıca değerlendirilmiştir[123]. Tekrardan belirtmek isteriz ki kanun hükmünde maddi hataya ve süreye dair itirazların kesin olarak karara bağlanmasından söz edilmiş olsa dahi, Yargıtay "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" temyiz incelemesine tabi tutulmasını ve itirazın bu kapsamda olmadığı sonucuna varılması durumunda uyuşmazlığın temyiz incelemesine tabi tutulabileceğine hükmetmiştir[124]. Bu durum öğretide yetki uyuşmazlıklarının kısa sürede çözüme kavuşturulma amacı ile çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir[125]. Kanaatimizce Yargıtay tarafından "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" incelenmesi ile "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin olmasına rağmen incelenmesi" arasında fiilen bir fark bulunmamaktadır. Zira itirazın "niteliğinin tespiti" yapılırken hali hazırda uyuşmazlığa ilişkin inceleme yapılmaktadır. Bu nedenle Yargıtay uygulaması STİK m. 43/3 hükmünün "dolambaçlı" ihlali teşkil

[123] Bkz. III-A başlığı.

[124] Örneğin geçiş hükümlerine dair maddi hatanın varlığı bozma sebebidir. Yargıtay 9 HD, E 2013/5980 K 2013/14127, 09.05.2013 "*07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin 3.fıkrasında "Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu Kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan sendikaların, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvurulan mülga 2822 sayılı Kanunun 12 nci maddesine göre Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve mülga 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılır. (Ek cümle: 10/01/2013 - 6385 S.K./20. md) Ancak, en son yayımlanan 2009 istatistiğinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi için başvuru hakkına sahip işçi sendikalarının 7/11/2012 tarihinde ve sonraki bu fıkraya göre yapacakları yetki tespit talepleri, 41 inci maddede yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre sonuçlandırılır." 4. fıkrasında, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıkları mülga 2822 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı tüzük ve yönetmeliklere göre sonuçlandırılır." denilerek kanunun yürürlüğünden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin uygulanacak kanun bakımından geçiş hükmü öngörülmüştür. Somut olayda davacının 01.11.2010 tarihinde yetki tespit başvurusunda bulunduğu, dava tarihinin 23.10.2012 olduğu görülmekle 6356 sayılı yasanın geçici 6. Maddesi gereğince 2822 sayılı yasanın uygulanması gerekirken 6356 sayılı yasa hükümleri gereğince karar verilmesi hatalıdır*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[125] Kaya (n 26) 267; Çelik ve diğerleri (n 1) 976.

etmektedir.

İşletme itirazının yetkilendirme sürecine etkisi nasıl olacaktır? Bu konu çalışmamızda ayrıca değerlendirilmiştir[126]. Tekrardan belirtmek isteriz ki ilgili uyuşmazlığın toplu iş sözleşme akdetme sürecine etkisi düşünülerek bekletici mesele sayılması ve bağımsız bir dava açılması maksadıyla itirazda bulunan kişiye süre verilmesi gerektiği ifade edilebilir[127]. Lakin bu tarz bir uygulama itiraz aşamasının gereksiz yere uzamasına sebebiyet verir ve usul ekonomisine aykırıdır. Bu gerekçe ile derdest bir yetki itirazı davasında hakimin işletme niteliğinin varlığına dair itirazlar hususunda karar verebilme yetkisinin bulunduğunun kabul edilmesi gereklidir[128]. Zira yetki itirazları kamu düzenini ilişkilendirir ve yetkiye dair kanuni düzenlemeler emredici hüküm

[126] Bkz. III-E başlığı.

[127] Yargıtay 9 HD, E 1997/12515 K 1997/14353, 09.07.1997 "*Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı şirkete ait Marmaris 'te kurulu ..... Oteli için 24.1.1997 başvuru tarihi itibariyle Oleyis Sendikasının çoğunluğu bulunduğu yolunda Bakanlıkça tesbit yapıldığı, bu tesbite A. 1. A. Hukuk Mahkemesinin 1997/248 esas numarasında kayıtli itiraz davasının davacı işveren tarafından açıldığı ve derdest olduğu anlaşılmaktadır.Anılan Mahkemenin 30.4.1997 tarihli yazısında da bu dava dosyasının tetkik ve iade olunmak üzere istendiği görülmektedir.Bu dava çoğunluk tesbitine itiraz davası olmayıp, açıkca 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun 3/2. maddesinde "işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede onbeş gün içinde karar bağlanır.."hükmü uyarınca açılmış bir davadır.Anılan Yasanın 15. maddesinde öngörülen itiraz davası için yasakoyucu mahkemelere karar vermek için bir süre öngörmediği halde, işletmenin tesbitinin " onbeş gün içinde" karara bağlanması için direktif vermiştir.Bu durumda işyeri çoğunluk tesbitine karşı A. 1. A. Hukuk Mahkemesi dosyası celbolunup o davada işletmenin tesbiti bekletici mesele yapılmış olup olmadığı araştırılarak, davacının doğmuş ve doğacak uyuşmazlıklara karşı işletme toplu iş sözleşmesi yapılması yönünden Antalya 'daki merkez ve bağlı olduğu belirtilen işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[128] Yamakoğlu (n 11) 27; Tuncay ve Savaş (n 15) 214; Sur (n 2) 266; Başmanav (n 15) 35.

niteliğindedir[129]. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir[130]. Lakin bu açıklamalarımız yalnızca yetki başvurusu öncesinde yapılan işletme itirazları için geçerli olmalıdır. Bu durumda yetki başvurusu öncesinde yapılan işletme itirazları STİK m. 43/5 hükmü gereğince yetkilendirme sürecini durduracaktır[131]. Lakin işletme itirazı yetki başvurusu tamamlandıktan sonra gerçekleşmişse durum farklılık arz eder. Zira öğretide katıldığımız görüş işletme itirazının işkolu tespitini gerektirmesi sebebiyle, ilgili itirazların STİK m. 5/2 hükmü gereğince bekletici mesele sayılmaması ve mevcut kayıtlara göre yetki tespit sürecinin devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir[132]. STİK m. 5 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere işkolu davalarının yetki itirazı sürecini gereksiz yere uzatmasını önlemek

[129]Şekerbay (n 22) 63; Alıç (n 29) 59; Yamakoğlu (n 11) 27.

[130] Yargıtay 9 HD, E 2013/13085 K 2013/32082, 05.12.2013 "*6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasında, Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir. denilirken 4. fıkrasında ise, İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi hâlinde Yargıtay onbeş gün içinde kesin olarak karar verir. düzenlemesi getirilmiştir. Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait, aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bulunması gereklidir. İşverenin işletme kapsamındaki işyerleri için ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu toplu iş sözleşmesi ise işletme toplu iş sözleşmesidir. Bu kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmelidir. Somut olayda dava konusu tespit, davacı N... Ltd. Şirketinin Ömer Avni Mh. M. Mebusan Cad. K... İşhanı No: ... Beyoğlu/İSTANBUL ve Şehit Bayram Gökmen Mh. Ş... Sk. No: ... Konuralp/DÜZCE adreslerindeki iki ayrı işyerinde yapılmıştır. Davacı işyerlerinin farklı iş kollarında bulunduğunu iddia etmekte; davalı ise asıl işin görüldüğü işyerinin bulunduğu Düzce mahkemelerinin davaya bakmakta yetkili olduğunu savunmaktadır. Bu noktada mahkemece merkez işyerine ilişkin herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. O halde öncelikle merkez işyerine ilişkin de bir inceleme yapılmalı, diğer işyeri ile birlikte tek bir işyeri veya bağımsız işyerleri oluşturulup oluşturmadığı ya da işletme niteliğinde bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulup buna göre mahkemenin davaya bakma yetkisi değerlendirilmeksizin verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[131] Seza Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, (Ayyıldız Matbaası 1986) 192.

[132]Çelik ve diğerleri (n 1) 977.

gereklidir[133]. Yargıtay'ın eski görüşü STİK m. 5/2 hükmünün işletme itirazlarına ilişkin davalarda uygulanamayacağını, yalnızca işyeri uyuşmazlıkları açısından uygulanabileceğini ve bu nedenle işletme itirazı davalarının bekletici mesele sayılması gerektiği yönündeydi[134]. Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün değildi. Zira Yargıtay'ın STİK m. 5/2 hükmünün yalnızca işyerine dair uyuşmazlıklarda uygulanabilir olduğuna ilişkin görüşü kanun hükmünün açıkça ihlaliydi. STİK m. 5/2 hükmü içerisinde herhangi bir işyeri/işletme itirazı ayrımı bulunmamaktadır. Ayrıca bir işyeri açısından itiraz gerçekleştirilmiş olsa dahi işverenin aynı iş kolunda bir başka işyeri bulunuyorsa işyerinin işkoluna dair itiraz işletme itirazı niteliğine bürünmektedir[135]. Yargıtay'ın 2021 tarihinde

---

[133]"*Bu hüküm ile işkolu itirazlarının toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılması önlenmek istenmiştir*" Gerekçeye ulaşmak için Bkz. <https://www.csgb.gov.tr/media/1330/sendikalar-ve-toplu-i%C5%9F-soezle%C5%9Fmesi-kanunu-ilgili-yoenetmelikler.pdf> 66.

[134] Yargıtay 9 HD, E 2016/35791 K 2016/21757, 08.12.2016 "*Her ne kadar 6356 Sayılı Yasa'nın 5/(2) .fıkrasında Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz denilmekte ise de, bu düzenlemenin Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan ve 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinde tanımlanan işletme iddiası kapsamı dışında haller için uygulanması gerektiği değerlendirilmelidir. Aksi halde işletme kapsamına giren bir gerçek ve tüzel kişiye ait işyerlerinde, işletme bütünlüğü gözetilmeden yasanın emredici hükümleri dikkate alınmadan toplu iş sözleşmesi yapılması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. O halde, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyi, işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamışken ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmek gereklidir. 6356 sayılı Kanunda işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[135]Çelik ve diğerleri (n 1) 979.

kanunun açık ihlali niteliğindeki görüşünü terk etmesi yerindedir. 2021 tarihli kararda belirtildiği üzere STİK m. 5/2 hükmü gereğince işkolu itirazı davalarının yetki tespit başvurusundan sonra açıldığı durumlarda bekletici mesele yapılmamalı ve başvuru tarihindeki kayıtlar kapsamında yetki itirazının sonuçlandırılması gereklidir[136].

XI. İTİRAZIN İNCELENMESİ VE MAHKEME KARARI

STİK m. 43 hükmüne göre itiraz dilekçesinde ya da ekinde somut delillerin[137] yer almaması durumunda itiraz başvurusu incelenmeksizin reddedilir. Kanuni düzenleme ile süreci sürüncemede bırakmaya yönelik kötü niyetli itirazların önüne geçilmesi hedeflenmiştir[138]. Mahkemenin somut delillerin yer almaması sebebiyle esasa girmeksizin verdiği ret kararının kesin olduğuna ilişkin bir

[136] Yargıtay 9 HD, E 2021/3116 K 2021/8169, 15.04.2021 "*Belirtmek gerekir ki, işkolu itirazının yetki tespit sürecinde bekletici mesele yapılamayacağına dair kural, yetki tespit başvurusundan sonra ileri sürülen işkolu itirazına ilişkindir. Bununla birlikte yetki tespit başvuru tarihinden önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunda bulunulması durumunda, işkolu tespit kararı beklenilmeli, işkolu tespit kararına da itiraz edilmesi durumunda buna ilişkin yargılamanın sonucu bekletici mesele yapılmalıdır. Nitekim bu ihtimalde yetki tespit başvurusundan önce işkolu tespit başvurusu yapıldığından, işkolu tespit sürecinin sonunda verilecek karar mevcut yetki uyuşmazlığı bakımından da geçerli olacaktır. Bu husus 6356 Sayılı Kanun'un 5 .maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde "Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak" şeklinde ifade edilmiştir. Diğer taraftan, her ne kadar 6356 Sayılı Kanun'un 42 . maddesinin ikinci fıkrası gereğince yetki tespit kararı davacı sendikaya tebliğ edilmemiş ve 6356 Sayılı Kanun'un 43 .maddesinin birinci fıkrasında dava açma hakkına sahip olanlar arasında farklı işkolunda yer alan sendikalar belirtilmemiş ise de, somut uyuşmazlıkta yetki başvuru tarihinden önce davacı sendikanın işkolu tespit başvurusu bulunduğundan ve işkolu tespitine itiraz davası derdest olduğundan, davacı sendikanın dava açmakta hukuki yararı bulunduğu ve aktif husumet ehliyetine sahip olduğu hususu tartışmasızdır*." (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[137] Belirtmek isteriz ki somut deliller ifadesinden kastedilen hususun ne olduğu açık ve anlaşılır değildir. Başmanav (n 15) 39; Kaya (n 26) 268. Yargıtay itiraz dilekçesi ve eklerinde üyelikten çekilme bildirimleri, işyerlerine ilişkin Nace kodlarını gösterir belge, SGK prim bordroları, işe giriş ve çıkış bildirimleri, üye kayıt fişleri, istifa fişlerini somut delil olarak kabul etmiştir. Yargıtay 22 HD, E 2013/16422 K 2013/15619, 26.6.2013, (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

[138] Türkoğlu (n 10) 104; Çelik ve diğerleri (n 1) 974.

düzenleme bulunmadığından dolayı ilgili karara karşı kanun yoluna başvurulabilir[139]. Bu noktada Yargıtay sürecin uzamaması için bozma kararı ile yetinmemelidir, itirazın esası hakkında da inceleme yapıp sonuçlandırıcı bir karar almalıdır[140].

İtiraz dilekçesinde ya da ekinde somut delillerin varlığı durumunda itirazın esasına ilişkin inceleme STİK m. 43 hükmüne göre iki farklı şekilde gerçekleştirilecektir. Hükme göre işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin bir itiraz mevcutsa[141] mahkeme ilgili itirazı altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Maddi hata ve süreye ilişkin itirazlarda mahkemenin çözüme kısa bir sürede ulaşması için getirilen altı iş günlük sınırlamanın sebebi, toplu iş sözleşme akdetme yetkisinin hangi sendikaya ait olduğunun hızlıca tespitinin ve gecikmeksizin toplu iş sözleşmesinin yapılmasının sağlanmasıdır[142]. Lakin mahkeme ilgili itiraza dair kararını altı iş günü içerisinde vermemişse durum ne olacaktır? Süreye ilişkin kanuni bir yaptırım bulunmamasından[143] mütevellit hükmün *lex imperfecta* özelliğinde olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle süreye uyulmaksızın verilen kararların geçersizliği söz konusu değildir.

Maddi hata ve süreye ilişkin itirazlar çalışmamızda ayrıca ele alınmış olup[144] bunlar; yürürlüğe ilişkin itirazlar, istatistik verilerinin yanlış değerlendirilmiş olmasına dair ilişkin itirazlar veya işçi sayıları ve sendikanın üye sayılarının hatalı

[139]Gülsevil Alpagut, '6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum', (2012) (35) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 25, 40; Tuncay ve Savaş (n 15) 212.
[140] Şekerbay (n 22) 70; Duman (n 15) 178-179.
[141] Bu durumda uyuşmazlığın maddi hata ve süreye ilişkin olup olmadığı kararı duruşmasız olarak verilir. Duman (n 15) 169.
[142] A. Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, Toplu İş Hukuku, (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 180.
[143] Yamakoğlu (n 11) 38.
[144] Bkz. III. Bölüm.

tespitine ilişkin olabilmektedir. Lakin öğretide de ifade edildiği üzere başvuru tarihi bakımından giren, çıkan, çalışan, sendikadan istifa eden ve sendikaya üye olan işçilere ilişkin iddiaların mevcut olduğu uyuşmazlıklarda konunun artık dosya üzerinden değil, duruşma yapılarak incelenmesi gereklidir[145]. Tekrardan belirtmek isteriz ki mahkemenin "maddi hata ve süreye yönelik" vermiş olduğu karar STİK m. 43 hükmü gereğince kesin olmakla birlikte uyuşmazlığın "maddi hata ve süreye yönelik olup olmadığına" ilişkin karar Yargıtay içtihadı gereğince[146] kanun yoluna tabidir. Bu durum öğretide yetki uyuşmazlıklarının kısa sürede çözüme kavuşturulma amacı ile çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir[147]. Kanaatimizce Yargıtay tarafından "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" incelenmesi ile "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin olmasına rağmen incelenmesi" arasında fiilen bir fark bulunmamaktadır. Zira itirazın "niteliğinin tespiti" yapılırken hali hazırda uyuşmazlığa ilişkin inceleme yapılmaktadır. Bu nedenle Yargıtay uygulaması STİK m. 43/3 hükmünün "dolambaçlı" ihlali teşkil etmektedir.

STİK m. 43/3 hükmünün devamında belirtildiği üzere maddi hata ve süreye ilişkin olmayan itirazlar[148]için "*mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir*"[149]. Şayet istinaf incelemesi bir

[145] Yamakoğlu (n 11) 38.
[146]BKz. III-A başlığı.
[147] Kaya (n 26) 267; Çelik ve diğerleri (n 1) 976.
[148] Bu durumlar çalışmamızda ayrıca ele alınmıştır. Bkz. III-B-C-E başlıkları. Bu davaların tamamlanmasına ilişkin özel bir kanuni süre sınırı bulunmamaktadır. Şekerbay (n 22) 70.
[149]Yetkilendirme sürecine itirazın, kanun yoluna başvurulması sebebiyle kesinleşmemesine bağlı olarak uygulamada problemler doğmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi dört yıl süren itiraz davası nedeniyle sendika hakkının ihlaline karar vermiştir. Karar için Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/02/20210217-10.pdf>; Yargıtay kararlarında da sürecin ivedilikle sonuçlanmasının tesisi maksadıyla kötü niyetli temyiz halinde idari para cezasına hükmedilmesi gerektiğine ulaşılmıştır.

ayda, temyiz incelemesi bir ayda, kısacası kanun yolu incelemeleri toplam iki ayda tamamlanmazsa durum ne olacaktır? Süreye ilişkin kanuni bir yaptırım bulunmamasından[150] mütevellit süreye ilişkin düzenlemelerin *lex imperfecta* özelliğinde olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle süreye uyulmaksızın verilen kararların geçersizliği söz konusu değildir.

Dava sürecinin farklılaştığı bir diğer durum ise olumsuz yetki tespitine itirazdır.

Yargıtay 9 HD, E 2022/1166 K 2022/1823, 16.02.2022 "*Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut uyuşmazlıkta işletme toplu iş sözleşmesi yetki tespitine itiraz edildiğinden, 6356 Sayılı Kanun'un 79 . ve 2 .maddeleri gereğince kesin yetkili mahkemenin işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün bulunduğu yer olan Diyarbakır İş Mahkemesi olduğu açıktır. Nitekim yetki tespitine itirazda bulunan davacının itiraz dilekçesini, 6356 Sayılı Kanun'un 43 /2. maddesi gereğince görevli makam olan Diyarbakır Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne kaydettirdiği de sabittir. Mevzuatın emredici hükümlerine göre yetkili mahkemenin Diyarbakır İş Mahkemesi olduğu da İlk Derece Mahkemesi kararında tereddüde mahal verilmeksizin açıklanmıştır. Hal böyle olmakla birlikte, ivedi şekilde sonuçlandırılması gereken yetki tespitine itiraz istemine ilişkin somut uyuşmazlıkta, açık bir şekilde mahkemenin yetkisiz olmasına göre, davacı vekili tarafından temyiz kanun yoluna başvurulması kötüniyetlidir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Kötüniyetle temyiz" başlıklı 368. maddesindeki "Temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa Yargıtay'ca 329. madde hükümleri uygulanır." düzenlemesine göre 6100 Sayılı Kanun'un 329 'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır." kuralın eldeki uyuşmazlığa tatbikî gereklidir. Bu açıklamalar karşısında, İlk Derece Mahkemesi kararı isabetli olmakla birlikte, davacı vekili tarafından temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığının anlaşılmasına göre; davacının 3.000,00 TL disiplin para cezasına mahkûm edilmesigerekmiştir*." Aynı doğrultuda Yargıtay 9 HD, E 2021/5739 K 2021/10088, 10.06.2021, (hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023); Kanaatimizce yetki itirazı davası, yetkilendirme süreci durdurmalı, dava süreci sendikal özgürlüğü etkilemeyecek şekilde ivedilikle sonuçlandırılmalı ve karar kesin olarak verilmelidir. Bu noktada kanun yoluna haksız başvuru bakımından idari para cezası tatbiki yetersiz bir uygulamadır. Sorunun temeli, yargılama sürecinin uzun sürmesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada önerimiz yetki itirazı davalarında verilen kararların (somut delillerin yer almaması sebebiyle red, maddi hata ve süreye ilişkin bir itiraz üzerine verilen karar, maddi hata ve süreye ilişkin olmayan itirazlarda verilen karar, olumsuz yetki itirazı davalarında verilen karar) tümüyle ilk derece mahkemesi tarafından kesin olarak karara bağlanmasıdır. Bu durum en azından şekli hukukun tatbikinde sorunları çözüme ulaştıracaktır.

[150] Yamakoğlu (n 11) 38.

STİK m. 43/4 hükmü gereğince "*kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır*." Olumsuz yetki tespitine ilişkin verilen kararın kesin olduğuna dair bir kanuni düzenleme bulunmadığından dolayı ilgili karara karşı kanun yoluna başvurulabilir[151].

Mahkeme tarafından yapılan incelemeler sonucunda Bakanlığın yetki tespitine ilişkin tesis ettiği belge iptal edilirse, hükmün itirazda bulunan sendikanın yetkilendirilmesi mahiyetinde olmaması gereklidir. Hüküm yalnızca tespitin iptaline ilişkin olmalıdır, zira mahkemenin yetkili sendikayı tespit etme yetkisi bulunmamaktadır[152].

XII. İTİRAZIN REDDİ VEYA HİÇ YAPILMAMASI

STİK m. 44 hükmü gereğince Bakanlık tarafından düzenlenmiş olan yetki tespiti yazısına hak düşürücü süre içerisinde itiraz hakkına sahip taraflarca itiraz edilmemesi veya itirazın kesinleşmiş mahkeme kararıyla reddi durumlarında, yetki şartlarına sahip olduğu tespit edilen ilgili sendikaya Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir[153]. Yetki belgesi verilmiş olan taraf STİK m. 46/1 hükmü gereğince diğer tarafı on beş gün içerisinde toplu görüşmeye çağırmalıdır. Aksi takdirde STİK m. 46/2 hükmü gereğince verilen yetki belgesinin hükmü kalmaz[154].

---

[151] Tuncay ve Savaş (n 15) 212.
[152] Türkoğlu (n 10) 107; Yamakoğlu (n 11) 39.
[153] STİK m. 44 hükmü gereğince şayet itiraz hiç gerçekleşmemişse itiraz süresini takip eden altı iş günü içerisinde, itiraz edilmişse itirazın reddine dair kesinleşmiş mahkeme kararının tebliği tarihinden altı iş günü içinde ilgili sendikaya Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir.
[154] Öğretide onbeş günlük sürenin yalnızca çağrının yapılmasına ilişkin olmadığı, tekliflerin de ilgili süre içerisinde yapılması gerektiği, aksi takdirde yetki belgesinin

SONUÇ

Maddi bir hataya ilişkin olan yürürlük itirazı, STİK m. 43/3 hükmü gereğince altı iş günü içinde duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden kesin olarak karara bağlanır. Lakin Yargıtay uygulaması bu noktada farklılık arz etmektedir. Kanun hükmünde maddi hataya ve süreye dair itirazların kesin olarak karara bağlanmasından söz edilmiş olsa dahi, Yargıtay "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" temyiz incelemesine tabi tutulmasını ve itirazın bu kapsamda olmadığı sonucuna varılması durumunda uyuşmazlığın kanun yoluna tabi olduğuna hükmetmiştir. Kanaatimizce Yargıtay tarafından "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin bir itiraz olup olmadığı hususunun" incelenmesi ile "itirazın maddi hataya veya süreye ilişkin olmasına rağmen incelenmesi" arasında fiilen bir fark bulunmamaktadır. Zira itirazın "niteliğinin tespiti" yapılırken hali hazırda uyuşmazlığa ilişkin inceleme gerçekleşmektedir. Niteliksel inceleme, sürecin uzamasına sebep olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay uygulaması STİK m. 43/3 hükmünün dolambaçlı ihlali sonucunu doğurmaktadır.

---

hükmü kalmayacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır. Çelik ve diğerleri (n 1) 982. Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay 9 HD, E 1987/6019 K 1987/6298, 24.6.1987 (hukukturk.com, Erişim Tarihi: 14.03.2023). "*2822 sayılı Yasanın 17. maddesiyle yetki alan sendika veya tesbit yaptıran işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene toplu görüşmenin başlaması için 15 gün içinde çağrıda bulunma zorunluğu getirirken görüşme çağrısında bulunan tarafa bu görüşmelerde ileri süreceği tekliflerinin tümünüde önceden belirleyip çağrısına eklemesini zorunlu kılmıştır. Bir bakıma toplu iş sözleşmesinin taslağını oluşturan bu tekliflerin önceden tesbit edilip çağrı ile beraber karşı tarafa duyurulmasında önemli yararlar düşünüldüğü muhakkaktır. Davalı sendika bu zorunluğa uymamış çağrısına toplu görüşmede ileri süreceği teklifleri eklediğini ileri sürememiştir. Ancak bu tekliflerin verilmemesinin çağrıda bulunan sendika aleyhine önemli hukuki sonuçlar doğuracağının kabul edilmesi halinde dahi 17. maddenin düzenlenmesine göre yetki belgesinin hükümsüz kalması gibi ağır bir sonucu doğuracağını kabul etmek doğru olmaz. Zira maddede sadece süresi içinde çağrı yapılmaması halinde yetki belgesinin hükümsüz kalacağından söz edilmiştir. Bunun yanında teklifsiz müzakere yapılmayacağını da gözden uzak tutmamak gerekir."*(hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 05.04.2023).

STİK m. 42/4 hükmü, çoğunluğun tespitine ilişkin anlaşılması güç bir düzenleme içermektedir. İlgili hükme göre "*Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz*". Hüküm amaçsal yoruma tabi tutulmaksızın yüzeysel değerlendirilirse, işe giriş ve çıkış bildirimleri kanunda belirtilen sürede yapılmayan, lakin fiilen çalışan işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınmayacağı sonucuna ulaşılır. *Ratio legis* ise işyerinde çalışan işçi sayısının gerçeğe aykırı olarak yüksek gösterilmesi kastıyla yapılan sigorta bildirimlerinin önüne geçilmesidir. STİK m. 42/4 hükmü, çoğunluğun hesaplanması bakımından işçi sendikalarının aleyhine sonuçlar (örneğin gerçek üye sayısının tespiti) doğurmaktadır. Bu nedenle kanuni düzenlemenin "sendikanın Bakanlığa yetki tespit talebinden sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna yöneltilen geçmişe doğru hüküm doğuran işe giriş-çıkış bildirimlerin dikkate alınmaması" şeklinde yorumlanması isabetli olacaktır.

İstatistiğe itiraz davası ile yetki tespitine itiraz davası arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır. Şayet bir yetki tespitine itiraz davası açılmışsa, yetki tespitine itiraz davasından önce derdest olan istatistiğe itiraz davasının bekletici mesele yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte yetki itirazı Bakanlık tarafından yayımlanan itiraz istatistik verilerinin doğruluğuna ilişkin olmayıp, yalnızca hatalı değerlendirilmesinden kaynaklanıyorsa ilgili itiraz, maddi bir hataya ilişkin olduğundan dolayı STİK m. 43/3 hükmü gereğince mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın itirazı kesin olarak karara bağlar.

Toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisi alınmak istenen işyerinin aslında işletme düzeyinde değerlendirilmesi gerektiğine veya işletme düzeyinde değerlendirilen bir işyerinin işletme bazında olmadığına dair itirazlarla karşılaşılabilir. Zira STİK m. 41 hükmüne göre verilecek yetki işletme ve işyeri bakımından farklı çoğunluk şartları içermektedir. Bu noktada işletme itirazının yetkilendirme sürecine etkisi nasıl olacaktır? İlgili uyuşmazlığın toplu iş sözleşme akdetme sürecine etkisi

düşünülerek bekletici mesele sayılması ve bağımsız bir dava açılması maksadıyla itirazda bulunan kişiye süre verilmesi gerektiği ifade edilebilir. Lakin bu tarz bir uygulama itiraz aşamasının gereksiz yere uzamasına sebebiyet verir ve usul ekonomisine aykırıdır. Bu gerekçe ile derdest bir yetki itirazı davasında hakimin işletme niteliğinin varlığına dair itirazlar hususunda karar verebilme yetkisinin bulunduğunun kabul edilmesi gereklidir. Zira yetki itirazları kamu düzenini ilişkilendirir ve yetkiye dair kanuni düzenlemeler emredici hüküm niteliğindedir. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir. Lakin bu açıklamalarımız yalnızca yetki başvurusu öncesinde yapılan işletme itirazları için geçerli olmalıdır. Zira öğretide katıldığımız görüş, işletme itirazının işkolu tespitini gerektirmesi sebebiyle, ilgili itirazların STİK m. 5/2 hükmü gereğince bekletici mesele sayılmaması ve mevcut kayıtlara göre yetki tespit sürecinin devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

STİK m. 43 hükmüne göre işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin bir itiraz mevcutsa mahkeme ilgili itirazı altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Maddi hata ve süreye ilişkin itirazlarda mahkemenin çözüme kısa bir sürede ulaşması için getirilen altı iş günlük sınırlamanın sebebi, toplu iş sözleşme akdetme yetkisinin hangi sendikaya ait olduğunun hızlıca tespitinin ve gecikmeksizin toplu iş sözleşmesinin yapılmasının sağlanmasıdır. Lakin mahkeme ilgili itiraza dair kararını altı iş günü içerisinde vermemişse durum ne olacaktır? Süreye ilişkin kanuni bir yaptırım bulunmamasından mütevellit hükmün *lex imperfecta* özelliğinde olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle süreye uyulmaksızın verilen kararların geçersizliği söz konusu değildir.

STİK m. 43/3 hükmünün devamında belirtildiği üzere maddi hata ve süreye ilişkin olmayan itirazlar için "*mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde*

Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir". Şayet istinaf incelemesi bir ayda, temyiz incelemesi bir ayda, kısacası kanun yolu incelemeleri toplam iki ayda tamamlanmazsa durum ne olacaktır? Süreye ilişkin kanuni bir yaptırım bulunmamasından mütevellit süreye ilişkin düzenlemelerin *lex imperfecta* özelliğinde olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle süreye uyulmaksızın verilen kararların geçersizliği söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

Aktay AN ve Özdemir Ertürk O, Toplu İş Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Akyiğit E, Toplu İş Hukuku (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Alıç M, 'Toplu İş Sözleşmesi Ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi 2022).

Alpagut G, '6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum', (2012) (35) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 25, 55.

Alpagut G ve Namlı M, 'İşkolu Barajının Toplu Sözleşme Hakkı Karşısında Değerlendirilmesi ve İstatistiklere İtirazın Yetki Başvurusuna Etkisi', (2022) 1 Çalışma ve Toplum 55, 92.

Arıcı K, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku (Gazi Kitabevi 2022).

Başmanav Y, '6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz', (2015) 33 Sicil İş Hukuku Dergisi27, 44.

Canbolat T, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri (Beta Yayıncılık 2013).

Çelik N ve diğerleri, İş Hukuku Dersleri (35. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).

Duman B, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi (Kartal Yayınevi 2005).

Işık R, Türk Toplu İş sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki (Sevinç Matbaası, 1970).

Kaya A, 'Toplu İş Sözleşmelerinde Ehliyet ve Yetki' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2017).

Kocabıyık S, '6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yetki Tespiti ve Yetki Tespitine İtiraz', (2012) (28) Sicil İş Hukuku Dergisi 197, 203.

Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku II–Toplu İş İlişkileri (2. Baskı, Beta Yayıncılık

2013).

Özkaraca E ve Ünal C, 'Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması', (2019) (42) Sicil İş Hukuku Dergisi 16, 41.

Reisoğlu S, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi (Ayyıldız Matbaası 1986).

Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2019).

Sümer H, İş Hukuku (26. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Şahlanan F, Toplu İş Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Şekerbay H, 'Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespit Otomasyon Sistemi ve E-Devlet Kapısı' (Uzmanlık Tezi, Ankara 2012).

Tuncay AC ve Savaş FB, Toplu İş Hukuku (3. Baskı, Beta Yayıncılık 2013).

Tunçomağ K ve Centel T, İş Hukukunun Esasları (9. Baskı, Beta Yayınları 2018).

Türkoğlu O, '6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Kapsamında Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi ve Uluslararası Normlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2019).

Uşan MF ve Erdoğan C, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Yamakoğlu E, 'Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz Prosedürü', (2010) 11 (2) Kamu-İş 23, 46.

Yenisey KD, 'Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi', (2013) 4 Çalışma ve Toplum 43, 68.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.csgb.gov.tr/media/1330/sendikalar-ve-toplu-i%C5%9F-soezle%C5%9Fmesi-kanunu-ilgili-yoenetmelikler.pdf>

<hukukturk.com>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/02/20210217-10.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/01/20230119-4.pdf>

< www.tdk.com>

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received: 14.04.2023
Kabul Tarihi / Accepted: 22.05.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

BOŞANMA VE MAL REJİMİNİN TASFİYESİ DAVALARINDA DELİL ELDE ETME YASAĞI

Fatih KARAMERCAN

Araştırma Makalesi

Avukat, İstanbul Barosu, fatihkaramercan@gmail.com, ORCID : 0000-0003-1135-8756.

ÖZET

Çalışma konumuz, eşleri ilgilendiren davalarda (boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi davalarında), "delil elde etme yasağı" öğretisinin uygulama alanıdır. Bu yüzden, "delil (değerlendirme) yasakları" çalışma konumuzun kapsamı dışında olup Anglo/Amerikan hukuk sistemlerinde kendisine yer bulan kurumlardan "disclosure" ve "discovery" aşamaları da bu çalışmada, çalışma konusuna temas ettiği çerçevede incelenecektir. Eşler (veya mirasçıları) arasında gerçekleşecek mal rejiminin tasfiyesi davalarının öncüsü konumunda bulunan boşanma davasında, delillerin mahkeme aracılığı ile istenmesi sonucunda, ileride açılacak mal rejiminin tasfiyesi davaları açısından yeni dava konuları keşfedilmek veya yaratılmak istenmektedir. Uygulamada, böyle bir davranış içerisine girilmesinin sebebi, eşin malvarlığını diğer eşten gizlemesi olarak gösterilebilir.

ANAHTAR KELİMELER: Delil Elde Etme Yasağı, Boşanma Davaları, Mal Rejiminin Tasfiyesi Davaları, Eşler Arasında Bilgi Edinme Hakkı

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

PROHIBITION OF OBTAINING EVIDENCE IN THE DIVISION OF MATRIMONIAL PROPERTY AND DIVORCE LAWSUITS

Fatih KARAMERCAN

Research Article

Attorney-at-Law, İstanbul Bar Association, fatihkaramercan@gmail.com, ORCID : 0000-0003-1135-8756.

ABSTRACT

This study is about the scope of application of the "prohibition of obtaining evidence" doctrine in lawsuits concerning spouses (divorce suits and division of matrimonial property suits). Therefore "prohibition of evidence (evaluation)" has been out of this study as disclosure and discovery phases in Anglo/American law system have been examined within the scope to the study. In divorce suits which are precursors of divison of matrimonial property suits among spouses (or heirs), as a result of evidences' being demanded by favour of court, with regard to the division of matrimonial property suits which have been planned to be filed suit, in order to discover or create new subject matter. In practice the reason of acting in this manner has been spouse's concealing his/her assets.

KEYWORDS: Prohibition of Obtaining Evidence, Divorce Suits, Division of Matrimonial Property Lawsuits, Right to İnformation Among Spouses

I. DELİL ELDE ETME YASAĞI ÖĞRETİSİ

A. GENEL OLARAK

Delillerin toplanması, iddia (ve ispat) yükünü taşıyan tarafa bilmediği vakıaları ve bilgi kaynaklarını araştırmak için bir fırsat olarak sunulmamalıdır; çünkü, delillerin toplanması aşaması eksik ve yetersiz olayın tamamlanmasına hizmet etmez veya delillerin toplanması ile iddia edilmesi gerekli olan hukuken önemli maddi vakıaların elde edilmesi amaçlanmaz. Tarafın dayandığı vakıaları yeterli bir ölçüde somutlaştırmadan ve varlığından emin olmadığı, şüphe duyduğu vakıaları iddia ederek yeni bilgi edinmesine, kısacası belirli bir amacı olmadan yapılan inceleme sonucu delil elde edilebilmesine izin verilmemelidir[1]. Tarafın ileri sürdüğü vakıanın dava konusu uyuşmazlıkla ilgisi yoksa veya mahkemenin vereceği karar üzerinde hiçbir etkisi olmayacaksa, o vakıanın ispatı için ibraz talebinde bulunulamaz[2]. Delillerin toplanması talebinin ihtilaflı vakıaları ispat etmek amacıyla değil de karşı tarafın bilgisi dâhilindeki vakıaları elde etmek için kullandığı ikinci yol, tarafın fiili duruma aykırı olduğunu bildiği halde bazı vakıalar ileri sürmesidir. Bu ihtimalde, taraf gerçek bir bilgisi olmadığı halde, ileri sürdüğü vakıalar hakkında hiçbir dayanak noktası göstermeden sadece tahminde bulunmaktadır. İleri sürülen iddialar keyfi ve hiçbir dayanağı olmayan tahminlerden ibaret olduğu için, burada asıl amaç karşı tarafın elindeki delilleri elde etmekten ibarettir. Taraf, ileri sürdüğü vakıaları ispat etmeyi amaçlamamakta, aksine, ibrazını istediği belgeleri inceleyerek yeni vakıalar araştırmak ve öğrenmek istemektedir. Hiç şüphe yok ki, belgelerin ibrazı talebi aracılığıyla karşı tarafın elindeki vakıaların elde edilmesine imkân verilmemelidir[3]. Gösterilen bir delilin değerlendirilmesi, ileri sürülen bir vakıanın

[1] Levent Börü, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü (Yetkin Yayıncılık 2016) 198, 199.
[2] Güray Erdönmez, Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2014) 134.
[3] Erdönmez (n 2) 154.

somut bir şekilde ortaya konulmasıyla gerçekleşebilir[4]. Alman ve İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte[5] bu yöndeki çabalara engel olmak için "vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri öğrenme yasağı" (Ausforschungsbeweisverbot) öğretisine dayanılmaktadır[6]. Hem dava konusu vakıaların öğrenilmesine hem de somutlaştırılmasına yönelik delil gösterilmesi çabalarına izin verilmemelidir[7]. Somutlaştırma yükünün mümkün olduğunca eksiksiz şekilde yerine getirilmesi arandığı takdirde, tarafların bilgi sahibi olmadıkları vakıalara dayanarak talepte bulunmaları önlenecek, mahkeme dava konusu ihtilafla ilgili olmayan vakıalar hakkında delil toplamayacak ve böylece, karşı tarafın sır alanının korunduğu, usûl ekonomisine uygun bir yargılama yürütülecektir[8].

B. DELİL (DEĞERLENDİRME) YASAKLARI KURUMU İLE FARKI

Delil elde etme yasağı, çalışma konusu kapsamı dışında bırakılan delil değerlendirme yasağından farklıdır. Delil (değerlendirme) yasağı, belli şekilde delillerin elde edilme biçimini yasaklamaktadır. Yasaklanan delil elde etme biçiminin; hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller ve hukuka aykırı delil yaratılması olarak ikiye ayırmak mümkündür. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delil denilince, akla öncelikle, karşı tarafın elinde bulunan delilin çalınması, hile veya zor kullanılması gibi hukuka aykırı yollarla elde edilmesi (temini) gelmektedir. Bunun dışında, bir kimse aleyhine hukuka aykırı delil yaratılması da bu anlamdadır[9]. Nitekim, HMK m. 189/2 hükmü gereği, *"hukuka aykırı olarak*

[4] Taner Emre Yardımcı, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü (On İki Levha Yayıncılık 2017) 100.
[5] Bkz. Börü (n 1) 199.
[6] Yardımcı (n 4) 100; Börü (n 1) 199. Doktrinde Börü, bu yasağı "soruşturma ile ortaya çıkan delili elde etme yasağı" olarak adlandırmaktadır. Börü (n 1) 199.
[7] Yardımcı (n 4) 100.
[8] Erdönmez (n 2) 154.
[9] Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C: 3 (4. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021) 3531.

elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz". Bu düzenlemede dikkat edilmesi gereken nokta, delilin bizatihi kendisinin değil, onun elde ediliş yönteminin hukuka aykırı olmasına yapılan vurgudur[10]. Örneğin, işkence yoluyla elde edilmiş olan her türlü beyan yasaktır. Aslında bu beyan işkence ile elde edilmiş olmasaydı, mahkemede delil olarak gösterilebilir ve değerlendirilebilirdi. Buna karşılık, eğer bu delilin elde edilme yöntemi kişinin anayasada belirtilen ve korunan temel haklarını ihlâl etmekteyse bu delil yöntemi ve bu delilin değerlendirilmesi yasaktır. Bu şekilde elde edilen delilin hiçbir delil değeri yoktur[11].

Kanımızca, çalışma konumuz özelinde, delil elde etme yasağı ile delil (değerlendirme) yasakları arasındaki temel fark, delil elde etme yasağının göz ardı edilmesi sonucunda, yasal (meşru) bir organ olan mahkeme vasıtası ile elde edilen bilgiler ile yeni bir dava konusu elde edilmiş olmasına karşılık[12], delil (değerlendirme) yasağı sonucunda ise hangi makam ve kurum aracılığı ile elde edildiğine bakılmaksızın o delilin mahkeme tarafından herhangi bir vakıanın ispatında dikkate alınamamasıdır. Örneğin; boşanma davasında delil elde etme yasağı göz ardı edilerek boşanma davasındaki kusur incelemesi ile ilgili olmamasına rağmen davalı eşin tüm taşınmaz ve banka kayıtları dosyaya celbedilmiş ise davacı eşin, bu edindiği bilgiler ile daha sonra mal rejiminin tasfiyesi davası açtığında, bu bilgilerin delil elde etme yasağı sebebi ile dava konusu yapılamayacağı itirazı geçerli olmayacaktır. Zira, somutlaştırma yükü yerine getirilmeden belgelerin ibrazına karar verilecek ve karşı taraf (veya üçüncü kişi) elindeki belgeleri mahkemeye vermek zorunda kalacaktır. Böyle bir durumda, o belgeyle hangi vakıanın ispatının mümkün olduğu ise ancak, o

[10] Murat Atalı ve diğerleri, Medenî Usûl Hukuku (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2022) 488.
[11] Oğuz Atalay, 'İspat' iç Pekcanıtez ve diğerleri (edr), Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 1594.
[12] Evren Kılıçoğlu, Medenî Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller (On İki Levha Yayıncılık 2021) 780, 781.

belgenin dava dosyasına girdiği anda değerlendirilebilecektir. Bu aşamadan sonra ise ibraz talebine ilişkin kararın haklı veya haksız olmasının bir anlamı kalmayacaktır[13]. Çünkü, delilleri ikame eden taraf delillerin toplanmasından elde ettiği bilgi ve belgeler sayesinde, ileri sürdüğü vakıaları ispatlamak için ihtiyaç duyduğu delilleri çoktan elde etmiş olacaktır[14]. Bu durum, Amerikan hukuk sisteminde "fishing for information"; yani "bilgi için olta atmak" şeklinde bir deyimle ifade edilmektedir. Amerikan hukukunda taraflar sorgulama aşamasında davayla doğrudan bağlantılı olmayan yani dolaylı sorularla adeta olta atmakta ve sorgulamanın çerçevesini genişletmektedirler. Bu süreçte aktif rol oynamayan hâkimlerse, bu durumu önleyememektedirler[15]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m. 189/2 hükmünde düzenlenen hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delili dikkate alma yasağı, sadece maddî hukukun ihlâliyle elde edilmiş delillere ilişkin olduğundan, burada olduğu gibi, mahkemenin bir usûl kuralını hatalı uygulamasından doğabilecek değerlendirme yasağını kapsamamaktadır[16]. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Yargıtay kararlarında söz konusu maddenin uygulama alanı, delillerin gizlice elde edilmesi ve karşı tarafın rızası olmadan ele geçirilmesi gibi durumlara özgülenmektedir. Örneğin, **davalı eşin rızası olmaksızın** telefonuna program kurup silinen kayıtları geri getirmek[17], dedektif

[13] Erdönmez (n 2) 158; Börü (n 1) 199, 200.
[14] Erdönmez (n 2) 158. Doktrinde Yıldırım da *"hâkimin delil araştırması için tarafların verdikleri dilekçenin (soruşturma delili = Ausforschungsbeweis) yasak delil kapsamında olduğuna, tarafların mahkemeye delillerin araştırılması hakkında bir dilekçe veremeyeceğine, ancak bu yasağa rağmen mahkemenin vakıalandırılmadan ikame edilen delil mevcutsa bu delili değerlendirmesi"* gerektiğine dikkat çekmektedir. M. Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi (Kazancı Yayınları 1990) 102, 236-238.
[15] Fulya Teomete Yalabık, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (On İki Levha Yayıncılık 2016) 312.
[16] Kılıçoğlu E, (n 12) 785, 786.
[17] Yargıtay 2 HD, E 2022/6424 K 2022/7549, 27.09.2022 (ictihatbulteni.com, Son Erişim Tarihi:01.05.2023).

tarafından çekilen davalı eşe ait fotoğraflar[18], davalı eşin telefonuna program yüklenerek ele geçirilen ses kayıtları[19], davalı eşin aracına GPS cihazı taktırılması[20], delil (değerlendirme) yasağı kapsamında olup bu şekilde edilen deliller, HMK m. 189/2 hükmü gereği, yargılamada hükme esas alınamayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.11.2022 tarihli[21] kararına konu olayda, erkek eşin ortak konutta çekim yapıldığı kadın eş tarafından bilindiğinden yapılan çekim hukuka aykırı yoldan elde edilen delil olarak kabul edilmemiştir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DELİL ELDE ETME YASAĞININ AŞILMASINA İMKÂN VEREN KURUMLAR

Karşılaştırmalı hukukta özellikle Anglo/Amerikan hukuk sistemlerinde, delil elde etme yasağı sınırlaması ile karşılaşılmadan yasal yollar ile davalı tarafın uhdesinde bulunan bilgilere ulaşmak mümkün olabilmektedir. Türk medenî yargılama hukukunda ise diğer sistemlerle karşılaştırıldığında oldukça katı bir şekilde somutlaştırma yükü söz konusudur[22]. Buna karşılık Anglo/Amerikan sistemlerinde, kural olarak yargılama, bildirici dava dilekçesi olarak ifade edebileceğimiz "notice pleading[23]" denilen özet bir dava dilekçesi ile başlatılır; tarafların uyuşmazlıklarını yansıttıkları bu kısa ve öz dilekçeden sonra çok

[18] Yargıtay 2 HD, E 2018/1268 K 2019/3978, 03.04.2019 (ictihatbulteni.com, Son Erişim Tarihi:01.05.2023).
[19] Yargıtay 2 HD, E 2016/11915 K 2018/2369, 22.02.2018 (ictihatbulteni.com, Son Erişim Tarihi:01.05.2023).
[20] Yargıtay 2 HD, E 2016/3808 E K 2017/10105, 13.09.2017 (ictihatbulteni.com, Son Erişim Tarihi:01.05.2023).
[21] Yargıtay HGK, E 2020/2-26 K 2022/1434, 02.11.2022 (ictihatbulteni.com, Son Erişim Tarihi:01.05.2023).
[22] Pınar Çiftçi, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları (Adalet Yayınevi 2018) 260. Doktrindeki bir görüşe göre ise somutlaştırma yükü, ispat konusunun belirlenmesi, ispat hakkının sağlanması ve delil elde etme yasağı arasında bir balans (denge) ayarı sağlamaktadır. Börü (n 1) 200.
[23] *"Bu dilekçelerin tek amacı davalıya ve mahkemeye, davacının davası hakkında makul bir bildirimden ibarettir. Yani Türk hukukundan farklı olarak Amerikan hukukunda dava dilekçeleri sadece hazırlayıcı nitelikte olup, dava dilekçelerinin vakıaları dermeyan etme, delilleri belirtme gibi bir işlevi bulunmamaktadır."* Teomete Yalabık (n 15) 216.

ayrıntılı bir ön tahkikat aşamasına geçilir. Bu ön tahkikat aşamasında tarafların bilgiye ve delile ulaşma konusunda çok geniş bir yetki alanları bulunur ve sonrasında da asıl dava süreci olarak ifade edilen "trial[24]" aşamasına geçilir[25]. Duruşma öncesi ön yargılama safhasında, taraflara delillerin toplanması için son derece geniş bir yetki verilmiştir. Deliller, "delil keşfi (pre trail discovery)" ile toplanır[26]. Hukuk sistemimizde, Amerikan hukukunda olan "dava öncesi delil keşfi (pre-discovery)" kurumuna paralel bir şekilde tarafların, karşı taraftan veya dava dışı kişilerden doğrudan bilgi ve belge taleplerine mahkemenin dâhili olmaksızın gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı belirtilmekle[27] birlikte, delil keşfinin aynı zamanda Türk hukukundaki "delil tespiti" kurumuna benzediği de ifade edilmektedir[28]. Belirtildiği üzere Türk medenî yargılama hukukunda oldukça katı bir şekilde somutlaştırma yükü getirilmiş (ve bu konuda bir eleştiri ileri sürülebilir) ise de özellikle "discovery" müessesesinin, yargılamanın aşırı masraflı ve gecikmeli gerçekleşmesine neden olduğu da unutulmamalıdır[29].

---

[24] *"Anglo-Amerikan hukukunda duruşma denildiği zaman 'trial' kelimesinin karşılığı olarak hâkimin tahkikatı gerçekleştirdiği ve Kıta Avrupası hukukundaki duruşma anlayışından farklı olarak, kesintisiz ve tek bir duruşma anlaşılmalıdır."* Teomete Yalabık (n 14) 255 dn. 376.

[25] Çiftçi (n 22) 260.

[26] Ticen Özraşit, Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar (On İki Levha Yayıncılık 2017) 67.

[27] Çiftçi (n 22) 275.

[28] Mustafa Göksu, 'Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi', (2009) 5 (13) MİHDER 251, 270. *"İngiliz Medenî Usûl Kuralları'nın 31.16 maddesinde hukukumuzdaki delil tespitine benzer bir düzenleme de yer almaktadır. Buna göre, tarafların muhtemel bir davanın tarafları olmaları, taraflardan birinin mahkemeye talepte bulunması ve talep ettiği belgelere ihtiyacına dair delil sunması halinde, mahkemece yargılama öncesi delillerin açıklattırılmasına karar verilebilir. Delillerin açıklanması kararını yerine getirmeyen ve araştırma yapılmasına izin vermeyen taraf bu delillerle ortaya konulan hususlardan yararlanamaz."* Ayşe Gülin Güralp, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (On İki Levha Yayıncılık 2011) 187, 188.

[29] Teomete Yalabık (n 15) 210. *"Bu usûl, kapsamının gereğinden fazla geniş olmasından ötürü yargılamada gecikmelere ve masraflara neden olmakla beraber; tarafların kötü*

Bundan dolayı, İngiltere'de 26.04.1999 tarihinde yürürlüğe giren reform niteliğindeki Yeni Medenî Usûl Kuralları (CPR)[30], bu bahsedilen sorunları önlemeyi amaçlamış ve bu usûl ile davaların daha seri, daha etkili ve daha ekonomik görülebilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır[31].

"Delillerin ifşası (disclosure)" ise, discovery sürecinde kullanılacak araçları beklemeksizin tarafların hâkimiyet alanlarında halihazırda bulunan belge ve bilgi kaynaklarını, yani delilleri birbiri ile paylaşmasını, başka bir ifade ile ellerindeki delilleri birbirlerine ifşa etmeleri zorunluluğunu getirir[32]. Tarafların yakın bir zamanda bir davanın tarafı olarak mahkemeye talepte bulunması ve talep ettiği belge veya belgelere neden ihtiyacı olduğu yönünde delil sunması halinde mahkeme, yargılama öncesi ifşaya hükmedebilir. Burada ifşa edilecek belgeler, sadece asıl yargılamaya konu ifşa edilecek belgelerdir. Bu nedenle, daha geniş bir ifşaya izin verilemez[33].

III. MADDÎ HUKUKTA DELİL ELDE ETME YASAĞININ AŞILMASINA İMKÂN VEREN HUKUKÎ YOLLAR

İbrazı istenen belgeyle ispatlanmak istenen vakıanın, davanın aydınlatılması için önemli olup olmadığı maddî hukuk hükümleri dikkate alınarak tespit edilir[34]. Doktrindeki bir görüşe göre, dava öncesi, maddî hukukta kişilere bilgi veya belge talep etmelerine olanak sağlayacak -örneğin BGB § 810[35]-814 gibi- genel nitelikli

---

niyetli yaklaşımlarına karşı da korunmasızdı. Taraflar bu usul ile birbirlerinden bir yığın belge talep ederek adeta birbirlerine karşı bir sindirme politikası uygulamaktaydılar." Teomete Yalabık (n 15) 161.

[30] Güralp (n 28) 205. CPR tam metni için Bkz. (England and Wales), S.I 1998/3132, L17, Ministry of Justice, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> Son Erişim Tarihi:01.05.2023.

[31] Göksu (n 28) 275.

[32] Çiftçi (n 22) 105.

[33] Göksu (n 28) 277.

[34] Erdönmez (n 2) 135.

[35] *"Bir başkasının elinde bulunan bir belgeyi incelemekte yasal menfaati olan herkes, belgenin kendi çıkarına düzenlenmiş olması veya kendisi ile bir başkası arasındaki yasal*

bir ibraz yükümlülüğü bulunmaması, ispat hakkının yargılamada etkin şekilde kullanılabilmesi açısından önemli bir eksikliktir[36]. Genel olarak, maddî hukuka dayalı bilgi verme yükümlülüğü ve bu bilginin dayanağı olan belgelerin paylaşılması düzenlenmekle beraber bunun ne şekilde yapılacağı ve söz konusu paylaşım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı düzenlenmemiştir[37]. Çalışma konumuz özelinde ise maddî hukuk anlamında, diğer eşin bilgi istemesi üzerine eşlerden birine bilgi verme mecburiyetini öngören, hatta bu bilgilerin verilmesini gerektiğinde hâkim kararı ile destekleyen bir hüküm (mehaz kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu m. 170[38]), Türk Medeni Kanunu'nda bulunmamaktadır[39]. Doktrindeki bir görüşe[40] göre, her ne kadar, bu madde hükmü TMK'da olmamasına rağmen TMK m. 216 hükmü[41] ile

bir ilişkinin belgelenmiş olması durumunda belgeyi elinde bulundurandan talep edebilir." (BGB § 810). BGB tam metni için Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> Son Erişim Tarihi:01.05.2023.

[36] Çiftçi (n 22) 275, 276.

[37] Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası (On İki Levha Yayıncılık 2013) 188.

[38] *"Eşlerden her biri, diğerinin geliri, malvarlığı ve borçları hakkında bilgi talep edebilir. Mahkeme, eşin talebi üzerine diğer eşi veya üçüncü kişiyi gerekli bilgileri vermeyi ve gerekli belgeleri sunmakla yükümlü kılabilir.*
Avukatların, noterlerin, doktorların, din adamlarının ve yardımcılarının mesleki sır yükümlülük hükümleri saklıdır." (ZGB Art. 170)

[39] Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 69, 70; Ahmet M. Kılıçoğlu, Katkı - Katılma Alacağı (8. Bası, Turhan Kitabevi 2021) 89, 90; Muzaffer Şeker, Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2016)-Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları (İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları 2007) 147; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri-Eşin Yasal Miras Payı (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 177; Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281) (Vedat Kitapçılık 2008) 15, 232; Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (On İki Levha Yayıncılık 2011) 42; Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2020) 154; İsmail Atamulu, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Olağanüstü Mal Rejimine Geçişle Sona Ermesi', (2019) 1 (1) ERÜHFSD 519, 536, 537.

[40] Zeytin (n 39) 70.

[41] *"Eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir.*
Bu envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmışsa, aksi

sorunun aşılabileceği belirtilmiştir[42]. Hatta, doktrindeki diğer bir görüşe[43] göre, TMK m. 186/3 ve TMK m. 196 hükümleri[44] ile eşlerin malvarlıkları hakkında birbirlerine gerekli bilgiyi vermeleri sağlanabilir. Doktrindeki hâkim görüşe[45] göre, ilgili hükümler yoluyla veya TMK m. 206/1-b.4 hükmü ile eş, malvarlığı hakkında bilgi vermeyi reddederse, diğer eş sadece TMK m. 206/1-b.4 hükmü kapsamında, mahkemeden mevcut mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüştürülmesini talep edebilir[46]. Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmünde olduğu gibi, TMK'da eşin talebi üzerine diğer eşin malvarlığı hakkında bilgi vermesini yargısal yollar vasıtası ile zorlayacak bir hüküm mevcut değildir[47].

Bu hüküm uygulanırken, somut olayın özelliklerini göz önünde bulunduracak olan hâkim, hangi bilgi ve belgelerin gerekli olduğuna da karar verecektir[48]. Başka bir ifadeyle, bilgi talep eden eş, diğer eşten hangi bilgilerin istendiği ve hangi belgelerin incelenmesi gerektiği hususlarını ve durumlarını belirtmek zorundadır. Mahkeme, hangi bilgilerin gerekli olduğuna ve hangi belgelerin sağlanacağına ve yalnızca yapılan bilgi talebine atıfta bulunarak karar

ispatlanmış olmadıkça bu envanterin doğru olduğu kabul edilir." (TMK m. 216)

[42] Doktrindeki bir görüşe göre, TMK m. 216 hükmü sadece malların envanteri ile sınırlı bir düzenleme içermekte olup, diğer eşin gelirleri ve borçlarını kapsamamaktadır. Kılıçoğlu AM (n 39) 90.

[43] Şıpka (n 39) 42.

[44] *"Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar."* (TMK m. 186/3)
"Eşlerden birinin istemi üzerine hakim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler." (TMK m. 196/1)

[45] Kılıçoğlu AM (n 39) 90; Zeytin (n 39) 70; Şeker (n 39) 148; Acar (n 39) 177; Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Beşir Kitabevi 2007) 112; Şıpka (n 39) 42; Gençcan (n 39) 155; Atamulu (n 39) 536, 537.

[46] Doktrindeki hâkim görüşün ulaştığı bu sonucu doğru bulmayan ve gerekçelerini ayrıntılı olarak belirten görüş için bkz. Gümüş (n 39) 15-21.

[47] Kılıçoğlu AM (n 39) 90; Şeker (n 39) 148; Sarı (n 45) 112.

[48] Şeker (n 39) 147.

verecektir[49]. Bilgi alma talebinin, sırf merak veya herhangi bir araştırma amacıyla yapıldığı açıksa bu talep reddedilmelidir[50].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 20.03.2018 tarihli kararında[51] belirtildiği üzere, İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmüne göre, eşlere tanınan bu bilgi isteme hakkı sınırsız değildir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 20.03.2018 tarihli kararına konu somut olayın gelişimi ve varılan sonuç şu şekildedir. Somut olayda, karardan anlayabildiğimiz kadarıyla, kadın eş, erkek eşin nafaka bakım katkısının belirlenebilmesi amacıyla, banka kayıtlarına ilişkin olarak beş yıllık sürecin kapsamında İsviçre'deki veya yurtdışındaki tüm banka hesaplarının özetlerini, yirmiden fazla banka hesaplarını, bu banka hesaplarının alt hesaplarını, yatırım fonlarını, borsa hissesi alım satım hesaplarını, dört kredi kartının ayrıntılı dökümlerini ve ayrıca hayat sigortası ile ilgili hesap dökümlerini talep etmiştir. Devamında ise erkek eşin sahip olduğu arabanın, lüks saatlerin, mobilyaların ve Paris'te bulunan dairenin değerini kanıtlayan (ekspertiz anlamında belirleyen) belgelerin ibraz edilmesi yönünde de talepte bulunmuştur.

ZGB Art. 170 (TMK m. 206/2-b.4) hükmü gereğince bilgi isteme talebinin sınırlandırıldığını ileri süren kadın eş, Federal Mahkeme nezdinde Cenevre Kanton Mahkemesi'nin kararına karşı itirazda bulunmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 20.03.2018 tarihli kararında bu itirazı incelemiş ve kararında şu sonuçlara varmıştır.

İtiraz edenin iddia ettiğinin aksine eşlere tanınan bu bilgi isteme hakkı sınırsız değildir. Bu hakkın kapsamı, başvuran eşin durumu değerlendirebilmesi ve

[49] Roland Kokotek, Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB (Schulthess Verlag 2012) 51 PN. 97, 131 PN. 281.
[50] Kokotek (n 49) 40 PN. 79.
[51] TF-Urteil 5A_819/2017 E. 5.3.2. vom 20.03.2018.

gerekirse iddialarını ileri sürebilmesi için gerekli ve yeterli talep edilen tüm faydalı bilgi ve belgeleri; verilen şartlara ve istenen bilgilerin amacına göre değerlendirilir. Bu bağlamda, hâkim, Federal Mahkeme'nin yalnızca ihtiyatlı bir şekilde incelediği bir değerlendirmeyle, başvuranın bilgiyi elde etmedeki menfaati ile diğerinin bilgiyi vermemedeki menfaati arasında denge kurar. Davanın koşullarında, gerekli bilgilerin nafaka bakım katkısını belirlemekle ilgili olmadığını göz önünde bulundurarak, Kanton Mahkemesi takdir yetkisini kötüye kullanmamıştır. İtiraz edenin, gerekli bilgileri elde etmekle bir ilgisi olmadığından, ZGB Art. 170 (TMK m. 206/2-b.4) hükmünün ihlâli söz konusu olamaz.

Hatta, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 31.08.2020 tarihli kararına[52] göre, ZGB Art. 170 (TMK m. 206/2-b.4) hükmü gereğince, eş, yasal bir ihtilaf durumunda, malvarlığının nerede olduğuna dair eksiksiz bilgi vermek için tüm makbuzları saklamak zorunda değildir. Paylaşılacak bilginin tespitinde bu yönde bir menfaatin olup olmadığına bakılmalıdır. Karşı tarafın bilginin saklı tutulması yönündeki menfaati gözetilmekle birlikte sırf bir tarafın ihtiyaç duyduğu bilgilerin karşı tarafta bulunması, bilgi verilmesini geçerli ve haklı kılmaz[53]. Dikkat edilecek olursa, delil elde etme yasağı öğretisi ile çalışma konumuz özelindeki maddî hukukta dava öncesi bilgi isteme hakkı veren İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmünün ve somutlaştırma yükünün[54] ortak noktası, bu bilgi edinme hakkının sınırsız olmadığı ve aradaki (çalışma konumuz özelinde eşler arasındaki) menfaat dengesinin gözetilmesi zorunluluğudur. Silahların eşitliği

[52] BGer-Urteil 5A_780/2019, 5A_842/2019 E. 3.5. vom 31.08.2020.
[53] Yardımcı (n 4) 146, 147.
[54] Kötüniyetli bazı talepler açısından somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi durumunda, karşı tarafın sahip olduğu (ticarî) sırlar elde edilmeye çalışılabilir. Bu gibi durumlarda, iddiayı somutlaştırma yükünün gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediğinin hâkim tarafından yerindeliğinin gözetilmesi gerekir. İşte bu gibi durumlarda somutlaştırma yükünün kapsamının düşürülüp düşürülmemesi yine taraflar arasında bilgi, menfaat paylaşımının dengelenmesi sebebiyle olacaktır. Börü (n 1) 203.

ilkesinin amacı da davacı ve davalının aynı usûlî hak ve yetkilere sahip olması ya da aynı yükümlülüklere tâbi kılınması değil; taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulmasıdır[55].

Çalışma konumuz özelinde, mehaz kanunumuzdaki gibi eşin talebi üzerine gerekli şartların oluşması kaydıyla diğer eşi bilgi vermeye kanunî yollarla zorlayan bir hüküm TMK'da bulunmadığından dolayı ve TMK'da bulunan diğer hükümlerle de, eşin bilgi vermesi kanunî yollarla zorlanamadığından, uygulamada boşanma davası sırasında boşanma davası ile ilgili olmayacak delillerin celbedilmesi suretiyle delil elde etme yasağı ilkesi çiğnenerek daha sonra açılacak mal rejiminin tasfiyesi davası açısından hazırlık yapılmak istenmektedir. Tarafları, delil elde etme yasağını dolanarak bir delil elde etme çabası içerisine sokmak yerine bir kanun değişikliği yapılmalıdır.

Değişiklik metni teklifimiz ise şu şekildedir. Türk Medeni Kanunu'nun "Envanter" başlıklı 216. maddesine ilk önce başlık olarak "ve bilgi verme yükümlülüğü" başlığı eklenerek 2. fıkrasından sonra ise "Eşlerden her biri, diğerinin geliri, malvarlığı ve borçları hakkında bilgi talep edebilir.

Mahkeme, eşin talebi üzerine diğer eşi veya üçüncü kişiyi gerekli bilgileri vermeyi ve gerekli belgeleri sunmakla yükümlü kılabilir.

Avukatların, noterlerin, doktorların ve yardımcılarının mesleki sır yükümlülük hükümleri saklıdır." fıkraları eklenmelidir.

SONUÇ

Kendisinden bilgi ve belge talep edilen kimsenin, kendi rızasıyla bilgi ve belgeleri talepte bulunanın incelemesine sunması çok ender görülmektedir. Bu yüzdendir ki, talepte bulunan, ancak dava yoluna başvurarak söz konusu bilgi ve

[55] Emel Hanaağası, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği (Yetkin Yayıncılık 2016) 266.

belgelerin ibrazını mümkün kılabilmektedir[56]. Mahkemeye, İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmünde olduğu gibi maddî hukuk kaynaklı yetkiler verilirse, mahkeme bu yetkilerin konusunu oluşturan sübjektif menfaatin korunabilmesi açısından görevli olabilecektir. Zira toplumsal yapıda sürekli değişime uğrayan subjektif menfaatler, medenî yargılama sahasının taraf menfaatine ve menfaat çatışmasına göre düzenlenmemiş soyut kurallarını genel ve sürekli olarak değiştiremez.[57]. Bundan dolayı, HMK'da yer alan delil ibrazına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, ispat hakkının tam anlamıyla temin edilebilmesi için Türk hukukunda da dava öncesi tarafları, birbirleri ile bilgi ve delil paylaşımı yapacakları, dava öncesi bilgiye ve belgeye erişim imkânı tanıyacak hukukî araçlar getirilmelidir[58]. Çalışma konumuz özelinde, mehaz kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmü, TMK'da bulunmadığından dolayı ve TMK'da bulunan diğer hükümlerle de, eşin bilgi vermesi kanunî yollarla zorlanamadığından, uygulamada boşanma davası sırasında boşanma davası ile ilgili olmayacak delillerin celbedilmesi suretiyle daha sonra açılacak mal rejiminin tasfiyesi davası açısından hazırlık yapılmak istenmektedir. Bu süreçte aktif bir hâkim rolü oynamayan hâkimlerse, tarafın delil elde etme yasağı kapsamındaki delilleri dosyaya celbetmesini göz ardı etmektedir.

Tarafları, delil elde etme yasağını dolanarak bir delil elde etme çabası içerisine sokmak yerine bir kanun değişikliği ile eşlerden birine diğer eşin bilgi istemesi üzerine bilgi verme mecburiyetini öngören, hatta bu bilgilerin verilmesini gerektiğinde hâkim kararı ile destekleyen madde, İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi TMK hükümlerine eklenmelidir[59].

[56] Simil (n 37) 188.
[57] Nedim Meriç, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Yetkin Yayıncılık 2011) 52.
[58] Çiftçi (n 22) 277.
[59] Kılıçoğlu AM (n 39) 90; Şeker (n 39) 148.

KAYNAKÇA

Acar F, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri-Eşin Yasal Miras Payı (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Atalay O, 'İspat' iç Pekcanıtez ve diğerleri (edr), Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Murat Atalı ve diğerleri, Medenî Usûl Hukuku (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2022).

Atamulu İ, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Olağanüstü Mal Rejimine Geçişle Sona Ermesi', (2019) 1 (1) ERÜHFSD 519, 544.

Börü L, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü (Yetkin Yayıncılık 2016).

Çiftçi P, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları (Adalet Yayınevi 2018).

Erdönmez G, Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2014) 134.

Gençcan ÖU, Mal Rejimleri Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2020).

Göksu M, 'Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi', (2009) 5 (13) MİHDER 251, 282.

Gümüş MA, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281) (Vedat Kitapçılık 2008).

Güralp AG, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (On İki Levha Yayıncılık 2011).

Hanaağaası, E, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği (Yetkin Yayıncılık 2016).

Kılıçoğlu AM, Katkı-Katılma Alacağı (8. Bası, Turhan Kitabevi 2021)

Kılıçoğlu E, Medenî Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Kokotek R, Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB (Schulthess Verlag 2012).

Meriç N, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Yetkin Yayıncılık 2011).

Özraşit T, Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar (On İki

Levha Yayıncılık 2017).

Sarı S, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Beşir Kitabevi 2007).

Simil C, Belirsiz Alacak Davası (On İki Levha Yayıncılık 2013).

Şeker M, Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2016)-Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları (İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2007) 133, 152.

Şıpka Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (On İki Levha Yayıncılık 2011).

Teomete Yalabık, F, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Yardımcı TE, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Yıldırım MK, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi (Kazancı Yayınları 1990).

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C: 3 (4. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021).

Zeytin Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

İNTERNET KAYNAKLARI

<ictihatbulteni.com>

KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

KIRKLARELI UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW
FACULTY

Gönderim Tarihi / Received:
26.03.2023
Kabul Tarihi / Accepted:
24.05.2023

Cilt / Volume: 1
Sayı / Issue: 1
Yıl / Year: Haziran 2023

SİCİLE KAYITLI GEMİ MÜLKİYETİNİN DEVREN İKTİSABI İLE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVREN İKTİSABININ KARŞILAŞTIRMALI ŞEKİLDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Tekincan Akif KARAARSLAN

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, akifkaraarslan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5594-0380.

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu gemi mülkiyetinin devri bakımından taşınır hükümleri ile paralellik arz etmek adına şekle bağlı olmayan borçlandırıcı bir işlemle beraber tasarruf işlemi bakımından ayni sözleşme ve zilyetliğin devrini hüküm altına almıştır. Ancak kanun koyucu bu düzenlemeden sonra hak karineleri bakımından zilyetliğin devrini değil sicil kayıtlarının doğruluğunu TTK m. 983'te hüküm altına almıştır. Kanun koyucu, taşınmazlarla ilgili olarak, bir borçlandırıcı işlemle birlikte kurucu niteliğinde bir tescil düzenlemiştir ve bu tescil ile belirli haklar sağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu gemilerin ekonomik değerinin yüksekliği ve sınırlı sayıda, özel olarak üretilmiş olmalarından ötürü belirli hükümler bakımından da taşınmaz hükümlerinden etkilenmiştir. Çalışmamızda gemi mülkiyetinin devri ve taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri karşılaştırılmış, taşınmaz mülkiyetinin devri ile benzer ve farklı hususlara değinilmiş, daha sonra kanun koyucunun belirttiği gibi gemilerin taşınır hükmünde olduğu ancak kanun koyucunun belirli durumlarda taşınmaz mülkiyetinden esinlenip "sui generis" hükümler oluşturduğu sonucuna varılmış, gemi mülkiyetinin devrinde var olan problemlere taşınmaz mülkiyeti hükümleri örnek alınarak çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Gemi Mülkiyeti, Taşınmaz Mülkiyeti, Taşınmaz Mülkiyetinin Devri, Gemi Mülkiyetinin Devri, Gemilerin Eşya Hukuku

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

COMPARATIVE EVALUATION OF THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF A REGISTERED SHIP WITH THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF IMMOVABLE PROPERTY

Tekincan Akif KARAARSLAN

Research Article

Research Assistant, Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Private Law, Department of Maritime Law, akifkaraarslan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5594-0380.

ABSTRACT

The Turkish Commercial Code, in order to be in parallel with the movable property provisions in terms of the transfer of ownership of the ship, stipulates the transfer of possession and the contract in rem in terms of a dispositive transaction together with an unformalised obligatory transaction. However, after this regulation, the legislator regulated not the transfer of possession in terms of presumptions of right, but the accuracy of the registry records in TTK 983. In terms of immovables, the legislator has regulated the registration with a formal

obligatory transaction and has granted certain rights to this registration. It should be noted that the legislator was influenced by the immovable property provisions in terms of certain provisions due to the high economic value of ships and the limited number of specially manufactured ships. In our study, in terms of the transfer of ship ownership and the transfer of immovable property, the debiting and disposing transactions are compared, the similarities and differences with the transfer of immovable property are mentioned, then it is concluded that ships are considered as movables as stated by the legislator, but the legislator is inspired by the immovable property in certain cases and creates "sui generis" provisions, and the problems existing in the transfer of ship ownership are tried to be solved by taking the provisions of immovable property as an example.

KEYWORDS: Ship Ownership, Real Estate Ownership, Transfer of Real Estate Ownership, Transfer of Ship Ownership, Property Law of Ships

GİRİŞ

Gemi mülkiyetinin hukuki işlem yoluyla kazanılması ve taşınmaz mülkiyeti hükümlerinin karşılaştırılması kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) muhtelif hükümlerinde gemi mülkiyeti bakımından taşınır hükümlerinin yanı sıra gemilerin yüksek ekonomik değer taşımaları, sınırlı sayıda ve özel olarak üretilmeleri ayrıca bir sicile kayıtlı olma olguları bakımından da taşınmaz hükümlerinden etkilenmesi dolayısıyla önemlidir. Kanun koyucu TTK m. 936'da açıkça gemilerin taşınır mal hükmünde olduğunu düzenlenmiş ancak istisnai olarak TTK m. 937'de ise gemilerin İcra İflas Kanunu'nun (İİK) muhtelif hükümlerinde taşınmaz olarak kabul edileceğini hüküm altına almış yine mezkûr maddede Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 429'da yasal danışmanlık başlığı altında düzenlenen işlemlerde, TMK m. 523'te ön mirasçının güvence vermesinde ve TMK m. 635'te resmi tasfiyede taşınmaz kavramının gemi, tapu sicilinin de gemi sicili olarak kabul edileceğini açıkça hüküm altına almıştır. Ancak gemi mülkiyetinin devir hükümleri bakımından kanun koyucu açık bir şekilde taşınmaz hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiş olmasa da çalışmada görüleceği üzere muhtelif yerlerde gemileri taşınmazlara benzetmektedir. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde sicile kayıtlı gemiler ve taşınmaz mülkiyeti kavramlarından neler anlaşılması gerektiği üzerinde durulacak daha sonra ise sicile kayıtlı gemiler ve taşınmazları konu alan borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri karşılaştırılacaktır.

I. SİCİLE KAYITLI GEMİ VE TAŞINMAZ KAVRAMI

Belirtmek gerekir ki hem taşınmazlar hem de taşınırlar üzerinde mülkiyet hakkı aslen ya da devren kazanılmaktadır. Mülkiyetin aslen kazanılması, bir başkasının onayına ihtiyaç duymadan mülkiyetin elde edilmesine verilen addır. Devren kazanılmada ise mülkiyet bir kişinin fiili ve onayıyla diğer kişiye geçmektedir[1]. Söz konusu çalışmamızda "sicile kayıtlı olan gemilerin" ve "taşınmazların" devren kazanılması hükümlerinin karşılaştırılması incelenecektir. Bu nedenle alt başlıkta önce "sicile kayıtlı gemi" kavramı ve "taşınmaz" kavramı açıklanacaktır.

A. SİCİLE KAYITLI GEMİ KAVRAMI

Deniz ticareti faaliyetinin başlangıç noktası olan araç gemidir. Türk Hukukunda ise gemi kavramı ortak bir tanım altına alınmamış çeşitli kanunlarda çıkarılan kanunun ihtiyacına binaen tanımlar yapılmıştır[2]. Çalışma sınırı bir gemi siciline

[1] M. Kemal Oğuzman ve diğerleri, Eşya Hukuku, (22.bası, Filiz Kitapevi 2020) 406 vd.; Haluk Nami Nomer ve Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, (8.bası, Onikilevha Yayınları 2020) 275 vd.

[2] Cüneyt Süzel, "Türk Mevzuatında Gemi Tanımı**",** iç Baki İlkay Engin (edr), Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. II (Onikilevha Yayınları 2010) 1615, 1619. Her ne kadar gemiler hakkında birçok tanım yapılsa da gemilerin birer taşınır mal olduğu açıktır. Sami Akıncı, "Gemi Mülkiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (1958) 23 (3-4) 291, 291 vd.; Tahir Çağa, Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku I (16.bası, Onikilevha Yayınları 2010) 54. Aybay'ın da isabetle belirttiği üzere sicile kayıtlı olsun olmasın gemilerin hukuku vasfı taşınırdır lakin TTK'nda yer alan pek çok hüküm bakımından taşınmaz hukuku hükümleri istisna olarak getirilmiştir, bu nedenle kanun koyucu gemi mülkiyeti kısmında taşınmaz mülkiyetinden de esinlendiğinden bu kısımda gemiler taşınırdır ancak belirli hükümler bakımından "sui generis" niteliğe sahiptir. Gündüz Aybay, Deniz Hukuku (Aybay Yayınevi 1998) 491. İzveren ise farklı olarak sicile kayıtlı olan gemilerin adeta bir gayrimenkul olarak addedildiği görüşündedir. Adil İzveren, Deniz Ticareti Hukuku (1966) 37. Kanaatimizce Aybay'ın görüşü mülkiyet hükümleri incelendiğinde isabetlidir, bu görüşü destekler olarak ; Gemilerin hukuksal olarak taşınır olmasına rağmen TTK'nda taşınmazlara benzeyen bir rejimin kurulduğu, Oğuzman (n 1) 14; Gemilerin ekonomik değerinden ötürü adeta "taşınmazlaştırıldığı", Rona Serozan, Eşya Hukuku (3. bası, Filiz Kitapevi 2014) 78; Gemilerin iktisadi değerinden ötürü taşınır hükmünde oldukları açık olmalarına rağmen taşınmazlara benzer hukuki bir rejime tabi tutulduğu, Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, Tekinay Eşya Hukuku C: I (5.bası, Filiz Kitapevi 1989) 24.

kayıtlı gemiler olduğundan gemi kavramı TTK'da yer alan hükümler çerçevesinde incelenmelidir. TTK m. 935 uyarınca, kanunun gemi mülkiyetine ilişkin hükümleri yalnızca ticaret gemileri hakkında uygulanacağından önce gemi daha sonra ticaret gemisi kavramları ve ardından TTK'nda yer alan mülkiyet hükümleri "bir Türk Gemi Siciline kayıtlı gemiler bakımından uygulanacağından" sicile kayıtlı gemi kavramı incelenecektir.

İlgili kanunun 931.maddesi incelendiğinde, gemi kavramı, suda hareketi gerektiren amaca tahsis edilmiş ve yüzme özelliği bulunan, pek küçük olmayan, kendi kendine hareket imkânı aranmayan araçlar gemi olarak tanımlanmıştır[3]. "Ticaret Gemisi" ise TTK m. 931/II uyarınca "kim tarafından ve kimin adına kullanıldığından bağımsız olarak denizde ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi" ticaret gemisi sayılmaktadır[4] şeklinde tanımlanmıştır. TTK m. 996 ise "aksine hüküm bulunmayan hallerde gemilerin mülkiyetine ilişkin hükümlerin yalnızca bir Türk

[3] Çağa ve Kender, (n 2**)** 46; Emine Yazıcıoğlu, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17.bası, Filiz Kitapevi 2022) 47 vd.; Bülent Sözer, Deniz Ticareti Hukuku I (6.bası, Vedat Kitapevi 2022) 15 vd.; Kerim Atamer, Deniz Ticareti Hukuku I (Onikilevha Yayınları 2017) 638; Kübra Yetiş Şamlı, Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması (Onikilevha Yayınları 2021) 10; Alman Hukukunda gemi tanımı için Hans Jürgen Abraham, Das Seerecht (Vierte Auflage, Walter de Gruyter 1974) 40. Belirtmek gerekir ki Türk Hukukunda gemi vasfının kazanılması için ilgili yapının inşaatının bitmiş olması izahtan varestedir. Ancak gemi vasfının kazanılması için geminin kızaktan denize indirilip indirilmemesi konusunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre geminin vasfını kazanabilmesi için denize indirilmesi gerekmemektedir. Mertol Can, Deniz Ticareti Hukuku I (2.baskı, İmaj Yayınları 2003) 19; Sözer (n 3) 51. Diğer bir görüş ise vasfın kazanılması için kızaktan indirilmenin gerekli olduğunu savunmaktadır. Çağa ve Kender **(**n 2**)** 47; Yetiş Şamlı (n 3**)** 39; Aslıhan Erbaş Açıkel, Gemi İnşa Sözleşmeleri (Vedat Kitapçılık 2013) 12. Kazanılan gemi vasfı kaybedilirse bu durumda gemi TMK anlamında taşınır addedilir. Gemi kurtarılmayacak şekilde batar yahut tamir kabul etmez hale gelirse gemi niteliğini kaybettiğinden TMK anlamında taşınır addedilir; Çağa ve Kender (n 2) 47; Yazıcıoğlu **(**n 3**)** 56; Tamir giderleri önceki değerinin dörtte üçünü aşan tamire değmez gemi durumunda ise gemi vasfı kaybedilmeyecektir. Fevzi Topsoy, Deniz Ticareti Hukuku I (Legal Kitapevi 2020) 35.

[4] Yazıcıoğlu (n 3) 51; Turgut Kalpsüz, Deniz Ticareti Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayın No: 91 1971) 101; Sözer (n 3) 25, Topsoy **(**n 3**)** 27.

Gemi Siciline kayıtlı gemiler" bakımından uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç ise "Türk Gemi Siciline" kayıtlı olmayan gemilere TMK'nin taşınırlara ilişkin hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiği durumudur. Hangi sicillerin Türk Gemi Sicili kapsamında olduğu konusunda kanunda bir açıklık bulunmasa da öğretide hâkim görüş "Türk Gemi Sicili" kavramından TTK'nda düzenlenen "Milli Gemi Sicili[5] ve "Türk Uluslararası Gemi Sicilinin[6] anlaşılması gerektiği görüşündedir[7]. Bağlama Kütüğünün rejimi hakkındaki öğretideki hâkim görüş bir sicil olmadığı yönünde olduğundan[8], bu kütüğe kayıtlı gemilere "Bağlama Kütüğü Uygulama

[5] Kanun koyucu "Milli Gemi Siciline" tescili caiz olan gemileri TTK m. 956.'da hüküm altına almıştır, söz konusu hükme göre Türk Bayrağı çekme hakkına sahip ticaret gemileri ve gezinti, spor, bilimsel faaliyet amaçlarına tahsis edilen gemiler söz konusu olan sicile tescil edilebilecektir. Çağa ve Kender (n 2**)** 73; Buna karşılık yabancı bir sicile kayıtlı gemiler, donanma gemileri, devlet gemileri gemi siciline tescil edilemeyeceğinden TTK'nın mülkiyet hükümleri bu gemilere uygulanmayacaktır (TTK 958).

[6] Kanun koyucu Türk Uluslararası Gemi Siciline kaydedilecek olan gemilerde malik ve tip sınırlaması yapmıştır.4490 Sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanununun 5. Ve 7. Maddeleri uyarınca sicile tescil için malikin Türkiye'de mukim Türk ya da yabancı uyruklu gerçek kişiler ya da Türkiye'de Türk Mevzuatına göre kurulmuş şirketlere ait olması gereklidir; Yetiş Şamlı **(**n 3) 30; Aynı zamanda bu şartın sağlanmasından sonra TUGSK'na tabi gemilerin de belirlenmesi gereklidir, bu gemiler ise söz konusu kanunun 2.maddesinde "kabotaj ve kabotaj harici sularda ticari amaçla kullanılan her türlü yolcu ve açık deniz balıkçı gemileri ile özel maksatlı gemilerdir". Yatlar ise turizm şirketi envanterine kayıtlı ticari yatlardır, görüldüğü üzere TUGS'ne kaydedilecek bir gemi yahut yatların ticari olması gerekmektedir. Söz konusu ticari amaç ise TTK'nda bahis altına alınan ticaret gemisi sayılmanın koşulu olan ticari faaliyettir; Atamer (n 3) 687; 4490 sayılı kanun bu sicile kayıtlı olan gemilerin mülkiyetinin kazanılması yahut kaybedilmesine dair hükümleri düzenlemediğinden dolayı bu hususta TTK hükümleri uygulanacaktır. Yine Sözer, Türk Uluslararası Gemi Sicilinin TTK'nda düzenlemiş olan Türk Gemi Sicili hükümlerine tabi olduğu, kanunun kapsamında yer alan gemilere ilişkin getirilen özel düzenleme haricinde TTK hükümleri uygulanacağı görüşündedir. Sözer (n 3) 94 vd.

[7] Yetiş Şamlı (n 3**)** 83; Sözer (n 3) 92; Yazıcıoğlu (n 3) 121.

[8] Öğretide bir görüş kanun koyucunun Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliğini kaleme alırken sicil ve tescil kavramlarından kaçınarak "kütük ve kayıt" ifadelerine yer verdiğinden ötürü ayrıca sicile güven ilkesinin Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemiler bakımından söz konusu olmadığından hareketle Bağlama Kütüğünün sicil olmadığı yalnızca gemilerin takibatını sağlamak için kurulan elektronik bir takip sistemi olduğunu kabul etmektedir.; Aslıhan Sevinç Kuyucu, "Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin

Yönetmeliğinde" yer alan hükümler uygulanacaktır.

Özet olarak söz konusu hükümler değerlendirildiğinde TTK'nın gemi mülkiyetine ilişkin hükümleri bir Türk Gemi Siciline kayıtlı ticari gemilere aksine hüküm bulunmadığı durumlarda[9] uygulanacaktır.

B. TAŞINMAZ KAVRAMI

Taşınmaz kavramının içine neler girdiği TMK m. 704'te hüküm altına alınmıştır. İlgili hükme göre; "araziler", "tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar" ve "kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler" taşınmaz statüsündedir. Söz konusu bu sayım tahdidi olduğundan, kavramlar genişletilemez yahut daraltılamaz[10]. Belirtilmelidir ki bu kavramların hukuki anlamda taşınmaz sayılabilmesi için kavramlara tapu sicilinde ayrı bir sayfa açılması ve bu sayfaya kaydedilmeleri gerekmektedir[11]. Özetle taşınmazlar sabit duran, niteliği bozulmadan başka bir yere taşınamayan maddi şeylerdir[12]. Taşınmaz statüsünde olan arazi; Tapu Sicil Tüzüğü'nde "sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yer yüzü parçası" olarak tanımlanmıştır. Öğretide ise bir görüşe göre; Arazi eni ve boyu olan toprak parçası dışında, bu

---

Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar", Public and Private İnternational Law Bulletin (2017) 37 (2) 689, 693 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411119> Son Erişim Tarihi:04.04.2023; İsmail Demir, "Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler", (2015) 6 (1) AÜHFD 118, 118; Yazıcıoğlu (n 3) 103, 133.

[9] Söz gelimi yatlar, denizci yetiştirme yahut bilimsel faaliyetlerde kullanılan gemilerin sicile tescili zorunlu tutulmamıştır, ancak kanun koyucu TTK m. 935/II'de bu gemilerin ihtiyari olarak gemi siciline kaydedilebileceğini düzenlemektedir. Bu gemiler gemi siciline tescil edildiği takdirde TTK'nın gemi mülkiyetine ilişkin hükümlerine tabi tutulacaktır.

[10] Ferit Saymen, Halit Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri (Filiz Kitapevi 1963) 272; Hüseyin Hatemi ve diğerleri, Eşya Hukuku (Filiz Kitapevi 1997) 372; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2016) 155; Tekinay ve diğerleri (n 2) 652; Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku, (3.baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1987) 293.

[11] Murat Topuz, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (Seçkin Yayınları 2020) 23.

[12] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 130.

kavramın bir de dikey boyutu vardır, olan yerin altına ve üstüne kadar devam eden derinliği de sahiptir[13]. Diğer bir görüş ise yeryüzünün alt ve üst segmentlerini arazi kavramına dâhil etmemektedir. Bu görüşe göre, bir arazi ve üzerindeki yapıların mülkiyeti ayrı ayrı ele alınmalıdır. Arazinin mülkiyeti ile yapıların mülkiyeti arasında ayrım yapılmalıdır. Bu ayrım yapılırken, arazinin kullanımı ve yapılacak yapıların özellikleri dikkate alınmalıdır. Buna göre, arazinin alt ve üst kısımları farklı mülkiyetler altında tutulabilir. Alt ve üst segment mülkiyeti kavramı, bu ayrımın yapılması için kullanılan bir terimdir[14]. Tapu Siciline kaydedilecek bağımsız haklar, esasında, taşınmaz üzerinde kurulmuş bazı irtifak haklarından ibarettir[15]. Zira bu hakların tescil edilmesi ekonomik ihtiyaçlardan ötürü doğmuştur. Belirtmek gerekir ki şahsa bağlı olduğundan, "oturma" ve "intifa" hakkı tapu siciline taşınmaz olarak tescil edilebilecek haklardan değildir. Ancak şahısla bağlı olmayan üst hakkı, irtifak hakkı, mecra hakkı gibi haklar tapuya taşınmaz olarak tescil edilebilecektir[16]. Ayrıca bir irtifak hakkının tapu sicilindeki bağımsız bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için "bağımsız ve sürekli"[17] olması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır[18]. Kat Mülkiyetine tabi bağımsız bölümler ise "tamamlanmış bir yapının ayrı ayrı kullanılmaya elverişli bölümleri üzerinde kurulan bağımsız mülkiyet hakkına verilen addır[19]. Son olarak altının çizilmesi gerekir ki taşınmaz

[13] Topuz **(**n 11) 60; Osman Gökhan Antalya, Murat Topuz, Eşya Hukuku C: IV/I (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2021) 603.
[14] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 135, dn. 432; Ferit Saymen, Halit Elbir, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) (Filiz Kitapevi 1954) 296**.**
[15] Hatemi ve diğerleri (n 10) 374-375.
[16] Faruk Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi (Vedat Kitapçılık 2017) 27.
[17] Bağımsızlık kavramı, mülkiyetin hem sözleşmesel devir hem de miras yoluyla geçirmesini ifade eder. Hakkın sürekli olması ise süresiz yahut otuz yıl süreli olmasını ifade eder. Topuz **(**n 10**)** 63 vd.
[18] Tapu siciline bu irtifak haklarının kaydı yapıldıktan sonra artık bu haklar taşınmaz niteliği kazanmaktadır, bunun sonucunda ise taşınmaz mülkiyetinden bağımsız olarak artık hukuki işlemlerin konusu haline gelebilirler. Topuz (n 10) 64.
[19] Antalya ve Topuz (n 11) 603; İsmet Sungurbey, "Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları",

ile ilgili hukuki işlemlerin takibatı ancak söz konusu taşınmazın tapu siciline kaydıyla gerçekleşecektir. Topuz'a göre "taşınmazın tapuya kaydedilmesi onun nüfus cüzdanının çıkarılmasına benzemektedir"[20]. Artık söz konusu olan bu kayıtla sayılan kavramlar taşınmaz niteliğini kazanacaktır[21].

II. MÜLKİYETİ DEVİR BORCU DOĞURAN HUKUKİ İŞLEME İLİŞKİN ESASLAR

Türk Hukukunda taşınır-taşınmaz mülkiyetleri, hukuki bir işlemle kazanılabileceği gibi böyle bir işlem olmaksızın da kazanılabilir. Şayet mülkiyet, mülkiyet sahibinin iradesiyle akdedilen bir sözleşmeye dayanılarak yahut mülkiyet sahibinin tek taraflı olarak hazırladığı vasiyetname ya da vakıf kurmaya dayanıyorsa bu durumlarda hukuksal işleme dayanan bir kazandırma söz konusudur[22]. Hukuksal işleme dayanan kazanmalarda da devren kazanma söz konusu olacaktır. Çalışmamızın kapsamı gemilerin ve taşınmazların hukuki bir işlemle devren kazanılmasına ilişkin olduğundan kapsam, devren kazanma ile sınırlı tutulmuştur. Ayrıca bahsetmek gerekir ki mülkiyetin kazanılması bakımından yapılacak bir ayrım da tescilli ve tescilsiz kazanıma ilişkindir. Zira mülkiyetin kazanılması bakımından tescil zorunlu ise bu durumda tescil ile

Medeni Hukukun Genel Sorunları (Adalet Yayınları, 2003) 742. Kat mülkiyetine tabi bağımsız kısımların taşınmaz olarak tescil edilmesi Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine tabidir. Kat Mülkiyeti kurulan her bir bağımsız kısım için tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılır.

[20]Topuz (n 10**)** 80.

[21]Topuz (n 10**)** 81; bu sayılan kavramların taşınmaz niteliğini kazanmasından başka taşınmaz niteliğini hangi durumlarda kaybedebileceğinin üzerinde durmak gereklidir. Örneğin taşınmazın tamamen yok olması yahut sicilden terkini durumunda taşınmaz mülkiyeti mutlak olarak kaybedilmektedir. Kemal Gürsoy ve diğerleri, Türk Eşya Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 54; Oğuzman ve diğerleri (n 1) 377. Veyahut taşınmaz mülkiyeti el değiştirme yoluyla da nısbi olarak kaybedilebilir. Bu durumda mülkiyetin kaybına sebep olan hadise bir başka birinin söz konusu taşınmaz üzerinde bir başka birinin mülkiyeti kazanmasıdır. Tekinay ve diğerleri (n 2) 380.

[22] Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Eşya Hukuku (Turhan Kitapevi 2021) 317; Oğuzman ve diğerleri (n 1) 406 vd.

kazanılma söz konusu olacaktır, bu tür kazanımlarda mülkiyet hakkı tescil ile doğacaktır. Taşınmaz mülkiyetinde ana kural taşınmazın mülkiyetinin tescil ile kazanılmasıyken[23] gemi mülkiyetin devrinde tescil şartı aramamıştır. Mülkiyetin devrinde kullanılan sistem borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olarak ikiye ayrılmaktadır. Her ne kadar uygulamada ve öğretide taşınmazlar bakımından borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin bir arada yapıldığı birlik sistemi benimsenmiş[24] olsa da aşağıda öncelikle gemiler-taşınmazlar bakımından borçlandırıcı işlem daha sonra tasarruf işlemleri incelenecek aralarındaki farklar ve benzerliklere değinilecektir.

A. BORÇLANDIRICI İŞLEM

Mülkiyetin hukuki işlem yoluyla devren kazanılmasında, maliki mülkiyeti devir borcu altına sokan işlem, borçlandırıcı işlem (hukuki sebep) olarak anlaşılmalıdır. Bu yolla borçlunun pasifi arttırılarak alacaklı kişiye bir alacak hakkı kazandırılır[25]. Türk Hukukunda borçlandırıcı işlemler karşımıza borçlandırıcı sözleşme olarak çıkmaktadır. Tarafların irade beyanlarının uyuşması (rızai uyuşma) ile sözleşme kurulmaktadır[26].

1. Gemi Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem

Borçlandırıcı işlem, gemi mülkiyetinin naklindeki hukuki sebebi oluşturmaktadır. Bu işlem tasarruf işlemine atılan ilk adımdır ve mülkiyeti devretme borcunu doğurmaktadır[27]. Türk Hukukunda gemi mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlem bakımından ayrıksı bir hüküm benimsenmemiş tıpkı

[23]Oğuzman ve diğerleri (n 1) 407; Kılıçoğlu (n 22) 318; Lale Sirmen, Eşya Hukuku (12.baskı, Turhan Kitapevi 2022) 321.
[24] Bu sisteme göre borçlandırıcı işlem tasarruf işlemi içindedir. Serozan (n 2) 263; Oğuzman ve diğerleri (n 1) 236 vd.
[25]Tekinay ve diğerleri (n 2) 48 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (10.baskı, Yetkin Kitapevi 2021) 171 vd.
[26] Eren (n 25**)** 223.
[27] Nomer ve Ergüne (n 1) 276; Sirmen (n 23**)** 502; Kılıçoğlu (n 22) 441.

taşınırlarda olduğu gibi şekil serbestliği kabul edilmiştir[28]. Uygulamada gemi mülkiyetinin devri bakımından en çok karşılaşılan borçlandırıcı işlem türü gemi satış sözleşmesidir[29]. Bu tip sözleşmeler istisnasız olarak yazılı şekilde

[28] Her ne kadar taşınırlar bakımından mülkiyeti devir borcu doğuran hukuki işlemler herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış olsa da istisnaların var olduğunu belirtmek gerekir. Söz gelimi geminin mülkiyeti bir bağışlama sözleşmesine dayanılarak devredilmek isteniyorsa bu durumda, bağışlama sözleşmesinin TBK m. 288 kapsamında yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Şayet bağışlama sözleşmesi yazılı olarak akdedilmezse bu durumda geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır; Yetiş Şamlı (n 3) 98; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10.baskı, Yetkin Kitapevi 2022) 288 vd.; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/2 (6. Bası, Evrim Basım Yayın Dağıtım 1990) 356. Öğretide bir görüş gemi mülkiyetinin devrinde yer alan borçlandırıcı işlemin TTK m. 1001 hükmü gereği imzaları noterce onaylanmış şekle tabi tutulan belge olması gerektiğini kabul etmektedir. İnci Deniz Kaner, Deniz Ticareti Hukuku I-II, (4.bası, Filiz Kitapevi 2021) 49 vd. Ancak genel kabulün aksine bazı yerel mahkeme kararları borçlandırıcı işlem bakımından Kaner'in görüşü gibi şekil şartı aramaktadır. Örneğin Yargıtay 11 HD, E 2014/10235 K 2014/17936, 19.11.2014 kararında ilk derece mahkemesi "Mahkemece, 6102 sayılı TTK'nın 1001.maddesi gereğince gemi siciline kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin anlaşmaların yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylı olması gerektiği ve bu sebeple şekil şartı eksikliği nedeniyle davalının yaptığı satış işleminin geçersiz olduğu kabul edilmiş" şeklinde hüküm verilmiştir. (www.lexpera.com.tr, Son Erişim Tarihi:25.03.2023) Kanaatimizce söz konusu karar tartışmaya açıktır.

[29] Gemi Satış Sözleşmelerinin borçlar hukuku anlamında satış sözleşmesi olduğu tartışmasız olsa da bu tip satış sözleşmeleri denizciliğin nitelikleri bakımından belirli hususlarda ayrılmaktadır. Örneğin bu sözleşmelerde geminin teslimine kadar geçen süre uzayabildiğinden, bu uzayan süre içinde sözleşme şartlarında değişiklik yapılması durumudur. Bu değişiklik durumlarında ise sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağının belirlenmesi problemi ortaya çıkmaktadır. Kerim Atamer, "TTK m.867-871 Hükümlerinin Tarihçesi ve Gemi Satım Sözleşmelerine Uygulanması", iç Şakir Tuğrul Ansay (edr), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan (Turhan Kitapevi 2003) 297, 385; Lain Goldrein, ve diğerleri, Ship Sale and Purchase (Lloyd's of London Press Ltd. 1993) 65 vd. Bu problemin çözümü için taraflar uygulamada yaptıkları değişiklikleri içeren elektronik iletileri diğer tarafa ulaştırmaktadır. Yapılan müzakereler sonucunda esaslı noktalar konusunda uyuşmaya varıldığında satıcı yahut satıcının temsilcisi olan broker, anlaşılan hususları yazılı hale getirmekte ve alıcı ya da alıcının temsilcisine ulaştırmaktadır. Ulaştırılan "recap" adı verilen belge sözleşmenin esaslı unsurlarını teyit etmektedir, alıcı ulaştırılan belgeyi kabul ettiği takdirde ise taraflar yan noktaların görüşmesine başlamaktadır. Şayet taraflar anlaşmaya vardılarsa bu durumda "memorandum of agreement" yani satış sözleşmesi imzalanarak, sözleşme akdedilmektedir. Alexa Mandaraka Sheppard, Modern Admiralty Law (Routledge-Cavendish 2001) 455; Aybay (n 2) 521; Goldrein and others (n 29) 1 vd.

akdedilmekte[30] ve "*closing*" olarak adlandırılan kayıtlarla satış sözleşmesinin ifası olan teslimin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağı, bedelin ne zaman, nerede ve nasıl ödeneceği gibi hususlar açıkça hüküm altına alınmaktadır[31].

2. Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tek taraflı veya çok taraflı bir hukuki işlemle gerçekleştirilir ve bu işlem, hakkın kazanılmasının hukuki sebebini oluşturur[32]. TMK m. 706, bu işlemler hakkında şekil şartı aramış ve taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde düzenlenmiş olması gerektiği koşulu getirilmiştir[33]. Kanun koyucunun bu koşulu hüküm altına almasının amacı

[30] Aslıhan Sevinç Kuyucu, "The Moment When The Ship Sale And Purchase Contract Is Binding", (2017) 16 (2) İKÜHFD 581, 584; Fahiman Tekil, Deniz Hukuku (6. Bası, Alkım Yayınları 2001) 116, dn. 81; Müzakereler sonucunda elde edilmiş olan "Memorandum Of Agreemet" hukuki niteliği itibariyle bir gemi satış sözleşmesidir. Uygulama bu tip sözleşmeler bakımından "Norweigan Saleform", "Nipponsale", "Demolischon" gibi tip satış sözleşmeleri sıklıkla kullanılmaktadır. Malcom Strong, Paul Henring, Sale Of Ships: The Norweigan Saleform (3rd., Sweet & Maxwell U.K. 2016) 1 vd.

[31] Yetiş Şamlı (n 3**)** 108 vd.; Aybay (n 2) 521 vd.; Goldrein and others (n 29) 521 vd.

[32] Topuz (n 10) 136; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku II (2.baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972) 103; Gürsoy ve diğerleri (n 21) 474; Tekinay ve diğerleri (n 2) 655. Çok taraflı hukuki işlemlere örnek olarak konumuzun kapsamı dahilinde olan satış sözleşmeleri en güzel örneği oluşturmaktadır. Yine çok taraflı hukuki işlemlere satış vaadi, trampa, bağışlama taahhüdü gibi sınırlayıcı olmayan örnekler verilebilir Ayan (n 10) 158. Tek taraflı hukuki işlemlere ise belirli mal bırakma vasiyeti yahut vakıf kurma, ilan yoluyla ödül sözü verme gibi işlemler örnek olarak gösterilebilir. Ayan (n 10**)** 159; Kılıçoğlu (n 22) 319; Ayrıca bahsetmek gerekir ki hukuki sebebin geçerli olmasının, mefhumu muhalifinden geçersiz olmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Hukuki sonuç geçersiz yahut hiç var olmazsa bu durumda yapılan tescil yolsuz tescil adını alacaktır. Örneğin, ehliyetsizlik, gabin, irade sakatlığı halleri, genel ahlak ve adaba aykırılık ve özel olarak ele alınacak olan şekil şartına aykırılık durumlarında geçersiz olur. Ayan (n 10) 198.

[33] Kılıçoğlu (n 22) 319; Mülga MK'nda "mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmaz" hükmü yer almaktaydı, Türk Hukuku'nda borçlandırıcı sözleşmeler mülkiyeti devretmeyip yalnız devir borcu doğduğundan ilgili hüküm öğretide eleştirilmekteydi, yeni TMK döneminde ilgili eleştiriler dikkate alınmış ve hüküm lafzen düzeltilerek paralellik sağlanmıştır. Kılıçoğlu (n 22**)** 319. Altı çizilmesi gereken bir hususta kanun koyucunun sadece mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler resmî şekle tâbi kılmasıdır, bu durumda örneğin ilan yoluyla ödül sözü verme gibi tek taraflı

tarafların acele karar vermesini önleyerek düşünmeye sevk etmek ve hukuki işleme açıklık sağlayarak taşınmaz mülkiyetinin devrini güvenli hale getirmek istemesidir[34]. Resmi şekilde düzenlenmiş olan sözleşme esaslı noktalarının yanı sıra[35], tarafların sözleşmenin vazgeçilmez şartı olan subjektif esaslı noktaları da kapsamalıdır[36]. Taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik resmi anlaşmayı uygulamada Tapu Sicil Müdürü, memurları[37] yahut 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 61/a' ya eklenen hükümle Noterler yerine getirecektir[38]. Taşınmaz mülkiyetinin devri için resmi şekilde yapılmamış olan bir sözleşme Türk Hukukunda geçersiz olarak kabul edilmektedir. Ancak bu geçersizlik türünün niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşme resmi şekil şartına uyulmadan yapılmışsa bu durumda batıl (kesin hükümsüz/mutlak butlan) olarak addedilecektir[39]. Bu durumda geçersizlik herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen nazara alınır. Taraflar sözleşmenin tekrar hüküm ifade etmesini isterlerse usulüne

---

işlemlerde şekil şartı söz konusu olmayacaktır. Sirmen (n 23) 324.

[34] Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7.baskı, Filiz Kitapevi 2017) 271; Tekinay ve diğerleri (n 2) 657; Arif Barış Özbilen, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü (Onikilevha Yayınevi 2016) 36; Gürsoy ve diğerleri (n 21 475; Sirmen (n 23) 324; zira böylece resmi şekilde yapılmış bir sözleşmeye karşı ehliyetsizlik yahut irade sakatlıklarına karşı itiraz güçleşmektedir. Oğuzman ve diğerleri (n 1) 410.

[35] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 410; Özbilen (n 34) 138 vd.

[36] Tekinay ve diğerleri (n 2) 670, Bu durumda satış bedelinin yer alması önem arz edecektir, şayet taraflar bedelde muvazaa yapmışsa bu durumda sözleşmenin akıbetinin öğretide ne olacağı tartışmalıdır; Lale Sirmen, "Taşınmaz Satımında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Sonuçları", Jale Akipek'e Armağan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1991) 305, 305 vd.; bir görüş satış sözleşmesini hakkın kötüye kullanılmasını istisna tutarak geçersiz akdetmektedir; Akipek (n 32) 111-112; Diğer bir görüş ise sözleşmenin geçersiz sayılmayacağını, eksik harç çıktıysa tamamlanacağını, ancak önalım hakkı sahibinin evrakta eksik gösterilen bedel üzerinden hakkını kullanacağı görüşündedir. Tekinay ve diğerleri (n 2) 669.

[37] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 414; Sirmen (n 23) 325.

[38] <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1512.pdf>

[39] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 407; Ayiter (n 10) 109; Tekinay ve diğerleri (n 2) 674; Kocayusufpaşaoğlu (n 34) 311; Sirmen (n 23) 330.

uygun olarak işlemleri tekrarlamaları gerekmektedir[40]. Öğretide diğer bir görüşe göre ise mutlak butlan gibi keskin bir sonucun yerine kendine has ("*sui generis"*) bir hükümsüzlüğün kabul edilmesi taraftarıdır. Bu görüş taraftarları şeklin tarafları koruma amacından hareket etmekte ve bu şekle aykırılığın yalnız taraflarca ileri sürülebilmesini kabul etmektedirler, hâkim resen bu eksikliği nazara alamamaktadır. Bu durumun sonucu olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmenin şekle aykırı olması durumunda aykırılık ileri sürülene kadar geçerli sonuçlar doğacaktır[41]. Belirtmek gerekir ki Türk Hukuku ve uygulamasında[42] ağırlıklı görüş, kesin hükümsüzlükten yanadır. Zira kanaatimizce de Türk Hukuku ile paralellik taşıması bakımından ilk görüşe üstünlük tanınmalıdır. TMK m. 1015/I hükmü lafzen incelendiğinde hukuki sebebi içeren belgenin tapu müdürünce incelenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır ancak "*sui generis*" görüş benimsenirse bu durumda tapu müdürünün inceleyip uygun görmediğinde reddede bileceği bir eksikliği hâkim reddedememekte ve ortaya tezat bir ilişki çıkmaktadır[43]. Ayrıca her ne kadar "*sui generis*" görüş taraftarları kesin hükümsüzlük yaptırımını keskin bulsa da hem İsviçre hem de Türk uygulama ve öğretisinde bu kesin yaptırım hakkın kötüye kullanılması kurumuyla yumuşatılmıştır. Burada hâkim, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını serbest bir şekilde tayin ve takdir etmektedir. Ancak dikkat

[40]Oğuzman ve diğerleri (n 1) 408; Öğretide Feyzioğlu'nun isabetle belirttiği üzere şekil eksikliğinin ileri sürülmesi bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır. Söz gelimi şekil şartına uyulmadan satılmış bir tapulu taşınmazın parası alınmış ve alıcısına teslim edilmişse bu durumda hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Metin Feyzioğlu, "Medeni Kanun'un 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", (Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu 1978) 147, 183.

[41] Akipek (n 32) 107-108; Gürsoy ve diğerleri (n 21) 481; Eren (n 25) 307 vd; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (n 34) 308 vd.; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi (Yetkin Yayınları 1998) 143.

[42] Yargıtay 8 HD, E 1985/6706 K 1985/6662, 13.06.1985, Yargıtay Kararları Dergisi, (1985) 11 (10) 1475; Yargıtay 1 HD, E 1986/2254 K 1986/2126, 27.02.1986, Yargıtay Kararları Dergisi (1986) 12 (9) 1272 vd.

[43] Sirmen (n 23) 330; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (n 34) 310.

edilmelidir ki sözleşmenin tarafların söz konusu sözleşmenin şekil şartına aykırılığından dolayı geçersiz olduğunu bilmelerine rağmen ifada bulunmuş olmaları geçersizliğin ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması olarak adlandırılmasında önemli bir rol oynamaktadır[4445]. Şayet kesin hükümsüzlük görüşü kabul edilirse bu durumda alıcı adına tescilin yapılıp yapılmadığı ayrımına dayanan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Alıcı adına tescil yapılmadıysa bu durumda harici bir satış ortaya çıkacak, satışın sonuçları ise zilyetliğin devredilip devredilmediğine göre değişecektir[46]. Söz gelimi zilyetlik alacaklıya devredilmediyse şekil şartına aykırı bir sözleşme kesin hükümsüz olarak kabul edildiğinden taraflardan birbirinden herhangi bir istemde bulunamayacaktır. Şayet alıcı satıcıya satış bedelini ödediyse bu durumda satıcıdan sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden ödediği bedeli alacaktır[47]. Zilyetliğin alıcıya devredildiği durumlarda ise taşınmaz mülkiyeti alacaklıya geçmediğinden satıcı el atmanın önlenmesi yahut istihkak davası açması gerecektir[48]. Diğer bir ihtimal ise alıcının adına tescil yapılması durumudur. Bu durumda yapılan kayda rağmen satıcı mülkiyete sahip olmaya devam eder. Yapılan tescil yolsuz bir tescil haline gelir. Satıcı bu durumda kural olarak TMK m. 1025'e dayanarak tapu sicilini

[44]Kılıçoğlu, "Taşınmaz Satımında Hakkın Kötüye Kullanılması", (1981) 38 (1-4) AÜHFD 209, 213 vd.; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali", (1958) (2) Adliye Dergisi 113, 135.

[45]Sirmen (n 23) 331.

[46] Mustafa Dural, Eşya Hukuku Dersleri (Fakülteler Matbaası 1981) 80.

[47]Oğuzman ve diğerleri (n 1) 420; Kudret Güven ve Turhan Esener, Eşya Hukuku, (8.baskı, Yetkin Yayıncılık 2019) 238 vd.; Akipek (n 32) 109.

[48] Akipek (n 32**)** 109-110; Gürsoy (n 2) 484; şu hususun altının çizilmesi gerekmektedir şayet alıcı zilyetlik kendisine geçirilirken satış bedelini ödediyse söz konusu satış bedelini satıcıdan geri talep edebilecektir. Öğretide bu talep için sebepsiz zenginleşmenin zamanaşımı süresi kabul edilirken; Gürsoy ve diğerleri (n 21) 484; Yargıtay yerine getirilmeyen bir taahhütten hareket ederek Yargıtay İBK, 21/47, 29.02.1940, RG. 30.04.1940, S. 4497, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4497.pdf> Son Erişim Tarihi:20.03.2023. (Yargıtay 3 HD, E 1985/3943 K 1985/4995, 04.07.1985, Yargıtay Kararları Dergisi 13 (4), 527 kararlarında on yıllık genel zamanaşımı süresini uygulamıştır.

düzeltme davası açabilecek aynı zamanda yine alıcıda ödemiş olduğu satış bedelini geri alabilecektir[49].

3. Gemi Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem ve Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem Niteliklerinin Karşılaştırılması

Yukarıda bahsedildiği üzere öğretide Kaner'in görüşü istisna tutulmak üzere TTK gemi mülkiyetinin devrinin hukuksal sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemi herhangi bir şekil şartına tabi tutmamış aksine tarafların anlaşma ile bu işlemin doğuracağını kabul etmiştir. Ancak taşınmazların devri bakımından kanun koyucu yine yukarıda öngörüldüğü üzere borçlandırıcı işlem bakımından resmi şekil şartını aramış ve bu resmi şekil şartında aykırılığın olması üzerine bir takım hukuki sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu borçlandırıcı işlem bakımından gemilerin bir taşınır olduğundan hareket etmiş ve taşınır hükümlerinden ayrılacak bir hüküm sevk etmemiştir ancak taraflar yazılı tip gemi satış sözleşmelerini uygulamada daima kullanmaktadırlar. Bu başlıkta son olarak altı çizilmesi gereken husus Kaner'in borçlandırıcı işlem bakımından şekil şartının aranması gerektiği görüşüdür. Şayet Kaner'in bu görüşü benimsenirse taraflar gemi mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlemi şekle tabi olarak yapmak zorunda kalacaklar gemi satışını açıklayıcı olarak sicile tescil ettirmek istediklerinde sicil müdürü söz konusu olan borçlandırıcı işlemi görmeden sicil işlemini gerçekleştirmeyecektir.

B. TASARRUF İŞLEMİ

Tasarruf işlemi, bir kimseye ait olan hakkın üzerindeki yetkisine müdahale ederek hakkın sınırlandırılması, devredilmesi veya sona erdirilmesi işlemidir. Bu işlem, tasarruf sözleşmeleri ile gerçekleştirilir ve var olan hakkın sona erdirilmesi veya sınırlandırılması amacıyla yapılan anlaşmalardır[50]. Konumuz mülkiyetin devri

[49]Ayan (n 10) 210; Tekinay ve diğerleri (n 2) 674.
[50] Kudret Ayiter, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri (Siyasal Bilgiler Fakültesi

olduğundan ötürü ayni haklara ilişkin tasarruf sözleşmeleri olan ayni sözleşmelerden bahsetmek gerekecektir. Bu tür sözleşmeler, taşınır mallarda zilyetliğin devri, taşınmaz mallarda ise tescilin varlığı sebebiyle bazı yazara göre kabul edilebilirken, öğretide ise ayni sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir[51]. Çalışmamızda önce gemilerin mülkiyetinin devri bakımından tasarruf işlemleri incelenecek, bu bağlamda gemi siciline güven ilkesine değinilecek ardından ise taşınmazlar bakımından tasarruf işlemi (tescil) bahsi ele alındıktan sonra kurumlar arası karşılaştırma yapılacaktır.

1. Gemi Mülkiyetinin Devrinde Tasarruf İşlemi

TTK m. 936 uyarınca gemilerin hukuki nitelikleri istisna hükümler dışında taşınır olduğundan kanun koyucu gemilerin mülkiyetinin devrinde yer alan tasarruf işlemini de taşınırlara benzetmek amacıyla hükümler getirse de söz konusu hükümler gemilerin ekonomik değerinin yüksek olması ve sicilin varlığından hareketle öğretide eleştirilmiştir[52]. TMK m. 763/I hükmü gereği, taşınır mal mülkiyetinin devri için zilyetliğin geçirilmesi şarttır. Ancak öğretide ağırlıklı görüş, tarafların mülkiyet devir işlemine ilişkin hukuki niteliği veren ayni sözleşmenin de zilyetliğin devrinin yanı sıra akdedilmesi gerektiği şeklindedir. Bahsi geçen bu sözleşme, zilyetliğin devri sırasında var olan irade uyuşmasına

Yayınları Ankara, 1953) 117; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi (Onikilevha Yayınları 2014) 45.

[51] Demet Çeliktaş Özdamar, "Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya Da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması", Yargıtay Dergisi (2000) 26 (3) 399, 402; Özge Erbek, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan (2013) 8 938; Vardar Hamamcıoğlu **(**n 50) 937, 114.

[52] Samim Ünan, "Some Aspects Of Maritime Law in the New Turkish Commercial Code", Recent Developments in Maritime Law: Papers Submitted to the Joint Seminars of German and Turkish Maritime Law Associations (Held in Hamburg on 25 August 2011 and in İstanbul on October 6 2011, 13 <https://silo.tips/download/recent-developments-in-maritime-law-2> Son Erişim Tarihi:04.04.2023)

karşılık gelmektedir[53].

a. Ayni Sözleşme

Belirtildiği üzere ayni haklara ilişkin olan tasarruf sözleşmelerine ayni sözleşme adı verilmektedir[54]. TTK m. 1001/I ayni sözleşmeyi hükme bağlamakta[55] ve sicile kayıtlı bir geminin mülkiyeti devredilmesi için devreden malik ile devralanın mülkiyetin devralana geçmesi hususunda anlaşmanın yazılı bir şekilde yapılması ve imzalarının da noterce onaylanması şartını içermektedir. Belirtmek gerekir ki taraflar yazılı bir sözleşmeye imzalarını sicil müdürlüğünde attığı takdirde noter onayı gerekmeyecektir. Bu hükmün değerlendirilmesinden şu şekilde bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Türk Gemi Siciline kayıtlı gemiler bakımından gemi mülkiyetinin devri tıpkı taşınırlar gibi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir ancak bu borçlandırıcı işlemin ifası niteliğinde olan ayni sözleşme kanun hükmü gereği şekle tabi tutulmuştur[56]. ŞEKER ÖĞÜZ'ün isabetle ele aldığı gibi

[53]Oğuzman (n 1) 850; Mehmet Serkan Ergüne, Taşınır Mülkiyeti **(**Onikilevha Yayınevi 2017) 278; Çeliktaş Özdamar (n 51) 402. Belirtmek gerekir ki hem taşınmazlar da hem taşınırlar da hak sahipliğinin ve hakkın kapsamının belirlenmesi amacından aleniyet ilkesi kabul edilmiştir. İlke eşya üzerinde var olan ayni hakkın herkes tarafından bilinmesini hedef almaktadır. Topuz (n 10**)** 111; bu nedenle de ayni haklarda var olan sınırlı sayıdaki tipe bağlılık ilkesi tasarruf işlemlerinde de söz konusu olur. Taraflar zilyetliğin devri ve ayni sözleşmeden farklı bir şekilde taşınırın zilyetliğini devredemez. Serozan (n 2) 269; Ergüne **(**n 53**)** 126; Oğuzman ve diğerleri (n 1) 32; Sirmen **(**n 23**)** 34; Ayrıca bir hususun ele alınması önemlidir sicile kayıtlı gemilerde ayni sözleşme bir sıhhat şartına tabi tutulmuş olduğundan ötürü uygulamada zilyetliğin devri ile aynı anda gerçekleştirilmektedir. Yetiş Şamlı (n 3) 135.

[54] Mustafa Arıkan, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu", (SÜHFD**)** (2008) 16 (1) 71, 76; Esener ve Güven (n 47) 338; Ergüne (n 53**)** 81.

[55] Yetiş Şamlı (n 3) 136.

[56] Yazıcıoğlu (n 3) 159; Sözer (n 3**)** 129 vd.; Yetiş Şamlı (n 3) 137; Şeker Öğüz'de sicile kayıtlı olan gemilerde tarafların anlaşması ile mülkiyeti devreden anlaşmanın borçlandırıcı işlem değil ayni akit olduğu görüşündedir. Yazar mülkiyetin devri bakımından yalnız borçlandırıcı sözleşmenin yeterli olmadığı ayrıca tarafların rızalarının uyuştuğunu gösteren ayni sözleşmenin de varlığının aranması gerektiği görüşündedir. Zehra Şeker, "Taşınmaz Mülkiyetiyle Karşılaştırmalı Olarak Sicile Kayıtlı Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması," iç Rayegan Kender ve Ergon Çetingil (edr) Tahir Çağa'nın Anısına Armağan (Beta Basım 2000) 465, 472; Yener Coşkun aksi görüştedir, müellif zilyetliğin devrinin tasarruf işlemi olduğu kanaatindedir, kanunda

gemilerin yüksek ekonomik değerinden ötürü mülkiyetin devredilmesine olanak sağlayan anlaşmanın şekil şartına tabi tutulması isabetlidir[57]. Yine mülkiyetin

bahsedilen şekil şartının ise borçlandırıcı işlemin ise şekil şartına tabi olduğu görüşündedir, ancak müellif ayni sözleşme kavramına hiç değinmemiştir. Hilal Yener Coşkun, "Gemi Mülkiyeti", (2014) 12(136) Legal Hukuk Dergisi 73, 79; Kaner'de aksi görüştedir, müellife göre kanunda bahis altına alınan şekle bağlı sözleşme gemi mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı sözleşmedir. Kaner (n 26) 49; ancak belirtmek gerekir ki bu görüşler tartışmaya açıktır zira mülga TK döneminde geminin mülkiyetinin devrinin anlaşmayla devredilebileceği kabul edilirken söz konusu olan anlaşmanın ayni karakterli bir ifa muamelesi, yani ayni bir sözleşme mahiyetinde olduğu kabul edilmekteydi ayrıca gemi mülkiyetinin naklini doğuran iltizami muameleler TBK'nda hüküm altına alınmıştır. Kalpsüz (n 4) 306; Yine kanun koyucu TTK m. 1001/II'de mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın yazılı bir biçimde yapılmasını ve imzaların noterce onaylanmasından bahsetmektedir, bu hüküm her ne kadar borçlandırıcı işlemin şekil şartına bağlı olduğu sonucunu uyandırsa da kanun koyucu gemilerin mülkiyetinin geçirilmesini zilyetliğe bağlandığından ortaya bir çelişki çıkaracaktır, Sözer'in belirttiği üzere borçlandırıcı işlem şekilden ari olarak hüküm altına alınmıştır, kanunda bahsedilen şekli işlem ise tescilin ikmali için lazım gelen ayni sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Sözer (n 3**)** 129.

[57] Zehra Şeker Öğüz, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Gemi Mülkiyetinin Devrine İlişkin Getirilen Esaslar", iç Tufan Öğüz (edr), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (Filiz Kitapevi 2013) 847, 853; Ergon Çetingil, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri, (Beta Yayınları 1998) 40; Rayegan Kender, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri, (Beta Yayınları 1998) 123; Samim Ünan, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri (Beta Yayınları 1998) 122; Mülga TK'nda sicile kayıtlı geminin mülkiyetinin devri için yalnızca anlaşmanın varlığı, savaş, acil durumlarda mülkiyetin sorunsuz devredilmesi ve işlemlerde sürat sağlamak maksadıyla, kabul edilmişti. Atamer (n 29) 360; Kalpsüz (n 4) 310; Akıncı ise gemi mülkiyetinde yer alan bu iktisap şartının sürat için getirildiği böylece sürat için aleniyet ilkesinden birtakım feragatler verildiği görüşündedir; Akıncı (n 2) 302; Ancak Türk Hukukunda mülga kanun döneminde de yazılı şekil şartının aranması bazı yazarlarca önerilmiştir, zira yalnızca sürat sağlamak adına aleniyetten vazgeçilmemelidir; Atamer (n 29) 60; Daha sonra kanun koyucu yapılan eleştirileri dikkate almış gemi mülkiyetinin devrinde mehaz Alman Hukukundan saparak yazılı şekil şartını öngörmüştür, Ancak Alman Hukuku'nda durum hala salt anlaşma ile devredilebilecek şekildedir, Alman müelliflerin bir kısmı acil satış örneklerini örnek göstererek düzenlemeyi haklı bulmakta, Rolf Herber, Seehandelsrecht : Systematische Darstellung, (2.baskı, De Gruyter 2016) 158; bir kısmı ise artık 17.-18. yy. da kalmış olan acil durumların istisnai olarak söz konusu olacağını bu nedenle yazılı şekil şartının aranması gerektiği görüşündedirler. Hans Jürgen Puttfarken, Seehandelsrecht, (Verlag Recht und Wirtschaft 1997) 259; Wüstendörfer ise savaş zamanında ani patlamaları örnek olarak göstermektedir. Hans Wüstendörfer, Neuzeitliches Seehandelrechts: Mit Besonderer Berücksichtigung des Anglo Amerikanischen und des Internationalen Rechts (2.baskı, Verlag J.CB.,1950) 76; İzveren ise sözleşmenin yalnız anlaşma ile devredilmesi ve bu

devri için şekil şartının yanı sıra imzaların noterce onaylı olması gerekmektedir. Kanun koyucu imzaların noterlikçe onaylı olması hususuna TTK m. 1001/II ile istisna getirmiş ilgili hüküm gereğince memurun imzaları onaylaması da noterlikçe onaylanmış gibi işlem göreceğini düzenlemiştir[58].

b. Zilyetliğin Devri

Zilyetlik kişi ile eşya arasında kurulan, dışarıdan görülebilir ve korunmuş olan bir fiili hâkimiyet ilişkisidir[59]. Gemiler bakımından zilyetlik ise TMK'nin öngördüğü şekillerde geçebilecektir[60]. Öğretide ise gemilerin mülkiyetinin zilyetlik ile

aşamada zilyetlik devrinin aranmamasını gemilerin seferde iken devredilmesi bakımından uygun bulmaktadır. İzveren (n 2) 57; Atamer ise artık günümüz şartlarında acil durumların söz konusu olmayacağı, ticari hayatın içinde bankaların yalnız anlaşma ile mülkiyeti devreden gemileri teminat olarak kabul edip kredi sağlamayacağı görüşündedir. Atamer (n 29) 382; İngiliz Hukukunda ise gemi mülkiyetinin devrinin "bill of sale" adı verilen sözleşme ile geçirildiği, yeni malikin kayıt sistemine şartları sağlaması üzerine tescil edileceği ancak küçük tekneler ve balıkçı gemilerinin bu 1878 tarihli Bill Of Sale Acts hükümlerinden muaf olacağı kabul edilmiştir. David Jackson, Enforcement Of Maritime Claims (İnforma Law from Routledge, 2006) 1030 23.31; İngiliz Hukukunda satış senedi gemi mülkiyetinin devrinin kanıtıdır. Satış senedinin teslimi ile geminin mülkiyetinin devredildiği an eş zamanlıdır. Chen Guixin, "Relationships between registration, delivery and transfer of ship ownership" Maritime Safety & Environment Management Dissertations (2013) 15 vd. <https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=msem_dissertations> Son Erişim Tarihi:22.03.2023) İngiliz Hukukunda tescil ne etkinlik unsuru ne de karşıtlık unsurudur, sadece gemi mülkiyetinin devredildiğini kamuya duyurma işlevine sahiptir. Guixin (n 57) 17.

[58] Şeker Öğüz (n 57) 853; Söz konusu hükümde sicil memurunun görevi kapsamı açık değildir, memur anlaşmayı hazırlayabilir mi yoksa yapılan anlaşmada salt imza tasdiki mi yapabilir? Bu husus kanun lafzından anlaşılamamaktadır, bu nedenle öğretide sicil memurunun görevine açıklık getirilmesi, memurun işlevinin yazılı bir şekilde yapılmış olan anlaşmada imzaların onaylanması ile sınırlı olduğunun açıkça hüküm altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Ergon Çetingil, ve diğerleri, Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı iç Rayegan Kender (edr), (2006) 50; Sözer (n 3) 120; Yazıcıoğlu (n 3) 159.

[59] Serozan **(**n 2) 33; Oğuzman ve diğerleri (n 1) 45; Saymen ve Elbir **(**n 14**)** 40; Esener ve Güven (n 47) 74; Nomer ve Ergüne (n 1) 15; Zilyetlik bakımından subjektif ve objektif unsurlar aranmaktadır. Subjektif unsur eşya üzerinde devamlı hâkimiyet kurma iradesidir, objektif unsur ise eşyadan yararlanabilme durumunu ifade eder. Oğuzman ve diğerleri (n 1) 46; Sirmen (n 23) 42; Ergüne (n 53) 87.

[60] Söz gelimi geminin teslimi malikin, iktisap eden devralanı geminin yanına kadar götürüp fiili hâkimiyetini gemi üzerinde devredebilir. Yahut anahtar ile çalışan daha

geçebileceği aleniyetin sağlanamaması adına eleştirilmiş ve sicile tescil olgusu dururken gemi mülkiyetinin zilyetlikle geçiyor olmasının aleniyeti zedelediği isabetli olarak savunulmuştur[61].

c. Gemi Mülkiyetinde Tasarruf İşleminin Sebebe Bağlı Olup Olmadığı Problemi

Bu problem ile tartışılması gereken husus ayni sözleşmenin geçerli olarak kabul edilmesinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmamasıdır. Şayet borçlandırıcı işlem geçersiz olduğunda, tasarruf işlemi de kendiliğinden geçersiz

küçük gemi veya teknelerin anahtar teslimi ile, geminin kısa elden teslimi ile veya hükmen teslim ile de gemi zilyetliği devredilebilir. Yetiş Şamlı (n 3) 165 vd.; Uygulamada ise taraflar yukarıda belirtildiği üzere *"closing*" adı verilen toplantıdan sonra zilyetliğin devri için yer, tarih ve liman kararlaştırmaktadır. Daha sonra ilgili zaman ve yerde devralanın kaptanı borda evrakını devredenin kaptanından teslim almakta ve tesellüm tutanağı imzalamaktadırlar. Kerim Atamer, Deniz Ticareti Hukuku Cilt II: Gemilerin Eşya Hukuku, (Onikilevha Yayınları 2018) 122; Aybay (n 2) 522.

[61] Ünan (n 52) 13; Belirtmek gerekir ki TTK 1007/I uyarınca sicile kayıtlı gemi payının mülkiyeti, malik ile devralanın bu hususta anlaşmaları ile devralana geçecektir, yine burada da anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylanması gereklidir lakin gemi payının devrinde zilyetliğin devrine yer yoktur. Zira paylı mülkiyette pay üzerinde değil paylı mülkiyete konu olan gemi üzerinde birlikte mülkiyet durumu söz konusu olduğundan ötürü zilyetlik devrinin aranmaması isabetlidir. Gemi üzerindeki payın devrinde de sicile tescil, gemi mülkiyetinin devrinde olduğu gibi açıklayıcıdır. Kanun koyucu donatma iştirakine tabi gemilerde payın devrini TTK 1007/II hükmünde özel olarak düzenlemiş, paydaş donatanlardan her birinin sahibi olduğu iştirak payını dilediği anda ve onaya tabi olmadan başka bir kimseye devredebileceğini düzenlemiştir. Ancak gemi payının devrinden farklı olarak donatma iştiraki payının devrinde sicil ihdası rol oynamaktadır. Devir serbestîsinde Türk Bayrağı Çekme Hakkının kaybı halinde izin müessesini düzenleyen TTK 1007 hükmü ise dikkat çekicidir. Yetiş Şamlı (n 3) 217; bu durum öğretide eleştirilmektedir bir kısım yazarlar iştirak payı ve gemi payının devrinin benzer kurumlar olduğu bu nedenle de farkı bir düzenlemenin isabetsiz olduğu görüşündedir; Yazıcıoğlu (n 3) 166; Çağa ve Kender (n 2) 101; Diğer görüşte olan yazarlar ise gemi payının ve iştirak payının devrinin farklı esaslara tutulmasının yerinde olduğunu, gemi payının devrinin, gemi mülkiyetinin devri gibi süratli olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Kalpsüz (n 4) 317; Kanaatimizce ilk görüşe üstünlük sağlanmalıdır. Yine İstanbul BAM 14 HD, E 2018/302 K 2018/423, 19.04.2018 kararında sicile kayıtlı gemiler bakımından pay devrinin anlaşma ve yazılı şekil şartına tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. (www.lexpera.com.tr, Son Erişim Tarihi:26.03.2023).

hale geliyorsa bu durumda sebebe bağlılık (illi işlem), borçlandırıcı işlemin geçersizliği tasarruf işleminin geçersizliğine yol açmıyorsa soyutluk (mücerret işlem) söz konusu olmaktadır[62]. Taşınmazlar bakımından sebebe bağlılık ilkesi kabul edilmiş olsa[63] da taşınırlar bakımından kanunda bir düzenleme olmadığı gibi öğretide de tartışmalıdır[64]. Öğretide bir görüş taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu kanaatindedir[65]. Bu müellifler sebebe bağlılık ilkesinin kabulünde malik menfaatinin korunmasından yola çıkmaktadırlar, zira tarafların istemedikleri bir şekilde taşınırı devralanın ve ondan iktisap edenin malikten daha fazla korunmaya ihtiyacı yoktur ayrıca sadece soyut bir işlemle ortada hukuki sebep dahi olmadan taşınırların devredilmesi sosyal hayatın gerçekleri ile de bağdaşmamaktadır. Yine bu müellifler malı elinde haksız olan bulunduran kişilere karşı TMK m. 683/II hükmüne dayanan istihkak davasının açılabilmesini, sebebe bağlılık ilkesinin temeli olduğu görüşündedirler. Öğretide diğer bir görüş ise taşınır mülkiyetinin devrinde soyutluk ilkesinin geçerli olduğu kanaatindedir[66]. Bu görüşteki yazarlar ise taşınmaz mülkiyetinin devrinde yer alan birlik prensibinin taşınır mülkiyetinde benimsenmiş olmadığı, taşınır mülkiyetinin devrinde ayrılık sisteminin benimsenmiş olduğundan yola

[62] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 856; Ergüne (n 53) 114; Çeliktaş Özdamar (n 51) 415; Antalya ve Topuz (n 11) 168; Erol Cansel, "Menkul Mülkiyetinin Geçişi ve Ayni Sözleşme Kavramı", İmran Öktem'e Armağan (1967) 333, 355; zira taşınmaz mülkiyetinde kanun koyucu TMK 1015/III hükmünde açıkça sebebe bağlılık kavramını kabul etmiştir. Bu kabul taşınmaz mülkiyetinin devrinde tasarruf işleminin borçlanma işlemi içinde yer aldığı, adeta eridiğinden, birlik sistemi açısından da uygundur. Vardar Hamamcıoğlu'da birlik ilkesinin zorunlu olarak sebebe bağlılık ilkesine ihtiyaç duyduğu görüşündedir. Hamamcıoğlu (n 50) 73; Serozan (n 2**)** 84.

[63] Bkz. dn 62.

[64] İsviçre Federal Mahkemesi 1929 yılında kadar soyutluk görüşünü benimsemişti.1929 yılından beri verdiği kararlarında sebebe bağlılık görüşlerini kabul etmiştir. (BGE 55 II 302) (https://www.servat.unibe.ch/dfr/c2055302.html, Son Erişim Tarihi:24.03.2023) (BGE 96 II 145) (https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2096145.html, Son Erişim Tarihi:24.03.2023).

[65] Tandoğan, (n 26) 96; Cansel (n 62) 26; Esener ve Güven (n 47) 322; Eren (n 25) 199; Antalya ve Topuz (n 11) 259.

[66] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 856; Nomer ve Ergüne (n 1) 284; Ergüne (n 53) 121.

çıkmaktadırlar. Bu müellifler yine ayrılık sisteminin devredeni koruduğu alışveriş güvenliği bakımından devralanın ise soyutluk ilkesi ile korunarak tarafların eşit dengeye oturtulmasını savunmaktadırlar. Söz gelimi soyutluk ilkesini savunan yazarlardan Ergüne'ye göre taşınmazlar daha değerli ve sınırlı sayıdadırlar bu nedenle taşınmazların gündelik hayat içinde el değiştirmesi taşınırlar bakımından daha sınırlı ve yavaş olmaktadır ancak az maliyetle çok sayıda üretilen taşınır mallar bakımından soyutluk prensibinin benimsenmesi yerinde olacaktır [67]. Görüşlerin pratik önemi, geçersiz bir borç ilişkisine dayanan taşınır malın geri alınmasına ilişkin uygulanacak hükümlerde kendini gösterecektir, sebebe bağlılık prensibi kabul edildiğinde "istihkak davası", soyutluk ilkesinin kabulü halinde "sebepsiz zenginleşme" davası açılacaktır[68]. Yukarıda var olan tartışmalar incelendiğinde, sicile kayıtlı gemiler bakımından borçlandırıcı işlem ve ayni sözleşme iki ayrı kısımda incelendiğinden sebebe bağlılık – illiyet tartışması burada da gündeme gelecektir, bu tür gemilerin devri bakımından, kendilerine has sicile kaydedilen ve kanun koyucu tarafından taşıdıkları ekonomik değer göz önüne alınarak belirli hükümler bakımından taşınmazlara benzetilen gemiler bakımından sebebe bağlılık prensibi benimsenmesinin kabul edilmesi gerekmektedir[69].

d. Mülkiyetin Devrinde Gemi Siciline Güven İlkesi

Türk Hukukunda ayni haklar üzerindeki aleniyet, bu hakların herkese karşı ileri

[67] Ergüne (n 53) 121.
[68] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 856 vd.
[69] Çağa, Federal Mahkemenin kararlarının sebebe bağlılık prensibini içermesinden hareketle, gemiler bakımından da bu prensipten ayrılmak için bir sebep bulunmadığı görüşündedir. Çağa ve Kender **(**n 2) 101; Sözer (n 3) 122; Wüstendörfer (n 57) 122; Aksi görüşte: Akıncı ise soyutluk prensibini savunan yazarların gerekçelerinin daha makul ve daha uygulanabilir olduğu kanaatindedir Akıncı **(**n 2) 174; Yetiş Şamlı (n 3**)** 185, müellif gemilerin TTK'nda açıkça taşınır hükmünde olduğunu belirli hükümler bakımından istisnalar kabul edildiğini ancak bahsedilen prensipler bakımından taşınmazların esas alınması gerektiğine dair bir sapmanın var olmadığı görüşündedir.

sürülebilme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu ihtiyaç, taşınmazlarda sicil ve taşınırlarda zilyetlik kavramları ile hüküm altına alınmıştır[70]. TMK'nde ise hak karineleri ve iyi niyetin korunmasına ilişkin esaslar da bu ayrım gözetilerek düzenlenmiştir, taşınırlar bakımından zilyetlik mülkiyet karinesiyken, tapuya kayıtlı taşınmazlarda adına tescil bulunan kişi karine olarak malik sayılmaktadır[71]. Bölümün konusunu oluşturan gemilerde ise durum yapılan ayrımdan farklıdır, gemiler sahip oldukları ekonomik değerden ve deniz ticaretinin gerekliliklerinden dolayı kimi zaman taşınmazlara ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur[72]. Söz gelimi kanun koyucu sicile kayıtlı gemiler üzerinde ipotek hakkı tesisine mahal verip, taşınmaz hükümlerine benzer bir sistem uygularken aynı sistemi gemi mülkiyetinin devrinde uygulamamış, ilgili hükümleri düzenlerken taşınır mülkiyetinin devri hükümlerinin örnek aldığını belirtmiştir. Bu nedenle uygulamada gemi mülkiyetinin devri ve sicile güven ilkeleri[73] arasında uyuşmazlık ortaya çıkmış ve öğretide bu durum eleştirilmiştir[74]. Zira TTK'nda gemi mülkiyetinin devrinde aleniyet sağlayan, ayni sözleşmeyi tamamlayan unsur olarak zilyetliğin devri şart olarak aranmıştır ancak gemi siciline güven ilkesi çerçevesinde hak iktisabının korunmasında zilyetlik unsuru

[70] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 33; Sirmen (n 23) 36; Antalya ve Topuz (n 11) 132; Saymen ve Elbir (n 14) 126; Esener ve Güven (n 47) 121. Bu duruma paralel olarak taşınırlarda zilyetliğin devriyle ayni sözleşme tamamlanırken taşınmaz mülkiyetinin devrinde sicile tescil ayni sözleşmeyi tamamlamaktadır. Yetiş Şamlı (n 3) 157.

[71] Nomer ve Ergüne (n 1) 67; Tekinay ve diğerleri (n 2) 136; Sirmen (n 23) 80.

[72] Şeker Öğüz (n 57) 465 vd.; Yetiş Şamlı (n 3) 157.

[73] Gemi siciline güven ilkesi sicildeki gerçek hak durumunu göstermese dahi mülkiyeti kazananın TTK m. 983'ün şartlarının varlığında geminin mülkiyetini ve intifa, ipotek ve ipotek üzerinde bir hakkın kazanabilmesini ifade eder. Bu hak ilke ile sicilde kayıtlı olan kimseden hakkın devralınması ya da olağan kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasını sağlar. Emine Yazıcıoğlu (n 3) 108; Kaner (n 26) 39; Sözer (n 3) 78- 79.

[74] Yetiş Şamlı (n 3) 158; Yukarıda belirtildiği üzere mülga TK'nda sicile kayıtlı gemiler bakımından taşınır ve taşınmazlarından devrinden farklı, kendine özgü bir düzen benimsenmişti. Mülga dönemde şekil şartına bağlı olmadan yapılan anlaşma yeterliydi, zilyetliğin devri aranmamaktaydı, şayet yeni malik kendisinin sicilde malik olarak gözükmesini istiyorsa bu durumda sicile tescil yaptırmaktaydı, bu durumda ise sicil kayıtları sicile güven ilkesinde temel teşkil etmekteydi. Kalpsüz (n 4) 267 vd.

değil gemi sicilindeki kayıtlar esas alınmıştır. Bu nedenden ötürü sicil kayıtlarının karine gücüne ilişkin hükümlerle mülkiyet hükümleri arasında uyuşmazlık ortaya çıkmıştır[75]. Öğretide haklı olarak gemilerin yüksek ekonomik değeri nedeniyle zilyetlik devrinin değil de taşınmazlardaki gibi ayni sözleşmeyi tamamlayan tescile yer verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Zira gerek teşkilatı gerek işlevi açısından gemi sicili tapu sicilinin deniz hukukundaki yansımasıdır[76]. Sicile kayıtlı gemilerde mülkiyetin devrinde güven sağlanmak isteniyorsa bu amaç sicil kayıtları ile sağlanabilmelidir. Kanun koyucunun yeni TTK'nda gemi mülkiyetinin devri bakımından getirdiği düzen tartışmaya açıktır[77]. Bu nedenle kanaatimizce gemi mülkiyetinin devrinde tasarruf işleminin zilyetliğin devri ve ayni sözleşmeye bağlanması yerine ayni sözleşmeyi tamamlayan tescil olgusuna yer verilmedir, ipotek kayıtları tescil ile hüküm doğururken ipotekten daha güçlü

[75] Ünan **(**n 52**)** 13; Şeker Öğüz (n 57) 850; Ergon Çetingil ve diğerleri (n 58) 47; Söz konusu düzenlemelerden dolayı öğretide sicile güven ilkesiyle mülkiyetin kazanılması bakımından tartışma söz konusudur. Bir görüşe göre mülkiyetin kazanılmasında sicilin rolü bulunmamaktadır. Zira bu görüş taraftarlarına göre zilyetlik TMK hükümlerine göre mülkiyete karine teşkil etmektedir. Sözer (n 3) 124; Öğretide diğer bir görüş ise sicile kayıtlı olan kişi karine olarak geminin malikidir. Zilyet sicile kayıtlı malik değilse bu durumda bu kimseden zilyetliğe dayanılarak hak kazanılması mümkün olmaz. Şayet sicile kayıtlı olan kişi gerçekten malik değilse bu durumda devralan kişinin iyiniyetli olması ve devreden kişinin de emin sıfatıyla zilyet olması durumunda mülkiyeti kazanır. Yazıcıoğlu (n 3) 159; Kaner (n 26) 39; Atamer (n 60) 123; bu iki görüş arasındaki ayrım, ilk görüş taraftarlarının sicile kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrinde sicil kayıtlarının değil zilyetliğin esas alınacağı kanaatinde olmalarıdır, ikinci görüş taraftarları ise sicile güven ilkesinin kanunda düzenlendiği için yok sayılamayacağı bu nedenle TMK m. 988 ve TTK m. 983 ilkelerinin birlikte değerlendirilmesi kanaatindedir. Belirtmek gerekir ki kanaatimizce kanun koyucu açık bir irade ile TTK m. 983'ü hüküm altına almış ve gemilerin mülkiyetinin kazanılmasında sicil kayıtlarının karine teşkil ettiğini hüküm altına almıştır, var olan bir hüküm göz ardı edilemeyeceğinden ayrıca gemilerin yüksek ekonomik değerinden ticari hayatın güvenilirliğinin sağlanmasından ötürü ikinci görüşe görüşe üstünlük tanınmalıdır.

[76] Tekil (n 30**)** 107; Aybay (n 2) 515; Çağa – Kender ise taşınmazlarda aleniyeti tapu sicilinin sağladığını gemilerde ise gemi sicilinin sağladığı görüşündedir. Çağa ve Kender (n 2) 72; Şeker Öğüz **(**n 57).

[77] Zira taşınmazlarda sicil kayıtlarına bağlanan hak karineleri daha sağlam ve daha güçlüdür. Ünan (n 52) 13; Yetiş Şamlı (n 3) 162.

bir hak sunan mülkiyet hakkı bakımından tescilin açıklayıcı olmasının açıklanabilir bir yanı yoktur.

e. Gemilerin Mülkiyetinin Devrinin Koşula veya Vadeye Bağlanması

Hukuki işlemlerin koşula bağlanması kural olarak borçlandırıcı işlemlerde karşılaşılacak bir hukuki müessesedir ancak kanun koyucu kanunen belirli hallerde koşula bağlı tasarruf işlemlerini de hüküm altına almıştır[78]. Öğretide işlemin niteliğine aykırı olmadığı takdirde taşınır mülkiyetinin naklinde yer alan tasarruf işleminin geciktirici ya da bozucu şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir[79]. Yukarıda bahsedildiği üzere gemiler de hukuki yapıdan taşınır hükümlerine tabi olduğundan söz konusu durumun gemi mülkiyetinin devrinde yer alan tasarruf işlemlerine de uygulanacağı kabul edilmektedir[80]. Önem arz eden ilk durum gemi mülkiyetinin devri geciktirici bir koşula bağlanmasıdır. Bu durumda zilyetliğin devredilmiş olmasına rağmen mülkiyet devralana

[78] Örneğin TMK m. 764'te hüküm altına alınan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi söz konusu kuruma en güzel örnektir, bu tip sözleşmelerde borçlandırıcı işlem taraflar arasında akdedilmekte herhangi bir geciktirici şarta bağlanmamaktadır, ancak mülkiyet devredende kalmakta ve bedeli ödedikten sonra alıcı devralana geçmektedir. Ergüne (n 53**)** 222.

[79] Nome ve Ergüne, **(**n 1) 293.

[80] Kalpsüz (n 4**)** 307; Şeker (n 56) 474; Belirtmek gerekir ki söz konusu bu durum taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında söz konusu olmayacaktır. Zira Türk Hukukunda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için TMK m. 705 hükmünde açıkça kurucu tescil şartını aramıştır, devredenin yapacağı yenilik kurucu bir beyanla taşınmazın mülkiyeti devralana geçmektedir, yenilik doğuran işlemler şarta bağlanamadığından ötürü taşınmazların devrinde yer alan tasarruf işleminin de şarta bağlanamayacağı kabul edilmektedir, ayrıca kanun koyucu TBK 243'de açıkça taşınmaz satışının koşula bağlanmayacağı kabul edilmiştir yine Tapu Sicili Tüzüğünün 16. maddesinin 2. fıkrasında, "istem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz" hükmü yer almıştır. Belirtmek gerekir, taşınmaz mülkiyetinin devrinde var olan borçlandırıcı işlemlerin (söz gelimi satış sözleşmesinin) şarta bağlanmasında hukuki bir engel yoktur. Ancak söz gelimi satış sözleşmesi geciktirici şarta bağlı olarak yapıldığında, tescilin yapılması geçerli bir hukukî sebebe dayanması gerektiğinden, şart gerçekleşmeden tescil isteminde bulunulamaz. Tescil isteminde bulunabilmek için şartın gerçekleşerek, borçlandırıcı işlemin kesin olarak sonuçlarını doğurmasını beklemek gerekir. Sirmen (n 23) 186; Topuz (n 10**)** 178; Oğuzman v d. (n 1) 312; Antalya ve Topuz (n 11) 567; Şeker (n 56) 474.

geçmemekte koşulun akıbetine kadar devreden malikte kalmaktadır, koşul gerçekleşirse bu durumda herhangi bir şart aranmadan mülkiyet devralana geçmekte koşul gerçekleşmediği zaman ise devreden gemiyi istihkak talebi ile geri isteyebilmektedir [81]. Diğer bir durum ise gemi mülkiyetinin geçişinin bozucu bir koşula bağlanması durumudur, bu durumda mülkiyet zilyetliğin devri ile devralana geçmektedir ancak bozucu koşul gerçekleşmesi durumunda mülkiyet hakkı devreden eski malike dönmekte bu durumda ise gemi mülkiyetinin devri açıklayıcı olarak sicile tescil edildiyse var olan tescil yolsuz hale gelmekte ve gemi siciline güven ilkesi iyi niyetli sonradan edinenlere karşı uygulanabilir hale gelmektedir[82].Gemilerin mülkiyetinin devrinin şarta bağlanması konusunda altı çizilmesi gereken diğer önemli nokta taraflarca kararlaştırılmış şartın geçerlilik şartına uygun olarak alınması gerektiğidir. Zira kanun koyucu TTK'nda mülkiyetin devri bakımından ayni sözleşmeyi şekle tabi tutmaktadır[83]. Son olarak, sicile kayıtlı gemilerde mülkiyetin saklı tutulması hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması pratikte önemsizdir. Çünkü kanun koyucu, kredili gemi satışlarında kredi verenin teminat ihtiyacını karşılamak ve ticaret hayatının gerekliliklerini sağlamak amacıyla gemi ipoteği hükümlerini TTK'da tesis etmiştir[84].

2. Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Tasarruf İşlemi

Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın üzerinde ayni bir hak kurulması, mevcut olan bir aynı hakkın değiştirilmesi yahut hakkın devri veya ortadan kaldırılabilmesi için yapılan işleme tescil adı verilir[85]. Konumuz olan taşınmaz

[81] Nomer ve Ergüne (n 2) 293; Yetiş Şamlı (n 3) 199, Şeker (n 56) 475.
[82] Yetiş Şamlı (n 3) 200.
[83] Yetiş Şamlı (n 3) 200; Taşınır mülkiyetinin devrinde var olan şartlar bakımından ise kanunda aksine bir düzenleme var olmadıkça belirli bir şekil şartının aranmadığı kabul edilmektedir. Ergüne (n 53) 226.
[84] Yetiş Şamlı (n 3) 194.
[85] Kılıçoğlu (n 22) 137; Nomer ve Ergüne (n 2) 135; Oğuzman ve diğerleri (n 1) 263;

mülkiyetinin devri bakımından ise tescil kural olarak kurucu nitelik taşımaktadır[86]. Söz konusu olan bu işlem mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana getirdiğinden ötürü yenilik doğuran işlem olarak adlandırılmakta ve bu nedenle de şarta bağlanamamaktadır[87]. Tapu kütüğüne yapılan tescil işleminin konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre tescilin konusu ayni hakkı etkileyen hukuki sebeptir, bu nedenden ötürü ayni hak değil bu hakkı etkileyen hukuki sebep tapu kütüğüne tescil edilir[88]. Diğer bir görüşe göre tescilin konusu ayni haktır. Zira ayni hak dışındaki bir husus tapu kütüğüne tescil edilemez[89]. Ele almak gerekir ki TMK m. 1008'de tapu kütüğüne tescil edilebilecek haklar sayılmıştır, bunlar mülkiyet, irtifak, taşınmaz yükleri ve rehin haklarıdır.

Kanun koyucu bu tür hakları sınırlandırıcı şekilde saydığından ötürü kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımalıdır. Geçerli bir tescilin yapılabilmesi adına "geçerli bir hukuki sebep" ve "yetkili kişi tarafından yapılmış tescil talebi"

Antalya ve Topuz (n 11) 567; fakat bozucu şartla yapılmış bir borçlandırıcı işleme dayanarak tescil isteminde bulunmak konusunda öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuki engel yoktur. Bu durumda, aynî hak şart olmadan tescil edilecektir. Fakat, tasarruf işlemi bozucu şartla yapılamadığı için, hak şart gerçekleşse de kendiliğinden eski sahibine dönmeyeceğinden, hak sahibi genellikle bozucu şartlı bir borçlandırıcı işleme dayanarak tescilin yapılmasını tercih etmeyecektir. Sirmen (n 23) 186; fakat, öğretide bozucu şartın gerçekleşmesinin ayni bir etki doğurmayacağı, dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin bozucu şarta bağlanamayacağı da Hatemi tarafından savunulmaktadır. Hatemi ve diğerleri (n 10) 561.

[86] Kılıçoğlu (n 22) 137 vd.; Öğretide bir görüş kurucu nitelik taşıyan tescillerin teknik anlamda bir tasarruf işlemi sayılmadığı, sadece usulü bir işlem olduğu kanaatindedir, bu görüşte olanlara göre ayni hak üzerinde tasarrufun yapılmasını sağlayan işlem tescil talebidir. Gürsoy ve diğerleri (n 21) 250; diğer bir görüşe göre ise tescil bir tasarruf işlemidir, ayni hakkın içeriğine doğrudan nüfuz etmektedir. Tekinay ve diğerleri (n 2) 327; bu tartışma açıklayıcı nitelik taşıyan tesciller bakımından söz konusu olmaz zira bu söz konusu tescillerde hak tescilden önce doğmuştur, sözgelimi gemi mülkiyetinin devri bakımından şu anki kanuni düzenlemede tescil yalnızca açıklayıcı fonksiyona sahip olduğundan kazandırıcı nitelikte mi yoksa idari nitelikte mi olduğuna dair bir tartışmaya mahal yoktur. Gürsoy ve diğerleri (n 21) 250.

[87] Topuz (n 10) 133.

[88] Akipek (n 32) 350; Ayiter (n 10) 52, bahsedildiği üzere bu hukuki sebep bir satış sözleşmesi, bağış yahut trampa olabilir.

[89] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 267 vd.; Gürsoy ve diğerleri (n 21) 241.

gerekmektedir[90]. Yukarıda da ele alındığı üzere taşınmazların tescili bakımından aranan ilk şart olan geçerli bir hukuki sebebin mevcut olması şartı, sebebe bağlılık prensibinin sonucudur[91]. Hukuki sebebin mevcut olması ise tescilin yapılması için yetmemektedir aynı zamanda tescilin hüküm ifade edebilmesi için "geçerli" bir hukuki sebebin mevcut olması gerekmektedir[92]. Aynı zamanda tescil tasarruf konusu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılmaktadır[93]. Ele alınan tescilin yapılmasını takiben biri olumsuz diğeri olumlu iki etkisi ortaya çıkacaktır. Tescilin olumsuz hükmü, tapulu taşınmazların üzerinde ayni hakkın doğumu

[90] Oğuzman (n 1) 264; Akipek (n 32) 353; Esener ve Güven (n 47) 150.

[91] Tescile yol açan hukuki sebep yoksa yahut olmasına rağmen geçerli değilse bu durumda tescil geçersiz olur. Gürsoy ve diğerleri (n 21) 244; Ayiter (n 10) 54; Esener ve Güven (n 47) 150 vd.

[92] Oğuzman (n 1) 308; Veysel Başpınar, "Taşınmaz Satımında Vekalet", (1996) 45 (1-4) AHFD 483, 483 vd.; Şayet hukuki sebep mevcut değilse yahut geçersizse bu durumda tescil yolsuzdur ve tapu sicilini düzeltme davasıyla (TMK m. 1025) düzelttirilebilir. Topuz (n 10) 148. Geçerli Hukuki sebep kavramı ise şöyle ifade edilebilir, söz konusu sebep irade fesatlığı halleri, muvazaa ya da hukuka aykırılık gibi işlemlerden dolayı sonradan iptal edilmiş yahut geçersiz olmamalıdır, yine bu işlemin tarafları medeni hakları kullanma ehliyetlerine sahip olmalıdır, ele alınması gereken en önemli şartlardan bir diğeri ise şekil şartıdır, hukuki işlemin geçerli olarak hüküm ifade edebilmesi için resmi şekilde vücut bulması gerekmektedir, ayrıca bu resmi şekil şartına tabi tutulan belge objektif açıdan esaslı unsurlar olan, mülkiyeti nakil borcu, mülkiyeti nakledilen şey, mülkiyet satış bedeli gibi unsurlar yer almalıdır. Topuz (n 10) 147 vd.; Selim Kaneti, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu", Medeni Kanun 50. Yılı Sempozyumu (Fakülteler Matbaası 1978) 291, 291 vd.; Turhan Esener, Türk Hukukunda Muvazaalı Muameleler **(**1956) 80-82; Gürsoy ve diğerleri (n 21) 485.

[93] Gürsoy ve diğerleri (n 21) 249; Saymen ve Elbir (n14) 167; Esener ve Güven (n 47) 150. İlgili malik tescil işlemini yaptırmaya gittiğinde tescil talebinde bulunma yetkisini ve hukuki sebebin belgelenmesi ve şekli de önem arz etmektedir. Tescil talebinde bulunulma yetkisi bakımından ise Tapu Sicil Tüzüğü 17/I'de yer alan, karine önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca tapu sicilinde malik olarak görünen kimse hak sahibi sayılacak dolayısıyla da tescil talebinde bulunma hakkına sahip olacaktır. Tescil ile gerçekleşen kazanmalarda mülkiyetin devri için yapılan satış, bağışlama ve trampa sözleşmeleri gibi devir sözleşmeleri tapu memuru tarafından bizzat düzenlendiğinden ötürü (birlik sistemi) sözleşmelerin de ayrıca belgelendirilmesine gerek yoktur. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili (14.baskı, Adalet Yayınevi 2020) 385; İlgili şartlar gerçekleştikten sonra mülkiyet hakkının tescilinde, kütük sayfasında yer alan malik sütununda devreden kişinin adı ve soyadı, baba adı ile edinme nedeni, tarih ve yevmiye numarası kırmızı mürekkepli kalemle çizilir, yeni malikin adı soyadı, anne baba adı edinme nedeni ve yevmiye numarası da sayfaya eklenir. (Tapu Sicil Tüzüğü 28/II)

yahut devredilmesi yahut sona ermesi bakımından usulüne uygun bit tescilin zorunlu olduğunu ifade etmektedir[94]. Tescil yapılmadığı sürece yapılmış hukuki işlem sadece taraflar arasında hüküm ifade edecek ve üçüncü kişilere karşı hak ileri sürülemeyecektir[95]. Tescilin Olumlu Hükmü, kütüğe tescil edilmiş olan her aynî hakkın geçerli olarak varlık kazandığının kabul edilmesi anlamına gelir[96]. Tescilin olumlu hükmünden faydalanmak için Sicildeki yolsuz tescile [97]güvenerek iyi niyetle ayni kazanan üçüncü kişi şahıs var olmalıdır[98].

SONUÇ

Kanun koyucu sicile kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devredilmesinde her ne kadar taşınır hükümlerini esas alsa da gemiler hem kanunun muhtelif maddelerinde hem de öğretide taşınmaz mülkiyeti hükümlerine benzer şekilde ele alınmıştır.

[94] Oğuzman ve diğerleri (n 1) 264 vd.; Tekinay (n 2) 343; Ayiter (n 10) 59; Sirmen **(**n 23**)** 197.

[95] Zira TMK m. 1021 açıkça "kurulması kanunen şekle tabi ayni haklar, tescil edilemedikçe varlık kazanamaz" hükmünü ihtiva etmektedir. Dikkat çekilmesi gereken bir husus yukarıda açıklandığı üzere açıklayıcı tescilde tescilden önce bir kazanım söz konusu olduğundan ötürü yapılan tescil sadece izharıdır, bu nedenle de tescilin olumsuz hükmü tescilden önce kazanımlar adına söz konusu olmayacaktır, özetle kazanım bakımından tescil aranmayacaktır. Ancak altı çizilmesi gereken husus bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescilin zorunlu olmasıdır. Esener ve Güven (n 47) 152 vd.; Ayiter (n 10) 60; Tekinay ve diğerleri (n 2) 343.

[96] Sirmen, (n 23) 202; Saymen ve Elbir (n 14) 179; Tescilin olumlu hükmü TMK m. 1023'te hükme alınmıştır. İlgili hükme göre: "Tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."

[97] Tescil hukuki bir sebebe dayanmadığı takdirde yahut hukuki bir sebep olmadığında ya da ilgili şahsın tasarruf yetkisi olmadığı durumlarda yolsuz tescil haline gelmektedir. Sirmen (n 23) 202.

[98] Tescilin dayandığı hukukî ilişkinin tarafları ve bunların küllî halefleri, üçüncü kişi sayılmadıklarından ötürü, MK 1023'ün sağladığı korumadan yararlanamazlar, ilgili hükümde korunan iyi niyet yalnızca tasarruf yetkisinin yokluğunu gidermektedir. Bu sebepten ötürü, iyiniyetli üçüncü kişinin 1023'ten yararlanabilmesi için, kendi kazanımın, aynî hak üzerinde tasarrufta bulunanın bu konudaki yetkisizliği dışında, diğer bütün unsurlarının geçerli olması gerekir. Şemsi Barış Özçelik, Tapu Siciline Güvenin Korunması (Yetkin Yayınları 2016) 69; Erol Cansel, Tapu Siciline İtimat Prensibi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1964) 47.

Tarafların ilk adımda akdettikleri borçlandırıcı sözleşme bakımından sicile kayıtlı gemiler incelendiğinde borçlandırıcı işlemin akdedilmesinde, Kaner'in görüşü hariç tutulmak üzere şekil şartı aranmayacaktır. Zira kanun koyucu TTK m. 1001'de "mülkiyetin devrini geçiren anlaşmanın" yazılı şekilde yapılmasını hüküm altına almaktadır, mülkiyetin devrini geçiren anlaşma tasarruf işleminin içerisindeki ayni sözleşme olarak kabul edilmektedir. Tarafların akdettikleri borçlandırıcı işlem ise TBK'nda özel olarak hüküm altına alınmış satış, trampa, bağışlama sözleşmeleri olup bu sözleşmeler şekil şartına bağlı değildir. Ancak belirtilmelidir ki taraflar uygulamada tip yazılı satış sözleşmelerini kullanmakta ve hükümleri sözleşme üzerinden kararlaştırmaktadır. Şayet öğretide istisna görüş olan Kaner'in görüşü benimsenirse bu durumda borçlandırıcı işlem bakımından taşınmazlara benzer bir durum ortaya çıkacak şekle bağlı olarak yapılmayan işlem sonucu gemi mülkiyetinin devri geçmeyecek buna istinaden tescil yapılmayacak şayet her ihtimalde tescil yapıldıysa yapılan kayıt yolsuz tescil haline gelecektir. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde yer alan borçlandırıcı sözleşmede ise durum gemiler bakımından tam tersidir zira TMK m. 70, bu işlemler hakkında şekil şartı hüküm altına almış, mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin tarafların acele karar vermesini önlemek ve düşünmeye sevk etmek adına resmi şekil koşulunu getirmiştir. Bu resmi şekle aykırılık sonucunda ise yaptırımın ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar kesin hükümsüzlük görüşünü savunurken diğer yazarlar kendine özgü hükümsüzlük görüşünü savunmaktadır. Gemi mülkiyetinin devri bakımından borçlandırıcı sözleşme şekle tabi tutulmuş olmadığından aynı tür tartışmalar, gemi mülkiyetinin devrinde söz konusu olmayacaktır. Ancak aynı tartışma ayni sözleşme şekle tabi tutulduğundan ayni sözleşme bakımından gündeme gelebilecektir.

Tarafların ikinci adımda akdettikleri tasarruf işlemi bakımından sicile kayıtlı gemiler ve taşınmazların devri bakımından şu şekilde bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Kanun koyucu yine gemilerin devrini taşınır hükümlerini göz önüne alarak zilyetliğin devri ve ayni sözleşme olarak tasarruf işlemini düzenlemiş ancak hak karineleri bakımından sicil kayıtlarına hüküm bağlamıştır. Gemiler bakımından TTK md 1001 gereği ayni sözleşme şekle bağlı olarak yapılacak zilyetlik ise TMK'nde yer alan şekiller kullanılarak devredilecek, lakin bu sistemde tescilin kurucu bir rolü bulunmayacak yalnız yapılan devri aleni hale getirecektir. Gemi mülkiyetinin devrinin taşınmaz mülkiyetinin devri ile karşılaştırılması durumunda ilk fark bir ayni sözleşmenin varlığıdır, sicile kayıtlı gemiler bakımından ayni sözleşmenin varlığı ittifakla kabul edilse de taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından ayni sözleşmenin varlığı tartışmalıdır. Diğer fark ise tasarruf işleminin tamamlayıcı unsurunda ortaya çıkmaktadır, gemilerin zilyetliğinin devri tamamlayıcı işlem olarak yeterliyken kanun koyucu taşınmaz mülkiyetinin devrinde sicile tescil olgusunu aramış tescil söz konusu olmadan devrin hukuki bir anlam ifade etmediği hüküm altına almıştır. Ancak çalışmada da belirtildiği gibi sicile kayıtlı gemiler bakımından TTK m. 983'te düzenlenmiş olan sicil karineleri tamamen tescil olgusu göz önüne alınarak düzenlendiğinden kanaatimizce gemilerin ekonomik değerinin yüksekliği, sınırlı sayıda ve özel olarak üretildiği göz önüne alınarak aleladede taşınırlardan farklı olarak zilyetliğin devri değil, tıpkı taşınmazlarda var olduğu gibi sicile tescil olgusunun aranması hem aleniyeti sağlayacak hem de sicile güven ilkesi ile paralel hükümler sevk edilmiş olacaktır. Ayrıca böyle bir kabulle öğretide var olan sicil kayıtlarının mülkiyet bakımından karine teşkil edip etmediği meselesi, olumlu yönde çözülmüş olacaktır. Sicile güven ilkesi bakımından ortaya çıkan fark ise gemi siciline güven ilkesinden yararlanacak olan hakların tapu siciline güven ilkesi bakımından daha sınırlı sayıda tutulmuş olmasıdır. Üçüncü bir fark ise kanun koyucunun taşınmaz mülkiyetinde sebebe bağlılık prensibini kanun hükmü olarak açıkça kabul etmesine rağmen taşınırlar ve dolaylı olarak çalışma konumuzu oluşturan gemiler bakımından sessiz kalması durumudur. Öğretide bir

görüş soyutluk prensibini taşınırlar bakımından kabul ederken diğer bir görüş ise tıpkı taşınmazlar gibi sebebe bağlılık ilkesini kabul etmektedir. Söz konusu olan durum deniz hukuku öğretisinde de tartışmalı olmakla beraber kimi hükümlerce taşınmazlara yüksek ekonomik değeri ve sınırlı sayıda olması nedeniyle benzetilen gemiler bakımından da sebebe bağlılık prensibi mehaz Alman Hukukunda olduğu gibi işlem güvenliği ve aleniyet bakımından benimsenmelidir. Ortaya çıkan bir diğer bir fark ise mülkiyetin devrinin şarta bağlanıp bağlanamayacağı konusudur. Türk Hukukunda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için TMK m. 705 hükmünde açıkça kurucu tescil şartını aramıştır. Taşınmazı devredenin yapacağı yenilik kurucu bir beyanla taşınmazın mülkiyeti devralana geçmektedir, yenilik doğuran işlemler şarta bağlanamadığından ötürü taşınmazların devrinde yer alan tasarruf işleminin de şarta bağlanamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca bu kabule ek olarak kanun koyucu TBK m. 243'te açıkça taşınmaz satışının koşula bağlanmayacağı kabul edilmiştir. Yine Tapu Sicili Tüzüğünün m. 16/II. fıkrasında, "istem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz" hükmü yer almıştır. Ancak kanun koyucu taşınırlar bakımından böyle bir engelleyici düzenlemeye yer vermediğinden çalışmanın konusu olan gemiler bakımından da şart ve koşulun mülkiyetin devri işleminde konulabileceği kabul edilmelidir. Fakat ele alınmalıdır ki kanun koyucu TTK'nın muhtelif hükümlerinde gemi ipoteğini düzenlenmiş olduğundan, söz konusu bu ipotek türü de taşınır rehninden farklı olarak teslimi içermediğinden uygulamada gemilerin mülkiyetinin devri bakımından şart veya koşula fazla rastlanmamaktadır.

Kanun koyucu TTK'nda yer alan gemi mülkiyeti hükümleri düzenlerken TMK'nin taşınır hükümlerinden yola çıkmış ancak muhtelif hükümlerde deniz hukukunun getirilerini göz önüne alınarak taşınmazlara benzer hükümler getirmiştir. Konumuz bakımından ilk örnek gemilerin yüksek değerinden ötürü ayni sözleşmelerin şekle bağlanmış olmasıdır, ayrıca diğer bir örnek olarak

gemiler bakımından tapu sicili gibi işlev gördüğü kabul edilen gemi siciline güven ilkesi, gemi mülkiyetinin devri bakımından sebebe bağlılık ilkesi, konu bağlamı dışında kalmakla beraber gemi ipoteği hükümleri bu sava verilebilecek örneklerdendir. Özetle kanun koyucu TTK m. 936. ile gemilerin taşınır hükmünde olduğunu isabetli bir biçimde ele almış olsa da Aybay'ın belirttiği üzere kimi hükümlerde taşınmazları da örnek olarak "*sui generis*" bir sistem yaratmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

Abraham HJ, Das Seerecht (Vierte Auflage, Walter de Gruyter 1974).

Acar F, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi (Vedat Kitapçılık 2017).

Açıkel Erbaş A, Gemi İnşa Sözleşmeleri (Vedat Kitapçılık 2013).

Akıncı S, "Gemi Mülkiyeti", (1958) 23 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 291, 368.

Akipek J, Türk Eşya Hukuku II (2.baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972).

Altaş H, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi (Yetkin Yayınları 1998).

Aybay G, Deniz Hukuku (Aybay Yayınevi 1998).

Ayiter K, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri (Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1953).

Ayan M, Eşya Hukuku II (9. Bası, Seçkin Yayınları 2016).

Ayan M, Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili (14. Bası, Adalet Kitapevi 2020).

Ayiter N, Eşya Hukuku (3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1987).

Atamer K, Deniz Ticareti Hukuku (Onikilevha Yayınları 2017).

Atamer K, "TTK m. 867-871 Hükümlerinin Tarihçesi ve Gemi Satım Sözleşmelerine Uygulanması", iç Şakir Tuğrul Ansay (edr), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan (Turhan Kitapevi 2003).

Atamer K, Deniz Ticareti Hukuku Cilt II: Gemilerin Eşya Hukuku (Onikilevha Yayınları 2018).

Antalya OG ve Topuz M, Eşya Hukuku C: IV/I (4. Bası, Seçkin Yayınları 2021).

Arıkan M, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu", (2008) 16 (1) SÜHFD 71, 90.

Başpınar V, "Taşınmaz Satımında Vekalet", (1996) 45 (1-4) AHFD 483, 504.

Can M, Deniz Ticareti Hukuku I (2. Bası, İmaj Yayınları 2003).

Cansel E, "Menkul Mülkiyetinin Geçişi ve Ayni Sözleşme Kavramı", İmran Öktem'e Armağan, (1970) 333, 358.

Cansel E, Tapu Siciline İtimat Prensibi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1964).

Coşkun Yener H, "Gemi Mülkiyeti", (2014) 12 (136) Legal Hukuk Dergisi 73, 104.

Çağa T ve Kender R, Deniz Ticareti Hukuku I (16. Bası, Onikilevha Yayınları 2010).

Çetingil E, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri (Beta Yayınları 1998).

Çetingil E ve diğerleri, Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı, iç Rayegan Kender (edr) (Deniz Hukuku Dergisi, 2006).

Demir İ, "Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler", (2015) 6 (1) AÜHFD 103, 169.

Dural M, Eşya Hukuku Dersleri (Fakülteler Matbaası, 1981).

Erbek Ö, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan 937, 985.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (10. Bası, Yetkin Kitapevi 2021).

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası, Yetkin Kitapevi 2022).

Ergüne MS, Taşınır Mülkiyeti (Onikilevha Yayınevi 2017).

Esener T ve Güven K, Eşya Hukuku (8. Bası, Yetkin Yayıncılık 2019).

Esener T, Türk Hukukunda Muvazaalı Muameleler (Fakülteler Matbaası 1956).

Feyzioğlu M, "Medeni Kanun'un 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu (Fakülteler Matbaası 1978) 147, 188.

Goldrein L and others, Ship Sale and Purchase (Lloyd's of London Press Ltd. 1993).

Gürsoy K ve diğerleri, Türk Eşya Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978).

Vardar Hamamcıoğlu G, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi (Onikilevha Yayınları 2014).

Hatemi H ve diğerleri, Eşya Hukuku (Filiz Kitapevi 1997).

Herber R, Seehandelsrecht: Systematische Darstellung (2. Auflage, De Gruyter 2016).

Nomer HN ve Ergüne S, Eşya Hukuku (8. Bası, Onikilevha Yayınları 2020).

İzveren A, Deniz Ticareti Hukuku (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi 1966).

Jackson D, Enforcement Of Maritime Claims (Informa Law from Routledge 2006).

Kalpsüz T, Deniz Ticareti Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayın No: 91, 1971).

Kaner İD, Deniz Ticareti Hukuku I-II (4. Bası, Filiz Kitapevi 2021).

Kaneti S, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu", Medeni Kanun 50. Yılı Sempozyumu (Fakülteler Matbaası 1978) 291, 344.

Kender R, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri (Beta Yayınları 1998).

Kocayusufpaşaoğlu N ve diğerleri, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası, Filiz Kitapevi 2017).

Kılıçoğlu A, Eşya Hukuku (Turhan Kitapevi 2021).

Kılıçoğlu A, "Taşınmaz Satımında Hakkın Kötüye Kullanılması", (1981) 38 (1-4) AÜHFD 209, 222.

Sevinç Kuyucu A, "The Moment When The Ship Sale And Purchase Contract Is Binding", (2017) 16 (2) İKÜHFD 581, 600.

Oğuzman K ve diğerleri, Eşya Hukuku (22. Bası, Filiz Kitapevi 2020).

Özbilen AB, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü (Onikilevha Yayınevi, 2016).

Özçelik BŞ, Tapu Siciline Güvenin Korunması (Yetkin Yayınları 2016).

Özdamar D, "Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya Da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması", (2000) 26 (3) Yargıtay Dergisi 399, 418.

Puttfarken HJ, Seehandelsrecht (Verlag Recht und Wirtschaft, 1997).

Saymen F ve Elbir H, Türk Eşya Hukuku Dersleri (Filiz Kitapevi 1963).

Saymen F ve Elbir H, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) (Filiz Kitapevi 1954).

Sirmen L, Eşya Hukuku (12.baskı, Turhan Kitapevi 2022).

Sirmen L, "Taşınmaz Satımında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Sonuçları", Jale Akipek'e Armağan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1991) 305, 327.

Sözer B, Deniz Ticareti Hukuku I (6. Bası, Vedat Kitapevi 2022).

Sheephard M, Modern Admiralty Law (Routledge-Cavendish 2001).

Strong M, Henring P, Sale Of Ships: The Norweigan Saleform (3rd ed., Sweet & Maxwell U.K. 2016).

Sungurbey İ, "Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları", Medeni Hukukun Genel Sorunları (Adalet Kitapevi 2003) 716, 734.

Süzel C. "Türk Mevzuatında Gemi Tanımı", iç Baki İlkay Engin (edr), Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan (Onikilevha Yayınları 2010) 1615, 1644.

Yetiş Şamlı K, Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması (Onikilevha Yayınları 2021).

Şeker Öğüz Z, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Gemi Mülkiyetinin Devrine İlişkin Getirilen Esaslar", iç Tufan Öğüz (edr), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (Filiz Kitapevi İstanbul) 847, 857.

Şeker Z, "Taşınmaz Mülkiyetiyle Karşılaştırmalı Olarak Sicile Kayıtlı Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması", iç Rayegan Kender ve Ergon Çetingil (edr), Tahir Çağa'nın Anısına Armağan (Beta Basım, 2000) 465, 482.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/2 (6. Bası, Evrim Basım Yayın Dağıtım 1990).

Tekil F, Deniz Hukuku (6. Bası, Alkım Yayınları 2001).

Serozan R, Eşya Hukuku (3.bası, Filiz Kitapevi 2014).

Tekinay S ve diğerleri, Tekinay Eşya Hukuku C: I (5. Bası, Filiz Kitapevi 1989).

Topsoy F, Deniz Ticareti Hukuku I (Legal Kitapevi 2020).

Topuz M, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (Seçkin Yayınları 2020).

Ünan S, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri (Beta Yayınları 1998).

Wüstendörfer H, Neuzeitliches Seehandelrechts: Mit Besonderer

Berücksichtigung des Anglo Amerikanischen und Des Internationalen Rechts, (2. Bası, Verlag J.CB 1950).

Velidedoğlu HV, "Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali", (1958) (2), Adliye Dergisi 113, 140.

Yargıtay Kararları Dergisi (1985) 11 (10).

Yargıtay Kararları Dergisi (1986) 12 (9).

Yazıcıoğlu E, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17. Bası, Filiz Kitapevi 2022).

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=msem_dissertations>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411119>

<https://silo.tips/download/recent-developments-in-maritime-law-2>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.1512.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4497.pdf>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2096145.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/c2055302.html>

<www.lexpera.com.tr>