



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 2 Sayı 2 - 2016

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN 2149-5890

Sahibi

Dr. Mustafa Aydın

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Nigar Çelik

Editör

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yard. Doç Dr. Ezgi Akbulut

Arş. Gör. Buse Aksaray

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör

Nazan ÖZGÜR

Teknik Editör

Hakan TERZİ

Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yayın Dili

Türkçe

Yıl 2 Sayı 2 - 2016

Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı

HAKEM KURULU

- Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Arif KOCAMAN**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
- Prof. Dr. Atilla ÖZER**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ**, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
- Prof. Dr. Cemal OĞUZ**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cemil KAYA**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cevdet Salih ŞAHİNİZ**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Emin MEMİŞ**, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Enver BOZKURT**, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Gürsel TEKİN**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Havva KARAGÖZ**, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Kadir ARICI**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Kudret GÜVEN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet AYAN**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ramazan Cengiz**, Uludağ Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
- Prof. Dr. Rıza AYHAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Sami KARAHAN**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Seyithan Deliduman**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Timuçin Muşul**, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Yavuz KAPLAN**, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Ali Hakan EVİK**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Burcu KALKAN OĞUZTÜRK**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Cenk AKİL, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat YAVAŞ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Aslıhan ÖZTEZEL, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Hilal Çoşkun YENER, Mes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Nuri ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Umut YENİOCAK, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

İş Hukukunda Yolda Geçen Süre Kavramı ve Tartışılan Bir Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı (10 Eylül 2015 Tarih, C-266/14 Sayılı) Üzerinden Türk İş Hukuku Normlarına Uygunluk Değerlendirilmesi

The Concept of Time Spent En Route in Employment Law and a Conformity Assessment in terms of Turkish Business and Employments Norms with reference to a much-debated Decision of the European Court of Justice (10 September 2015, No. C-266/14)

Ahmet Nizamettin AKTAY..... 1

Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Sosyal Devlet Anlayışının İçeriği ve Değeri

In Terms of Private Enterprise in Public Services the Content and Value of the Social State Conception

Zafer PEKTAŞ, R. Cengiz DERDİMAN..... 15

İflasın Erteleme Kurumunun Hukuki Niteliğine Bağlı Bazı Hukuki Sorunlara Yaklaşım

Approaching Some of the Legal Issues Relating to the Legal Nature of Bankruptcy Adjudgment

Murat YAVAŞ..... 75

Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu

The Legal Status of Woman According to New Turkish Civil Code

Ebru CEYLAN..... 127

Genetiği Değiştirilmiş Yem ile Beslenen Hayvanlardan Elde Edilen Ürünlerin Avrupa Birliği ve Türk Biyogüvenlik Hukukunda Onay ve Etiketleme Şartlarından Muaf Olması

Exemption of Products Obtained from Animals Fed with Genetically Modified Fodder from the Approval and Labeling Requirements of the European Union and Turkish Biosafety Laws

Mehmet Nafi ARTEMEL..... 151

Belediyelerin İmar Konusunda Yetki ve Görevleri

Powers and Duties of Municipalities Regarding Town/Development Planning

Gül İsmahan BABA..... 173

Tekel Genel Müdürlüğü'ne Ait Taşınmazın Satış Yöntemiyle Özelleştirilmesine İlişkin Karar Tahlili

Analysis of decisions concerning privatization by sale method of real property of belonging to general directorate of monopoly

Rıdvan AKIN..... 195

EDİTÖRDEN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez yayımlanan hakemli dergidir. Dergimizde hakem denetiminden geçmiş makalelere yer verilmektedir.

İkinci sayımızda, ilk sayımızdan daha fazla hukuki çalışma bulunmaktadır. Dergimizin ikinci sayısında, Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay'ın "*İş Hukukunda Yolda Geçen Süre Kavramı ve Tartışılan Bir Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı (10 Eylül 2015 tarih, c-266/14 sayılı) Üzerinden Türk İş Hukuku Normlarına Uygunluk Değerlendirilmesi*" isimli makalesi Prof. Dr. R. Cengiz Derdiman/Zafer Pektaş'ın "*Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Sosyal Devlet Anlayışının İçeriği ve Değeri*" isimli makalesi Doç. Dr. Murat Yavaş'ın "*İflasın Erteleme Kurumunun Hukuki Niteliğine Bağlı Bazı Hukuki Sorunlara Yaklaşım*" isimli makalesi Doç. Dr. Ebru Ceylan'ın "*Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Kadının Hukuki Durumu*" isimli makalesi Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nafi Artemel'in "*Genetiği Değiştirilmiş Yem ile Beslenen Hayvanlardan Elde Edilen Ürünlerin Avrupa Birliği ve Türk Biyogüvenlik Hukukunda Onay ve Etiketleme Şartlarından Muaf Olması*" isimli makalesi Öğ. Gör. Gül İsmihan Baba'nın "*Belediyelerin İmar Konusunda Yetki ve Görevleri*" isimli makalesi, Arş. Gör. Rıdvan Akın'ın "*Tekel Genel Müdürlüğü'ne Ait Taşınmazın Satış Yöntemiyle Özelleştirilmesine İlişkin Karar Tahlili*" isimli karar değerlendirmesi yer almaktadır. İkinci sayımızda katkılarını sunan yazarlarımıza teşekkür ederim. Gelecek sayılarda dergimizdeki hukuki çalışmaların sayılarını arttırma ve daha iyiye ulaştırma gayreti içinde olacağız.

Doç. Dr. Ebru Ceylan

İş Hukukunda Yolda Geçen Süre Kavramı ve Tartışılan Bir Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı (10 Eylül 2015 Tarih, C-266/14 Sayılı) Üzerinden Türk İş Hukuku Normlarına Uygunluk Değerlendirilmesi

Ahmet Nizamettin AKTAY*

Giriş

Avrupa Birliği Adalet Divanı 10 Eylül 2015 tarihinde İspanya'daki bir işletmenin uygulaması ile ilgili olarak önemli sayılabilecek bir karar vermiştir. Kararda işyeri çalışma şartlarının değişmesi sonucu işçilerin işyerlerine gidiş ve gelişleri esnasında ortaya çıkan çalışma süresinin iş süresinden sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu yapılmıştır.

İspanyadaki yargılama sürecinde mahkeme bu sürenin çalışma süresinden sayılmayacağına karar vermiştir. Bu yargı kararı çalışanları ve işçi sendikasını tatmin etmediği için dosya Avrupa Birliği Adalet Divanı'na taşınmıştır. Adalet Divanı yaptığı değerlendirme sonucu işçilerin yolculukları sırasında da çalışmakta oldukları, yaptığı yolculuk çalışmasının da görevini yerine getirmesinin ayrılmaz bir parçası olduğu, işçilerin bu seyahatleri yapmalarının kendi istekleri doğrultusunda değil, işverenlerin talebi doğrultusunda yerine getirdikleri belirtilerek, bu sürelerin “çalışma süresi” olarak değerlendirilmesinin 2003/88 sayılı AB Direktifinin md.2/1 hükmüne uygun olacağı görüşünü belirtmiştir. Adalet Divanı işçilerin yolculuklar esnasında işverenin emrinde bulunduğu görüşünü de belirtmiştir.

**(Prof. Dr.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

**The Concept of Time Spent En Route in Employment Law and a
Conformity Assessment in terms of Turkish Business and Employments
Norms with reference to a much-debated Decision of the European Court
of Justice (10 September 2015, No. C-266/14)**

Abstract

The Court of Justice of the European Union has made a considerably important decision regarding a business practice in Spain on September 10th, 2015. The decision is related to the argument whether or not the time spent to commute between home and work-place should be added to actual amount of working time.

The Spanish court's resolution in this case concludes that the time employees spend to commute is not deemed as part of actual working time. Due to the fact that employees and labor unions were not satisfied with the court's verdict, they appealed to the Court of Justice of the European Union. As a result of evaluation process done by the Court of Justice of the European Union, the Directive 2003/88, Provision 1 of Article 2 concluded that the time for commuting is an indispensably integral part of actual work responsibilities and duties, and above all this is not at the employee's discretion, and therefore such amount of time should be included in the amount of 'actual working time'. Besides, the Court of Justice of the European Union stated that the employee is at employer's disposal while commuting.

**I-AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARININ
OLUŞTURULMASINA SEBEP OLAN GELİŞMELER;**

Avrupa Birliği Adalet Divanı 10 Eylül 2015 tarihinde çalışma ilişkileri ile ilgili olarak önemli bir karar vermiştir. Kararın özü; İspanyada bir işletmede çalışan "belli bir işyeri olmayan işçilerin"(sabit işyeri olmayan işçiler) işlerini yapmak için sürekli olarak başka işyerlerini ziyaretlerde bulunmaları ve bu esnada bazı günlerde 100 kilometreyi aşan seyahat yapmaları, evleri ile iş dolayısı ile ziyaret ettikleri yerler arasında geçen sürelerin tamamının işvence çalışılmış süre olarak sayılmaması sebebiyle mağduriyetlerinin oluştuğu, işçilerin üyesi bulunduğu sendika tarafından ileri sürülmüştür. İşçilerin evleri ile ziyaret ettikleri ilk işyerleri ve son işyerleri arasında yaptıkları yolculukların mahkemece "çalışma

süresinden” sayılmaması üzerine Avrupa Birliği Adalet Divanından bu uygulamanın 2003/88 numaralı AB Direktifinin md.2/1 hükmüne uygun olup olmadığının tespiti istenmiştir.

Adalet Divanı da yaptığı değerlendirme sonucu belli bir karara varmıştır. Buna göre işçilerin yolculukları sırasında da çalışmakta oldukları, yaptığı yolculuk çalışmasının da görevini yerine getirmesinin ayrılmaz bir parçası olduğu, işçilerin bu seyahatleri yapmalarını kendi istekleri doğrultusunda değil, işverenlerin talebi doğrultusunda yerine getirdikleri belirtilmektedir. Bu sebeplerle işçilerin bu sürelerinin “**çalışma süresi**” olarak değerlendirilmesinin 2003/88 sayılı AB Direktifinin md.2/1 hükmüne uygun olacağı görüşü beyan edilmiştir.

Mahkeme işçilerin bu yolculuklarının tüm süresini; faaliyetlerini ya da görevlerini yerine getirirken geçen bir süre olarak değerlendirmektedir. Mahkeme kararına göre bu yolculuklar işveren tarafından belirlenen müşterilerine işçilerin bu müşterilerin tesislerinde teknik hizmetler sağlayan bir araçtır. Bu yolculukların çalışma süresine dâhil edilmemesi, çalışma süresi kavramını tahrif eder ve işçilerin emniyet ve sağlığını koruma amacını da tehlikeye sokar.

Mahkeme işçilerin yolculuklar esnasında işverenin emrinde bulunduğu görüşünü belirtmektedir. Çünkü bu yolculuklar esnasında işveren işçilerin çalışma düzenini etkileyen, müşterilerin sırasını değiştirme, randevularını iptal etme ya da yeni randevular ekleme gibi değişiklikler yapmaktadır. İşçiler de kendilerine verilen yeni talimatlara göre hareket etmektedirler. Bu sebeple işçiler zorunlu yolculuk süresi içerisinde bu zamanı serbestçe ve kendi ihtiyaçlarına uygun bir biçimde kullanamamaktadırlar.

İşçilerin yolculuklarını evden başlatmaları ve bitirmeleri gerçeği, işçilerin kendiliklerinden verdikleri bir karar olmayıp işverenin yeni teşkilatlanma kararları çerçevesinde bölge ofislerini kaldırmasından kaynaklanmaktadır. İşverenlerin bu tasarruflarının sonuçlarının olumsuz etkilerinin işçilere yüklenmesinin AB Direktifinin (2003/88) işçilerin sağlık ve

güvenliklerinin sağlanması ilkelerine ters düştüğü kararda belirtilmektedir¹.

II-HUKUKİ TARTIŞMAYA KONU OLAN OLAY ²;

İspanya’da yangın ve elektronik güvenliği sektöründe faaliyet gösteren **Tyco** isimli şirket 2011 yılında İspanya’da bölge bürolarını kapatarak görevli teknisyenlerinin haberleşme usulü ile görevlendirilmesi esasına dayalı bir çalışma sistemi kurmuştur. Daha önceden Şirketin bölge bürosuna gelerek işbaşı yapan ve servise çıkacağı iş için bölge ofisinden ayrılan, işini bitirip tekrar bölge ofisine gelme esasına dayalı bir çalışma sistemi mevcut iken daha sonra bölge ofisleri kapatılmıştır. Bunun üzerine teknisyenler, kendilerine şirketleri tarafından bağlanmış coğrafi bölgelerde güvenlik sistemlerini evlere, endüstriyel ve ticari alanlara monte etme ve bakım yapmakla görevlendirilmişler ve kedilerine de sabit bir çalışma mekânı tahsis edilmemiştir.

Teknisyenlerin durumuna göre kendilerinin sorumlu oldukları çalışma alanı bir coğrafi bölgenin tamamı olabileceği gibi, tek bir işyeri ya da birkaç işyeri olabilmektedir. İşçiler kendilerine tahsis edilen araçlar ile evlerinden, işlerini yapacakları işyerlerine giderler, çalışırlar ve çalışma süresi sona erdiğinde de, gün sonunda evlerine dönerler. İşçilerin evleri ile çalışma yerleri arasındaki zaman ve yol çok farklı olabilmekte ve hatta bazen 100 kilometreyi aşabilen mesafe ve 3 saati aşan araba kullanımı söz konusu olabilmektedir. İşçilerin görevlerini yerine getirebilmelerini sağlamak için kendilerine bas-konuş sistemli cep telefonları da tahsis edilmiş olup iletişim bu yolla sağlanmaktadır.

İşçilere her iş günü sonunda bir sonraki günün iş planı coğrafi bölgelerine göre gönderilmektedir.

Tyco işletmesi işçinin (teknisyenin) ilk işyerine gidiş için evinden işyerine kadar olan zaman ile son işyerinden (işini tamamladıktan sonra) evine gidiş esnasında geçen süreyi “**çalışma süresi**” nden saymamaktadır. Hatta daha ileri gidilerek **Tyco** bu süreyi işçiler için bir dinlenme süresi olarak

¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Basın Açıklaması No 99/55, Luxembourg, 10 Eylül 2015

² Avrupa Birliği Adalet Divanı, Basın Açıklaması No 99/55, Luxembourg, 10 Eylül 2015

saymaktadır. İşletme, sadece ilk müşteriden itibaren ve devamındaki müşterilere gidiş zamanını “**çalışma süresi**” nden kabul etmektedir. Esas tartışma konusu da bu olmaktadır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı oluşturduğu kararını “**Çalışma Süresinin Organizasyonuna ait Belirli Hususlara İlişkin 2003/88/EC sayılı ve 4 Kasım 2003 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi**” çerçevesinde -bu Direktife uygun olarak- hazırlamıştır. Şimdi burada **2003/88/EC** direktifi üzerinde durarak konu incelenecektir. Daha sonra ise Türk Mevzuatı çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

III- AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARININ DAYANAĞI OLAN HUKUKİ METİN

Avrupa Birliği Adalet Divanının vermiş olduğu 10 Eylül 2015 tarihli karar “**Çalışma Zamanlarının Düzenlenmesine Ait Belirli Hususlara İlişkin 4 Kasım 2003 Tarihli 2003/88 EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi**” nin md.2/1 hükmü çerçevesinde getirilen düzenleme esas alınarak oluşturulmuştur.

Direktif md.2/1 hükmü şu şekildedir; “**’çalışma zamanı’ ulusal mevzuat ve /veya uygulamalar doğrultusunda, işverenin tasarrufunda olmak kaydıyla ve kendi faaliyetleri ve görevleri için işçinin çalıştığı herhangi bir süreyi**” ifade etmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu kararda Direktifin bu hükmünü esas almış ve karar oluşturmuştur. Direktifin 2. Maddesi “tanımlar” ile ilgilidir. Tanımlarla ilgili olarak da çeşitli kavramların anlamlarının tanımlarının yapıldığı görülmektedir. Bunlardan başlıcası “dinlenme zamanı”, “gece zamanı”, “gece işçisi”, “vardiyalı çalışma”, “hareketli işçi”, “açık denizde çalışma”, “yeterli dinlenme” dir.

Direktifin hazırlanmasında da Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma’nın ve özellikle md.137(2) hükmünün esas alındığı belirtilmektedir. Bu md.137/2 hükmü mevcut haliyle Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (TFEU) Madde 153 (2) olarak görülmektedir.

Direktif ilke olarak çalışanların sağlık ve güvenlik ihtiyaçlarına ilişkin asgari düzenlemeleri sağlamaya çalışmaktadır. Yapılan araştırmalarda uzun çalışma saatlerinin, yetersiz dinlenme sürelerinin, yüksek hata ve kaza oranının, stres ve yorgunluk ve kısa ve uzun dönemli sağlık sorunları gibi olumsuz sonuçların ortaya çıktığı belirtilmektedir.³

Avrupa Adalet Divanı Direktifin çalışma şartları ile ilgili olarak azami çalışma süresi, yıllık ücretli izin ve asgari dinlenme süresi konularında çalışanların yararına olması gerektiğine hükmetmiştir. Yine Divan, Temel Haklar Şartı Madde 31(2)'ye göre: **“Her çalışanın; azami çalışma saatlerinin sınırlandırılması, günlük ve haftalık dinlenme süresi ve yıllık ücretli izin süresi hakkına sahip”** olduğu esas çerçevesinde düzenleme istemektedir. Çalışma Süresi Direktifinde Avrupa Birliğine üye olan tüm devletlerin çalışma süresi, dinlenme süreleri, yıllık izin ve koruma önlemleri ile ilgili olarak düzenleme yapmaları arzulanmakta şu hususlar özellikle vurgulanmaktadır;

-Çalışma süresi (fazla mesailer dahil haftada ortalama 48 saati aşmayacak şekilde)

-Asgari günlük ve haftalık dinlenme süreleri (en az birbirini izleyen 11 saatlik günlük dinlenme ve 35 saat kesintisiz haftalık dinlenme)

-Ücretli yıllık izin (yılda en az 4 hafta)

-Gece çalışanlar için ek koruma önlemleri düzenlenmelidir.

Direktif bazı hallerde çalışma sürelerinde esneklik sağlayabilmekte ve bazı faaliyetlerde asgari dinlenme sürelerinin tamamen veya kısmen ertelenmesine imkân tanımaktadır. Bu esnekliklerle bazen haftalık 48 saat çalışma süresi artırılabilen, bazen de haftalık çalışma süresinin 12 aya kadar bir süre zarfı için denkleştirilmesi öngörülebilmektedir⁴.

³ “Çalışma Süresine ilişkin 2003/88/EC sayılı Yönergenin AB Üye Devletleri tarafından Uygulanması hakkında Avrupa Komisyonu Raporu Özet Bilgi Notu”, Avrupa Birliği (AB) Üye Devletleri tarafından uygulanmasına ilişkin Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan COM (2010) 802 Final sayılı ve 21 Aralık 2010 tarihli rapor hakkında özet bilgi sunmaktadır.

⁴ “Çalışma Süresine ilişkin 2003/88/EC sayılı Yönergenin AB Üye Devletleri tarafından Uygulanması hakkında Avrupa Komisyonu Raporu Özet Bilgi Notu”

IV- TÜRK HUKUKUNDA (ÇALIŞMA SÜRELERİ) YOLDA GEÇEN SÜRELER

Yolda geçen süre kavramı İş Hukuku ile ilgili olarak bütün hukuk sistemleri için önemlidir. Yolda geçen süre ilke olarak iş süresinden sayılır mı, sayılmaz mı? Bu süreler neye göre değerlendirme konusu yapılacaktır? Bunun üzerinde öncelikle durmak gerekmektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan sorumluluğu işverence kendisine verilen emir ve talimatları yerine getirmektir. Bu emir ve talimatların iş sözleşmesinin şartlarına ve adam çalıştırmanın anlamına uygun olması gerektiği aşikârdır⁵. İş sözleşmesine aykırı emir ve talimatların yerine getirilmesi beklenemez. İş sözleşmesine uygun emir ve talimatlar ise işçinin işini görmesi olarak kabul edilecek bir çerçevede düşünülmelidir⁶. İşçinin işini görmesi sayılamayacak emir ve talimatlar ile bunların dışında işçinin meşgul edilmesi iş sözleşmesi çerçevesinde kabul edilemez.

İşçinin işverence meşgul edilmesini; hem işçinin verilen işi yaparak meşgul edilmesi hem de işe hazır olmak için geçirilen zamanda meşgul edilmesi olarak anlamak gerekmektedir. Bunun anlamı, işçinin işverenin işini yapmak ya da yapmaya hazırlanmak için kullandığı zamanlardır. İşverenin işini yapmakta kullanılan zaman kavramı net olmakla birlikte, işverenin işini yapmaya hazırlanmak için kullanılan zaman tabiri biraz açıklanmaya muhtaçtır. Bilindiği gibi her iş işyerine geldiği anda başlanılabilecek nitelikte olmayabilir. Bunun için işe hazırlanmak anlamında bir zamanın geçirilmesi gerekli olabilir. İş Kanunu md. 66 anlamında iş süresinden sayılacak haller olarak belirlenmiş haller bu nevidendir⁷. Bu haller incelendiğinde bu zamanlarda geçen sürelerde iş

⁵ Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku, Ferdî İş İlişkileri*, 15. Baskı İstanbul, 2014, s.254

⁶ Çelik, Nuri-Canıklıoğlu, Nurşen, -Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 28. Bası, İstanbul, 2015, s. 198

⁷ Md. 66 anlamında iş süresinden sayılan haller şunlardır; "a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

yapılmamakla birlikte işverenin işini yapmak için geçirilen bir hazırlık zamanı söz konusu olmaktadır. Bu zaman işverenin emrinde geçirilen bir süre olup, çalışılmamakla, bir üretim ya da hizmet üretmemekle birlikte işçinin çalışılmış gibi geçen zamanı olarak kabul edilmekte ve iş süresinden sayılmaktadır.

Şimdi Türk İş Hukukunda genel olarak çalışma süresinden sayılma hallerinin genel düzenlenişine bakarak, incelemesine geçilebilir.

Türk İş Hukukunda çalışma süresi kavramı 4857 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Kanunun 63. ve devamı maddeleri çalışma süresine ilişkin düzenleme getirmekle birlikte çalışma süresinin tanımlanmadığı görülmektedir. Tanımlamanın **İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde** yapıldığı görülür. Buna göre ; “Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır.” (Yönetmelik md.3/1).⁸

Çalışma süresi olarak İş Kanunu’nda 45 saatlik bir süre belirlemesi yapılmıştır⁹. Görüldüğü gibi bu süre Avrupa Birliği Direktifinin belirlediği haftalık 48 saatlik düzenlemenin altında bir yerdedir. Buna göre Türkiye’de genel olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Aksi kararlaştırılmadığı takdirde bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünerek uygulanacağı kabul edilir(md.63/I)¹⁰. Aksinin kararlaştırılması ile ilgili olarak da yukarıda belirtilen Yönetmelik çerçevesinde ancak **“Haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra, çalışılan sürenin çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süreleri belirlenir.”** denilmektedir. Böylelikle sadece haftanın çalışılan iş günlerinden birinde kısmen çalışma esas alınabileceği

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.”

Ayrıca bkz. Çelik-Caniklioğlu- Canbolat, s.481 vd., Narmanlioğlu, s.626

⁸ Süzek Sarper, İş Hukuku, 2015, 11. Baskı s.802

⁹ Çelik-Caniklioğlu- Canbolat, s.476, Narmanlioğlu, s.619

¹⁰ Kaplan-Senyen Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Bastı, Ankara, 2015, s.270

kabullenilerek, diğer günlerde eşit sürelerle çalışmanın zorunluluğu ifade edilmiştir. Kanun 45 saatlik çalışma süresinin genel bir düzenleme olduğunu ifade etmiştir. Ancak bazı işlerin nitelikleri itibariyle uzun süreli çalışmaya uygun olmadığını, sağlığı bozucu etkileri sebebiyle daha kısa çalışma sürelerinin belirlenmesinin yerinde olacağı Kanuni bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

Bunlardan birisi yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresinin günde en çok yedi buçuk saat, hafta da ise en çok 37.5 saat olabileceğinin kararlaştırılmasıdır¹¹. Bu ağır işlerle ilgili getirilmiş bir koruyucu tedbir olarak düşünülmüştür. Önceki düzenlemede sadece yer altı maden işlerinin “yer altındaki işlerle” ilgili getirilen daha az çalışma süresi 6645 sayılı değişiklik Kanunu ile “yer altı maden işlerinde çalışan” herkese teşmil edilmiş gözükmektedir¹².

Çalışma sürelerine ilişkin hukuki düzenlemelerin kamu düzeni nitelikli olduğu da göz ardı edilmemelidir. Çalışma sürelerinin kamu düzeni nitelikli oluşu hem Bireysel İş Hukuku itibariyle hem de Sosyal Güvenlik Hukukunda geçen süreler itibariyle dikkate alınmalıdır. Buna ilişkin birçok yargı kararı da mevcuttur. Sosyal Güvenlik Hukukunu ilgilendirmesi itibariyle Yargıtay 10. Dairenin verdiği bir kararda şu ifadeler geçmektedir; “..5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Geçici 7. maddesi uyarınca davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesidir. Anılan Kanunun 6. maddesinde ifade edildiği üzere, “sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez.” Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen **çalışma sürelerinin** saptanmasına ilişkin davalar, **kamu düzenine ilişkin olduğundan**, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek

¹¹ 04.04.2015 tarih ve 6645 sayılı Kanun değişikliği md.36, Bkz. R.G. 23.04.2015, Bu değişiklik Kanunundan önce 6552 sayılı Kanun md.7 ile “Yer altı madenlerinde çalışan işçiler için yer altındaki çalışma süresi, haftada en çok otuz altı saat olup günlük altı saatten fazla olamaz” şeklinde idi.

¹² Çelik-Caniklioğlu- Canbolat, s.476, dn.5

görüldüğünde re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalı..”¹³

Bir başka kararda konu şu şekilde vurgulanmaktadır; “sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin bu tür davalar **kamu düzeni** ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur. “¹⁴

10.Daire bir başka kararında da hususu şu şekilde vurgulamaktadır; “Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 86. maddesi olup anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin bu tür davalar, **kamu düzeni** ile ilgili olduğundan, özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunludur.”¹⁵

V- AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARININ TÜRK HUKUKUNA UYGUNLUĞU

Adalet Divanının İspanya'daki işletmenin uygulamaları ile ilgili olarak vermiş olduğu kararı Türk İş Hukukunda mevcut çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeler ve yargı içtihatları çerçevesinde ele alır ve inceleme konusu yaparsak Türk İş Hukuku ile uyum içerisinde olduğunun kabulü gerekmektedir.

Yukarıda da detaylı anlatıldığı üzere Türk İş Hukukunda çalışılan ve çalışılmış gibi kabul edilen süreler iş süresinden sayılmaktadır. Çalışılan sürelerin neler olduğu konusunda ihtilaf yoktur. İşçinin işverenin işyerinde ya da emir ve talimatı altında işin yapılması esnasında geçen sürelerin iş süresi sayıldığı, çalışılan süre olarak kabul edildiği aşikârdır. Bunlar bizzat bir hizmete ya da üretime yönelik olarak çalışmalar, bir görevin ifası vb. haller olarak kabul edilmelidir. Çalışılmış gibi kabul edilen süreler ise; işçinin işverenin bizatihi işini yapmamakla birlikte ya işin yapılmasına hazırlık amaçlı geçirilen bir süre söz konusudur, ya işverence işçinin başka

¹³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E.2015/25224 , K.2016/2023

¹⁴Yargıtay 10. Hukuk E.2015/22439 , K. 2016/1867

¹⁵ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E.2015/23119, K.2016/1483

bir yerde asıl işini yapmaksızın çalıştırılmasıdır, ya işçinin her an işverenin işini yapmak üzere hazır olarak bekletilmesidir, ya çocuğunu emziren annenin bu esnada geçirdiği süredir, ya da normal ulaşım araçlarıyla işçilerin ulaşmasının çok zor olduğu yerlere işverence onarım ve tadilat işleri için (demiryolları, karayolları, köprüler yapım ve korunması, onarımı vb.) götürülmesidir.

Yukarıda sayılan haller iş süresi olarak kabul edilir. Bu haller dikkatle incelendiğinde hemen hepsinin de işçinin işveren tarafından işin yapılmasına yönelik olarak zaman yönüyle meşgul edilmesi olduğu görülür (emzikli anneler hariç-bu da sosyal amaçlı olarak kabul edilen bir çalışılmış gibi düşünülen süredir-).

Avrupa Birliği Adalet Divanına konu olan uyuşmazlıkta işçilerin evlerinden çıkıp ilk işyerine varıncaya kadar geçen süre ile son iş yapıldıktan sonra işçilerin evlerine kadar gitmeleri esnasında geçen süre Türk İş Hukuku itibarıyla nasıl değerlendirilmelidir? Öncelikle İspanya için yapılan değerlendirmelere bakıldığında İspanyol Mahkemesi yolda geçen süreyi çalışılmış bir süre olarak kabul etmemiş, hatta bu sürenin işçilere zorunlu olarak verilmesi gereken “dinlenme süresi” şeklinde vasıflandırılması söz konusu olmuştur.

Adalet Divanı kararında, işçilerin yolculuklarını evlerinden başlatmaları, bitirmeleri gerçeğinin, işçilerin kendi verdikleri bir karardan dolayı değil, doğrudan doğruya işverenin tasarrufuyla bölge çalışma ofislerini kaldırılmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir. İşverenin ofislerle ilgili bir tercihi olarak ofisleri kaldırması sonucu işçilerin işe gidiş ve gelişlerinde ortaya çıkan bu zamanın çalışma süresi olarak kabul edilmemesinin sorumluluğu işçilere yükletilmiştir. İşverenin tasarrufunun doğurmuş olduğu olumsuz sonuçlar ise işçiler üzerinde bırakılmaktadır.

Türk İş Hukukunda işçilerin işlerini yapmak için normal ulaşım vasıtalarıyla ve önceden bilerek ulaşabilecekleri işyerlerine gidiş ve gelişteki ulaşım zamanı iş süresinden sayılmayabilir. Ancak iş sözleşmesinin yapılmasından sonra işverenin tasarrufuyla ortaya çıkan yeni durum işçiye bir külfet yüklüyor ve çalışma şartlarını ağırlaştırıyorsa,

bu ağırlaşan şartların sorumluluğunun işçilerin üzerine bırakılması kabul edilemez. Bu durum en azından iş şartlarında esaslı tarzda bir değişikliğin meydana geldiğini gösterir. İş Kanunu md. 24/II/f “....,yahut çalışma şartları uygulanmazsa.” hükmünden hareketle ofislerin kapatılması ile ortaya çıkan durumun, işçi için daha önceden bilip kabul ettiği bir çalışma şartı olduğu, ofislerin kapatılmasının çalışma şartına aykırı olduğu düşünülebilir. Çalışma şartlarının belirlenmesi konusunda tarafların serbestilerinin olduğu kabul edilir. Ancak bu serbesti içerisinde tarafların sözleşme ile (toplu iş sözleşmeleri de dâhil) belirledikleri şartların, geçerli mesleki ve yöresel adetler ve dürüstlük kuralı sınırları içerisinde olması da gerekmektedir. Çalışma şartlarını belirleyen kuralların işverence uygulanmasını istenmek de işçinin sözleşmeden doğan bir hakkı olarak kabul edilmelidir. Bu sınırlar içerisinde işçinin sözleşme şartı olarak kabul ettiği şartlarda meydana getirilecek değişiklikler işçiye iş sözleşmesini haklı sebeple fesih imkânı veren bir hale dönüşür¹⁶.

Yine 4857 sayılı Kanunun md.22/I hükmü çalışma koşullarında değişiklik konusunu düzenlemiştir. Hükme göre işveren **“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.”** Görüldüğü gibi iş şartlarındaki değişikliklerin işçiye bildirilmesi, bildirim yazılı yapılması ve işçinin de kabulü gerekmektedir. Ancak yapılmak istenen değişiklikler işverence geçerli bir nedene dayanıyorsa işçi kabul etmese de işveren bu sebeple değişikliği yapabilir ve işçinin iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak feshedebilir¹⁷. Ancak tekraren ifade edersek bu fesihte “geçerli sebep”

¹⁶ Narmanlıoğlu, s:433

¹⁷ Senyen-Kaplan, s.230, Çelik-Caniklioğlu- Canbolat, s.331, Süzek, s.683,684

aranacaktır. İspanyol mahkemesinin vermiş olduğu kararın 4857 sayılı İş Kanunu md.22 itibariyle de kabul edilebilir olmadığı görülmekte olup, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararının yerindeliği değerlendirilmelidir.

Bunun yanında 4857 sayılı Kanunda md.66/d ile düzenlenmiş bulunan “.....işverenle ilgili her hangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.” anlamında işçinin işverence meşgul edilmesi olarak da durum değerlendirilebilir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi işçinin işe girişi esnasında var olmayan, ofislerin kapatılması ve işçiler için ofis dışı bir ilave işe gidiş geliş zamanının ortaya çıkışı suretiyle katlanması gereken bir zaman dilimi söz konusu olmuştur. Bu da işçinin katlanması gereken sorumluluğu artırmıştır. İşçinin rızası ve iradesi dışı, işverence oluşturulan bir düzenlemenin sonucu olarak işçinin iş süresi artmış, ancak bu süre işçinin kendisine kullandığı bir süre olarak işverence kabul edilmektedir. Hâlbuki işçi bu süreyi işverenin işini yapmak için kullanmakta ancak dinlenme süresi olarak sayılmaktadır. Aynı zamanda akdin kuruluşu esnasında mevcut olan şartlara aykırı bir durumun ortaya çıktığı da belirtilmelidir.

Ayrıca iş şartlarında meydana gelen değişikliğin işçilerin Toplu İş Hukukundan doğan haklarını kullanmasında da¹⁸ fiili zorluklar yaşatacağı kabul edilmelidir. Tamamen harekete dayalı bir çalışma ortamında işini yapan işçilerin Toplu İş Hukukunun getirisi niteliğinde olan sendikalara üye olmak, sendikal faaliyetlerden yararlanmak, yapılan toplu iş sözleşmesi getirilerinden faydalanabilmek konusunda büyük kayıpları söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Avrupa Birliği Adalet Divanı yukarıda incelemeye konu olan karar ile çalışanların iş sözleşmesinde işveren tasarrufu ile zaman içerisinde meydana getirilen düzenlemeleri değerlendirmiştir. Sonuç olarak da işverenin tasarrufu ile meydana gelen bu düzenlemelerden çalışanların mağduriyetine sebep olacak sonuçların ortaya çıkmamasını sağlayacak bir

¹⁸ Aktay, A. Nizamettin, *Toplu İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s.3 vd.*

karar ortaya çıkmıştır. Böylelikle zaman içerisinde işverenin tasarruflarının işçiler aleyhine olabilecek hale dönüşmemesi mümkün hale gelmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanının vermiş olduğu karar ile ileride muhtemelen meydana gelebilecek, çalışanlar aleyhine işveren tasarruflarının önünü kesecek bir karar ortaya çıkmıştır. Karar özünde işverenlerin tek taraflı tasarruflarının bundan böyle daha dikkatle yapılmasına zemin hazırlayabilecektir. İşverenlerin çalışma şartlarında meydana getirmek istedikleri değişikliklerin işçilerin de görüşlerinin alınması suretiyle tek taraflı değil, anlaşmaya dayalı olarak ve hak kaybına yol açmayacak şekilde yapılması mümkün olacaktır.

Bu görüşler ışığı altında Avrupa Birliği Adalet Divanının vermiş olduğu kararın yerinde bir karar olduğu, makro ölçekte çalışma hayatının düzenlenmesinde olumlu katkılar yapacağı söylenmelidir.

KAYNAKÇA

- [1] Aktay, A. Nizamettin, Toplu İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015
- [2] Avrupa Birliği Adalet Divanı, Basın Açıklaması No 99/55, Luxembourg, 10 Eylül 2015
- [3] Çalışma Süresine ilişkin 2003/88/EC sayılı Yönergenin AB Üye Devletleri tarafından Uygulanması hakkında Avrupa Komisyonu Raporu Özet Bilgi Notu
- [4] Çelik, Nuri-Caniklioğlu, Nurşen, -Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul, 2015
- [5] Kaplan-Senye Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Bası, Ankara, 2015
- [6] Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, I 5. Baskı İstanbul, 2014
- [7] Süzek Sarper, İş Hukuku, 2015

Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Sosyal Devlet Anlayışının İçeriği ve Değeri

*Zafer PEKTAŞ**

*R. Cengiz DERDİMAN***

Özet

Birçok alanda olduğu gibi devlet anlayışında ve devletin üstlendiği temel kamu hizmetlerinin içeriğinin belirlenmesinde Sanayi Devrimi önemli bir dönüm noktasını oluşturmaktadır. Sanayi devriminin toplumsal yaşamda meydana getirdiği ikircikli yapı liberal felsefeye ilk eleştirilerin yöneltmesine neden olmuştur. Bu bağlamda liberalizme karşı bir güvensizliğin oluşması aynı zamanda sosyal devlet anlayışının düşünsel temellerini atmıştır. Çeşitli zamanlarda ortaya çıkan ekonomik bunalımlar ve en son olarak da 1929 Dünya Buhranı ve yaşanan II. Dünya Savaşı, liberal düşünceye karşı ileri sürülen eleştirilerin ciddiye alınmasına ve bu anlayışın gözden geçirilmesine yol açmıştır.

* *Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Doktora Öğrencisi, E mail: zpektas@sgk.gov.tr*

** *Prof. Dr. Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, e mail: rcderdiman@uludag.edu.tr*

Savaşların ve ekonomik krizlerin, özellikle sosyal tabakalar üzerinde yol açtığı tahribatları giderebilmek amacıyla, devlet eliyle sosyal refah programlarının düzenlenmesi bir zorunluluk halini almıştır.

Söz konusu anlayışın gelişimi devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin çeşitlenmesine neden olmuştur. Ancak 1970'lerdeki stagflasyon krizi ile birlikte bu kez sosyal devlet eleştirilerin odak noktası haline gelirken küreselleşme süreci ile birlikte sosyal olması gerektiği iddia edilen alanlara karşı, devletin küçültülmesi ve piyasa koşullarına uygun olarak işletmecilik mantığıyla hareket eden bir yapıya büründürülmesi yönündeki görüşler de güç kazanmaya başlamıştır. Ancak bu yöneliş devletin sosyal olma niteliğini tamamen değiştirmemekte sosyal devlet anayasal varlığını devam ettirmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** Kamu Hizmeti, Küreselleşme, Liberalizm, Özelleştirme, Sosyal Devlet, Sanayi Devrimi, Sosyal Güvenlik.*

In Terms of Private Enterprise in Public Services the Content and Value of the Social State Conception

Abstract

As in many fields, Industrial Revolution forms an important milestone in determination of the content of the main public services which are undertaken by the state and in the state conception. The indecisive structure which is formed by the industrial revolution in communal living, caused the expression of first criticisms against liberal philosophy. In this

regards, the formation of distrust against the liberalism, laid the intellectual foundations of the social state or welfare state conceptual at the same time. The economic crises which occurred in various times and lastly 1929 World Crisis and II put forward against the liberal thought and the review in this understanding. For eliminating the destructions caused by the wars and economic crises particularly on the social layers, the regulation of the social welfare programs becomes an obligatory for the state. The development of the said concept causes the variation of the public services which are undertaken by the state. However, with the stagflation crises in 1970, while the welfare state becomes the focal point of the criticisms, the opinions stating that the state should be minimized and have a structure that acts with the industry sense in accordance with the market condition, started to strengthen against the areas which is claimed to be social together with the globalization process. However this orientation does not completely change the qualification of the state in terms of being social and the social state continues its constitutional existence.

Keywords: *Public service, globalization, liberalism, privatization, social state, industrial revolution, social security.*

Giriş

Tarihin başlangıcı olarak kabul edilen M.Ö. 5000'lerden günümüze kadar geçen 7000 yıllık medeniyet tarihinde, bir bakıma tarihin akış çizgisini belirleyen en önemli olgu Ortadoğu'da yerleşik medeniyetlerin tarih sahnesine çıkmasıdır. Mezopotamya ve Mısır gibi yeryüzünün ilk medeniyetlerini doğuran Ortadoğu; modern anlamda “devlet” olgusunun

ve siyasal örgütlenmenin kent-devlet biçiminde kurgulandığı ilk merkezdir.¹ Takip eden süreçte benzer şekilde Antik Yunanda hâkim olan kent devletleri ortaçağda yerini sosyal ve siyasal bir düzen olan feodaliteye bırakmıştır. Burjuvazi sınıfının ortaya çıkmasıyla feodal beylerin ve aynı zamanda kilisenin nüfusu azalmıştır. Ekonomik ve toplumsal yapıdaki bu değişme güçlü merkezi iktidarların kurulmasını sağlamıştır. Fransız devrimi devlet kavramında önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Ulus devlet anlayışının hâkim olmasıyla birlikte devlete yüklenen görevler ya da devlet tarafından yerine getirilecek kamu hizmetlerinin kapsamı tartışılır hale gelmiştir. Devletin sosyal ve ekonomik hayattaki rolüne ilişkin tarihsel süreçte merkantilizm, liberalizm, Keynesyen anlayış gibi iktisadi akımlar fikir hayatına egemen olmuştur. İçerisinde bulunduğumuz dönem sosyal devlete yüklenen görevlerin, devletin etkinsizliğine neden olduğu ve bu nedenle Keynesyen anlayışın yani devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesinin, azaltılması çabalarının gündemde olduğu neo liberal politikalar dönemidir.

Yukarıda çok kısa bir şekilde verdiğimiz devlet ve kamu hizmeti anlayışının tarihsel süreci bağlamında bu çalışmamızda sosyal devlet anlayışının gelişim seyrini, bu süreçte liberal devletten farklı olarak ancak onun kazanımlarına ilaveten sosyal devletin içeriğini analiz edip değerlendireceğiz. Bu bağlamda öncelikle kamu hizmeti, sosyal devlet anlayışı kavramlarının kısmen analizi ve gelişim seyrine değinilmiştir. Sosyal devlet anlayışının hâkim olmasıyla birlikte kamu hizmeti

¹ Hanza Ateş-Soner Ünal, "Devletin Doğduğu Yer: Antik Çağ Ordusu'nda İdari Hayat", *Bilgi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, İstanbul, 2004, s.21.

anlayışındaki değişim ele alınarak 1970’li yıllardan sonra küreselleşme süreci ile birlikte sorgulanmaya başlayan sosyal devlete yüklenen kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi meselesi de değerlendirme kapsamında tutulmuştur. Özellikle sanayi devriminden sonraki süreçte devletin toplumsal hayata kamu yararı çerçevesindeki tüm faaliyetlerinin niteliğinin sosyal devlet ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, sosyal devlette kamu hizmetlerinin –başka bir deyimle sosyal kamu hizmetlerinin- liberal devletin ekseninde ama karma ekonomi gereklerine uygun olarak özelleştirilmesinin ya da özel sektörün bu manada teşvik edilmesinin yeni dönemde sosyal devletin bir yöntemi olabileceği temel varsayım olarak kabul edilmiştir.

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1. Kamu Hizmeti

Kelime anlamı olarak “kamu” hep, bütün, bir ülkedeki halkın bütünü, “halk”, “amme”, “hizmet gören organların tümü” gibi anlamlara gelmektedir.² Bu çerçeveden bakıldığında kamu hizmetini halkın bütününe yönelik hizmetler şeklinde ifade etmek mümkün olmakla birlikte bu girişim oldukça yüzeysel olacaktır. Kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, idare hukukçularının öteden beri üzerinde mutabakat sağlayamadıkları belli başlı konulardan birisi, belki de en önde gelenidir. “Genel geçerli bir kamu hizmeti tanımı yoktur. Kanunlarda da belli bir tanım ya da ölçüye rastlanmamaktadır.”³ Yalnız idare hukukunun değil,

² *Güncel Türkçe Sözlük*, www.tdk.gov.tr (16.02.2016).

³ Ramazan Cengiz Derdiman, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, 2015, Bursa, s. 77.

bütün kamu hukukunun en önemli olmakla beraber en çetrefil ve bulanık kalmış konularından biri “kamu hizmeti” kavramıdır.⁴

Kamu hizmeti kavramına yönelik tanımlama girişimlerine ve bu minvalde kavramın içeriğine değinmeden önce yukarıda basitçe ifade ettiğimiz manada teşkilatlı örgütler tarafından halkın tümüne sunulan hizmetlerin gelişim seyrine kısaca bir bakmak faydalı olacaktır. Kamu hizmetinin temelleri, Mezopotamya’da Hammurabi kanunlarında izlerinin görüldüğü belirtilen Babil Devleti kamu hizmetlerine kadar (MÖ 1728–1686) götürülmekte ise de, hukuki terim olarak Fransa’da kamu hizmeti kavramının açıkça kullanılması, 16-18. yüzyıl monarşisinde ve Devrimde ortaya çıkmış, kamu hukuku özel hukuk ayrımının yerleşmesiyle doğmuştur.⁵ Devrim sırasında kamu hizmeti, bir bireyin diğerine yaptığı hizmet değil, tüm toplumu ilgilendiren hizmetler olarak özellikle bireysel hizmetlerle karşıt anlamı kullanılmış, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 12’nci maddesinde kamu gücünün, tevdi edilenlerin özel çıkarına değil herkesin yararına kurulduğu belirtilmiştir.⁶

Liberal devlet anlayışında devletin jandarma niteliği öne çıktığından ve kamu gücü, düzen sağlama işleviyle sınırlandırıldığından, kamu hizmetinin gelişimi bu anlayışın hâkim olduğu dönemde kısıtlanmıştır. Bu dönemde devletin faaliyet alanı, milli savunma ve kolluk faaliyetleri ile bireylerin güçlerinin yetmediği ya da bir çıkar görmedikleri için

⁴ Süheyy Derbil, “**Kamu Hizmeti Nedir?**”, AÜHFİM, C. VII, Sayı 3-4, Ankara, 1950, s. 28.

⁵ İnaç İşten, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 22, 2007, Ankara, http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_makale_detay.asp?IDNO=74, (01.03.2015), s.1.

⁶ İşten, s.1.

yürütmedikleri faaliyetlerle sınırlanmıştır. Bu nedenle, devlet toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere, doğrudan kendi buyruğu ve sorumluluğu altında, üstün ve ayrıcalıklı usuller kullanarak söz konusu faaliyetleri yürütmüştür. Bu dönemde kamu hizmetleri, devletin kamu yararını sağlamak amacıyla kamusal yönetim usulleriyle yürüttüğü faaliyetlerdir. Kamu hizmeti, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren devlet faaliyetlerinin genişlemesiyle gelişmiş ve yaygınlaşmıştır. Ancak kamu hizmeti kavramının gerçek içeriğini ve önemini kazanması, 20. yüzyıl başında Léon Duguit, Roger Bonnard ve Gaston Jeze tarafından, devlet işlevlerinde ortaya çıkan gelişmenin kamu hukukunda yarattığı dönüşümlerin açıklanmasına yönelik çalışmalar çerçevesinde, “Kamu Hizmetleri (Bordeaux-Bordö) Okulu” anlayışının oluşturulması ile gerçekleşmiştir.⁷ I. Dünya savaşından itibaren devletin faaliyetlerindeki hızlı artış kamu hizmetlerinin gelişimine yol açmış, II. Dünya Savaşı sonrasında devletin özel sektörün gelişebilmesi için gerekli olan altyapıyı karşılamak için ekonomi alanına girmesi, kamu hizmeti kavramının kapsamına ekonomik faaliyetleri de dâhil etmiştir. Sosyal devlet anlayışının yaygınlaşması ile birlikte, devlet ekonomik hayattan başka sosyal yaşama da müdahale ederek faaliyet alanını daha da genişletmiştir. Bu kısa açıklamalardan sonra “kamu hizmeti kavramı” üzerine yapılan çeşitli tanımlara değinmekte yarar görmekteyiz:

Sıddık Sami Onar, kamu hizmetini geniş anlamda “Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında

⁷ *İşten*, s.2.

genel ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler” ve dar anlamıyla da “kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler” şeklinde tanımlamaktadır.⁸ Kemal Gözler ise kamu hizmetini kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik faaliyetler olarak ifade etmektedir.⁹ Sedat Çal tarafından öne sürülen tanım önerisine göre kamu hizmeti toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dâhil edilmek üzere, idarenin yürüttüğü veya kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel kişiler eliyle sözleşme ilişkisi içerisinde yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetlerdir.¹⁰ Onur Karahanoğulları kamu hizmetini siyasal alanın örgütünce (devletçe) kısmen veya tamamen üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağışık kılınarak üstlenilen ve kamusal (siyasal) alana dâhil edilen faaliyetler olarak tanımlamaktadır.¹¹

Topluma yönelik olarak gerçekleştirilen her faaliyet bir kamu hizmeti olarak nitelenebilir mi? Bir başka deyişle bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için taşıması gereken asgari şartlar ya da kamu hizmetini diğer idari faaliyetlerden ayıran unsurlar nelerdir? Bu bağlamda bir

⁸ *Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s.13.*

⁹ *Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 16.b, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015, s.528.*

¹⁰ *Sedat Çal, Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, Ankara, s. 615.*

¹¹ *Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitabevi, 2002, Ankara, s. 65.*

faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için organik ve maddî şart gerekli görüşmüş olmakla birlikte,¹² bunlara eklenecek “şekli” olmak üzere üç unsuru ihtiva etmesi gerektiği söylenebilir.¹³

Bazı yazarlar “şekli unsur” olarak kanunla konulması usulüne tabi olmayı değil, kamu hizmetlerinin tabi olacakları kamu gücü ayrıcalığına ilişkin hukukî rejimi anlatırlar.¹⁴ Kamu gücü ayrıcalıkları, bir bakıma, kamu hizmetinin konuluş usûlü bakımından, kanunla konulmasının bir sonucudur. Ancak, iktisadî kamu hizmetlerinin özel hukuk usûllerine göre yürütmelerinde olduğu gibi, özel hukuk usûllerine göre yürütülen kamu hizmetlerinden de bahsedilebilmesi dolayısıyla, kamu hizmeti tanımında kamu gücü ayrıcalıklarına vurgunun yapılmaması daha doğrudur. Yani tanımında kamu gücü ayrıcalıklarına, bir sonuç olduklarından değil,¹⁵ bir kısım kamu hizmetlerinin özel hukuk usûllerine göre de yürütülmesi cihetiyle yer vermemek gerekir.

Yukarıdaki bilgilerden çıkarılması gereken sonuç da; “şeklî unsur”un, kamu hizmetinin (kanunla) konuluş ve düzenleniş şeklini ve temelini belirten bir fonksiyon üzerinde yoğunlaştığı düşüncesi olmalıdır.

Organik unsur açısından baktığımızda bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için bu faaliyetin öncelikle doğrudan doğruya bir kamu tüzel

¹² Bakınız örneğin; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 174; Gözler-Kaplan, s. 528; Derdiman, *İdare Hukuku*, s. 77, 78.

¹³ Derdiman, *İdare Hukuku*, s. 78.

¹⁴ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 352.

¹⁵ Aksî görüş: Gözler-Kaplan, s. 529.

kişisi veya onun denetimi altında olan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Dolayısıyla özel kişilerce yürütülen hizmetlerin kamu hizmeti olabilmesi için hizmetin kurulmasında, işletilmesinde devletin koymuş olduğu kuralların özel kişileri bağlayıcı olması bir başka deyişle faaliyet serbestisinin kamusal kurallarla sınırlanması gerekmektedir. Söz konusu faaliyetlerin kamu hizmeti sayılabilmesi için aynı zamanda kamu yararını sağlamaya yönelik olması gerekmektedir ki bu da kamu hizmetinin maddi ya da fonksiyonel unsuru olarak nitelendirilmektedir.¹⁶ Ancak burada bir de kamu yararının nasıl belirleneceği meselesi karşımıza çıkmaktadır. Bir başka deyişle bir hizmetin yerine getirilmesinde kamu yararının olup olmadığına nasıl karar verilecektir? Duguit'e göre, bir faaliyet toplumsal açıdan ifası vazgeçilmez ve zorunlu nitelik kazanmış ise, idare tarafından yapılması zorunluluğu doğar ve kamu hizmeti halinde yerine getirilir. Bunun anlamı, bir ihtiyacın sadece kanun koyucunun iradesiyle kamu hizmeti halini alamayacağı, kanun koyucunun sadece bir ihtiyacın toplumsal etkenlerle kamu hizmeti mahiyetini aldığını kabul veya fark ederek bunu yerine getirmekle yükümlü olduğu, yani buradaki belirleyici iradenin aslında kanun koyucunun iradesinden bağımsız olarak bu keyfiyetin toplumda daha önceden ortaya çıkmış olması gerekliliğidir.¹⁷ Kamu hizmetlerinin bu usule tabi olması da onun şeklî unsuru olarak görülmektedir.¹⁸ Öncülüğünü Jeze'nin yaptığı ve genel kabul gören sübjektif nazariyeye göre, kanun koyucunun kamu hizmeti olarak tanımladığı faaliyetler kamu

¹⁶ Çağlayan, s. 174; Gözler-Kaplan, s. 528, 529-532.

¹⁷ Onar, s. 27.

¹⁸ Derdiman, s. 78.

hizmetini oluşturur.¹⁹ Bu bağlamda bir faaliyetin yerine getirilmesinde kamu yararı olup olmadığına ya bizzat yasama organı karar verecektir ya da onun yetkilendirdiği merciiler bu kararı alacaktır.

Serbest girişime yer veren özgürlükçü demokrasinin gerekleri içinde düşünülürse kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu hizmetiyle giderileceğini düşündüğü toplumsal ihtiyaçların özel teşebbüs tarafından (sosyal devlet gibi) Anayasal ilkelere uygun olarak karşılanamayacağı sonucuna varması ve böylece kamu hizmetini kanunla öngörmesi gerekmektedir.²⁰ İşte şekli unsur da kamu hizmetinin kanunla konması ve kanunun öngördüğü esas ve usullere göre yürütülmesi anlamına gelmektedir. Bu açıdan kamu hizmetlerinde özel hukuku aşan hukukî rejimin uygulanması, bir başka deyişle kamu hizmetini yerine getirecek olan kuruluşun kamusal yetki ve ayrıcalıklarla donatılması, şekli unsurun doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir. Yalnız bir kısım kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel hukukun geçerli olduğu da burada not edilmelidir. Şu halde; bu üç unsuru kapsayan bir tanım olarak “kamu hizmeti; yürütülmesinde kamu yararı görüldüğünden dolayı kanunla konmuş, idare tarafından ya da idarenin yakın denetim ve gözetimi altında gerçek veya tüzel kişiler tarafından yürütülen faaliyetlerdir”²¹ şeklinde tanımlanabilir.

Kamu hizmetlerini idarenin diğer görev ve faaliyetlerinden ayırma da gereklidir. Bu yönden halkın ihtiyacı gidermek, kamu yararına olmak ve

¹⁹ Sedat Çal, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat Yayıncılık, 2009, İstanbul, <<http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>>, (28.02.2015), s. 23.

²⁰ Derdiman, *İdare Hukuku*, s.78

²¹ Derdiman, *İdare Hukuku*, s.77.

kanunla belirlenmek gibi unsurları bakımından kamu hizmetine yaklaşmakla birlikte temel hakları sınırlandırıcı yetkileri kullanma içeriği ile tam bir kamu hizmeti şablonuna oturtulamadığı için nevi şahsına münhasır kamu hizmeti olan kolluk hizmetlerini nihayetinde bir kamu hizmeti kabul etmek mümkün görülebilir. Fakat kamu hizmetinin, idare ya da idarenin yakın denetim ve gözetimi altında toplumsal ihtiyaçları giderici ve kamu yararını sağlayıcı faaliyetler olması, kolluk denetimleri gibi bir kısım işlemlerini, özel teşebbüsü destekleme ve isteklendirme faaliyetlerini ve bir durumdan diğer bir duruma değişiklik yapmayan, etkisiz bir faaliyet olan danışma ve hazırlık işlemleri ve faaliyetleri gibi kapsamı kamu hizmeti olarak düşünmek mümkün değildir.²²

1.2. Sosyal Devlet

Sosyal devletin 18. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan Sanayi Devrimi'nin bir ürünü olduğu yönünde genel bir kabul söz konusudur. Sanayi devrimi ile yeni iş alanlarının doğması, yeni sınıfların oluşmasına neden olmuş, ekonomik değişim siyasal değişimleri de zorunlu kılmıştır. Bu çerçevede devlet kurumu da bu süreçten etkilenerek kendi içinde dönüşmüştür. Kapitalist ilişkilerin yoğunluğu ve özellikle hızlı sanayileşmenin sonuçları bunların başlıca nedenleridir. Kapitalizmin temel mekanizması olan serbest pazar sürecinin ürettiği eşitsizlikler ve toplumsal yaşamda yarattığı tahribat, sistemi dönüştürecek arayışları da

²² Bakınız: *Derdiman, İdare Hukuku*, s. 75, 76, 130.

beraberinde getirmiştir. Sosyal devlet anlayışının doğuşu bu arayışlarla yakından bağlantılıdır.²³

Sosyal devlet anlayışının gelişim seyrine bir sonraki bölümde değineceğiz. Bu sürece geçmeden önce kavramın kısaca analiz edilmesi faydalı olacaktır. Öncelikle literatürde sosyal devlet ile refah devleti kavramlarının kullanıldığını görmekteyiz. Bazı yazarlara göre, aslında “sosyal devlet” ile “refah devleti” kavramları aynı anlamı ifade etmez. Bunun nedeni olarak, refah devleti kavramının, herkese çağdaş bir yaşam ve geçim düzeyi sağlayabilecek gelişmiş ülkeleri ifade ediyor olması gösterilmektedir. Yani bu anlam itibariyle her refah devleti aynı zamanda bir sosyal devlettir, ancak, her sosyal devlet ise bir refah devleti değildir. Bazı yazarlara göre her iki kavram da aynı şeyi ifade ederken, bazılarında göre ise, sosyal devlet kavramı, diğerini de kapsayan bir çerçeve kavram olarak benimsenmektedir. Örneğin Nur Seter “Sosyal devlet ve “sosyal politika” kavramlarının Almanca’nın konuşulduğu Kıta Avrupası ülkelerde “refah devleti” ve “refah politikası” ya da “sosyal refah devleti / politikası” kavramlarının ise İngilizcenin hâkim olduğu Kuzey Amerika ve bir kısım Avrupa ülkelerinde (Anglo-Sakson ülkeler) tercih edildiğini ifade etmektedir.²⁴

Sanayi devrimi sonrası yaşanan gelişmeler paralelinde ortaya çıkan yeni anlayışta toplumda refah düzeyi itibariyle farklı durumda bulunanların bu

²³ Hamit Emrah Beriş, *Küreselleşme Çağında Egemenlik-Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları*, Lotus Yayınevi, 2006, Ankara, s.239.

²⁴ Nur Seter, *Devlet Görevlerinin Genişlemesi Sonucu Sosyal Devlet*, İÜİF Yayınları, 1994, İstanbul, s.36

farklılıklarını gidermek amacıyla, devletin sosyal politika kapsamında (sosyo-politik) önlemleri alması devletin temel üstlenimi, esas görevi haline gelmiştir. Devletin hukukî niteliğine bir de sosyal hayata müdahale etme fonksiyonu eklenmiştir. Bu minvalde yeni dönemde devletin niteliğinin refah olgusu üzerine oturtulması ve refah devleti kavramının kullanılması anayasal tabir olarak benimsenmemektedir. Çünkü başta 1848 tarihli Fransız Anayasası olmak üzere birçok anayasa yeni dönemde devletin refah fonksiyonuna değil sosyal olma niteliğine vurgu yapmakta sosyal devlet vurgusu ön plana çıkmaktadır. Şurası vardır ki, refah devleti, piyasa ekonomisini esas almakla birlikte, sosyal devletin hayata geçirilişinin bir türü ve şekli olarak görülmesi şartıyla, 1982 Anayasamızın yer verdiği sosyal devlet kapsamında düşünülebilecektir.²⁵ Nitekim refah devletinin önde gelen özelliği olan ekonomide Keynesyen müdahaleciğin serbest piyasa ekonomisinin esas kabul edilmesi şartıyla sosyal devlet tarafından da benimsendiği açıktır. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin burada sadece ikisini vermekle yetindiğimiz birçok kararında sosyal devlet vurgusu ön plandadır. Örneğin, 16-27 Eylül 1967 tarih ve K.1967/29 sayılı Kararında sosyal devlet şu şekilde tanımlanmıştır;

“(Sosyal devlet) ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının

²⁵ Ramazan Cengiz Derdiman, *Anayasa Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, 2013, Bursa, s. 257.

kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.”²⁶

Anayasa Mahkemesi 26 Ekim 1988 tarih ve K.1988/33 sayılı Kararında da sosyal devleti şöyle tanımlamıştır: “*Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletini, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir. Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeler uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgarî yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir.”²⁷ Bu bağlamda genel olarak liberal devletin olumsuzluklarını gerektiğinde devlet müdahalesi ile gidermeyi planlayan*

²⁶ *Anayasa Mahkemesi, 16-27 Eylül 1967 Tarih ve E.1963/336, K.1967/29 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 6, s.23*

²⁷ *Anayasa Mahkemesi, 26 Ekim 1988 Tarih ve E.1988/19, K.1988/33 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 24, s.451-452.*

ve uygulayan devlet olarak²⁸ yani devletin temel bir niteliği olarak sosyal devlet kavramının en azından anayasal çerçeveden daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

2. SOSYAL DEVLET ANLAYIŞININ GELİŞİMİ

2.1. Sosyal Devletin Fikri Temelleri

Sosyal devlet anlayışının ortaya çıkışında, sanayileşmenin başlaması ve kapitalist üretim tarzına geçiş gibi ekonomik boyutlu değişimler; kentleşmenin ve ücretli çalışmanın artması gibi sosyal değişimler; işçi sınıfının siyasal bilinç kazanması gibi ideolojik değişimler ve nihayet mutlakıyetçi yönetimlerden demokratik yönetimlere geçiş gibi politik değişimler çok önemli bir rol oynamıştır.²⁹ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere sosyal devlet anlayışının, esas itibariyle 18. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan Sanayi Devrimi'nin bir ürünü olduğu yönünde genel bir kabul söz konusudur. Bu noktada; sosyal Devletin, bu dönemde artan yoksulluk ve emek sömürsünü önlemek için bir çözüm olma gibi bir iddiası da olan sosyalizme karşı, kapitalizmin bu sakıncasını giderici olmak bakımından Alman Şansölyesi Bismark'ın gündeme getirdiği bir anlayış olduğu görülmektedir.³⁰ Sanayi Devrimi sonucu, toplum yapısında iki yeni sınıf doğmuştur. İki sınıftan sayıca daha az olan birinci grup, yeni üretim araçlarının sahipleri, yani işverenlerdir; sayıca çok olan ikinci grup ise, emeği ile geçimlerini sağlama durumunda olan işçilerdir. Yeni sistemin işçileri, eski dönemin tarım sektöründe çalışan insanları olup, bunlar

²⁸ *Derdiman, Anayasa Hukuku, s.256.*

²⁹ *Meryem Koray, "Sosyal Refah Devleti: Kimi İçin Umut, Kimi İçin Kaygı Kaynağı", Sosyal Demokrat Yaklaşımlar, SODEV-TÜSES Yayınları, 2003, İstanbul, s.95.*

³⁰ *Derdiman, Anayasa Hukuku, s. 256.*

kitleler halinde şehirlere akın etmiş ve şehrin etrafındaki gecekondualarda yaşamaya başlamış, geçimini sağlamak için çok düşük ücretlerle, uzun çalışma saatleri boyunca çalışmak zorunda kalmıştır. Bu arada devlet yapısı ve işlevi gereği bu yeni düzene müdahale etmeyip pasif kalmayı yeğlemiştir. Çünkü o çağda hâkim olan liberal anlayışa göre ticaret ve sanayinin gelişmesi için devletin ekonomik yaşama karışmaması gerekmektedir. Devlet, sadece piyasa tarafından etkin bir şekilde yapılamayan ya da doğası itibariyle piyasa tarafından yapılmaması gereken faaliyetleri üstlenmelidir. Bu anlayış çerçevesinde kişisel ve siyasal haklar güvence altına alınmış, devlet sınırlandırılıp hukuka bağlı kılınmış; fakat ekonomik yaşam söz konusu olduğunda, ekonomik liberalizmin bir gereği olarak, bireyler piyasa koşullarının serbestliğine bırakılmıştır.³¹ Liberal felsefenin sosyal refah konusuna yaklaşımına bakıldığında ise, toplumun genel refahının, toplumdaki bireylerin refahları toplamından ibaret olduğu; bu nedenle, sosyal refahın en iyi şekilde, bireylerin refahları toplamının maksimize edilmesi yoluyla güvence altına alınabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, bunun anlamı, maksimum sosyal güvenceye ulaşmanın yolunun, bireylerin kendi ekonomik çıkarlarını elde etmelerine izin vermekten geçtiğidir. Bunun yolu ise, serbest rekabete dayalı bir piyasa ekonomisidir.³² Liberal devlet, altın çağını yaşadığı 19. yüzyıl boyunca ve I. Dünya Savaşı öncesi dönemde, ekonomik hacim itibariyle birçok ülkede GSMH'nin % 10'unu geçmemiştir. Bu oran Adam Smith'in belirttiği devletin temel işlevleri

³¹ Nihat Bulut, "Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 2, 2003, s174.

³² Süleyman Özdemir, *Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, İstanbul, 49..

açısından uygun bir orandır. Yani devlet, milli savunmayı, iç düzeni ve bayındırlık hizmetlerini sağlamanın dışına taşmamıştır.³³

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren çalışma hayatına bağlı olarak ortaya çıkan risk ve tehlike eksenli toplumsal zorunluluklar bireyi sadece devlet gücünün dış baskılarına karşı korumayı amaçlayan hukuk devletinin ya da liberal anlayışın sorgulanmaya başlanmasına neden olmuştur. Bu bağlamda öncelikle Batı Avrupa’da olmak üzere modern işçi sınıfının mevcut düzene karşı sosyal muhalefet anlayışını da beraberinde getirmiştir. Bu anlamda bir taraftan sınıfsız toplum düzeni öngören Marksizm anlayışı ön plana çıkarken diğer yandan sosyal eşitsizliğe olan tepkiler Reformizm anlayışı ile desteklenmiştir. “Sanayi devriminden sonra artan rekabet, kapitalizmin vahşi yönünü ortaya çıkarmıştı. Adam Smith’in ekonominin tamamen serbest bırakılmasının, ‘insanları mutlu edeceği’³⁴ “kehaneti” haklı çıkmamıştı.”³⁵

İşte bu gelişmeler çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ücretli izin hakkı, çalışma hayatında kadın ve çocukların özel olarak korunması hakkı gibi daha çok çalışma hayatına ilişkin sosyal hakların doğuşuna vesile olmuştur. Bir başka deyişle sanayi devrimi döneminin patronları burjuva sınıfı, hukuk devleti ilkesi ile sahip olduğu statüyü kaybetmemek adına toplumsal muhalefet karşısında işçi sınıfına ekonomik anlamda

³³ Özdemir, s. 51.

³⁴ Ayşe Buğra, *Kapitalizm, Yoksulluk ve Türkiye’de Sosyal Politika*, İletişim Yayınları No: 1299, İstanbul, 2008 s. 57.

³⁵ Derdiman, *Anayasa Hukuku*, s. 256.

veremedikleri tavizi sosyal haklarla karşılamaya çalışmışlardır.³⁶ Dolayısıyla sosyal devlet kavramı, temel olarak, kapitalist üretim süreçlerinin varlıklı kesimler lehine sonuçlar ortaya çıkardığını düşünenler tarafından, bir tür genel uzlaşma sağlama çabasının ürünü olarak ortaya çıkmıştır.³⁷

Sosyal devlet anlayışı hukuk devleti anlayışını bertaraf eden bir anlayış da değildir. Şüphesiz özünde insan onuru kavramına dayanan hukuk devleti, insanı sadece devlet gücünün dış baskılarına karşı korumayı amaçlamıştır. Oysa endüstrinin gelişmesi insanın sırf devlet gücüne karşı korunmasının fazla bir anlamı olmadığını göstermiştir. Böylece hukuk devleti kavramının yanında, sosyal devlet kavramı da uygulamaya taşınmıştır.³⁸ Bir başka deyişle sosyal devlet, klasik liberal devletin, yani hukuk devletinin esas aldığı insanın korunması ilkesini aynen benimser, fakat sanayi ortamında bu korumanın ancak sosyal haklarla tamamlanması ile mümkün olduğuna inanır. Kısacası sosyal devlet bir öncekinin birikimlerini görmezlikten gelmemekte, aksine onu tamamlamayı amaçlamaktadır.³⁹ Anayasa hukukunun genel ilkeleri ve 1982 Anayasamız perspektifinde bakıldığında, sosyal devletin hukuk devleti olmaksızın, hukuk devletinin de sosyal devlet ilkeleri ile desteklenmeksizin anlamlı olmayacakları söylenmelidir. Hukuk devleti hakkın, adaletin ve hukukun

³⁶ Berke Özenç, *Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağında İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 64, 65.

³⁷ Fatih Yüksel, "Sosyal Devletin Dönüşüm Sürecinde Yerel Yönetimlerin Yeni İşlevleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 62, 2007, Ankara, s.281.

³⁸ Nihat Bulut, "Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı", Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, İzmir, 2001. s.326.

³⁹ Bulut, *Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?*, s.179.

üstün ve bağlayıcı olması şeklinde anlaşılırsa, ki öyledir, örneğin bu durumda “sosyal devlete ilişkin kuralların hayata geçirilme-sinde hukuk devleti, bu konuları kurallara bağlamasıyla bir garantör, bir sigorta görevi görür.”⁴⁰ Buradan Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet prensiplerinin birlikte anlam ifade edebilecekleri ortaya çıkmakta ve bu gereklilik anayasal düzeyde, 1982 Anayasamızda “sosyal hukuk devleti” olarak kavramsallaştırılmaktadır.

Sonuç olarak bireyin mutlak özgürlüğüne inanan ve dolayısıyla sanayi devriminin doğurduğu toplumsal tezatları aldırmayan klasik liberal anlayışa karşı ileri sürülen eleştiriler, sosyal devletin fikrî temellerini atmış ve onun uygulamaya geçmesini sağlamaya çalışmıştır. Bu yeni anlayış çerçevesinde devlet için öngörülen konum, artık özgürlükler konusunda pasif kalmamak, yani vatandaşlara kişisel ve siyasal haklar tanıyarak bir yana çekilmemek; aksine sosyal ve ekonomik haklar dolayısıyla bir takım faaliyetlerde bulunmak olmuştur.⁴¹ Bu bağlamda kişilerin maddî ve manevî değerlerini gözetmek, korumak ve kollamak, kültürel yönden çeşitli faaliyetler üstlenmek de bu konuya ilişkin kapsamda olmaktadır.

2.2. Sosyal Devlete Yönelik Adımlar

Münci Kapani'nin aktardığına göre 1848 Fransız Anayasası, sosyal devlet anlayışının kendini anayasal düzeyde ortaya koyduğu ilk anayasa olmuştur. Anayasa aile, çalışma, mülkiyet ve kamu düzenine dayalı bir toplumda; özgürlük, eşitlik ve kardeşliğin egemenliğini öngörmüş; eğitim

⁴⁰ *Derdiman, Anayasa Hukuku, s. 258.*

⁴¹ *Bulut, “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”,s.325.*

hakkı, yoksullara yardım gibi düzenlemeler getirmiş ve insan hakları teorisinde önemli bir değişikliğe yol açarak, sosyal hukuk anlayışının ifadesi olmuştur.⁴² Daha sonra, 1919 yılında Almanya'da yürürlüğe konulan Weimar Anayasası, sosyal devletin gelişimine zemin hazırlama açısından diğer çok önemli bir belgeyi ifade etmektedir. Weimar Anayasası hem sağlık, çalışma, aile ve meslek grupları ile eğitim hakkını güvence altına almış, hem de çalışma koşullarının işçi ve işverence beraber belirlenmesi ve çalışanların işletme içindeki komitelerde görev almasını sağlamıştır. Ekonomik yaşamın, adalet ilkesine uygun olarak ve insanlık onuruna yaraşacak bir şekilde düzenlenmesinin sağlanacağını da açık bir şekilde ifade etmiştir. Dahası, bu anayasa “ekonomik hayatın adalet esaslarına göre ve herkese insanlığına yaraşır bir şekilde düzenlenecektir” hükmünü kabul ederek, dayandığı görüşü çok açık bir biçimde formüle etmiştir.⁴³ Aynı eğilim, II. Dünya Savaşı sonrası 1947 İtalyan Anayasası, 1949 Alman Anayasası, 1958 Fransız Anayasası ve ülkemizde de 1961 ve 1982 Anayasalarında da benimsenmiştir.⁴⁴

Kesin olmayan bilgilere rağmen sosyal devletin, yukarıda da kısmen değinildiği üzere, 19. yüzyılın ortalarında halkın temel eğitiminin sağlanmasını öngören kanun hükümleriyle birlikte ve daha özel olarak 1883'te Bismark'ın ilk sosyal sigorta projesini uygulamaya koyduğu zaman başlatıldığı konusunda genel bir kabul vardır.⁴⁵ Bismarck, sanayileşme sürecini ağır sefalet içinde geçiren ve 1877 ekonomik

⁴² Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, 6.b., 1981, Ankara, s.54

⁴³ Kapani, s. 55.

⁴⁴ Özdemir, s.23.

⁴⁵ Iann Gough, “Welfare State”, (çev.) Kamil GÜNGÖR, www.canaktan.org.s 2.

bunalımına bağlı olarak yaşam koşulları bozulan işçi sınıfının güvenliğini sağlamak amacıyla ilk sosyal sigorta sistemini kurmuştur.⁴⁶ Bismarck tarafından yeni getirilen sisteme ilişkin olarak 1883 yılında hastalık sigortası, 1884 yılında iş kazaları ve 1889 yılında sakatlık ve yaşlılık sigortalarına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁷ 1895 yılından itibaren Avrupa'nın diğer ülkelerinde de bu modelden esinlenerek sosyal sigorta yasaları yürürlüğe konulmaya başlanmıştır.

Öte yandan sosyal devlet uygulamalarından sayılabilecek tarzdaki gelişmelerin İngiltere'de de hâkim olduğu görülmektedir. Bu bağlamda 1601 yılında Kraliçe Elizabeth döneminde çıkartılan “Yoksulluk Yasası” ile başlayan sosyal koruma, 1834 yılında aynı adla çıkarılan ikinci bir yasayla devam etmiştir. 1880 yılında iş kazalarına tazminat yükümlülüğü getiren “İşverenlerin Sorumluluğu Yasası” ve 1897 yılında “İşçiler Tazminat Yasası” ile devam eden sosyal koruma süreci, 1906 yılında iş kazaları sigortası, 1908 yılında “Yaşlılık Aylığı Yasası”, 1911 yılında “Ulusal Sigorta Yasası” (hastalık sigortası), 1925 yılında “Dul, Yetim ve Yaşlılar Prim Aylık Yasası” ile gelişmiştir.⁴⁸

Yirminci Yüzyılın iki dünya savaşı arasında kalan dönemi hem Avrupa hem de Amerika için bir buhran dönemi olmuştur. 1921'de İngiltere'de başlayan kriz, 1930'lu yıllardan itibaren bütün dünyayı sarmıştır. İşsizlik

⁴⁶ Ali Güzel, “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 4, İstanbul, 2005, s.63.

⁴⁷ Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 14.b., Beta Yayınları, 2012, İstanbul, s.20.

⁴⁸ Özdemir, s.193.

ve durgunluk gibi iki büyük meseleyle karşı karşıya kalmış olan piyasa ekonomilerinin önü tıkanmıştır. Keynes 1936 yılında kaleme alınan meşhur kitabı “Genel Teori”sinde; devletin uygulayacağı politikalarla, yatırım ve tüketimi etkileyerek ekonomide karşılaşılan iktisadi sorunları çözümlenebileceğini ve devletin özellikle maliye politikası uygulamalarıyla tam istihdamı sağlayabileceğini ifade ederek devlet müdahalesini bir felsefe haline getirmiştir.⁴⁹ Keynes'in, kamunun ekonomiye müdahalesini çözüm olarak gören görüşü, pek çok iktisatçı tarafından da benimsenmiş, zamanla bunların birçoğu devlete daha geniş rol ve fonksiyon biçmiştir. Öte yandan Beveridge ve özellikle onun 1942’de hazırladığı rapor, II. Dünya Savaşı’ndan sonra çoğu sosyal devlet sistemlerinin temelini oluşturmuştur. Bizzat Beveridge’nin “sosyal devrim” olarak nitelendirdiği bu raporun temel düşüncesi, modern toplumun yüzkarası olan fakirliğin sistematik ve kapsamlı bir sosyal güvenlik sistem ve modeliyle çözümlenmesidir.⁵⁰

Sosyal devlet düşüncesi ile ilgili olarak dönemin ilgi çekici yaklaşımlarından biri de Kurumcu İktisadın ABD’de öncü isimlerinden biri olan J.K. Galbraith’dan gelmiştir. Galbraith 1958 yılında yayınladığı “Bolluk Toplumu” (Affluent Society) adlı kitabında devletin ekonomide bulunmasının zorunluluğunu “toplumsal denge” teorisi ile açıklamaya çalışmıştır. Ona göre toplum üretilmesi gereken mallar için muazzam bir üretim kapasitesine sahip olmasına ve üretip sattığı mallar açısından bir

⁴⁹ Salih Alp, “Refah Devleti Düşüncesini Gelişimi ve Bir Liberal Alternatif Olarak Üçüncü Sektör”, *Maliye Dergisi*, Sayı 156, 2009, 267.

⁵⁰ Muzaffer Koç, “Sosyal Güvenlik ve Beveridge Raporu”, *Mali Çözüm Dergisi*, İSMMO yay., Sayı:76, 2006, İstanbul, s.97.

“bolluk toplumu” izlenimi vermesine rağmen, kamu hizmetleri çok yetersiz kalmaktadır. Bu duruma, artan otomobil üretimine karşın karayollarının yetersiz kalması örneği verilebileceği gibi modern sanatlardaki gelişememe durumu da örnek gösterilebilir. Sanat; toplumda konut, sağlık ve ulaşım hizmetlerine benzemeyen yanı nedeniyle fiziksel rahatsızlıklar doğurmaz ama halk kitleleri müziğin, tiyatronun, resmin gelişimiyle kavuşabileceği zevk ve mutluluk tatmininden yoksun kalabilecektir. Bu nedenle piyasanın genellikle başarısız olduğu bu gibi alanlarda da devletin etkin olarak bulunması elzendir. Galbraith bu anlamda piyasada üretilen mal ve hizmetlerin ortaya çıkardığı ya da değişik sebeplerden dolayı ortaya çıkan bu türden “toplumsal dengesizliklerin” giderilmesi için kamusal hizmetlerin artırılmasını önermiştir.⁵¹

Ne var ki, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişen ve 20. yüzyılda yaygınlaşan sosyal devlet, 1970’li yıllara gelindiğinde, Logue’un deyişiyle, kendi başarısının kurbanı olacaktır. Gerçekten sosyal devlet Batı’da işsizlik, sağlık ve eğitim gibi sorunların üstesinden gelmiş; fakat onun gelişimi, kamu sektörünün ekonomi içindeki payını önemli bir biçimde artırmıştır. Bu oran, Hollanda, Norveç, İsveç ve Danimarka gibi ülkelerde %50’leri, Avusturya, Almanya, Fransa, Belçika ve İngiltere gibi ülkelerde ise %40’ları aşmıştır.⁵² Böyle bir ortamda sosyal devlet, 1970’li yıllarda başlayan ekonomik krizle birlikte tartışılır duruma gelmiş ve onun sona erdiğinden söz edilir olmuştur. Devletin küçültülmesi, özelleştirme,

⁵¹ *Alp, s.268.*

⁵² *Nihat Bulut, “Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?,”s.180*

deregülasyon gibi kavramların gündeme gelmesi ve kapitalizmin bu kavramlar çerçevesinde yeniden yapılanma süreci içine girmesi, tam da böyle bir ortamda gerçekleşecektir. Söz konusu süreç içinde küreselleşmenin önemli bir yer tuttuğunu söylemek gerekmektedir.⁵³ Yukarıda genel olarak açıklamaya çalıştığımız sosyal devletin tarihsel gelişim seyrini 4 maddede özetlemek mümkündür;

1-) 1880 öncesi: Sanayi devrimi öncesi olarak da kabul edilen bu dönem paternalist bir anlayışın hâkim olduğu dönemdir. Bu dönemde sorunların giderilmesinde ailelerin, gönüllü kuruluşların, hayırseverlik duygularıyla hareket eden kurumların, bireysel olarak sorumluluk duyan işverenlerin ve devlet gelir transferlerinin var olduğu görülmektedir.

2-) 1880-1945 yılları arası sanayileşme dönemi. Bu dönemde çalışanlar finansmanına zorunlu olarak katıldıkları sosyal sigorta kurumlarının koruması altındadır.

3-) 1945-1975: sosyal devletin altın çağıdır. Bu dönemde sosyal sigortalara ek olarak sosyal devlet fonksiyon ve kurumlarının genişlediği, gelirin devamlılığını sağlama ve yaşam standartlarını yükseltmenin amaç haline geldiği görülmektedir.

4-)1975 sonrası: sosyal devletin kriz dönemi: sosyal devletin krize girdiği ve yeniden yapılandırma arayışlarının başladığı bir dönemdir.⁵⁴

⁵³ Bulut, "Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?", s.180.

⁵⁴ Özdemir,, s.178.

3. SOSYAL DEVLETTE KAMU HİZMETLERİ (SOSYAL KAMU HİZMETLERİ)

3.1.Sosyal Devletin Kamu Hizmet ve Faaliyetleri

Yukarıda ana hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız kamu hizmetini çeşitli ayrımlar bakımından somutlaştırmaya çalışmak ve tasnif etmek mümkündür. Örneğin, kamu hizmetleri yürütüldükleri alana göre, milli kamu hizmetleri ve mahalli kamu hizmetleri olarak ikiye ayrılır. Milli kamu hizmetleri, tüm ülke düzeyinde yürütülen ve dolayısıyla tüm yurttaşların yararlanmasına sunulmuş bulunan kamu hizmetleridir. TCDD'nin yürüttüğü ulaştırma kamu hizmeti milli bir kamu hizmetidir. Buna karşılık, belli bir yörede yürütülen ve sadece o yöre halkının yararlanmasına sunulmuş kamu hizmetleri ise mahalli kamu hizmetleridir.⁵⁵ Yerel yönetimler tarafından yerine getirilen hizmetler mahalli kamu hizmetlerine örnek teşkil etmektedir. Kamu hizmetleri konularını oluşturan faaliyetlerin devlet tekelinde olması ya da özel kesime bırakılması açısından da ayrıma tabi tutulabilir. Kamu hizmetlerinin konusu tamamen özel kesime kapatılmışsa bu tür hizmetler tekel niteliğinde olan hizmetlerdir. Bu konuda posta ve telgraf, demiryolları ile ulaşım gibi hizmetler verilebilir. Ancak kamu hizmetleri, eğitim, sağlık alanlarında olduğu gibi özel sektör eliyle de yürütülebiliyorsa bu hizmetler tekelsiz hizmet alanına girmektedir.⁵⁶ Yararlanma açısından da kamu hizmetlerinde doğrudan doğruya ve kişisel yararlanma, dolaylı yararlanma ve toplumsal yararlanma şeklinde bir ayırım söz konusudur. Doğrudan doğruya ve kişisel yararlanma eğitim, adalet, iktisadi nitelikli kamu

⁵⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 7.b, İmaj Yayınevi, 2003, Ankara, s.290.

⁵⁶ Günday,s. 289.

hizmetlerinden yararlananlar için geçerlidir. Dolaylı yaralanma otomobil sahiplerinin yolların bakım ve onarımından yaralanması gibi doğrudan olmayan yararlanmadır. Toplumsal yararlanma ise; sunulan hizmetten yararlananların kişisel olarak belirlenmesinin imkânsız olduğu savunma, dışişleri gibi hizmetleri kapsamaktadır.⁵⁷

Kamu hizmetlerini konularına göre de bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Buna göre, kamu hizmetleri idari, iktisadi, sosyal ve bilimsel- teknik-kültürel kamu hizmetleri olmak üzere 4 grup altında toplanabilir. İktisadi kamu hizmetleri devletin ekonomik alana müdahale etmesi gereğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve toplumun ekonomik gereksinimlerini özel hukuk kuralları içinde karşılayan hizmetlerdir. İktisadi kamu hizmetlerine örnek olarak kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttüğü hizmetler gösterilebilir.⁵⁸ İdari kamu hizmetleri geleneksel olarak idare tarafından kamu hukukuna uygun olarak yürütülen milli savunma, tapu ve kadastro, bayındırlık gibi hizmetlerdir.⁵⁹ Bilimsel- kültürel- teknik kamu hizmetleri ise devletin bilimsel ve teknik araştırmalar, müzik, tiyatro, bale gibi bilim, kültür ve sanat alanına ilişkin yürüttüğü faaliyetleri kapsamaktadır.⁶⁰

Toplumsal ihtiyaçlara yönelik olarak sunulan kamu hizmetlerine yönelik bu sınıflandırma devletin faaliyet alanının kapsamını anlamak açısından önemlidir. Ancak konumuz açısından daha da önemlisi ister milli-mahalli, ister tekel-tekelsiz olsun ya da iktisadi, bilimsel, teknik ve kültürel olsun

⁵⁷ İsmet Giritli-Pertev Bilgen-Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 2001, İstanbul, s.794

⁵⁸ Giritli-Pertev Bilgen- Akgüner, s.794.

⁵⁹ *Günday*,s., 291.

⁶⁰ *Günday*, s., 292.

tüm kamu hizmetlerinin temel kaygısı kamu yararını tesis etmektir. Devletin kamu yararını tesis etmek amacıyla toplumsal hayata doğrudan ya da dolaylı müdahalesini onun sosyal olma özelliğinde aramak gerekmektedir. Bir başka deyişle sosyal devletin temellerini, bizatihi kamu hizmetlerini yürütme işlevinde, hizmetlerin toplumsal yansımada aramak gerekmektedir.

Konuya bu perspektiften bakıldığında asıl amacı kamu düzenini tesis etmek ya da bozulan kamu düzenini düzeltip eski durumuna getirmek suretiyle kamu yararını hedef tutan kolluk faaliyetlerini salt kamu hizmeti olarak görmek mümkün değilse de, sosyal devletin kamusal faaliyetleri içerisinde değerlendirmek mümkündür. Bundan başka, Devletin idaresi eliyle, sosyal devlet kapsamında değerlendirilebilecek olan diğer bir kısım alanlarda kamu hizmetlerinin yürütülmesi ya da bir kısım idarî faaliyetlerin hayata geçirilmesiyle mümkündür. Buna göre:

- 1-) Başta, “devletçilik” ilkesinin de bir gereği olarak devletin ekonomik alana el atması doğrultusunda, teşebbüsleri eliyle bir kısım iktisadî faaliyetlerde bulunulması;
- 2-) Devletin iktisadi hayatta serbest girişin özgürlüğünü desteklemek bakımından bir kısım teşvikler ya da destekleme yöntemleri öngörülmesi;⁶¹
- 3-) Ailenin birliğinin sağlanması, eğitim öğretim hakkının anlamlı bir şekilde kullanılması, sendika, iş ve kamu hizmeti, sağlıklı bir çevrede yaşama gibi hak ve güvencelerinin tanınması;

⁶¹ Bakınız: *Derdiman, İdare Hukuku, s. 77, 78.*

4-) 1982 Anayasasında yazılı olduğundan bahisle, kooperatifçiliğin, orman köylüsünün, esnaf ve sanatkârın desteklenmesi;

5-) Yönetilenlerin çağdaş bilgi ve değerlerle donatılarak bilgi ve görgü bakımından da insan onuruna uygun bir şekilde yaşamaları için, eğitim, öğretim ve kültürel faaliyetlerde bulunulması;

Ve benzeri hizmet ve görevler, idarenin sosyal devlet gerekleri kapsamında üstlendiği kamu hizmetleri ve diğer görevler arasında sayılabilirler.

Sosyal devlette varlığından bahsetmeye ve somutlaştırmaya çalıştığımız bu kamu hizmeti ve idarî faaliyetlere “sosyal kamu hizmetleri” başlığında ayrıca değinilebilir:

3.2. Sosyal Kamu Hizmetleri

Sosyal devletin üstlendiği kamu hizmetlerini sosyal devletin kamusal faaliyetlerinden ayıran husus sosyal kamu hizmetlerinin özünde, yapılan çeşitli düzenlemeler ve uygulamalarla kötü ekonomik ve sosyal koşullar altında bulunan bireyleri korumayı amaç edinmesidir. Bu koruma ise sosyal kamu hizmetleri aracılığı ile gerçekleşmektedir. Bu bağlamda sosyal devletin görev alanı oldukça geniştir ve her bir ülkenin kendi sosyal refah modeline göre çeşitli uygulamalarla karşılaşmaktadır. Ancak, sosyal devlet sıfatının gerektirdiği kamu hizmetlerinin, temel olarak beş alanda yoğunlaştığı görülmektedir. Bunlar; sosyal güvenlik, eğitim, sağlık, gelirin yeniden dağıtımı ve sosyal refah hizmetleridir.

3.2.1. Sosyal Güvenlik Olgusu

Güvenlik ihtiyacı, insanoğlunun varoluşuyla birlikte görülen riskler ve tehlikeler nedeniyle ortaya çıkmış ve zaman içinde, insanın gelişimine, kurduğu toplum düzenine ve ortaya koyduğu buluşlara bağlı olarak hem niceliksel hem de niteliksel olarak çeşitlenerek süregelmiştir. Bu bağlamda doğanın ve ekonomik yaşamın bireyin önüne çıkardığı tehlikelerin acımasız sonuçlarına karşı korunma ve güvenlik duygusu insanlık tarihi ile özdeşdir diyebiliriz. Risk ve tehlikelere karşı bireyin korunması yönünde izlenen yollar aynı zamanda devletin gelişimi ile paralel bir seyir izlemiştir. Bu bağlamda daha önceleri tehlike ve risklere karşı birebir mücadele eden toplumlar zamanla bu görevi devlete devretmişlerdir.

Zamanla devlet anlayışının gelişimi ile birlikte, toplum bireyleri doğadan gelebilecek tehlike ve risklere karşı bir güvence kazanmıştır. Ancak devlet anlayışının gelişimi hatta hukuk devleti ilkesinin yaygınlaşması bireylerin sosyal yaşamdan kaynaklanan tehlike ve risklere karşı korunmasına yeterli olmamıştır. Özellikle sanayi devrimi ile birlikte artan bu tehlike ve riskler karşısında hukuk devletinin bir önceki satırlarda anlattığımız gerekçelerle sadece seyirci devlet rolünü oynamasına neden olmuştur. Liberal felsefeye yöneltelen eleştirilerle beraber devletin sosyal yaşamdaki rolü de değişmeye başlamıştır. Bu anlamda seyirci devlet modelinden yavaş yavaş müdahaleci devlet modeline doğru bir gelişim söz konusu olmuştur. Sosyal yaşamdaki adalet ve huzuru sağlamak için devletin aktif görevler üstlenmesi gerektiğini savunan Sosyal Devlet anlayışında tehlikeyle karşılaşan bireylere, asgari bir güvence, sosyal koruma sağlamak temel felsefe haline gelmiştir.

Bu bağlamda sosyal devlet, adına yaraşır biçimde sosyal adalet ve huzuru sağlama görevini sosyal kamu hizmetleri ve bunun en önemlisi olan sosyal güvenlik aracılığı ile sağlamak durumundadır. En genel ifadesiyle sosyal güvenlik; sosyal yaşamdan gelecek tehlike ve risklere karşı bireyin korunmasını amaçlayan sosyal devlet anlayışıdır diyebiliriz. Uluslararası Çalışma Örgütü sosyal güvenliği, *toplumun, hastalık, doğum, iş kazası, işsizlik, sakatlık, yaşlılık ve ölüm nedeniyle kazancın kesilmesi ya da büyük ölçüde azalmasının yol açacağı ekonomik ve sosyal sıkıntılara karşı, bir dizi kamusal önlem yoluyla üyeleri için sağladığı koruma; sağlık hizmetleri ve çocuklu aileler için çocuk yardımlarıdır* şeklinde tanımlamaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü bu tanımlama ile aynı zamanda sosyal güvenlik politikalarının uygulanmasında dikkate alınacak sosyal riskleri de belirtmiş bulunmaktadır.⁶²

Sanayi devrimi sonrası dönemde ortaya çıkan yeni toplumsal yapı ve yeni ihtiyaçlara bağlı olarak, risk ya da tehlikelere karşı uygulanan geleneksel koruma yöntemleri yetersiz kalmıştır. Bu yüzden, 1880'lerdeki Bismarck Almanya'sında, zorunlu sigorta tekniğine dayalı modern anlamda ilk sosyal güvenlik sisteminin temelleri atılmıştır. Bismarck, sanayileşme sürecini ağır sefalet içinde geçiren ve 1877 ekonomik bunalımına bağlı olarak yaşam koşulları bozulan işçi sınıfının güvenliğini sağlamak amacıyla ilk sosyal sigorta sistemini kurmuştur.⁶³ Bismarck tarafından yeni getirilen sisteme ilişkin olarak 1883 yılında hastalık sigortası, 1884

⁶² Yusuf Alper, "Sosyal Güvenlik", *Sosyal Politika*, ed. Yusuf Alper-Aysen Tokol, Dora Basımevi, 2012 Bursa, s.164.

⁶³ Ali Güzel, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 4, İstanbul, 2005, s.63.

yılında iş kazaları ve 1889 yılında sakatlık ve yaşlılık sigortalarına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır.⁶⁴ 1895 yılından itibaren Avrupa'nın diğer ülkelerinde de bu modelden esinlenerek sosyal sigorta yasaları yürürlüğe konulmaya başlanmıştır.

3.2.2. Sosyal Güvenlik Sistemleri

Sosyal güvenlik, sosyal devletin sosyal yaşamdaki huzur ve adaleti sağlama işlevinin en önemli aracıdır. Günümüze dek uygulanan Sosyal güvenlik sistemlerini geleneksel dönem ile modern dönem olmak üzere iki ayrı dönemde incelemek olasıdır. Geleneksel sosyal güvenlik sistemleri ya da sosyal koruma sistemleri daha çok toplumsal hassasiyetlerle karşılaşan, devletin müdahil olmadığı dönemleri kapsamaktadır. Modern dönem sistem ya da teknikleri ise gelişen Sosyal Devlet anlayışını müteakip devletin müdahil olduğu rejimleri ifade etmektedir.

Bu bağlamda modern sosyal güvenlik sisteminin işleyişi temel olarak iki ayaklı bir yapıya dayandırılmıştır.⁶⁵

Birinci ayakta, sistemin asıl gövdesini oluşturan “sosyal sigorta kurumları” vardır ve sistemden yararlanacaklar prim ödeyerek finansmana katılmaktadır. Bu yüzden bu sistem primli rejim olarak da ifade edilmektedir. Sosyal sigortalar, kamu hukuku ile devletin güvencesinde, çalışanların ya da işverenin isteğine bakılmadan tüm çalışanları kapsamına alan teşkilatlı bir yapıdan oluşmaktadır. Ortaya çıkabilecek sosyal risklere

⁶⁴ Güzel- Okur- Caniklioğlu, s.20.

⁶⁵ Özdemir, s.89.

karşı çalışanların, işverenlerin ve devletin ödeyeceği primlerle finansmanı sağlanmakta ve sosyal riskler ortaya çıktığında kanunlar çerçevesinde sigortalıyı ve onun bakmakla yükümlü olduğu daha doğru bir ifadeyle hak sahibi olduğu kişileri garanti altına almaktadır.⁶⁶

İkinci ayak ise, birinci sistemin kapsam içine alamadığı kişilere yönelik olarak faaliyet gösteren, vergi gelirleriyle kamu tarafından finanse edilen “kamu sosyal güvenlik harcamaları” (sosyal yardımlar, sosyal hizmetler) bir başka deyişle primsiz rejimlerden oluşmaktadır. Çalışma hayatındaki önemli üstünlüklere karşın, sosyal sigortaların belli riskler ile toplumun belli sınıflarını kapsama alması, sosyal devletin tüm toplumu sosyal güvenlik kapsamına alma hedefine ulaşılmasında önemli boşlukların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Söz konusu boşlukları doldurmak için kamu sosyal güvenlik harcamaları olarak adlandırılan sosyal yardım ve sosyal hizmet teknikleri kullanılır.⁶⁷ Kamu sosyal güvenlik harcamalarını, sosyal sigortalardan ayıran en önemli fark finansman kaynağından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; sosyal sigortalarda sigortadan yararlananlar belli oranlarda prim ödemek zorunda iken, sosyal yardım ve sosyal hizmetlerde ilgililerin sisteme katkısı olmayıp yapılan tüm harcamalar devlet bütçesinden karşılanmaktadır.⁶⁸

⁶⁶ Ülkemizde iş kazası, meslek hastalığı, erken yaşlanma, mallulük gibi durumlar söz konusu olduğunda kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından sigortalı ve onun hak sahiplerine yapılan sürekli ödemeler ve sağlanan sağlık sigortası için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun ilgili maddeleri ve bu konudaki ikincil mevzuat bu açıdan dikkat çekici bir örnektir.

⁶⁷ Murat Gökteş-Erden Çakar-Murat Özdamar, *Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim*, Yaklaşım Yayınları, 2011, s.44

⁶⁸ Gökteş- Çakar- Özdamar, s.46

Bu bağlamda primsiz rejim olarak da adlandırılan bu sistemde amaç primli rejimin kapsamı dışında kalan sosyal korumaya en fazla ihtiyaç duyanlara hizmet götürmektir. Bir başka ifadeyle, primsiz rejim, sosyal güvenlik içerisinde tehlikelerle karşılaşmış, bu tehlikelerin ortaya çıkardığı sonuçlarla tek başına mücadele etme gücü olmayan muhtaç, kimsesiz ve yoksul insanlara sosyal güvenlik getiren bir sistemdir.⁶⁹

Sosyal sigortalar sisteminde olduğu gibi, devletin sosyalleşmesi, sosyal konulara duyarlı hale gelmesi düşüncesi ile toplumdaki çeşitli nedenlerle korunmaya, bakıma ve desteklenmeye ihtiyacı bulunan kişilere yapılacak yardımların sosyalleşmesi düşüncesinin gelişmesi/somutlaşması hep aynı tarihsel süreci izlemiştir. Sosyal devlete yüklenen sosyal adalet ve huzuru sağlama görevi çerçevesinde toplumda muhtaç duruma düşenlere yönelik primsiz yaklaşım toplumsal hayata müdahale edilmesi açısından klasik liberal devlet yaklaşımından ayrılan bir unsur olarak görülebilir.⁷⁰

3.2.3. Kamu Hizmetlerini Üstlenme Yönü İle Sosyal Devletin İçeriği

“Sosyal devlet”in temel üç özelliğinden bahsetmek olasıdır; birincisi sosyal devlet, liberal anlayışın aksine müdahalecidir. Sosyal devlet, toplumsal risklere karşı, çalışanları sosyal sigorta sistemi ile çalışmayan ya da çalışamayacak durumda olanları da sosyal yardım programları ile sosyal güvenlik sistemi içine alma, koruma ve temel bir yaşam seviyesi sağlama görevi üstlenmiştir.⁷¹

⁶⁹ Göktaş- Çakar- Özdamar, s. 51.

⁷⁰ Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, SHÇEK'in GAP Bölgesindeki Yapısı ve İşleyişi araştırması Nihai Raporu, Ocak 2011, www.academia.edu.tr (19.02.2016), s.16

⁷¹ Songül Sallan Gül, *Sosyal Devlet Bitti Yaşasın Piyasa*, Etik Yayınları, 2004, İstanbul, s.147.

İkinci olarak sosyal devlet düzenleyicidir. Emek piyasasında düşük ücretle işgücünün sömürülmesini önlemek için asgari ücret uygulaması, sosyal risklere karşı devletin sosyal güvenlik ile sosyal yardım ve hizmetleri üstlenmesi bu konuda örnek olarak verebilir.⁷²

Bu iki özelliği ile sosyal güvenlik ve sosyal refah sağlama gerekliliklerini yerine getiren devlet üçüncü özelliği olan gelirin yeniden dağıtıcısı rolü ile milli gelirin ve gayrisafi milli hâsılanın yurt düzeyinde adil bir şekilde dağıtımını sağlayarak⁷³ sosyal adaleti sağlama suretiyle toplumsallaşmayı tesis etmektedir.

Tüm bunlarla birlikte sosyal devlet liberal devletin klasik hak ve özgürlükler sistemini sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerle tamamlayarak vatandaşlara devletten hakların gerektirdiği konularda edimlerini yerine getirmeyi endişesiz isteme hakkı vermektedir.⁷⁴ Bu kapsamda eğitim ve sağlık hizmetleri sosyal devletin temel düsturlarından olan insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyinin sağlanması ilkesinin en temel araçlarını oluşturmaktadır. Buna bağlı olarak sosyal adaleti sağlamak ve fırsat eşitliği yaratmak üzere, genelde devletler, eğitim hizmetlerini karşılıksız sunarak herkesin yararlanmasına olanak tanımaktadır. Eğitimin devletin sosyal görevleri arasında yer almasının sebeplerini söz konusu hizmetin planlamaya ihtiyaç gösteren ve uzun dönemli plan ve programlarla düzenlenmeyi gerektiren yaygın ve geniş

⁷² Bahri Süren, "Prof. Dr. Coşkun Can Aktan'ın Toplum ve Devlet Arayışı", *İlim Dünyası*, Sayı: 3, 2011, s.21.

⁷³ Dardiman, *Anayasa Hukuku*, s. 261.

⁷⁴ Dardiman, *Anayasa Hukuku*, s.261-262

kapsamlı bir hizmet özelliği taşımasının yanısıra, devlet bütçelerinde önemli yer tutan finansman olanaklarına da gerektirmesine bağlamak gerekir.⁷⁵ Öte yandan dışsallıklar da eğitime devletin müdahalesinin temel gerekçesini oluşturmaktadır. Yani devlet müdahalesini savunanlar eğitimin, sadece eğitimi alan bireye değil onun içinde yaşadığı topluma da fayda sağlayacağını düşünmektedirler.⁷⁶

İktisat literatüründe eğitimin sosyal ve ekonomik olmak üzere iki tür dışsallığı üzerinde durulmaktadır. Sosyal dışsallık, kabaca ‘yurttaşlık bağının arttırılması’ olarak tanımlanabilir.⁷⁷ Bir toplumu oluşturmak için gerekli olan ortak dil, ortak kültür gibi değerler devlet eğitimi ile verilmekte, bu da toplumun daha uyumlu ve istikrarlı olmasını beraberinde getirmektedir. Eğitimin ekonomik dışsallığı ise ‘beşeri sermaye’nin geliştirilmesi ile ilgilidir. Beşeri sermaye teorisi eğitimin devlet tarafından finanse edilmesini verimlilik artışı ile ilişkilendirir. Buna göre, insan kaynağına yapılan yatırım hem eğitim alanların, hem de almayanların verimliliğinin artmasına katkıda bulunacaktır.⁷⁸ Sosyal güvenlik sağlık ve eğitim gibi sorunları çözme noktasında rol üstlenen sosyal devletin gelişimi, kamu sektörünün ekonomi içindeki payını önemli bir biçimde artırmıştır. Bu durum ise küreselleşme sürecinde sosyal devlet anlayışına yeni bir bakış açısı kazandırmıştır.

⁷⁵ Nur Serter, "Bir Devlet Görevi Olarak Eğitim", www.journals.istanbul.edu.tr (22.03.2015), s.381.

⁷⁶ Murat Çokgezen, "Türkiye’de Devletin Eğitime Müdahalesinin Yeterli Gerekçesi Var mı?", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 49, 2008, İstanbul, s.2.

⁷⁷ Çokgezen, s.2.

⁷⁸ Çokgezen,, s.3.

4. KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE SOSYAL DEVLET

21. yüzyıl başlarında, dünyadaki yeni değişim ve gelişmeler ortamında en çok sözü edilen kavramlardan biri küreselleşmedir. En genel tanımıyla küreselleşme, teknolojik ilerlemelerin neticesinde ülkeler arasında var olan görünen ya da görünmeyen sınırların kalkmasıyla dünyanın büyük bir köy haline gelmesidir.⁷⁹ Bu yeni dönemde izlenen ekonomik ve politik felsefe özellikle küreselleşme süreci ile taraftar kazanan “yeni sağ” (new right) olarak adlandırılan neo-liberal politiklardır. İngiltere’de Thatcher, Amerika’da Reagan’ın iktidara gelmesi ile hayat bulan neo-liberal politikalar, sosyal devlet anlayışının gözden düşmesi konusundaki en büyük değişkenler arasında yer almaktadır. 1979’da İngiltere’de tek başına iktidara gelen Thatcher “There Is No Alternative” (TINA- Başka Alternatif Yok) söylemiyle “ekonominin serbest piyasa ilkelerine göre yeniden düzenlenmesini, para politikalarının hayata geçirilmesini, Devletin (kamu yönetiminin) küçültülmesini, kamu işletmelerinin özelleştirilmesini, sosyal yardım programlarına ayrılan bütçe paylarında kesintiler yapılmasını ve genel olarak kamu harcamalarının azaltılmasını amaçlamıştır.⁸⁰ “Devlet baba” anlayışının yerine girişimcilik kültürünün yerleştirilmesi ile birlikte müdahaleci Sosyal Devlet anlayışı sarsılmaya başlamıştır. Küreselleşme sürecinde taraftar kazanan neo-liberal politikayı benimseyen ülkelerde kamu harcamalarında en büyük paya sahip olan sosyal harcamalardaki artışın frenlenmesi amacıyla başlatılan girişimlerde, en belirgin başarı emeklilik sisteminde yapılan reformlar

⁷⁹ Marshal McLuhan, *Global Köy, 21 Yüzyılda Yeryüzü Yaşamında ve Medyada Gelecek Dönüşümler*, (çev.) Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayınları, İstanbul, 2001.

⁸⁰ Sallan-Gül s.215.

olmuştur. Yapılan projeksiyonlarda, çok yakın bir zamanda emeklilik programlarının işlemez hale geleceği anlaşıncı, 1980'li yıllardan itibaren birçok ülkede bu alanda reform çalışmaları başlatılmıştır. Bu doğrultuda, emeklilik sistemi ile ilgili harcamaları kontrol altında tutabilmek için emeklilik yaşı yükseltilmiş, primler artırılmış, emekliye, geliri ile emeklilik aylığı arasındaki ilişkiye göre ödeme yapılmıştır. Ülkemizde 2006 yılında başlayan sosyal güvenlik reform sürecinde tüm faaliyetler gözden geçirilerek yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile birlikte emeklilik yaşı kademeli olarak yükseltilmiş, genel sağlık sigortası uygulaması ile tüm vatandaşlar kapsama alınmış ve sisteme finansal katkı sağlaması bakımından herkesten gelirine göre katılım payı alınması uygulaması başlatılmış, yine kayıt dışı istihdamla mücadele kapsamı genişletilmiştir. Son yıllarda fizyolojik riskler dışında sosyo-ekonomik risk ve tehlikelere karşı da bireylerin kendi sosyal güvenliklerini kendilerinin güvence altına almaları savunulmaktadır. Özellikle, dünyada işsizlik sigortası ve diğer sosyal yardımların bireyleri tembelliğe teşvik ettiği, çalışma arzu ve gayretini olumsuz yönde etkilediği yönündeki görüşler daha çok kabul görmeye başlamıştır. İşsiz kalan kimselere devlet tarafından karşılıksız para transferi yerine, mesleki eğitim sağlanmasının, rehabilitasyon imkânlarının sunulmasının, istihdam konusunda danışmanlık hizmetlerinin verilmesinin daha iyi bir çözüm olduğu ifade edilmektedir. Özetle, bu tür sosyo-ekonomik risklere karşı devlet güvencesinin ya tamamen kaldırılması ya da hak kazanma koşullarının ve yararlanma süresinin sınırlandırılması savunulmaktadır. Başka bir ifade ile devletin bu alandaki rolünün yeniden tanımlanmasının ve gelir desteği sağlamaya yönelik politikalardan, bireyleri işgücü piyasasında aktif

tutmayı hedefleyen politikalara yönelmesi önerilmektedir.⁸¹ Sosyal devletler sağlık alanında da önemli bir reform sürecinden geçmektedir. Ükelere göre farklı sağlık sistemleri söz konusu olduğundan, ortaya çok sayıda farklı reform uğraşları çıkmıştır. Genel olarak, hastanelerde sunulan sağlık hizmetlerinin kapsamı daraltılmış, gittikçe artmakta olan ilaç masraflarının hastalardan alınmasına karar verilmiştir.

Özetle küreselleşme sürecinde sosyal devlet sorgulanırken aslında sosyal devletin yeniden yapılandırılması / reorganizasyonu üzerinde durulmaktadır, yoksa reformların hedefi sosyal devletin ortadan kaldırılmasını gerçekleştirmek değildir. Nitekim, “Uluslararası insan hakları belgeleri de hükûmetlere, sosyal refahı ve güvenliği sağlayacak tedbirleri almaları konusunda yükümlülük vermektedir.”⁸² Bu amaçla, sosyal refah kurumları hem kurum olarak, hem de sağladığı hizmetler açısından reorganize edilmeye çalışılmakta, sosyal devletin bazı fonksiyonlarının ya yerel yönetimlere kaydırılması, ya devlet-kâr gütmeyen kuruluşlar işbirliğinin gerçekleştirilmesi ya da devletin bu tür sosyal işlevlerinin özelleştirilerek bu hizmetlerin sunumunun piyasaya terkedilmesi planlanmaktadır. Özellikle sonuncusu, yani sosyal hizmetlerin özel sektöre devri, neo-liberal yaklaşımın en çok tercih ettiği bir yaklaşım olmakla birlikte tüm sosyal kamu hizmetlerinin bu minvalde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmuştur.

⁸¹ Coşkun Can Aktan, *Toplumsal Dönüşüm ve Türkiye*, Milliyet Yayınları, 1999, İstanbul, s.114.

⁸² Derdiman, *Anayasa Hukuku*, s. 258.

5. SOSYAL KAMU HİZMETLERİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ MESELESİ

5.1. Sosyal Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesine İlişkin Görüşler ve Anlayışlar

5.1.1. Doktrindeki Özelleştirme Eğilimli Görüşler

Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik yöntem olarak idare kuruluşlar tarafından “emanet usûlü”yle görülmesi koşulu artık aranmamakta, bir bakıma Günday’ın da ifade ettiği üzere kamu hizmetinin organik unsuru bu yönden geçerliliğini yitirmekte, hizmetlerin özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Özellikle sosyal devletin küreselleşme süreci ile birlikte sahip olduğu görevler sorgulanmaya başlandıkça bu yöndeki eğilimlerin arttığı görülmektedir. Bu bağlamda temel olarak üç yönelimden bahsedilmektedir.

Birincisi, her ne kadar yönetim aygıtının bir parçası olsa da, merkezi yönetime nazaran daha etkin ve verimli olan yerel yönetimlerin, sosyal hizmetlerin sunumunda artan oranda öne çıkmaya başlamasıdır.

İkinci yönelim, sosyal kamu hizmetlerini daha yerel düzeye, hiyerarşik ve bürokratik olmayan kendi kendine yönetim biçimlerine (kâr gütmeyen kuruluşlara) aktararak devleti by-pass etme girişimleridir.

Üçüncüsü ise, sosyal devletin sosyal görevlerini piyasalara vererek (sosyal refah kurumlarının özelleştirilmesi) devlet müdahalesini sınırlamaya dönük neo-konzervatif stratejilerdir.⁸³

Sosyal hizmetlerin sunumunda söz konusu alternatif yolları destekleyenler, devlet aygıtının, büyük hacim kazanmış hantal kurumlarıyla sosyal önlemleri almada birtakım zorluklarla karşılaştığına dikkati çekmektedirler. Bu yüzden, sosyal hizmetlerin yukarıda adı geçen mekanizmalara devredilmesinin son derece sağlıklı olacağını belirtmekte, ancak bunun sosyal devlete bir alternatif olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler. Zira sosyal refah hizmetlerini sunumunda önemli olan hizmetin yerine getirilmesidir; yoksa devletin bizzat bu işleri üstlenmesi değildir.⁸⁴ Örneğin devletin emeklilik sistemini kurma ve işletme gibi bir yükümlülüğü taşımasına gerek olmadığı, zorunlu kaza ya da deprem sigortası gibi zorunlu özel emeklilik sigortası yoluyla bu hizmetlerin görülebileceği tartışılabilir. Yine, sağlık sigortası için gerekli maddî kaynağı olmayan bireylere devletin baktığı, zorunlu bir özel sağlık sigortası sistemi kurulabilir.

1980'lerden itibaren önce İngiltere'de başlayan ve sonra tüm dünyaya hâkim olan özelleştirme politikası, sosyal refah alanında da özel sektörden yararlanma olanaklarını artırmıştır. Genelde, bu hizmetlerin finansmanı ve sunumunun sorumluluğu kamu kesiminde olmakta ancak hizmetlerin üretim ve dağıtımı özel sektör tarafından gerçekleştirilmektedir. Çocuklar,

⁸³ Özdemir, s. 324.

⁸⁴ Özdemir, s.325

özürlü yetişkinler ve yaşlılar için gündüz bakımı, evde sağlık hizmetleri, zihinsel sağlık bakımı, huzurevleri ve düşük gelirlilere konut hizmetleri, alkol ve uyuşturucu tedavi merkezleri, fobi ve yeme bozuklukları klinikleri vb. hızla büyüyen kâr amaçlı sektör tarafından sağlanan sosyal hizmetlere sadece birkaç örnektir. ABD’de toplam sosyal harcamaların büyük bir kısmını özel sektör gerçekleştirmektedir. Tahminlere göre, özel sektör tarafından yapılan harcamalar, özel ve kamu tarafından yapılan toplam sosyal refah harcamalarının % 40’ını oluşturmaktadır. Harcamaların büyük kısmı sağlık, özel emeklilik planları, sakatlık yardımları, ölüm sigortaları vb.ni içermektedir.⁸⁵

5.1.2. Özelleştirilemeyecek Konular Noktasında Değerlendirmeler

Doktrinde Fransız Anayasa Konseyinin bir kararından yola çıkılarak ikili bir ayırım yapılmakta ve kamu hizmetleri “anayasa gereği ortaya çıkanlar” ve “yasa koyucu ya da idari makamlarca oluşturulanlar” diye ikiye ayrılmaktadır. Aynı ayırım çerçevesinde, anayasal kamu hizmetleri de iki kısımda ele alınmaktadır.⁸⁶

Buna göre birinci kısım millî savunma, dışişleri, adalet ve kolluk gibi kamu gücüne dayanan görevlerden ibarettir ve bu hizmetler kesinlikle özelleştirilemezler. Bunların bir sözleşme konusu olmasalar da izin usulü ile özel teşebbüse gördürüldüğü dikkat çekmektedir. Meselâ özel güvenlik

⁸⁵ Özdemir, s. 363.

⁸⁶ Nihat Bulut, “Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devleti Yeniden Düşünmek”, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3 Sayı 1,1999, Erzincan, s 37.

hizmetleri, madenlerin aranması ve işletilmesi gibi faaliyetler izin yöntemine örnek olabilirler.⁸⁷

İkinci kısım ise eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi temel hizmetlerden oluşmaktadır bunların özelleştirilmesi ancak özel kesime sözleşme ile gördürme şeklinde ve kamu hukuk kurallarına bağlı olarak gerçekleştirilebilir. Çünkü böyle bir durumda devlet söz konusu alandan elini tümenden çekmemekte, özel kişilerle arasında kurmuş olduğu iç ilişkiyle, denetleyip gözetleme işlevini sürdürmekte; özel kişiler de faaliyetlerini kamu hizmetinin tabi olduğu kurallara göre yürütmektedirler.⁸⁸

5.2. Temel Sosyal Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Devri Sorunu

5.2.1. Genel Bilgi ve Sosyal Güvenlik Hizmetleri Bakımından Durum

Sosyal devletin krizi ile birlikte, son yılların en tartışmalı konusu, şüphesiz sosyal güvenliğin özelleştirilmesi konusudur. Geleneksel sosyal güvenlik sistemlerinin yaşadığı bazı sorunlar, başta OECD ülkeleri, Doğu Avrupa ülkeleri, Latin Amerika ülkeleri olmak üzere, gelişmiş ve az gelişmiş pek çok ülkede sosyal güvenlik sistemlerinin açıklarının giderek daha büyük boyutlara ulaşmasına yol açmıştır.⁸⁹ Neo-liberal felsefe taraftarları, sosyal güvenliği, özel bir hizmet (mal) olarak kabul etmekte, bu hizmetin sağlanmasında devletin görev alması ne kadar mümkünse, bunun özel

⁸⁷ Ramazan Cengiz Derdiman, *Tüm Yönleriyle Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2010, s. 17; Aydın Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*, Lemure Yayınları, İstanbul, 2008, s. 167.

⁸⁸ Bulut, "Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devleti Yeniden Düşünmek", s. 37.

⁸⁹ Özdemir, s. 336.

kurum ve kuruluşlardan satın alınması veya tamamen onlara devredilmesi de mümkün görülmektedir. Bu bağlamda liberal görüş doğrultusunda politikalar takip eden bazı ülkelerde, özel emeklilik sistemleri yoluyla tüm sosyal güvenlik sisteminin özelleştirildiği, bazı ülkelerde ise, kamu sosyal güvenlik sistemi korunurken, destekleyici tarzda özel emeklilik sistemlerine önem verildiği, yine birtakım ülkelerde ise, özel emeklilik sistemlerinin hiç gelişmediği görülmektedir.

Ülkemizde sosyal güvenlik sisteminin tamamen özelleştirilmesi yöntemi değil, mevcut kurumların yanında özel sektörün de kimi hizmetleri yerine getirerek sisteme destek olması yöntemi izlenmektedir. Bireysel emeklilik sistemleri ve özel sigorta sistemleri bu çerçevede kabul edilebilir. Sosyal güvenliğin özellikle sosyal sigortaların özel sektöre devredilmesi konusu ise ülkemizde henüz tartışılan bir mesele değildir. Bu meselenin düşünsel temelleri olmadığı gibi hukuki alt yapısı da yoktur.

Aslında, Sözer'in de ifade ettiği üzere, sosyal sigortaları kurma ve işletme yetki ve görevi Anayasa hükmü ile devlete verildiğinden, bu sorumluluk, sosyal sigortaların özelleştirilmesi yoluyla özel sektöre devredilemez.⁹⁰ Bu konuda da kanunla izin sistemi çerçevesinde özel teşebbüse bu hizmetin yürütürülüp yürütürülemeyeceği henüz tartışılmamıştır. Bu hizmetlerin sözleşme yöntemi ile yürütülmeleri söz konusu olamaz.⁹¹ Bu arada, sağlık hizmetlerinin de nihayetinde kamu düzeninin bir unsuru olması hasebiyle

⁹⁰ Ali Nazım Sözer, *Türkiye'de Sosyal Hukuk*, Barış Kitabevi, 1998, s.27-28.

⁹¹ Ramazan Cengiz Derdiman, "Özel Güvenlik Hizmetlerinin Niteliği Ve Etkin Bir Şekilde Yürütülmesi İçin Yapılması Gereken Düzenlemeler", 3. *Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu* Bildirile Kitabı, Gaziantep 2013, s. 38.

özel teşebbüse sözleşme yöntemiyle değil, izin yöntemi ile açık kanun hükümlerine dayanarak verilmektedir.

5.2.2. Millî Eğitim, Sağlık ve İç Güvenlik Bakımından Durum

Sağlık ve iç güvenliğin sağlanması gibi, onlarla eş değerde ödevler olarak eğitim ve öğretim koşullarının çağdaş uygarlığın gerektirdiği düzeye ulaştırılması için etkin önlemlerin alınması, devletin erteleyemeyeceği ödevlerindedir.

Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu izin sistemiyle işletilmekle birlikte, uygulamada arada fark görülmediği için bir çeşit “kamu hizmeti imtiyazı”na benzetmek mümkündür. Her ne kadar, genelde böyle düşünülmeğe de izin usulünü idarenin kamu hizmetine müdahale edebilirlik gücünü sözleşme yöntemine nazaran daha fazla artırdığını düşünmek gerekir.⁹²

Devlet, bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir. Ancak bu durum, hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü şahıslara karşı nihayetinde sorumluluktan kurtarmaz. Bu sebeple, özel okulları, iç yönetimlerinde ve dış etkinliklerinde Devlet okullarında olduğu gibi hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamak Devletin

⁹² Dirdiman, *İdare Hukuku*, s. 93.

görevidir.⁹³ Buna göre özel eğitim kurumlarının ruhsat (izin) yöntemiyle üstlendikleri faaliyetleri üzerinde idarenin kamu hizmeti ilkeleri uyarınca tek taraflı tasarruflarda bulunabildiği görülmektedir.

Bu minvalde, özel kişilerce yürütülen eğitim faaliyeti hizmetlerinde belli oranda öğrencinin ücretsiz okutulmaları zorunluluğunun getirilmiş olması, sosyal devlet politikasının özel sektör eliyle uygulanmasına yönelik dikkat çekici bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁴ Kuşkusuz eğitim sağlık ve sosyal güvenlik gibi önemli alanlarda özelleştirmenin mümkün olması devletin bu alandaki yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Devlet “sosyal hukuk devleti” olmanın kendisine yüklediği sorumlulukla, yoksulları parasız eğitimden yararlandırmak ve alacağı tedbirlerle imkân olmayan insanların sağlık problemlerini çözmede onlara yardımcı olmakla görevlidir. Aksi tutum sosyal devlet ilkesini ve onun amacını oluşturan insan onurunun korunması prensibini zedelemektedir.⁹⁵

Eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik dışında sosyal refah hizmetlerinin, diğer mal ve hizmetlerde olduğu gibi kolaylıkla özel sektöre devri mümkün olamamakta, bu mal ve hizmetlerin dışsallığı ve bedava kullanıcı sorunu gibi nedenlerle, özel sektörün katılımı düşük kalmaktadır. Devletin küçülmesi hakkında söylenenlere ve başvurulan politikaların sosyal harcamaları azaltmasına rağmen, yönetim konusunda yapılan

⁹³ *Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).*

⁹⁴ *Aytuğ Altın, “Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim”, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2013, Muş, s. 35.”*

⁹⁵ *Bulut, “Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devleti Yeniden Düşünmek”, s.37.*

araştırmaların tamamı, çeşitli sebeplerden dolayı, sosyal devletin alanının, daralmaktan ziyade genişlediğini göstermiştir.⁹⁶ Artan nüfus, özellikle nüfus içerisinde yaşlılık oranının artması ve diğer faktörler sosyal devlet harcamalarının artmasına neden olurken bunların vergi gelirleriyle tam olarak karşılanamaması ve dolayısıyla kıt kaynakların etkin kullanımı sorununu gündeme getirmiştir.

Söz gelimi Avrupa ülkelerinde, toplam sosyal harcamalar içerisinde kamu sosyal harcamalarının payı, Hollanda ve İngiltere hariç, % 90'ı aşmaktadır. ABD'de ise, özel sosyal harcamaların oranı, bütün sosyal harcamaların üçte birine ulaşmıştır.⁹⁷ Türkiye'de sosyal güvenlik, sağlık, sosyal hizmetler ve sosyal yardımları içine alan sosyal koruma harcamalarının GSYH'ya oranı 2006-2008 yılları arasında yüzde 11,5 civarından, kriz yılı olan 2009'da yüzde 13,49 olmuştur. Bu oran daha önceki tüm yıllardan daha yüksek bir gerçekleşmedir. 2010 yılında yüzde 13; 2011 yılında yüzde 12,79; 2012 yılında yüzde 13,28 olarak gerçekleşmiştir.⁹⁸

Söz konusu rakamlar göstermektedir ki; gelir farklılıklarının ülkeler hatta ülke içindeki toplumsal sınıflar arasında sürekli arttığı, ekonomik dalgalanmaların sosyal gruplar üzerindeki etkilerini derinleştirdiği bir yapıda sosyal politika ihtiyacını ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Öte yandan eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, sosyal koruma vb.

⁹⁶ Abdulhalim ÇELİK, "Refah Devletinde Kriz ve Yeniden Yapılanma", *Sosyal Siyaset Konferansları*, 50.kitap, 2007, Kocaeli, s. 317.

⁹⁷ Özdemir, s.319.

⁹⁸ Nurhan Yentürk, *Türkiye'de Sosyal Koruma Harcamaları: 2006-2013 Harcama İzleme Güncelleme Notu*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 2012 www.stk.bilgi.edu.tr (30.04.2015), s.2.

sosyal refah hizmetlerinin gelişmesi, bu hizmetlerin devlet tarafından üstlenilmesi vatandaşlar açısından bu hizmetlerin birer isteme hakkı olarak görülmesine neden olmuştur. Dolayısıyla günümüzde sosyal devletin sunduğu hizmetlerin niceliğinde çok fazla değişiklik olmamakla birlikte etkin ve verimli devlet anlayışı çerçevesinde hizmetlerin sunulmuş usullerinde değişim yaşanmaktadır.

Kamu hizmetlerinin sunumu noktasında ortaya çıkan bu yeni yönelimleri yönetim, hizmette yerellik ve e-devlet uygulamaları olarak 3 başlıkta incelemek olasıdır.

5.2.3. Tamamıyla Özelleştirmenin Sakıncalarını Bertaraf Edici Değerlendirmeler

Özelleştirmenin kişisel teşebbüsü destekleyici rolü, kamu hizmetlerini atıl ve hantal işlemekten kurtarması gibi bir kısım yararlı tarafları yok değildir. Bu nedenlerle, idarenin kamu hizmetlerini bu gibi sebeplerle yakın denetim ve gözetiminde özel teşebbüse gördürmesi girişim hürriyeti ve serbest piyasa ekonomisine de katkıdır. Özelleştirmenin sosyal devlette hakkaniyet ve adalet ilkeleri ve yukarıdaki amaçlar gözetilmeden, kayırmacı bir şekilde yapılması gibi sakıncalar da dikkatlerden kaçmamalıdır. İşte bu konuda denge, sakıncaları giderilmiş bir özelleştirme dir.⁹⁹

⁹⁹ *Derdiman, İdare Hukuku, s. 473.*

Küreselleşme sürecinde devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin kar amacı güden kuruluşlara devri 1990'lı yıllarda özelleştirme uygulamaları ile gündeme gelmiştir. Ancak çok geçmeden devletin üstlendiği kimi kamu hizmetlerinin (özellikle sosyal politika alanında) kar amacı güden kuruluşlara bırakılması sosyal denge açısından büyük bir tehdit oluşturacağı kaygılarının ortaya çıkmasına neden olmuş ve tamamen özel sektöre devredilemeyen hizmetlerin özel sektörle birlikte yürütülmesi konusunda bir anlayış gelişmiştir. İşte bu anlayış aynı zamanda çok aktörlü yönetim anlamına gelen yönetişim olgusu ile kavramsallaştırılmıştır.

Yönetişim, izlenecek politikaların sadece geleneksel olarak seçilmiş yönetimlerce ve mevcut yönetim kademelerince üretilmesi yerine bu politikaların kamu ve sivil toplum katılımıyla çok daha geniş perspektifte geliştirilip uygulanmasına işaret etmektedir. Küreselleşme süreci aynı zamanda yerel eğilimleri de gündeme getirmiştir. Kamu yönetimi literatüründe bu durumun küreselleşme ile kavramsallaştırıldığını görmekteyiz. Yalnız yönetişimin, muhatapların dilek ve isteklerine değer veren tarafındaki ağırlık fazlalaşacak olursa, idare yönetme kabiliyetini kaybedeceği gibi, kamu hizmetlerinde belli bir kesim ya da grubun yararların gözetilmesi gibi sakıncalar doğmaya başlar. Bu noktada da denge, kamu yararını gözeten idarenin son sözü söylemesi şeklinde cereyan kurulmalı ama dilek ve istekleri de kamu yararının somut olarak belirlemede göz önünde bulundurmak gerekmektedir.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Bakınız: Ruşen Keleş, "Yönetişim Kavramına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Yönetişim*, Ed: M. Akif Çukurçayır-H. Tuğba Eroğlu, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2013, 67, 68.

5.2.4. Küreyerelleşme Bakımından Durum

Kamu hizmetlerinin sunumu noktasında küreyerelleşme “Hizmette Yerellik İlkesi” (Subsidiyarite) olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmette yerellik ilkesi bir hizmeti o hizmetin muhatabı olanlara en yakın birimin yürütmesini ifade etmektedir. Kamu hizmetlerinin halka en yakın birimler tarafından üretilmesi her şeyden önce, halkın gerçek ihtiyaçlarının tespitinde kolaylık sağladığı gibi, savurganlığın da önüne geçilmesinde katkı sağlayabilir. Ayrıca hizmetin sunulduğu ölçeğin halka yakın olması, halkın hizmet politikasını benimseyerek etkin ve gönüllü bir biçimde hizmete katılmasına yol açarak hizmetin maliyet ve veriminde optimalliğin sağlanmasına neden olmakta, belediyelerin optimal büyüklüğü de bununla ilgilendirilmektedir.¹⁰¹

Bu açılardan mahalli ve müşterek hizmetlerin optimal yararı sağlayacak şekilde denetime imkân verir bir tarzda bizzat yerel yönetimler tarafından görülmesi ama özele devredilmesi mümkün olamayacak belediye zabıtası gibi görevler dışında kalanların özel teşebbüs marifetiyle yürütülmesinde bir beis olmasa gerektir.

Yerel yönetim hizmetlerinin belirlenmesinde halkın dilek ve isteklerinin hatta kararlara katılma iradelerinin daha öne çıktığı dikkatlere sunulmalıdır.

¹⁰¹ Bakınız: Yıldız Atmaca, “*Optimal Belediye Büyüklüğü ve Yeni Büyükşehir Belediye Yasası*” *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* c:3, Sayı:1 2, yıl: 2013, s. 170, 171.

5.2.5. Teknolojik Gelişmeler Bakımından Durum

Küreselleşme sürecinde teknolojik gelişmeler önemli bir yere sahiptir. Zira küreselleşme üzerine yapılan tanımlama girişimlerinin ortak noktasını teknolojik gelişmeler oluşturmaktadır. Hayatın her alanını etkileyen teknolojik gelişmelerin kamu hizmetleri üzerindeki yansıması “E-Devlet” olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak E-devlet, tüm kamu bilgi sistemlerini tek bir merkezden vatandaşların hizmetine sunulması anlamına gelmektedir. E-devlet uygulamaları geleneksel kamu hizmeti sunma biçimini kapsamlı bir biçimde değişime uğratmaktadır. E-devlet kısaca kamu hizmetlerinin hazırlanılması ve vatandaşlara sunulması sırasında bilgi ve iletişim teknolojisi olanaklarının kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır. E-devlet uygulamalarının temel hedefi; bilgi işleme kapasitesi artırılmış, acil karar alabilen ve ihtiyaçlara hızla cevap verebilen bir devlet yapısı oluşturmaktır. Bu bakımdan e-devlet uygulamaları geleneksel kamu hizmeti sunumlarında ortaya çıkan bürokrasi ve kırtasiyeciliği azaltıcı etkilere sahip olmakla birlikte kamu hizmetlerinin sunumu noktasında vatandaşın katılım imkânını da arttırmaktadır.

E-devlet vasıtasıyla sunulan hizmetlerin özel sektöre devredilmesine en az 2 gerekçe ile kuşkuyla bakılmalıdır. Birincisi tamamen kişisel veriler üzerine kurulu sistemin özel sektöre devri anayasal teminata sahip özel hayatın gizliliği ve bunun devlet eliyle korunması ilkesinin zedelenmesine neden olacaktır. İkincisi devlet tarafından sunulan hizmetlerin özel sektöre devrinin gerekçesi devletin daha etkin hale getirilmesidir yoksa tüm hizmetlerin devri ile tamamen etkisizleştirilmesi değildir. Bu durum

yönetişim bahsinde dile getirdiğimiz yönetme kabiliyetinin kaybı ve bu minvalde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu şeklindeki anayasal ilkenin zedelenmesi ile yakından ilgilidir. E-devlet hizmetlerinin özel sektör eli ile yerine getirilmesi mümkün olmamakla birlikte e-devlet bilişim sistemi altyapısı ve yazılımının ihtiyaca uygun bir şekilde özel sektörden temin edilmesinde bir beis bulunmamaktadır.

SONUÇ

Sonuç olarak küreselleşme sürecinde devlet anlayışında meydana gelen değişimler hiyerarşik nitelikteki bürokratik yapıya dayalı yönetim anlayışından, yönetim sürecinde rol oynayan aktörlerin ve örgütler arasındaki etkileşimin ön planda olduğu, hiyerarşik bürokratik yapı yanında hükümet dışı aktörlerin de etkin bir şekilde yönetim faaliyetinde yer almasını ifade eden yönetim anlayışına geçilmesine ve kamu hizmetlerinin bu minvalde sunulmasına neden olmuştur. Bu anlayış aynı zamanda e-devlet uygulamaları ve hizmette yerellik prensibiyle de desteklenmiştir. Sunuluş yöntemlerindeki değişikliğe rağmen Devletin sosyal kamu hizmetleri noktasında hassasiyetini kaybetmemesi yine sosyal devletin bir düsturu olan insan onuruna yaraşır asgarî bir yaşam düzeyi sağlamanın gereğidir. Zira sosyal devleti, devletin etkinlik alanının büyüklüğünde ya da kamu harcamalarının genişliğinde aramak sosyal devletin gelişim sürecinde hukuk devleti ilkelerine ilaveten üstlendiği temel fonksiyonları görmezden gelmek olacaktır.

Önceki satırlarda ifade ettiğimiz üzere devlete sosyal olma niteliğini kazandıran temel gereklilikler sosyal hakların anayasal teminat altına

alınması, sosyal refahın arttırılması, sosyal adaletin ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır. Devlet veya onun gözetimi altındaki özel kişilerce, kamusal yetki ve ayrıcalıklarla yerine getirilen toplumsal ihtiyaçları karıştılamaya dönük faaliyetler bütünü olan kamu hizmetlerinin temelinde de sosyal devletin temel gerekleri olan sosyal refahın arttırılması, sosyal adaletin ve sosyal güvenliğin sağlanması yatmaktadır ki bunların hepsi kamu yararı çatısı altında toplanmıştır. Böylece sosyal adalet, sosyal refah ve sosyal güvenliği geliştirici hizmetler kamu hizmeti bağlamında sosyal devleti hayata geçiren ya da sosyal devletin varlığını hissettiren unsurlarıdır.

Dolayısıyla sosyal devletin temellerini, devletin etkinlik alanının büyüklüğünde ya da kamu harcamalarının genişliğinde değil bizatihî kamu hizmetlerini yürütme işlevinde, hizmetlerin toplumsal yansımada aramak gerekmektedir. Böylece kamu hizmetlerinin bir kısmının yeni yönetim paradigması çerçevesinde kamu hizmetinin organik unsuru bağlamında özel kişilere gördürülmesi devletin yakın denetim ve gözetimini bertaraf etmedikçe sosyal devletin varlığını zedelememektedir. Hatta sosyal devlet gerekleriyle anlamlandırılmış liberal ekonominin gereklerinin hayata geçirilmesi için kamu yararına görülebilecek özelleştirme sosyal devletin yöntemi içinde düşünülmelidir.¹⁰²

Şurası muhakkaktır ki, hangi kamu hizmetinin ya da idarî faaliyetin özel teşebbüse bu vasıflarından soyutlanmadan gördürülmek istenirse istensin, önemli olan ve ihmal edilmemesi gereken husus, yukarıda da değinildiği

¹⁰² *Derdiman, Anayasa Hukuku, s. 264.*

gibi, bu hizmetlerin etkin, sürekli, eşitliğe uygun, yeni durumlara uyarlabilir ve toplumsal ihtiyaçları karşılayabilir şekilde görülmelerini sağlamak ve süreklileştirmek için idarenin yakın denetim ve gözetiminin ihmal edilmemesidir. Bu tür denetimi, 1982 Anayasamızın 123. maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesi de gerekli kılmaktadır. Bize göre, Devletin bir kontrolör görevi yapmasının öngörülmüş olması da yetmez; ayrıca, idarenin kontrol, denetim ve düzenleyicilik işlevlerinin, ihmal edilemeyecek şekilde kurumsallaştırılması gerekmektedir.

Her ne kadar idarenin bütünlüğü ilkesi kamu hizmet ve faaliyetlerini nihayetinde bir bütün oluşturacak şekilde koordineli olarak vermeyi kapsamaktaysa da, üniter devletin fiilen korunması kollanması ve yaşatılabilmesi bakımından da gereklidir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, doktrindeki sırf kamu kurum ve kuruluşlarının konu olduğu bir denetim şeklinde ağırlıklı fikir birliğine rağmen, kamu hizmetlerinin özel teşebbüslerce görüldüğü hallerde idarenin özel teşebbüsü yukarıda belirtilen gereklilikler bakımından denetlemesi için de bir Anayasal dayanak olarak görülmeye müsaittir.¹⁰³

Bu nedenle, yönetişimin ve kamu hizmetlerinin özel teşebbüse gördürülmesinde ölçünün, idarenin bütünlüğü, kamunun yararı, özel girişimi desteklemek, adalet ve hakkaniyete uygun olarak özelleştirme gibi ilkeler gözetilerek belirlenmesi ve bunların kurumsallaştırılması yerinde olacaktır.

¹⁰³ *Derdiman, İdare Hukuku, s. 61.*

KAYNAKÇA

- [1] AKTAN Coşkun Can, **Toplumsal Dönüşüm ve Türkiye**, Milliyet Yayınları, İstanbul,1999.
- [2] ALP Salih, “Refah Devleti Düşüncesini Gelişimi ve Bir Liberal Alternatif Olarak Üçüncü Sektör”, **Maliye Dergisi**, Sayı 156, 2009, ss.265-279.
- [3] ALTIN Aytuğ, “Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim”, **Muş Alparsalan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, Muş, 2013 ss. 101-118.
- [4] Anayasa Mahkemesi’nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır).
- [5] Anayasa Mahkemesi, 26 Ekim 1988 Tarih ve E.1988/19, K.1988/33 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 24, Ankara, 1989.
- [6] Anayasa Mahkemesi, 16-27 Eylül 1967 Tarih ve E.1963/336, K.1967/29 Sayılı Karar, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 6, Ankara ,1992.
- [7] ATEŞ Hamza -Soner ÜNAL, “Devletin Doğduğu Yer: Antik Çağ Ordusu’nda İdari Hayat”, **Bilgi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, İstanbul, 2004, ss.21-42.
- [8] ATMACA, Yıldız, “Optimal Belediye Büyüklüğü ve Yeni Büyükşehir Belediye Yasası” **Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi** c:3, Sayı: 2, yıl: 2013, ss.168-184.

- [9] BERİŞ Hamit Emrah, **Küreselleşme Çağında Egemenlik-Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları**, Lotus Yayınevi, Ankara, 2006.
- [10] BUĞRA, Ayşe, **Kapitalizm, Yoksulluk ve Türkiye’de Sosyal Politika**, İletişim Yayınları No: 1299, İstanbul, 2008.
- [11] BULUT Nihat, “Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devleti Yeniden Düşünmek”, **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3 Sayı 1,1999, Erzincan, ss.23-38.
- [12] BULUT Nihat, “Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 2, 2003, ss.173-197.
- [13] BULUT Nihat, “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”, **Prof. Dr. Turan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s.321-337.
- [14] ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- [15] ÇAL Sedat,” Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, Ankara, ss.599-655.
- [16] ÇAL Sedat, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2009, <<http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>>,(28.02.2015) ,ss.1-96.
- [17] ÇELİK Abdulhalim, “Refah Devletinde Kriz ve Yeniden Yapılanma”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, 50.kitap, 2007, Kocaeli, ss. 301-320.

- [18] DERDİMAN Ramazan Cengiz, **Tüm Yönleriyle Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları**, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2010.
- [19] DERDİMAN Ramazan Cengiz, **Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2013.
- [20] DERDİMAN Ramazan Cengiz, “Özel Güvenlik Hizmetlerinin Niteliği Ve Etkin Bir Şekilde Yürütülmesi İçin Yapılması Gereken Düzenlemeler”, **3. Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu** Bildirile Kitabı, Gaziantep 2013, ss: 37-56
- [21] DERDİMAN Ramazan Cengiz, **İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa 2015.
- [22] DERBİL Süheyp , “Kamu Hizmeti Nedir?”, **AÜHFİM**, C. VII, Sayı 3-4, Ankara, 1950, s. 28-36.
- [23] ERSÖZ Halis Yunus, **Sosyal Politikada Yerelleşme**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011.
- [24] GOGUH İann, “Welfare State”, (çev.) Kamil GÜNGÖR,
- [25] www.canaktan.org/politika/anti_leviathan/diger-yazilar/gungor-refah-devleti.pdf, (14.03.2015), ss.1-9.
- [26] GÖKTAŞ Murat -Erden Çakar-Murat Özdamar, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim, **Yaklaşım Yayınları**, Ankara, 2011.
- [27] GÖZLER Kemal- Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 16.b, Ekin Kitapevi, Bursa, 2015.
- [28] GÜL Songül Sallan, **Sosyal Devlet Bitti Yaşasın Piyasa**, Etik Yayınları, İstanbul, 2004.
- [29] GÜLAN, Aydın, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**, Lemure Yayınları, İstanbul, 2008.

- [30] **Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (16.02.2016)
- [31] GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 7.b, İmaj Yayınevi, Ankara, 2003.
- [32] GÜZEL Ali, “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 4, İstanbul, 2005, s.63, ss.61-76.
- [33] GÜZEL Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 14.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- [34] İŞTEN İnaç, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Sayı 22, 2007, Ankara, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp, (01.03.2015).
- [35] KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayını, 6.b., 1981, Ankara.
- [36] KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- [37] KELEŞ, Ruşen, “Yönetişim Kavramına Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Yönetişim**, Ed: M. Akif Çukurçayır-H. Tuğba Eroğlu, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2013
- [38] KOÇ Muzaffer,” Sosyal Güvenlik ve Beveridge Raporu”, **Mali Çözüm Dergisi**, İSMMO yay., Sayı:76, İstanbul, 2006, ss. 90-102.
- [39] KORAY Meryem, “Sosyal Refah Devleti: Kimi İçin Umut, Kimi İçin Kaygı Kaynağı”, **Sosyal Demokrat Yaklaşımlar**, SODEV-TÜSES Yayınları, İstanbul, 2003. www.sodev.org.tr. (24.03.2015)
- [40] MCLUHAN Marshal, **Global Köy, 21 Yüz Yılda Yeryüzü Yaşamında ve Medyada Gelecek Dönüşümler**, (çev.) Bahar Öcal DÜZGÖREN, Scala Yayınları, İstanbul, 2001.

- [41] ONAR Sıddık Sami, İdare **Hukukunun Umumi Esasları**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- [42] ÖZDEMİR Süleyman, **Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2007.
- [43] ÖZENÇ, Berke, **Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağında İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014
- [44] SERTER Nur, **Devlet Görevlerinin Genişlemesi Sonucu Sosyal Devlet**, İÜİF Yayınları, İstanbul, 1994.
- [45] SERTER Nur, “Bir Devlet Görevi Olarak Eğitim”, [\(22.03.2015\)](http://www.journals.istanbul.edu.tr),
- [46] SOSYAL HİZMETLER VE ÇOCUK ESİRGEME KURUMU GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, **SHÇEK’in GAP Bölgesindeki Yapısı ve İşleyişi araştırması Nihai Raporu**, Ocak 2011, www.academia.edu.tr (19.02.2016), ss.1-83.
- [47] SÖZER Ali Nazım, **Türkiye’de Sosyal Hukuk**, Barış Kitabevi, Ankara, 1998.
- [48] SÜREN Bahri, “Prof. Dr. Coşkun Can Aktan’ın Toplum ve Devlet Arayışı”, İlim Dünyası, Sayı: 3, 2011 ,ss.18-27.
- [49] TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.
- [50] YENTÜRK Nurhan, Türkiye’de Sosyal Koruma Harcamaları: 2006-2013 Harcama İzleme Güncelleme Notu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 2012, www.stk.bilgi.edu.tr (30.04.2015).

- [51] YÜKSEL Fatih, “Sosyal Devletin Dönüşüm Sürecinde Yerel Yönetimlerin Yeni İşlevleri”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı 62, Ankara, 2007, ss.279-298.

Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu

Ebru CEYLAN*

Özet

Yeni Türk Medeni Kanunu, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve böylece eski Medeni Kanun'daki kadın-erkek eşitliğine aykırı olan düzenlemeleri kaldırmıştır. Bu Bildiride kadının evlenme öncesindeki, evlenme sırasındaki ve evlenmeden sonraki hukuki durumu incelenmiştir.

Bildirinin birinci bölümünde kadının evlenmeden önceki hukuki durumu incelenmiştir. Bu bölümde, nişanlanma sözleşmesinde kadının durumu incelenmiştir. Evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri ile ilgili Yeni Medeni Kanunun kısmında yapılan en önemli değişiklik evlenme yaşıyla ilgilidir. Evlenme yaşı hem erkek, hem de kadın için yükseltilmiştir. Eski Medeni Kanun'daki tek kadınla evlilik, medeni nikah zorunluluğu Yeni Medeni Kanun'da da geçerlidir. Evlenme başvurusu bakımından kadın erkek eşitliği sağlanmıştır.

**(Doç. Dr.), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
,ebruceylan@aydin.edu.tr*

Bildirinin ikinci bölümünde kadının evlenme sırasında hukuki durumu incelenmiştir. Evlilik birliğinde otorite, aile konutu, ailenin geçindirilmesi yükümlülüğü, evlilik birliğinin temsili, eşler arasında ve eşlerin üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkileri, evlilikte soyadı ve mal rejimleri konuları ile ilgili getirilen yeni düzenlemeler kısaca incelenmiştir. Yeni Türk Medeni Kanun, ekonomik ve sosyal bakımdan eşi koruyan hükümler getirmiştir.

Bildirinin üçüncü bölümünde kadının evlenme sona erdikten sonraki hukuki durumu incelenmiştir. Evlenmenin sona erme sebeplerine göre kadının durumu değerlendirilmiştir. Boşanma durumunda boşanmanın hukuki sonuçları eşler ve çocuklar bakımından incelenmiştir. Miras durumunda kadının mirasçılığının şartları belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yeni Medeni Kanun, aile, evlenme, temsil, kadın-erkek eşitliği, hukuki durum, aile konutu.*

The Legal Status of Woman According to New Turkish Civil Code

Abstract

New Turkish Civil Code has entered into force in 01.01.2002. Thus, the equalities between woman and man in old Civil Code have been abolished. In this article, the legal status of woman before marriage, during marriage and after marriage have been examined. In the first part, the legal status of woman before marriage has been examined. In this chapter, the legal status of woman on engagement agreement has been examined. The most

important difference about marriage age and impediments to marriage in New Civil Code is marriage age. The marriage age has been increased for both woman and man. Marriage with only one woman rule, civil marriage obligation has been enacted both in Old Civil Code and New Civil Code . Applying to marriage clauses are equal for woman and man.

In the second part, the legal status of woman during marriage has been examined. The new regulations about the authority in marriage, the family home , maintaining a family, the representation of family, the legal relations between couples and the couples and third person, marriage surname, marital property have been examined. In New Turkish Civil Code, clauses that protect the spouse economically and socially have been entered into force.

At last, the legal status of woman after marriage has been examined. The legal status of woman has been examined according to reason of ending of a marriage. The legal results of divorcement have been examined for both spouses and children. The status of woman as heir has been examined.

Keywords : *New Turkish Civil Code, family , marriage, representation, the equalities between woman and man , the legal status, the family home.*

Giriş

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk alanında ailenin ve kadının korunmasıyla ilgili önemli düzenlemeler yapılmıştır. Ailenin, özellikle kadının korunması ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler mevcuttur. Ulusal hukuk alanında Anayasa'da ailenin korunması, eşlerin eşitliği, ailenin ve çocukların korunmasıyla ilgili önemli temel ilkeler getirilmiştir. Ayrıca özel yasalarla da düzenlemeler yapılmıştır. Yeni Türk Medeni Kanunu ile aileyi, özellikle kadını koruyan düzenlemeler çalışmamızda incelenecektir.

Kadın haklarının korunmasında toplumumuzu en çok etkileyen hukuki düzenleme, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen 17 Şubat 1926 yılında kabul edilip 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'dir. Hukuk devrimi, İslâm ülkeleri içinde lâikliği gerçek anlamıyla benimseyen Atatürk devrimleri arasında en önemlisidir. Böylece çağ dışı değerlerin yıkılmasına, geleneksel geniş aile tipinin giderek ortadan kalkmasına, aile içi ilişkilerin ve dolayısıyla toplumsal ilişkilerin değişmesine neden olmuştur. Türk kadını yüzyıllardır gömüldüğü karanlıktan çekip aydınlığa çıkarmıştır, erkeğine eş haklar, yetkiler ve sorumluluklarla donatarak kişilik sahibi kılmıştır, aile ve toplumda çağdaş yerini almasını sağlamıştır¹. 22 Aralık 2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1926 tarihinden beri yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanuni Medenisini 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırmıştır. Gerek eski Medeni

¹ GÜRKAN, Ülker, *Türk Kadınının Hukuki Statüsü ve Sorunları*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, s.381-396.

Kanunu, gerekse yeni Türk Medeni Kanun'un kaynağı İsviçre Medeni Kanunu'dur. 3 Ekim 2001 tarihinde Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklikle "Aile toplumun temelidir" maddesine "eşler arasında eşitliği dayanır" ibaresi eklenmiştir. 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun'da eşler arası eşitlik ilkesine uygun düzenlenmiştir.

Çalışmamızda eski ve yeni Medeni Kanun hükümleri karşılaştırılarak evlenme öncesinde, evlenme sırasında ve evlenme sona erince kadının hukuki durumu kadın erkek eşitliği ile ilgili getirilen yeni düzenlemeler bakımından incelenmiştir. Yeni Medeni Kanun'da çağın ve Türk toplumunun ihtiyaçları dikkate alınarak ailede kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik çağdaş, laik ve devrimci nitelikte önemli yeni düzenlemeler getirilmiştir. Medeni Kanunda değişiklik yapılmasının temel amacı, ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesidir. Çalışmamızda İsviçre Hukukundaki gelişmelerin Türk hukukuna etkileri de incelenmiştir.

I. Uluslararası Hukuk ve Ulusal Hukuk Alanında Ailenin ve Kadının Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler

İnsanlığın gelişmesine paralel olarak evlilik birliğiyle ilgili önemli değişiklikler olmuştur. 20. yüzyılın ikinci yarısından başlayarak hızlanan toplumsal değişimler, ailenin yapısında ve hukukunda büyük değişimlere yol açmıştır. Bu arada gelişen demokratik zihniyet, zayıf olanı korumağa yönelik sosyal hukuk devletinin gerçekleşmesine yol açarken, eşitlik ilkesi

"cinsler arası eşitlik" gibi yeni bir boyut kazanmıştır². Bütün bunların sonucu olarak, modern toplumlar ata-erkil aile düzenine karşı çıkmışlardır.

Toplumda kadının durumu bakımından kadın-erkek eşitliğinin sağlanması toplumun uygarlık düzeyini gösterdiğinden çok önemlidir. Toplumsal cinsiyet, toplumda kadının nasıl görüldüğü ve kadına verdiği görev ve sorumluluklar ve beklentileri ile ilgili kavramdır³. Toplumsal yapıdaki değişmelerin aile yapısına yansması sonucunda aile içinde kadının rolü değişmiştir⁴. Ayrımcılık yasağı⁵, yasa önünde eşitlik, yasalarca eşit derecede koruma gibi ilkeleri içinde bulunduran temel bir prensiptir. Ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık⁶, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine dayanılarak bir kişinin insan hak ve özgürlüklerinden, aynı veya benzer konumda olduğu diğer kişilerle eşit şekilde yararlanmasını ve bunları kullanmasını engelleme veya zorlaştırma niyet veya etkisine sahip her türlü farkı, dışlamayı, sınırlamayı veya tercihi belirtmektedir. Dolaylı ayrımcılık⁷ ise herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan ancak bazı kişiler üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenlemeler, uygulamalar kabul edilmektedir.

² GÜRKAN, s.396.

³ ALİSBAH TUSKAN, Aydeniz, *Toplumsal Cinsiyet, Toplumda Kadına Bıçılan Roller ve Çözümleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99, s.445.

⁴ GENÇ ARIDEMİR, Arzu, *Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan "Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler"* ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi, Prof. Dr. Necla Arat 'a Armağan, İstanbul 2004, s.155.

⁵ KARAN, Ulaş, *Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.73, 2007, s. 147 vd.

⁶ KARAN, s.153.

⁷ KARAN, s.154.

Ailenin ve özellikle zayıf durumda olan kadının ve çocuğun korunmasıyla ilgili uluslararası alanda Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmeler vardır. Bu sözleşmelerden en önemlisi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) dir.

Ayrımcılık yasağı Türk hukukunda yer almaktadır. Türkiye ayrımcılık yasağını farklı konular bağlamında düzenleyen uluslararası insan hakları sözleşmelerinin büyük çoğunluğunu imzalamıştır⁸. Cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine (CEDAW)'e göre kadın-erkek eşitliğini sağlamak için taraf devletler geçici ve özel önlemler alacağı düzenlenmiştir. 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilip 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹. Bu sözleşmenin amacı, yaşamın her alanında kadın erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin kadınlara tanınması, kadın erkek arasındaki her türlü ayrımcılığın kaldırılması amacıyla sözleşmeye taraf devletlerin kararlı bir eşitlik politikası izlemelerini sağlamaktır¹⁰. Ancak taraf devletlerin ayrımcılıktan zarar görenlerin haklarını aramak üzere başvuruda bulunabilecekleri bir denetim mekanizmasına sözleşmede yer verilmemiştir¹¹.

⁸ KARAN, s.147.

⁹Ülkemiz bu sözleşmeyi 1985 yılında imzalamış ve 1986 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeyle ilgili bkz. MOROĞLU, Nazan, *Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: 2012 C.8, S.97-98, s.20 vd.*

¹⁰CEYLAN, Ebru, *Türk Hukukunda Kadın Hakları El Kitabı, İstanbul Aydın Üniversitesi ve Küçükçekmece Belediyesi Kent Konseyinin katkılarıyla basılan, İstanbul 2011 (Yayın Danışma Kurulu: Dr. Mustafa Aydın, Şaban Gülbahar, Prof. Dr. Yedigörmüş İzmirli, Editörler: Yrd.Doç.Dr. Ebru Ceylan, Semra Aydın Avşar), s.43; GENÇ ARIDEMİR, s.173.*

¹¹MOROĞLU, *Uluslararası Sözleşmeler, s.31.*

İç Hukukumuzda Anayasa'nın m.10 hükmü, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu, Anayasa m.41 hükmü ise, ailenin Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayandığını düzenlemiştir. Aile hukuku özel hukuk alanında devlet müdahalesinin en çok görüldüğü hukuk alanı olup, eşlerin ilişkileri büyük ölçüde kamu yararı sebebiyle emredici kurallarla düzenlenmiştir¹².

Aile hukuku özel hukuk alanında devlet müdahalesinin en çok görüldüğü hukuk alanı olup, eşlerin ilişkileri büyük ölçüde kamu yararı sebebiyle emredici kurallarla düzenlenmiştir¹³. Aile Hukukunda kadın erkek eşitliğini sağlayan hükümlere önemli ölçüde hukukumuzda yer verilmiştir. Yeni Türk Medeni Kanunu'ndaki en önemli değişiklik, evlilik birliğinin devam ederken eşlerin tabi olacakları mal rejimiyle ilgili olmuştur.

Evlilik birliğinin özellikle kadının daha etkin şekilde korunması için bu alanda özel yasaların çıkartılması zorunlu olmuştur¹⁴. Yeni Türk Medeni Kanunumuz genel düzenlemeler getirmektedir, aile içi şiddetle ilgili özel düzenlemelerin yapılması zorunlu olmuştur. 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" 14.01.1998 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Daha sonra zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında 08.03.2012 tarihli 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" 20.03.2012 tarihli 28239 sayılı RG. ile yürürlüğe girmiştir.

¹²AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ, Derya, *Aile Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul 2016, s.7 vd; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY Beşir M., GÖKYAYLA, Emre, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Ankara 2000, s.669 vd.

¹³ AKINTÜRK /ATEŞ, s. 7 vd.

¹⁴ YILMAZ KILIÇOĞLU, Kumru, *Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.120, 2015, s.428.

İç Hukukumuzda aile içi şiddetle ilgili kavramların girmesinde Uluslararası Bildirgelerin ve Uluslararası Sözleşmelerin önemli rolü olmuştur¹⁵. Ulusal düzeyde yasal düzenlemelerde yer alan kavramlar temelini, uluslararası sözleşmelerden almaktadır. Kadın haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler, ulusal alanda yasal düzenlemelerin eşitliğe uygun değiştirilmesinde ve geliştirilmesinde itici güç olduğu gibi Anayasa m.90/V hükmü gereği de kanunlar, uluslararası antlaşmalarla aynı konuda farklı hükümler içeriyorsa çıkabilecek uyuşmazlıklarda ilgili sözleşme hükümlerinin esas alınması kabul edildiğinden Türk Hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır¹⁶.

I. Evlenme Öncesinde Kadının Hukuki Durumu

Türk hukukunda 1926'da giren “nişanlanma” kavramı ve “nişanlılık” kavramları eski ve yeni Medeni Kanunlarda tanımlanmamıştır. Her iki Medeni Kanun da nişanlanmanın evlenme vaadiyle olduğunu belirtmektedir. Nişanlanma, erkek ve kadının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla ileride birbirleriyle evleneceklerini vaad etmeleri yönündeki sözleşmedir. Nişanlanma, hukuki bir işlemken, nişanlılık bir hukuki ilişkidir. Nişanlılık ilişkisi süresince amaçlanan nişanlıların birbirini daha yakından tanıyarak toplumda sağlıklı evliliklerin önüne

¹⁵ CEYLAN, Ebru, *Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.109, 2013, s.13 vd.; CEYLAN, Ebru, *Türk Hukukundaki Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, Küreselleşen Dünyada Kadın ve Siyaset Uluslararası Kongre*, 16-17 Nisan 2015, İstanbul Aydın Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s.773 vd.

¹⁶MOROĞLU, Nazan, *Kadının İnsan Haklarına Yönelik Uluslararası Sözleşmeler, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslek içi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.27.*

geçilmesidir¹⁷. Yeni TMK.m.121 hükmünde nişanlanmanın sona ermesinin hukuki sonuçlarından manevi tazminatta zararın ve kusurun ağırlığı şartı ortadan kaldırılmıştır ve tazminatın ödeme şeklinde uygun bir miktarda para ödeneceği düzenlenmiştir¹⁸.

Türk Hukukunda evlenme ehliyetinin şartları, evlenecek kişinin yasal evlenme yaşına ulaşması, ayırt etme gücüne sahip olması, evlenecek kişi küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcinin izninin mevcut olması ve evlenme engellerinin bulunmamasıdır¹⁹. Evlenme engelleri, kesin ve kesin olmayan olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰.

Evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri ile ilgili TMK.'nın kısmındaki en önemli değişiklik²¹ evlenme yaşının hem erkek, hem de kadın için yükseltilmiş olmasıdır. Normal evlenme yaşı kadın-erkek farkı kaldırılarak 17 yaşın doldurulması, olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple mahkemenin izniyle elde edilen olağanüstü evlenme yaşı da her iki cins için de 16 yaşın doldurulması şeklinde düzenlenmiştir (TMK.m.124). *Evlenme yaşı ile reşid olma yaşı arasındaki ayırımın kaldırılmasının isabetli olacağı kanımızca da haklı olarak ileri sürülmüştür*²².

¹⁷ NAMLI, Mert, *Yeni Medeni Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2003, s. 246.

¹⁸ NAMLI, s.246 vd.

¹⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.62 vd.

²⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s.71 vd.

²¹ ÖZDAMAR, Demet, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu*, Ankara 2002, s.223; DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tuğfan /GÜMÜŞ, M. Alper, *Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası*, İstanbul 2016, s.48.

²² NAMLI, s.260.

Yeni TMK.m.124/II hükmüne göre olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş kişinin evlenmesi için olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasinin dinleneceği düzenlenmiştir. Böylece eski MK.m.88 hakim in bu karardan önce ana ve baba veya vasi dinleyeceği şartı kaldırılmıştır. Ana, baba ve vasinin dinlenmesi kişinin menfaatinin tespiti bakımından önemlidir²³.

Evlilik, kişilere ağır yükümlülükler getirdiğinden, bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için evlenecek kişilerin belli bir olgunluğa ulaşmış olmaları gerekmektedir, bu nedenle ancak istisnai olarak olağanüstü bir durum veya pek önemli bir sebep varsa, kişinin menfaati gerektiriyorsa hakim izin verirken bu sebebi kanımızca geniş yorumlamamalıdır.

Yeni Türk Medeni Kanunu'na, yasal temsilcilerin izni konusunda Eski Medeni Kanun'da olmayan bir madde (m.128) konulmuştur. *Kanımızca bu değişiklik isabetlidir.*

Evlenmenin kesin engelleri, yakın hısımlık, önceki evlilik, akıl hastalığıdır, kesin olmayan evlenme engelleri ise kadın için bekleme süresi ve bulaşıcı hastalıklardır²⁴. Kesin evlenme engellerinden akıl hastalığı ile ilgili yeni TMK.m.133 hükmünde, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemeyecekleri düzenlenmiştir. Eski MK.m.89'da ise akıl hastalıklarından birine müptela olan kişinin asla evlenemeyeceği

²³ NAMLI, s.267; DURAL /ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.49.

²⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s.72 vd.

düzenlenmişti. Yeni TMK. 133 ile *kanımızca isabetli olarak* ile her akıl hastalığı değil, akıl hastalığının kesin evlenme engeli olması için ayırt etme gücünü devamlı ortadan kaldırmasa da neslin devamı bakımından evlilik birliğine zarar verecek nitelikte olan akıl hastalığı evlenme engeli kabul edilmiştir²⁵. Kesin evlenme engellerinden hısımlıkta evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasındaki evlenme yasağı TMK.m.129'da getirilmiştir. Eski TMK.m.92/III'de ise evlatlık edinen ve bunlardan biriyle diğerinin koca veya karısı arasında evlenmek yasaktı. Böylece kanımızca isabetli olarak evlat edinmeden doğan akdi hısımlığın kan hısımlığına yaklaşmasına izin verilmiştir²⁶.

Eski Medeni Kanun m.112/I'de olduğu gibi TMK.m.147'ye göre tek kadınla evlilik prensibi hukukumuzda geçerli olup kural olarak evlenecek olanlardan birinin evlenme merasimi sırasında başka birisiyle evli olması ikinci evliliği geçersiz kılmaktadır²⁷.

Eski Medeni Kanun m.109'da olduğu gibi TMK.m.143'e göre medeni nikah zorunludur. Eski Medeni Kanun m.98 hükmünde evlenme başvurusunun evlenecek erkeğin ikametgahı belediyesine yapılması gerektiği düzenlenmişken, yeni TMK. m.134'e göre evlenecek kadın ve erkekten birinin oturduğu yerdeki evlendirme memurluğuna birlikte başvurmaları imkanı getirilmiştir²⁸.

²⁵ NAMLI, s.269.

²⁶ NAMLI, s.271.

²⁷ ÖZDAMAR, s.224.

²⁸ ÖZDAMAR, s.225.

Evlenmenin hükümsüzlüğü ile ilgili nisbi butlan davasında eski MK.m.119'da "evlenmenin feshi" ifadesi vardı, yeni TMK.m.148 hükmünde "evlenmenin iptali" ifadesi kullanılmıştır, bu ifade değişikliği kanımızca isabetli olmuştur, çünkü fesih sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı irade açıklamasıyla geçerli olan bir sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmesidir. Nisbi butlan sebeplerinden birinin varlığı halinde (ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, irade sakatlıkları, yasal temsilcinin izninin bulunmaması) evlenmenin geçersizliği askıdadır, bu sözleşme geçerli değildir, bu nedenle bu duruma en uygun ifade iptaldir, çünkü fesihte zaten sözleşmeyi feshetmek için ortada geçerli bir sözleşmenin bulunması gereklidir. İptal hakkının hak düşürücü süre içinde kullanılmasıyla bozucu yeni bir hukuki durum doğmaktadır²⁹.

II. Evlenme Sırasında Kadının Hukuki Durumu

Yeni TMK.'nın "Evliliğin Genel Hükümleri" üçüncü bölümünde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için önemli değişiklikler yapılmıştır. Evlenme sözleşmesiyle erkek ve kadın arasında evlilik ilişkisi doğmuş olmaktadır. Bu sözleşme ile eşler, evlilik birliğinde haklara ve yükümlülüklerle sahip olurlar. Eşlerin evlilik birliğinde ortak hakları, ortak konutu seçme hakkı, birlikte yaşama hakkı, evlilik birliğini yönetme hakkıdır³⁰.

Eşlerin Ortak Hakları ve Yükümlülükleri

Eşlerin ortak hakları, aile konutunu birlikte seçme hakkı ve evlilik birliğini beraber yönetme hakkıdır³¹.

²⁹ NAMLI, s.279.

³⁰ AKINTÜRK /ATEŞ, s.109 vd.

³¹ ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 196 vd.

Yeni TMK.m.186 hükmüne göre eşlerin beraberce ortak konutu seçmeleri, evlilik birliğini yönetmeleri ve evlilik birliğinin masraflarına güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılma ilkesi getirilmiştir³². *Bu hüküm, kanımızca isabetlidir, çünkü eşlere ailede eşit haklara sahip olma imkânı tanınmıştır*. Eski TMK. m.152'de ise konutun seçimi kocaya aitti ve evi geçindirme hakkı ve yükümlülüğü kocaya aitti. Böylece eşler konutu seçerken ailenin ekonomik durumu, konutun ailenin sosyal durumuna uygunluğu ve konutun bağımsızlığına dikkat ederek seçim yapacaklardır.

Eski Medeni Kanun m.152 hükmündeki “koca birliğin reisidir” ifadesi kaldırılmıştır, evlilik birliğinin yönetiminde eşlere eşit söz hakkı tanınarak eşlerin evlilik birliğini beraber yönetmeleri yeni TMK. m.186'da kabul edilmiştir³³.

Eşlerin ortak yükümlülükleri, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama, sadakat gösterme, birlikte yaşama, dayanışma ve yardımcı olma, çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine özen gösterme, birliğin giderlerine katılma, kadının kocasının soyadını taşıması, birliği temsil görevi ve meslek veya iş seçiminde özen göstermedir³⁴.

Eşlerden her biri, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararının göz önünde tutulacağı hükmü düzenlenmiştir³⁵. Bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya

³² ÖZDAMAR, s.227; NAMLI, s.283 ; ÖZTAN , s.227 .

³³ ÖZDAMAR, s.227.

³⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s.112 vd.

³⁵ ÖZTAN , s.285.

çıktığında hakim takdir yetkisiyle sorunu çözecektir³⁶. Eski MK.'da yer alan kadın aleyhine olan kadının meslek ve sanatla uğraşmasının kocanın iznine tabi kılan hüküm kaldırılmıştır³⁷. Eski MK.'daki hüküm kadın-erkek eşitliğine aykırı bir düzenlemeydi, bu sebeple Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı görülerek 29.11.1990 tarihinde 1990/30-31 sayılı kararıyla³⁸ iptal edilmişti.

Evlilik Birliğinin Temsili

Evlilik birliğinin temsili, birliğin ihtiyaçlarının giderilmesi ve ortak yaşamın amaçlarını gerçekleştirmek için eşlerden birinin üçüncü kişilerle hukuki işlemlerde bulunması için ihtiyaç duyulur³⁹.

Ailenin sürekli ihtiyaçları için eski MK. erkek eşe daha geniş yetkiler tanımıştı, evlilik birliğini kocanın temsil edeceğini düzenlemişti. Evlilik birliğinin temsilinde kadın-erkek eşitliğini sağlayacak şekilde esaslı değişiklikler yapılmıştır. TMK.m.188 hükmüne göre eşlerden her biri ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil etme yetkisine sahip olacaktır ve birliğin temsil yetkisini kullandıkları hallerde üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece bu hükümlerle, bu tür borçlardan sadece kocanın şahsen sorumlu olmasını öngören eski Medeni Kanun m.154, 155'deki ilke değişmiştir⁴⁰. Böylece eşlerden her birine tanınan temsil yetkisi ailenin

³⁶ UÇAR, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD., C.VI, S. 1-4, 2002, s. 319.

³⁷ ÖZDAMAR, s.235.

³⁸ RG. T.02.07.1992, S.21272.

³⁹ ÖZTAN, s.256.

⁴⁰ ÖZDAMAR, s.227, 253; ÖZTAN, s.268.

sürekli ihtiyaçları içindir. Ailenin sürekli ihtiyaçları ailenin sosyal düzeyine, içinde bulunduğu ekonomik durumuna göre değişmektedir⁴¹. Ailenin diğer ihtiyaçlarında ise eşlerden her biri evlilik birliğini temsil yetkisine tek başına sahip değildir⁴². Eşlerden biri, ailenin sürekli ihtiyaçları sayılmayan diğer ihtiyaçları için ancak diğer eş veya haklı sebeplerle hakim tarafından yetkili kılınması durumunda veya evlilik birliğinin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde ve diğer eşin hastalığı, başka yerde olması veya benzeri sebeplerle rızasının alınmaması durumunda yetkili sayılmaktadır (TMK.m.188/II). Eski MK. m.155 hükmünde eşlerin evlilik birliğini temsilen yapmış olduğu hukuki işlemlerden doğan borçlardan erkek eşin sorumlu olduğu düzenlenmişti. Yeni TMK. ,evlilik birliğini temsil etme yetkisine her iki eşin de eşit olarak sahip olduğunu göz önüne alarak eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanarak yaptığı işlemlerde üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olacaklarını, eşlerin temsil yetkisi bulunmadan yaptığı işlemlerde ise üçüncü kişilere karşı bizzat o eşin sorumlu olacağını düzenlemiştir.

Temsil yetkisinin kaldırılması, sınırlandırılması ve kaldırılan yetkinin geri verilmesi ile ilgili düzenlemelerde kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır (TMK.m.190,191).

c. Eşlerin Hukuki İşlemleri

Yeni TMK.m.193 hükmüne göre, kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça eşlerden her birinin diğeri ile ve üçüncü kişilerle her türlü

⁴¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.127.

⁴² ÖZTAN , s.271.

hukuki işlemi yapabileceği düzenlenmiştir. Hukuki işlem yapmada eşler arasında eşitlik söz konusudur⁴³. Eski MK. 169/II hükmü gereği kadının koca menfaatine olmak üzere borçlanabilmesi için sulh hakiminin izni gerekiyordu. Böylece yeni hükümde, eski hükümde yer alan eşlerin birbirleriyle her türlü tasarrufu yapabileceği düzenlemesi esası kabul edilmekle beraber, sulh hakiminin onayı kuralına yer verilmemiştir ve kadın-erkek eşitliğine ters düşen cebri icra yasağına ilişkin hükümlere de yer verilmeyerek eşlerin birbirine karşı cebri icra yoluna başvurmaları da mümkün kılınmıştır⁴⁴.

Yeni Medeni Kanun'da eşlerin hukuki işlem yapmalarında sınırlamalar bulunmaktadır⁴⁵. Aile konutu, ailenin yaşam merkezi sayılan bir yerdir⁴⁶. Aile konutu, aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Aile kavramıyla yasal bir evlilik birliği oluşturan aile, konut kavramıyla eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekanlar, kişisel barınmasına elverişli ve sürekli olmasa da yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır ve taşınmaz bölümlerdir⁴⁷. Aile konutuna ilişkin sınırlama TMK.m.194 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı , evlilik birliğini korumaktır⁴⁸. Bu hüküm evlilik birliğini koruyan bir hükümdür. Bu hükme göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadan aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, devredemez veya aile konutu

⁴³ DEMİR, Pınar Özlem, *Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, İstanbul 2004, s.29.

⁴⁴ UÇAR, s.321, ÖZDAMAR, s.260.

⁴⁵ UÇAR, s.322, ÖZDAMAR, s.228.

⁴⁶ ŞİPKA, Şükran, *Türk Medeni Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, İstanbul 2002, 52, 79.

⁴⁷ CEYLAN, Ebru, *Türk-İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Doktora tezi, İstanbul 2006, s. 139.

⁴⁸ ÖZTAN, s.296.

üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir. *Bu hüküm kanımızca isabetlidir, çünkü evlilik birliği ile ilgili karar alınırken birlikte hareket etmeleri uygundur.* Aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır⁴⁹. Türk Hukukunda hakim görüş, bu sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması⁵⁰ olduğu yönündedir.

Eşin rızası ispat bakımından yazılı olmalıdır. Aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş, konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. Böylece taşınmazın aile konutu olarak tapuya şerhedilmesi ile üçüncü kişilerin iyiniyeti ortadan kalkmaktadır⁵¹.

Eşlerin elbirliği mülkiyetinde TMK.m.702/II hükmüne göre yasa veya sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa gerek yönetim , gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerektiğinden TMK.m.194 hükmündeki rıza koşuluna gerek bulunmamaktadır⁵².

Aile konutu ya eşlerden birinin mülkiyetindedir ya da kira ile kiralanmıştır. Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline

⁴⁹ BADUR, Emel, *Eşin Rızası*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013/109, s.259.

⁵⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.167,168; BARLAS, Nami, *Yeni Türk Medeni Kanunu hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, s.133 vd.

⁵¹ UÇAR, 323

⁵² ŞİPKA, Şükran, *Türk Medeni Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, İstanbul 2002 , s.109.

gelir ve bildirimde bulunan eşle müteselsilen sorumlu olur. Kiracı olmayan eşin, bu yetkisini kullanması durumunda kira sözleşmesinin tarafı olacağından sonrasında eşlerden hiçbirinin tek başına kira sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir. Böylece kiracı olmayan eş, kiracı sıfatına sahip eşin kira sözleşmesini feshetmesine karşı korunmuştur⁵³.

Aile konutunu eşlerden birinin mülkiyetinde olması durumunda malik olan eş, diğer eşin rızası olmadan aile konutunu başkasına devredemez, konut üzerinde hakları sınırlandıran işlemler yapamaz.

Yeni Medeni Kanun'un "Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması" ile ilgili m.199 hükmüne göre, ailenin ekonomik varlığını korumak veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde eşlerden birinin istemi üzerine, hakim belirli malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak bir eşin rızasıyla yapılacağına karar verebilir ve gerekli önlemleri alabilir. Ailenin ekonomik varlığı, eşlerden birinin hesapsız harcamaları nedeniyle tehlikeye girmesi durumunda, hakim bu eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaktadır. Bu sınırlamanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüş, bu sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması değil, bir tasarruf yetkisi sınırlaması⁵⁴ olduğu yönündedir. mTMK.m.199 hükmündeki tasarruf yetkisi sınırlamasının üçüncü kişilere etkisi incelenmelidir. Tasarruf yetkisi kısıtlanan malvarlığı değeri sahibi eşin karşısındaki işlem tarafı

⁵³ UÇAR, s.324.

⁵⁴ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2004, s.178 vd.; GÜMÜŞ, M. Alper, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, Ankara 2003, s.79; BARLAS, s.133 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet, *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızası Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002 ,s.34

üçüncü kişinin iyiniyeti ancak yasanın iyiniyete hukuki sonuç bağladığı hallerde söz konusu olacaktır. Tasarruf yetkisi kısıtlanan eş ile hukuki işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişinin diğer eşin rızasını almadan yaptığı hukuki işlem geçersizdir⁵⁵. Hakim eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırırsa re'sen durumu tapu kütüğüne şerh edilmesine⁵⁶ karar vermektedir. *Türk hukuku bakımından tapu kütüğüne yapılacak kaydın tasarruf yetkisi sınırlamasının katıldığı görüş olan “açıklayıcı” nitelikte olduğu ileri sürülmektedir*⁵⁷. Taşınır mallar bakımından TMK.988 hükmünün, TMK.m.199/I'e göre uygulanması için taşınırın emin sıfatıyla zilyeden iyiniyetli olarak devralınması gerekir. Taşınmaz bakımından tapu siciline yapılan şerh ile birlikte taşınmazı tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten kazanan kimseden aynı hak kazanacak üçüncü kişinin iyiniyeti ortadan kalkmaktadır⁵⁸.

İsviçre Medeni Kanunu m.170 hükmünde, eşlerin birlikte ortak refahı için çalışma yükümlülükleri, maddi durumları hakkında bilgi vermeleri zorunlu tutulmaktadır. TMK.'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, eşlerin birbirlerinin malvarlıklarını bilmeye ve diğer eşten bilgi verilmesini istemeye hakları olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁹.

⁵⁵ ÖKTEM, Seda, *Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 67, 2006, s. 334.

⁵⁶ UÇAR, s.324.

⁵⁷ BARLAS, s.136 vd; KILIÇOĞLU, rıza , s.34-35; GÜMÜŞ, s.86 vd.; ÖKTEM , s.333.

⁵⁸ BARLAS, s.137.

⁵⁹ UÇAR, s.332.

d. Kadının Soyadı

Kadının, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorunda olması, kadının daha sonra medeni halindeki her değişiklikte, kadının soyadını her defa değiştirmesi gerekmektedir. Kadının evlendiğinde veya boşandığında soyadını değiştirmek zorunda olması (Medeni Kanun 187. ve 173. md) kadının kimliğini ve birçok benzer resmi veya özel belgeyi yeniden çıkarmasını gerektirmektedir⁶⁰.

Yeni TMK.m.187 hükmüne göre kadın evlenmekle kocasının soyadını almaktadır, ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir. Bu hüküm emredici nitelikte bir hükümdür. Bu hüküm , evlenme hukukunda tek eşitsizlik yaratan hüküm olarak görünmektedir⁶¹.

Böylece kadının soyadı konusunda EMK.m.153'deki 4248 sayılı K. ile yapılan ve kadının kocasının soyadının önünde “önceki” soyadını da taşımasına imkan sağlayan değişiklik aynen korunmuştur. Türk Hukukunda kadın ve erkeğin anlaşarak kendi soyadlarından birini “aile soyadı” olarak seçmeleri mümkün olmamaktadır. Ailenin soyadının belirlenmesine ilişkin kadın-erkek eşitliğine aykırı bu düzenlemenin

⁶⁰ MOROĞLU, Nazan, *Kadının Kimlik Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2012/99, s.254.

⁶¹ OKTAY ÖZDEMİR , Saibe , *Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler , İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel sayısı İstanbul 2007, s.3.*

tarafların aile soyadı konusunda anlaşamamaları haline bağlanmasının daha isabetli olacağı *kanımızca* haklı olarak ileri sürülmüştür⁶².

TMK.'nın kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nda kocanın soyadının “aile soyadı” olduğu ve evlenen kadının bunu alacağı düzenlemesi 1983 tarihindeki değişiklikle kadının evlendirme memuruna yapacağı beyanla kocanın soyadının yanı sıra kendi soyadını da taşıyacağı kabul edilmişti⁶³. Bu hükme göre “evli kadın kocasının aile adını alır. Ancak kadın evlendirme memuruna evlenme anına kadar taşıdığı soyadını da aile adının önünde kullanmak istediğini beyan edebilir. Halen böyle bir çift ad taşıyorsa sadece ilk adı öne koyabilir”. Türk Hukuku'nda, İsviçre Hukukundan farklı olarak haklı nedenlerle de olsa, eşlerin “aile adı” olarak kadının soyadını alabilmelerine imkân tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Eşitlik ilkesini öngören İsviçre Anayasası'na aykırı hükümler 30.09.2011 tarihli “Ad ve Vatandaşlık” isimli Kanun⁶⁴ ile değiştirilmiştir ve çağdaş düzenlemeler dikkate alınarak kadın-erkek eşitliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Böylece İMK.m.160/I hükmünde⁶⁵ evlenen kişilerden her biri kendi soyadını koruyabilir, eşlerden birisinin bekarlık soyadını ortak evlilik soyadı olarak seçme hakları da vardır. İMK.m.160/II hükmünde ise

⁶² ZEYTİN Zafer, *Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul 2009, s.1655.

⁶³ YILMAZ, Merve, *Evli Kadının Soyadı*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2012, S. 10, s.142.

⁶⁴ *RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851*.

⁶⁵ “*Les fiancés peuvent toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir porter un nom de famille commun; ils peuvent choisir entre le nom de célibataire de l'un ou de l'autre.*”

Les fiancés qui conservent leur nom choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. L'officier de l'état civil peut les libérer de cette obligation dans des cas dûment motivés”.

nişanlıların kendi soyadlarını korumak istemeleri durumunda çocuklarının hangi eşin bekarlık soyadını taşıyacağı konusunda karar vererek bildirimlerinde belirtmeleri gerekir. Ancak nüfus müdürlüğü uygun gördüğü hallerin varlığı durumunda eşleri bu bildiri yapmaktan muaf tutabilir. Bu düzenleme evlilikte eşlerin soyadlarını bırakma zorunluluğu yüklemeyen bir düzenlemedir, eşlere ortak aile soyadı seçme hakkı tanınmıştır. Evlilik soyadı olarak eşlerin fiilen taşıdıkları soyadını değil, sadece bekarlık soyadının alınmasına izin verilmiştir. Bu düzenlemede ortak aile adının seçilmesi durumunda soyadı seçilmeyen tarafa kendi soyadını da ortak soyadı yanında taşıma hakkı verilmemesi İsviçre yasa koyucusunun soyadının kişiliğe bağlı ve değişmez bir hakkın kullanımı olduğunu kabul eden bir yaklaşım göstermediğinden *kanımızca* da haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁶.

e. Evlilik Birliğinin Korunması

Yeni Türk Medeni Kanunumuz evlilik birliğinin korunmasında önce genel bir hükme yer vermiştir, çünkü evlilik birliğinin korunması doğrudan doğruya eşlerin kişilik haklarının korunması ve dolaylı olarak da evlilik birliğinin korunması için gereklidir⁶⁷. TMK.m.195 hükmüne göre evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşler ayrı ayrı veya birlikte hakim müdahalesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Eşlerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri kavramına TMK.m.185-194'te yer alan yükümlülükler girmektedir. Hakimin evlilik birliğine

⁶⁶ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *İsviçre'de İki Önemli Değişiklik: Soyadının Kazanılması ve Aynı Cinsten Olanların Kayıtlı Birliktelikleri*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Yayını, İstanbul 2015, s. 138.

⁶⁷ ÖZTAN ,s.327, 328.

müdahalesi talep koşuluna bağlıdır⁶⁸. *Eşlerin ailevi görevlerini yerine getirmemeleri durumunda kusurlu olup olmamaları katıldığımız görüşe göre*⁶⁹ *aranmamalıdır*. Hakim, eşlerin böyle bir talep yapmaları durumunda, eşleri uyarma, bir konuda uyuşmazlık varsa onları uzlaştırma ve eşlerin birlikte rızası ile uzman bir kişiden destek alma gibi kararlar verebilir⁷⁰. Hakim ayrıca gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen diğer önlemleri de alabilir (TMK.m.195/III).

TMK. eşler birlikte yaşarken ve eşler birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde korunmaları ile ilgili düzenlemeler de getirmiştir. Eşlerden birinin istemi üzerine hakim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirlemektedir. Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işyerinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır (TMK.m.196/II). *Bu düzenleme ile özellikle kadınların aileye harcadığı emeğin değerlendirilmesi amaçlandığından kanımızca isabetlidir*.

Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri durumunda da evlilik birliği korunmaktadır. Eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkı doğmaktadır (TMK.m.197 /I)⁷¹. Ekonomik güvenliğin

⁶⁸ YILMAZ KILIÇOĞLU, s.430.

⁶⁹ ÖZTAN, s.333.

⁷⁰ ÖZTAN, s.336 vd.

⁷¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda evliliğin genel hükümleri düzenlemeleri m.159-179 arasındadır. Bu hüküm farklı düzenlenmiştir. İMK.m.176'da eşlerin ayrı yaşamalarının düzenlemesiyle ilgili olarak 1. fıkrada eşlerden birinin talebi üzerine 1. bentte bir eşin diğerine ödeyeceği nafakayı, 2. bendinde aile konutu ve konut eşyasının kullanılmasını, 3. bendinde koşullar gerektirdiğinde mal ayrılığına geçiş kararı verilmesini düzenlemiştir. Maddenin 2. fıkrasında bir eşin birlikte yaşamamanın özellikle diğerinin sebepsiz yere ret etmesi üzerine imkansız olduğu durumlarda böyle bir talepte bulunabileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin 3. fıkrasında eşlerin ergin

sarsılması konusunda her olayda kendi içinde değerlendirilmesi gerekir, burada ailenin birlikte yaşamak için gerekli ihtiyaçlarının karşılanmasının tehlikeye girmesi dikkate alınmalıdır⁷². Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa eşlerden birinin istemi üzerine hakim, diğerine yapacağı parasal katkıyı, konut ve ev eşyasından yararlanma ve eşlerin mallarının yönetimiyle ilgili önlemleri alacaktır (TMK.m.197/II). Eğer haklı bir sebep olmadan birlikte yaşamaktan kaçınıyorsa veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi durumunda da bu istemlerde bulunmak mümkündür.

Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemezse hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eş yapmalarını emredebilecektir (TMK.m.198). Bu hükümde, evlilik birliğinin korunması amacıyla birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü ile ilgili bir koruma getirmiştir. Bu hükmün kanımızca geniş yorumlanmaması gerekir⁷³.

III. Evlenme Sona Erince Kadının Hukuki Durumu

Evlilik birliğinin sona erme sebepleri, eşin ölümü, cinsiyet değişikliği, mahallin en büyük mülki amirinin emriyle ölüm karinesi kaydının nüfus siciline işlenmesi, gaiplik kararıyla birlikte veya sonra evlilik birliğinin sona erdirilmesi, mutlak veya nisbi butlan kararı ile evlilik birliğinin sona erdirilmesi ve boşanmadır.

olmayan çocukların varlığı halinde mahkemenin çocuklarla ilişkilerinin sonuçlarına ilişkin hükümlere göre zorunlu önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir.

⁷² ÖZTAN , s.353.

⁷³ Aynı kanaatte ÖZTAN , s.375.

Boşanma Bakımından

a. Genel Olarak

Boşanma davası açma hakkı hem kadına hem erkeğe tanınmış bir haktır. Kadın-erkek eşitliği bakımından kanunda öngörülen boşanma sebeplerinin bulunması durumunda eşlerden her ikisi de boşanmayı talep edebilir⁷⁴.

Boşanma sebepleri zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebine dayanan boşanmadır. Boşanmanın bir sebebe bağlı olarak gerçekleşmesi, bazı ilkelere dayanılması gereklidir. Türk hukuk doktrininde boşanmanın dayandığı ilkeler, kusur ilkesi, irade ilkesi, temelden sarsılma ilkesi, elverişsizlik ilkesi, eylemli ayrılık ilkesi olarak sayılmaktadır⁷⁵.

Türk Hukuk Doktrininde baskın görüşe göre⁷⁶ boşanma sebepleri, “mutlak ve nisbi boşanma sebepleri” olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak boşanma sebeplerinde kanunda belirlenen olayın ispatı halinde diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediği araştırılmazken, nisbi boşanma sebeplerinde bu husus araştırılmaktadır⁷⁷.

Eski MK.131'de boşanma sebebi olarak onur kırıcı davranış sayılmamıştı, yeni TMK. m.162 hükmünde bu sebep de sayılmıştır⁷⁸. Eski MK.'da akıl

⁷⁴ GENÇ ARIDEMİR, s.7.

⁷⁵ CEYLAN, tez, s. 10 vd.

⁷⁶ OĞUZMAN, M. Kemal /DURAL, Mustafa, *Aile Hukuku 3. Bası, İstanbul 2001, s.113; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s.194, AKINTÜRK/ATEŞ, s.243 vd.*

⁷⁷ CEYLAN, tez, s.22.

⁷⁸ CEYLAN, tez, s. 22, 23.

hastalığına dayanan boşanma sebebinde hastalığın en az üç yıldan beri sürmekte olması gerekliyen, yeni TMK.m.165 hükmünde akıl hastalığının iyileşmesinin imkansız olduğunun tespitinin resmi sağlık kurulu raporuyla belirlenmesi aranmaktadır⁷⁹. Eski MK. m.131’de küçük düşürücü suç işlenmesi halinde ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediği araştırılmıyordu, yeni TMK. m.163’e göre bu şart aranmaya başlanmıştır⁸⁰.

Kusur ilkesine göre boşanma davası açma hakkı, eşlerden birinin kusurlu olması halinde kural olarak kusurlu olmayan eşe tanınmaktadır. TMK.’da kusur ilkesine, zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk gibi boşanma sebeplerinde yer verilmiştir⁸¹. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma sebebinde (TMK.m.166 /II c.1) ise davacının kusuru daha ağır ise davalının itiraz hakkı bulunmaktadır. Boşanmada kusur esasının göz önüne alındığı göstermektedir. Bu itirazın kabul edilmesindeki amaç, ekonomik bakımdan zayıf konumda bulunan kadının evli kaldığı sürece korunabilmesidir⁸².

İrade ilkesine göre boşanma, eşlerin karşılıklı anlaşması veya eşlerden birinin talebiyle mümkündür. Eşlerin karşılıklı anlaşmasına dayanan boşanmada irade ilkesine yer verilmektedir⁸³. Temelden sarsılma ilkesine göre boşanma, evlilik ilişkisinde meydana gelen olaylar eşler için çekilmez

⁷⁹ NAMLI, s.355.

⁸⁰ NAMLI, s. 353.

⁸¹ CEYLAN, tez, s.10.

⁸² GENÇ ARIDEMİR, s.9.

⁸³ CEYLAN, tez, s.12.

hale gelmişse eşlerin kusuru olmasa da boşanmaya karar verilmesini belirten ilkedir. Evlilik birliğinin sarsılması genel boşanma sebebinde temelden sarsılma ilkesine yer verilmiştir⁸⁴.

Elverişsizlik ilkesine göre boşanma, eşlerden birini bedensel veya ruhsal bozukluklardan dolayı evlilik birliğinin yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olması halinde uygulanan bir ilkedir. TMK. akıl hastalığı yönünden bu ilkeyi kabul etmiştir⁸⁵.

Eylemli ayrılık ilkesine göre eşler birlikte olmayı istemedikleri için eylemli olarak ayrı yaşıyorlarsa evliliği devam ettirmenin anlamı olmadığına dayanan ilkedir. TMK., eylemli ayrılık nedeniyle boşanma sebebini kabul etmiştir. Burada eşlerin kusurlu olmaları veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması önemli değildir⁸⁶.

Türk yasa koyucusu, boşanmada ilkeler olarak eski MK.'da kusur, temelden sarsılma ve elverişsizlik ilkelerini kabul etmiştir. 04.05.1988 tarihinde 3444 sayılı Kanunla ayrıca irade ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilkeler de eklenince yeni TMK.'da toplam beş ilkenin benimsendiği görülmektedir⁸⁷.

⁸⁴ CEYLAN, tez, s.12.

⁸⁵ CEYLAN, tez, s.13.

⁸⁶ CEYLAN, tez, s.13.

⁸⁷ CEYLAN, tez, s.13.

a. Boşanmada Yetkili Mahkeme

Eski Medeni Kanun m.136 hükmüne göre boşanma davalarında yetkili mahkeme davacının ikametgahı mahkemesiydi. Eski MK. m.21 hükmüne göre kadının ikametgahı kocanın ikametgahı olduğundan boşanma davasını açacak kadın ancak kocasının ikametgahında davayı açabiliyordu. Bu hüküm kadın-erkek eşitliğine zarar veren bir düzenlemeydi⁸⁸. HUMK.m.9 hükmüne 1711 sayılı kanunla eklenen 3. fıkraya göre davacının ikametgahı veya eşlerin davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesiydi. TMK.m.168 hükmüne göre boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Böylece kadının da ayrı yerleşim yeri edinebileceği belirtilerek kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır.

c. Boşanma Davasının Hukuki Sonuçları

Boşanmanın hukuki sonuçları ifadesi ile boşanmaya hakim tarafından karar verilmesi halinde meydana gelecek sonuçlar belirtilmektedir. Boşanmanın hukuki sonuçlarından bazıları eşleri ilgilendiren, bazıları ise çocukları ilgilendiren sonuçlardır⁸⁹.

aa. Boşanmanın Eşlerle İlgili Sonuçları

Boşanmanın eşlerle ilgili sonuçları Türk-İsviçre Hukuk doktrinde kişisel ve mali sonuçlar olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁹⁰.

⁸⁸ GENÇ ARIDEMİR, s.10.

⁸⁹ CEYLAN, tez, s.47.

⁹⁰ CEYLAN, tez, s.48.

aaa. Boşanmanın Kişisel Sonuçları

Boşanma hükmünün kesinleşmesiyle eşlerle ilgili kişisel sonuçlar meydana gelmektedir. Kişisel sonuçları, genel olarak evlilik birliğinin sona ermesi, özel olarak yeniden evlenme imkanının doğması, kişisel durum değişikliği, boşanan kadının yeniden evlenmesi için bekleme süresine tabi olması, eşlerin birbirine karşı talep hakları bakımından zamanaşımının işlemeye başlaması, eşlerin birbirine karşı mirasçılık sıfatını kaybetmesidir⁹¹.

Eşler, boşanma kararı ile evli olmaktan çıkarlar, boşanmış duruma girerler. Kadın bakımından, boşanma kararı sonucunda kadının kocasının soyadını kaybederek evlenmeden önceki soyadını yeniden alması durumunda kişisel durumu değişmektedir⁹². TMK.m.173 hükmüne göre boşanan kadının soyadı konusunda evlenmeden önceki soyadını alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse, hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. Kadının, boşandığı kocasının soyadını taşımakta menfaati varsa ve bu kocaya bir zarar vermeyecekse, kadının istemi üzerine hakim kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşullar değişirse bu iznin kaldırılmasını isteyebilir. Bu hükmün amacı, kadının boşandıktan sonra kocasının soyadını koruyacağını öngörerek, kadının sosyal statüsü korumaktadır. Bu hükmü karşılayan İMK.m.119 hükmü 30.09.2011'de çıkarılan ve 1.1.2013'de yürürlüğe giren Soyadı ve Vatandaşlık Hakkını Düzenleyen Kanun ile değiştirildikten sonra⁹³

⁹¹ CEYLAN, tez s.48.

⁹² CEYLAN, tez, s.50.

⁹³ "L'époux qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage conserve ce nom après le divorce; il peut toutefois déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire".

evlenme sırasında soyadını değiştiren kişi, bu soyadını isterse herhangi bir izin alma ihtiyacı duymadan korur, isterse nüfus müdürlüğüne bekarlık soyadını korumak istediğine dair bildirimde bulunarak soyadını değiştirebilir. Bu hak herhangi bir süreyle sınırlanmamıştır. Bu madde değiştirilmeden önce bir yıllık süre içinde beyanda bulunması isteniyordu⁹⁴.

Eski Medeni Kanunda ve yeni Türk Medeni Kanununa göre de kadın, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorundadır. Kadının evlendiğinde veya boşandığında soyadını değiştirmek zorunda olması kadının kimliğini ve birçok resmi veya özel belgeyi yeniden çıkarmasını gerektirmektedir. Bu durumun kadınları mağdur ettiği “kimlik sorunu” yaşamalarına yol açtığı ileri sürülmektedir⁹⁵. TMK’nun “Aile Hukuku” bölümünde anayasal eşitlik ilkesine aykırı düşen tek madde “kadının soyadı” olduğu ileri sürülmektedir (md. 187 ve 173). Eski Medeni Kanunu’nuzun 153. maddesinde 1997 yılında değişiklik yapıłana kadar “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralı yürürlükteydi. 1997 yılında 153. madde řu şekilde değiştirilmiştir: “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*” Bu hüküm, yeni Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesine “Kadının Soyadı” başlığıyla aynen alınmıştır. Bu hüküm kadın-

⁹⁴ CEYLAN, tez, s.52.

⁹⁵ MOROğLU, s.254.

erkek eşitliği bakımından tam olarak yerine getirmediği ileri sürülmüştür, çünkü evlenmeyle sadece kadının erkeğin soyadını alabileceği düzenlenmişken erkeğin kadının soyadını alması ile ilgili bir düzenleme getirilmemiş olması *kanımızca* da haklı olarak eleştirilmiştir⁹⁶.

Kadın erkek eşitliği açısından “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralı, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle hem 1926 tarihli Medeni Kanun hem de 2001 tarihli Medeni Kanun açısından Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararıyla⁹⁷, Medeni Kanun'un “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” maddesinin iptal istemini “bu durum eşitliğe aykırı değildir” diye reddetmiştir.

Boşanan eşler, boşanma kararından sonra bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler. Boşanma davası sırasında ölenin mirasçılarında birinin davaya devam etmesi ve kusurunun ispatlanması durumunda da bu fıkra uygulanır (TMK.m.181/II)⁹⁸. Bu dava, davacı ölmüşse diğer tarafın kusurunun ispatına yönelik olacaktır, çünkü zaten ölümlü evlilik ilişkisi sona ermiştir⁹⁹. *Boşanma davası şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan dava sonunda alınan kesinleşmiş boşanma kararı mirasçılık hakları üzerinde etkili olacağından bu hakkın ölenin mirasçılara tanınması*

⁹⁶ NAMLI, s.366.

⁹⁷ RG. 15.11.2002, s. 24937.

⁹⁸ Bu hükümdeki “davacının” ve “davalının” ifadeleri Anayasa Mahkemesinin T.21.01.2010-E.2008/102, K.2010/14 sayılı kararı ile yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

⁹⁹ NAMLI, s.362.

kanımızca olumludur. Bu hükmünde mirasçuların davaya devamı ile diğer eşin kusurunun ispatlanması durumunda mirasçılığının önlenmesi yolu açılmıştır. Kanımızca, boşanma sebepleri bakımından da bir ayırım yapılarak her boşanma sebebi için değil, ama kusura dayanan boşanma sebepleri için de uygulanması daha uygun olur¹⁰⁰. Anlaşmaya dayanan boşanma çekişmesiz bir yargı işi niteliğinde olduğundan ve eşlerin kusuru hiçbir şekilde gündeme gelmeyeceğinden bu boşanma sırasında TMK.m.181/II hükmü uygulanmaz¹⁰¹.

bbb. Boşanmanın Mali Sonuçları

Boşanmanın mali sonuçları, eşlerden birinin diğerinin lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufların geçersiz hale gelmesi, mal rejiminin tasfiyesi, maddi tazminat, manevi tazminat, yoksulluk nafakasıdır. Boşanmada maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakasının miktarı ve ödenme tarzı tarafların anlaşmasıyla belirlenebilir. TMK.m.178 hükmüne göre boşanma sebebiyle açılacak davaların boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir.

Evlilik birliğinin kurulmasıyla eşler arasında çeşitli mali ilişkiler doğmaktadır. Eski Medeni Kanun'da yasal rejim olarak mal ayrılığı rejimi ve seçimlik rejimler olarak mal birliği rejimi ve mal ortaklığı rejimi vardı¹⁰². Eşler mal rejimi sözleşmesi yaparak seçimlik mal rejimi olan mal

¹⁰⁰ CEYLAN, tez, s.57.

¹⁰¹ ÖZDEMİR, Nevzat, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Doktora tezi, İstanbul 2003, s. 190-191.

¹⁰² CEYLAN, Ebru, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.1022-1023.

ortaklığı rejimini veya mal birliği rejimini seçme hakkına sahipti. Yeni TMK. ile edinilmiş mallara katılma rejimi yasal rejim olarak kabul edilmiştir, seçimlik rejimler olarak mal ortaklığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ayrılığı rejimi kabul edilmiştir¹⁰³. Bu değişikliğin yapılmasında Batı ülkelerinde yasa koyucunun evlilik birliğinde eşlerin eşitliğinin sağlanması amacıyla yaptığı gelişmeler etkili olmuştur. Bu değişikliklerde eşitlik ve evlilik sona erdiğinde eşler arasındaki işbirliği, işbölümü ve dayanışma sonucunda elde edilen malvarlığı değerlerinin paylaşılması ilkeleri esas alınmıştır¹⁰⁴. TMK.'nun kaynağı olan İsviçre Aile Hukukunda 1.1.1988 tarihinde “Aile Reformu Kanunu”¹⁰⁵ yürürlüğe girince yasal rejim olarak eski yasal rejim olan “mal birliği rejimi” yerine “edinilmiş mallara katılma rejimi” kabul edilmiştir. Eski yasal mal rejimi olan mal ayrılığı kadının sosyal ve ekonomik hayata katılmasına paralel olarak adaletsizliğe neden olacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁶. Mal ayrılığı görünüşte kadın erkek eşitliğine en uygun rejim olduğu, ancak değişen sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle, kadının aleyhine işlediği, özellikle taşınmaz malların büyük ölçüde erkek eş adına tapuya kaydolduğu, gelirler kocanın banka hesabına geçtiği ileri sürülmüştür. Evlilik iyi gittiği sürece, ortaya büyük bir sorun çıkmaz. Ancak evlilik boşanma ya da ölüm ile sona ererse, kadın yarattığı ya da yaratılmasına katkıda bulunduğu ekonomik değerlerin yaratıcısı değilmiş gibi muamele görmesi eleştirilmiştir. Sosyal adalet anlayışı ve eşitlik ilkesi, bu ortaklaşa çabanın ürünlerinden her iki eşin de birlikte yararlanacağı yeni bir kanunî mal rejiminin bulunmasını

¹⁰³ CEYLAN, *mal rejimi*, s.1022 .

¹⁰⁴ CEYLAN, *tez*, s.59.

¹⁰⁵ CEYLAN, *mal rejimi*, s.1022.

¹⁰⁶ UÇAR, s.1666.

gerekli kıldığı ileri sürülmüştür¹⁰⁷. Bu rejimin emek karşılığı edinilen mallarda hak sahipliğine dayandığı, hak sahipliğinin evlilik süresince edinilen mallarla sınırlı olması, hak sahibi olan eşe şahsi hak tanınması, sözleşme özgürlüğüne dayanması, ispat kolaylığı ve iyiniyet ilkesine dayanması olumlu özellikleridir¹⁰⁸. Aile Hukukunda eşlerin evlilik birliğinde eşit haklara sahip olması düşüncesinin gelişmesi yasa koyucuları mal rejimleri hukukunda da eşitlik ilkesine göre düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Malların yönetimi ve yararlanma konusunda erkek eşe ayrıcalıklar tanıyan mal birliği rejimi yasalardan çıkarılmıştır. Mal rejimi hukukunda yapılan değişikliklerde iki ilke temel alınmıştır. Birincisi, eşitlik ilkesidir, ikincisi evlilik sona erdiğinde bazı malvarlığı değerlerinin eşler arasında paylaşılması ilkesidir¹⁰⁹.

Doktrinde yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi lehinde görüşler olduğu gibi, mal paylaşımını içeren rejimler yönünde de görüşler ileri sürülmüştür. Edinilmiş mallara katılma rejiminde çok karmaşık bir tasfiye rejimi öngörülmüş olduğundan doktrinde eleştirilmiştir¹¹⁰. *Kanımızca yasal mal rejimi düzenlemesinde evlilik sırasında ve sonrasında eşlerin, evlilik birliğinin, mirasçılarının, üçüncü kişilerin çıkarlarının ve ticari yaşamdaki hukuki işlem güvenliğinin korunacağı ve ülkemizdeki aile yapısına uygun bir modelin seçilerek adil ve ihtiyaçlara cevap verecek şekilde bir düzenleme yapılması üzerinde durulmalıdır. Ayrıca kadının bağımsızlığı ve erkeklerle eşitliği ile ailede dayanışmanın gerçekleştirilmesi*

¹⁰⁷ GÜRKAN, s.392,393.

¹⁰⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, *Katki –Katılma Alacağı*, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 80 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet, *Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, s. 178 vd.

¹⁰⁹ CEYLAN, mal rejimi, s.1050.

¹¹⁰ Görüşler için bkz. CEYLAN, mal rejimi, s.1023 vd.

ilkelerinin de düzenleme yapılırken dikkate alınması gereklidir¹¹¹. Kanımızca bu sistem paylaşmaya yönelik bir sistem olduğundan olumludur, çünkü evlilikte paylaşmanın dayandığı haklı temeller vardır. Ancak evlilik sona erdiğinde birçok mal grubu arasında yapılan tasfiyenin masraflı, zor ve karmaşık olması nedeniyle uygulama zorlukları yaratacağı gerçeğini gözardı etmemek gerekir¹¹². Aynı tasfiyeyi esas alan paylaşmalı mal ayrılı rejimi bu rejime nazaran daha kolay bir sistemdir¹¹³. Kanımızca mal ayrılığı rejimi eşlerin mallarının ayrı olması nedeniyle kadının ekonomik bakımdan özgür olması ve diğer sistemlere nazaran tasfiyenin olmaması bakımından olumludur. Ancak uygulamada ülkemizdeki aile yapısı ve toplumsal gelenekler nedeniyle kadın aleyhine sonuçlar yaratmıştır¹¹⁴.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden her biri evlilik devam ettiği sürece evlenmeden önce sahip olduğu ve evlendikten sonra edindiği malların maliki olarak kalmaktadır¹¹⁵. Ancak evlilik birliği sona erdiğinde mallar paylaşımına tabi olmaktadır. Edinilmiş mallar ve eşlerden her birinin kişisel mallarından oluşmaktadır¹¹⁶.

Boşanma yüzünden kusursuz veya daha az kusurlu eş, maddi zarara uğramışsa kusurlu olan eşinden maddi zarar ile uygun illiyet bağı olan maddi zararlarını tazmin edebilir. Yeni TMK.m.174/I hükmüne göre

¹¹¹ CEYLAN, *mal rejimi*, s.1025.

¹¹² CEYLAN, *mal rejimi*, s.1051.

¹¹³ CEYLAN, *tez*, s.63.

¹¹⁴ CEYLAN, *tez*, s.69.

¹¹⁵ KILIÇOĞLU, *katılma alacağı*, s.80 vd.; CEYLAN, *mal rejimi*, s.1028.

¹¹⁶ KILIÇOĞLU, *katılma alacağı*, s.108 vd.

boşanma nedeniyle zarar gören eşin mevcut veya beklenen menfaatleri zedelenmesi aranmaktadır¹¹⁷. Maddi tazminat istemenin şartları, tazminat isteyen tarafın mevcut veya beklenen bir menfaatinin boşanma yüzünden zedelenmiş olması, tazminat isteyen tarafın kusursuz veya daha az kusurlu olması, tazminat talep edilen tarafın ise kusurlu olmasıdır¹¹⁸. Yasa koyucu, her boşanmada tarafların az veya çok kusurlu olabileceğini, bu nedenle davacının boşanmada tamamen kusursuz olmasının her zaman mümkün olamayacağını dikkate alarak “kusuru daha az olan” tarafa da maddi tazminat isteme hakkı tanımıştır¹¹⁹. *Kanımızca kesinleşen boşanma kararından sonra da maddi tazminat istenebileceğinin yeni TMK. ile kabul edilmesi isabetli olmuştur*¹²⁰.

Yeni TMK.m.174/II hükmüne göre, boşanma yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğramış olan eş, kusurlu olan eşinden manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. Boşanmaya neden olan olayların manevi tazminat isteminde bulunulması için talepte bulunan kişinin kişilik haklarını ihlal etmiş olması gereklidir¹²¹. *Kanımızca manevi tazminat isteminde bulunmak için Eski MK.’da aranan “ağır olması” şartının yeni TMK.’da aranmaması kişilik hakkının daha fazla korunmasını ve BK.m.49 ile uyumun sağlanması bakımından isabetli olmuştur*¹²².

¹¹⁷ Mevcut menfaat ve beklenen menfaat ihlali halinde konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. CEYLAN, tez, s.78 vd.

¹¹⁸ CEYLAN, tez, s.76 vd.

¹¹⁹ CEYLAN, tez, s.73.

¹²⁰ CEYLAN, tez, s.76.

¹²¹ Manevi zarar kavramı ve tazminat istemiyle ilgili Yargıtay kararları için bkz. CEYLAN, tez, s.95 vd.

¹²² CEYLAN, tez, s.96

Manevi tazminat istemi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kabul edildiğinden hak sahibi tarafından ileri sürülmelidir. Yeni TMK.m.25/IV'e göre manevi tazminat isteminin karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. *Kanımızca manevi tazminat isteminin acı çekme parası olarak istenmesi anlayışı aşınmış olduğundan bu hükmün yeniden düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.*

Yeni TMK.m.175 hükmüne göre, boşanma nedeniyle boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek eş, kusuru eşinden daha ağır değilse, eşinden mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmamaktadır. Yoksulluk nafakası istemek için yoksulluğun boşanma sonucunda meydana gelmiş olması ve gerçek bir yoksulluğun olması gerekir¹²³. Eski Medeni Kanun m.144 hükmünde, yoksulluk nafakasında erkeğin mali durumunun iyi olması şartı aranmamışken, kadının nafaka yükümlüsü olması için hali refahta bulunması şartı aranmıştı. Yeni TMK.m.175 hükmünde yoksulluk nafakasında kadının nafaka ödeyebilmesi için "*hali refahta bulunması*" koşulu kaldırılarak kadın-erkek eşitliğine uygun şekilde her iki eşin de yoksulluk nafakası ödeyebileceği belirtilmiştir¹²⁴. İsviçre Hukukunda boşanmada eşlerden birinin mesleki yardım kuruluşuna bağlı olması halinde bu yardımla ilgili paylaşımlar düzenlenmiştir¹²⁵. *Kanımızca İsviçre Hukuku'nda boşanma*

¹²³ CEYLAN, tez, s.108.

¹²⁴ CEYLAN, tez, s.106; UÇAR, s.1664; GENÇ ARIDEMİR, s.17.

¹²⁵ CEYLAN, tez, s.135 vd.

*davasından sonra aile konutuyla ilgili koruma getiren İMK.m.121 hükmünün TMK.'ya alınmaması eksiklidir*¹²⁶.

bb. Boşanmanın Çocuklarla İlgili Sonuçları

Eşlerin çocuklarının olması durumunda çocuğun velayetinin ana-babadan birine bırakılması, çocuklarla ana-baba arasındaki kişisel ve mali ilişkiler ve çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları olarak incelenmektedir. Velayet hakkı, kadın-erkek eşitliği prensibi çerçevesinde birbirleriyle evli olan ana ve babaya birlikte tanınmıştır¹²⁷. Boşanma üzerine velayet hakkının bırakılmasına ilişkin ilkelerin başında çocuğun güvenliğinin ve yararının korunması ilkesi gelmektedir¹²⁸. TMK.'nda boşanan eşlerden hangisine verileceği konusunda belirli kıstaslar konulmamıştır, hakimin geniş takdir yetkisi vardır. Boşanma sonrasında velayet hakkını ana veya baba tek başına kullanmaktadır (TMK.m.336/II). Boşanma sonrasında velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılması TMK.'da düzenlenmemiştir. *Kanımızca, bu husus bir eksiklidir. Ana-babanın çocuğun velayetini birlikte kullanabilmeleri için boşanmada öncelikle kusur unsurunun çıkarılması gereklidir. Bu imkanın Türk Hukukunda da tanınması durumunda çeşitli türdeki boşanma davalarında ana ve babaya birlikte velayeti kullanma imkanı verilmiş olacaktır*¹²⁹. Velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dahilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususu evliliğin feshi veya boşanma bağlamında, 2525 sayılı Kanun'un

¹²⁶ CEYLAN, tez, s.143.

¹²⁷ CEYLAN, tez, s. 153.

¹²⁸ CEYLAN, tez, 154 vd.

¹²⁹ CEYLAN, tez, s. 164.

Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilen m.4/II c. 1'de düzenlenmiştir ve ilgili hükümde, evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuğun -anasına tevdi edilmiş olsa bile- babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme eski MK. m.152.'deki kocanın evlilik birliğinin reisi olduğu kabulüne dayandığı anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Kanun ile kocanın evlilik birliğinin reisi olduğuna dair söz konusu düzenleme kaldırılmıştır ve eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu kabul edilmiştir.

Boşanmada çocuğun velayet hakkının bir tarafa bırakılması sonucunda diğer tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Yeni TMK.'nun, kişisel ilişki hakkını düzenleyen hükümleri kanımızca isabetlidir. Özellikle ana babanın ölmüş olması durumunda veya bulunamadığı durumlarda, çocuğun yakın hısımlarıyla bağlantıda olması çocuğun gelecekteki yaşamı bakımından olumlu etki yapacaktır¹³⁰.

İsviçre hukukunda velayete sahip olmayan ana veya babanın bilgi edinme hakkı düzenlenmişken, TMK'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanımızca bu husus bir eksiklik olup, ana baba boşanmış olsalar da çocuğun durumuyla ilgili ana baba olmanın getirdiği özen ve ilgi gösterme yükümlülükleri devam ettiğinden velayete sahip olmayan eşe bu konuda bilgi edinme hakkı tanınmalıdır¹³¹. Yeni TMK. çocuğun boşanma sonrasında bakım ve eğitim giderlerinin düzenlenmesinde velayet hakkı

¹³⁰ CEYLAN, tez, s.167.

¹³¹ CEYLAN, tez, s.174.

kendisine bırakılmayan eşin mali gücü oranında katkı yapması belirtilmiştir. İştirak nafakasında çocuğa dava açma hakkının tanınmış olması, nafaka miktarının takdirinde gelecek yıllarda nafakanın ne miktarda ödeneceğinin belirleme yetkisinin tanınmış olması Yeni TMK.'nın olumlu yeniliklerindedir¹³².

b. Ölüm halinde

Yeni TM K.m.497 hükmüne eklenen yeni bir hükümle sağ kalan eş varsa büyük analar ve büyük babalardan birinin miras bırakandan önce ölmüş olması halinde, ona düşen pay kendi çocuğa geçecektir. Bu durumda sağ kalan eşin alacağı miras payı azalacaktır. *Kanımızca bu değişiklik, uzak akrabalara miras vermek için eşin payını azaltmaya yol açtığından yaşlılığında kendisini geçindirmeye yetecek bir malvarlığı kalmaması sonucuna yol açma riskini taşımaktadır*¹³³.

Özellikle TMK.m.652'deki hüküm, sağ kalan eşin korunmasını amaçlayan bir düzenlemedir. Böylece miras paylaşımında aile konutunun sağ kalan eşe tahsisinin koşulları düzenlenmiştir. Bu düzenleme, eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun veya mal rejiminin tasfiyesi sonucunda sağ kalan eşin bir tasfiye payı olup olmadığına bakılmaksızın mirasçılık sıfatına bağlı olarak uygulama alanı bulan bir düzenlemedir¹³⁴. Bu düzenleme mirasçıların eşitliği ve taksim serbestisi ilkesine bir istisnadır. Bu hükme göre sağ kalan eş, diğer eşin ölümü halinde tereke malları arasında bulunan aile konutu üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet

¹³² CEYLAN, tez, s. 176 vd.

¹³³ Aynı kanaatte ÖZDEMİR, s. 455.

¹³⁴ NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, *Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi*, Ankara 2014, s. 194.

hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebepler varsa sağ kalan eş veya diğer yasal mirasçılarının talebi üzerine mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınması da mümkündür. Bu hükümden sağ kalan eşin yararlanması için evliliğin ölümle sona ermesi, aile konutunun tereke malları arasında yer alması, sağ kalan eşin miras hakkına sahip olması ve aile konutuna yönelik aynı hak talebinde bulunması gereklidir¹³⁵.

Sonuç

Uluslararası alandaki kadına hak ettiği konumu sağlamak amacıyla yapılan çalışmalar, Türk hukukunu da olumlu etkilemiştir. Tarihsel bakımdan kadın haklarıyla ilgili gelişmeler incelendiğinde, kadınların erkeklerle eşitliği prensibinin kabul edilmesinde toplumda ataerkil yapının varlığının önemli bir engel olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımın ortadan kaldırılması için uluslararası ve ulusal alanda çalışmalar yapılmıştır.

Yeni Medeni Kanun'da toplumun temeli sayılan ailede erkeğin egemen olduğu aile anlayışı terk edilerek kadın ve erkek eşitliğine dayalı evlilik kurumu esas alınmıştır. Bu nedenle eşler aile içinde eşit haklara ve borçlara sahiptir. Yeni Medeni Kanun, eşler arasında hukuki eşitlik yaratmak için önemli adımlar atmıştır. Böylece yeni Türk Medeni Kanunumuz ailede erkek ve kadını hakları ve sorumlulukları bakımından eşit kabul ederek uluslararası alandaki gelişmelere uygunluk sağlamıştır. Evlenme öncesinde kadının hukuki durumuyla ilgili yeni TMK.'daki önemli değişiklikler olarak nişanlanmanın sona ermesinde manevi tazminatta

¹³⁵ NEBİOĞLU ÖNER, s. 197.

zararın ve kusurun ağırlığı şartının kaldırılması, evlenme yaşı bakımından kadın-erkek farkı kaldırılması ve olağanüstü evlenme yaşında ana ve babanın dinlenmesinin olanak bulunması şartına bağlanması, evlenme engellerinden akıl hastalığı bakımından tıbbi sakınca bulunmasının resmi sağlık kurulu raporuyla belirlenmesinin gerekli olması sayılabilir.

Evlenme sırasında kadının hukuki durumuyla ilgili yeni TMK.'daki önemli değişiklikler olarak eşlerin beraber ortak konutu seçmeleri, evlilik birliğini beraber yönetmeleri ve evlilik birliğinin masraflarına güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılma hakkı düzenlenmiştir. Ailenin sürekli ihtiyaçları için eski MK. erkek eşe daha geniş yetkiler tanıdı, evlilik birliğini kocanın temsil edeceğini düzenledi. Evlilik birliğinin temsilinde ortak yaşam ihtiyaçlarının giderilmesinde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Temsil yetkisinin kaldırılması, sınırlandırılması ve kaldırılan yetkinin geri verilmesi ile ilgili düzenlemelerde kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır. Eşler, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça her biri diğeriyle ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapmada özgürdür. Ancak eşlerin hukuki işlem özgürlüğünde bazı sınırlamalar da bulunmaktadır. Aile konutuyla ilgili işlemlerde, tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde ve paylı mülkiyette payın devri işleminde eşlerin yetkileri sınırlanmıştır.

Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya önemli konularda anlaşmazlık yaşamaları halinde, evlilik birliğinin korunması için hakime müdahale etme görevi verilmiştir. Ailedeki önemli konularla ilgili anlaşmazlıklarda kanımızca hakimin müdahalesinin sınırlı

tutulması gerekir, aksi takdirde çok yakından tanımayan birinin kararları ailede etkili olacaktır. Ancak evlilik kurumu içindeki ilişkiler kanımızca karşılıklı dostluk ve güvene dayalı olup üçüncü kişilerin etkisinden uzak ilerlemesi gerekir. Kadın eşin evde çalışması, çocuklara bakması veya diğer eşinin işyerinde karşılıksız çalışmasının katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağı yeni TMK. 196/II hükmüyle kabul edilmesi kanımızca olumludur, çünkü böylece kadın eşin aileye harcadığı emek değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Evlenme sona erince kadının hukuki durumunu incelendiğinde kadın erkek eşitliğini sağlama yönünde önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Boşanma sebeplerinin varlığı durumunda boşanma davası açma hakkı, hem erkek eşe, hem de kadın eşe sağlanan bir haktır. Türk yasa koyucusu, boşanmada Eski MK.'da kusur, temelden sarsılma ve elverişsizlik ilkelerini kabul etmişken, 1988 yılında 3444 sayılı K. ile irade ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesi eklenmiştir, bütün bu ilkeleri yeni TMK.'da boşanmada kabul etmiştir. Boşanma davalarında yetkili mahkeme bakımından kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır. Boşanmanın hukuki sonuçları ifadesi ile boşanmaya hakim tarafından karar verilmesi halinde meydana gelecek sonuçlar belirtilmektedir. Boşanmanın hukuki sonuçlarından bazıları eşleri ilgilendiren, bazıları ise çocukları ilgilendiren sonuçlardır. Kadın bakımından boşanma kararı sonucunda kadının kocasının soyadını kaybederek evlenmeden önceki soyadını yeniden alması durumunda kadının kişisel durumu değişmektedir. Bu düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini tam olarak yerine getirmediğinden kanımızca da haklı olarak eleştirilmiştir. Boşanan eşler, boşanma kararı

sonucunda bu sıfatla birbirlerinin mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler. Yeni TMK.m.181/II hükmünde dava sırasında ölenin mirasçılarında birinin davaya devam etmesi ve kusurunun ispatlanması halinde mirasçılığın önlenmesi yolunun açılması olumludur, ancak bu düzenlemenin her boşanma sebebi bakımından bir ayırım yapılarak, sadece kusura dayanan boşanma sebepleri için uygulanması kanımızca daha uygun olacaktır.

Kadının evlendiğinde doğumla aldığı soyadını değiştirmek ve boşandığında kocasının soyadını almak zorundadır. Kadının evlendiğinde ve boşandığında soyadını değiştirmek zorunda kalması kadının kimliğini ve birçok resmi veya özel belgeyi yeniden çıkarmasını gerektirmektedir. Yeni TMK.m.187 hükmünde, sadece kadının erkeğin soyadını alması ile ilgili hüküm olması, erkeğin kadının soyadını alması düzenlenmemiş olması nedeniyle tam olarak kadın-erkek eşitliğini yerine getirdiği söylenemez.

Yeni TMK.'da yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi paylaşmaya yönelik bir rejim olduğundan olumludur, ancak evlilik sona erdiğinde birçok mal grubu içinde tasfiyenin zor, karmaşık ve masraflı olması uygulamada zorluklar yaratmıştır. Aynı tasfiyeyi esas alan paylaşmalı mal ayrılı rejimi bu rejime nazaran daha kolay bir sistemdir. Boşanma sonrasında velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılması TMK.'da düzenlenmemiştir. Kanımızca, bu husus bir

eksiklik olup, bu imkanın Türk Hukuku'nda da tanınması çeşitli türdeki boşanma davalarında mümkündür.

Miras paylaşımında aile konutunun sağ kalan eşe tahsisinin koşullarının Yeni TMK.'da düzenlenmiş olması kadın eşin ekonomik bakımdan korunmasında önemli bir adımdır.

KAYNAKÇA

- [1] **AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ Derya:** Aile Hukuku, 18. Baskı ,İstanbul 2016.
- [2] **ALİSBAH TUSKAN, Aydeniz:** Toplumsal Cinsiyet Toplumda Kadına Biçilen Roller ve Çözümleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012/99, s.445-449.
- [3] **BARLAS, Nami:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, s. 331-356.
- [4] **BADUR, Emel:** Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/109, s.251-302.
- [5] **CEYLAN, Ebru:** Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Ocak 2006. (atıf şekli: tez)

- [6] **CEYLAN, Ebru:** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.1019-1053.(atıf şekli: mal rejimi)
- [7] **CEYLAN, Ebru:** Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.109, 2013, s.13-54.
- [8] **CEYLAN, Ebru:** Türk Hukukunda Kadın Hakları, İstanbul Aydın Üniversitesi ve Küçükçekmece Belediyesi Kent Konseyinin katkılarıyla basılan İstanbul 2011 (Yayın Danışma Kurulu: Dr. Mustafa Aydın, Şaban Gülbahar, Prof. Dr. Yadigar İzmirli, Editörler: Yrd.Doç.Dr. Ebru Ceylan, Semra Aydın Avşar).
- [9] **CEYLAN, Ebru:** Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, Küreselleşen Dünyada Kadın ve Siyaset Uluslararası Kongre, 16-17 Nisan 2015, İstanbul Aydın Üniversitesi yayınları, İstanbul 2016, s.
- [10] **DEMİR, Pınar Özlem:** Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004.

- [11] **DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan /GÜMÜŞ, M. Alper:** Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası , İstanbul 2016.
- [12] **GENÇ ARIDEMİR, Arzu:** Tarihsel Gelişim İtibariyle Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Sona Erdirilmesi ile Mal Rejimleri Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s.1-25.
- [13] **GÜMÜŞ, M. Alper:** Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003.
- [14] **GÜRKAN, Ülker:** Türk Kadınının Hukuki Statüsü ve Sorunları, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, s.381-396.
- [15] **KARAN, Ulaş:** Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.73, 2007, s.146-173.
- [16] **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Katkı-Katılma Alacağı, 5. Bası, Ankara 2015. (atıf şekli: katılma alacağı)
- [17] **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızası Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002 (atıf şekli : rıza)
- [18] **MOROĞLU, Nazan:** Kadının Kimlik Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,2012/99, s.245-268.
- [19] **MOROĞLU, Nazan,** Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: 2012 C.8, S.97-98, s.20 vd.

- [20] **MOROĞLU, Nazan:** Kadının İnsan Haklarına Yönelik Uluslararası Sözleşmeler, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Mesleki Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2013, s.27.
- [21] **NAMLI, Mert:** Yeni Medeni Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2003, s. 241-388.
- [22] **NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem:** Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014.
- [23] **OĞUZMAN, M. Kemal /DURAL, Mustafa:** Aile Hukuku 3. Bası, İstanbul 2001.
- [24] **OKTAY ÖZDEMİR, Saibe:** Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler, İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel sayısı İstanbul 2007 ,s. 3-18.
- [25] **OKTAY ÖZDEMİR, Saibe:** İsviçre’de İki Önemli Değişiklik: Soyadının Kazanılması ve Aynı Cinsten Olanların Kayıtlı Birliktelikleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Yayını, İstanbul 2015,s. 137-143. (atıf şekli: soyadı)

- [26] **OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul 2004.
- [27] **ÖKTEM, Seda:** Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, 2006.
- [28] **ÖZDAMAR, Demet:** Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002.
- [29] **ÖZDEMİR, Nevzat:** Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Doktora tezi, İstanbul 2003.
- [30] **ÖZTAN , Bilge :** Aile Hukuku ,6. Bası , Ankara 2015 .
- [31] **ŞİPKA, Şükran:** Türk Medeni Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002.
- [32] **TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- [33] **UÇAR , Ayhan :** 4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD., C.VI, S. 1-4 , 2002, s. 318-331.
- [34] **YILMAZ KILIÇOĞLU Kumru:** Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015/120, s.

- [35] **YILMAZ, Merve:** Evli Kadının Soyadı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2012, S. 10, s.129-151.
- [36] **ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY Beşir M., GÖKYAYLA, Emre:** Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000.
- [37] **ZEYTİN, Zafer:** Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1649-1680.

İflasın Ertelenmesi Kurumunun Hukuki Niteliğine Bağlı Bazı Hukuki Sorunlara Yaklaşım

*Murat YAVAŞ**

Özet

İflasın ertelenmesi kurumu kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma prensibine tabidir. Durum böyle olunca mahkemenin taraf beyanlarından bağımsız olarak ve mümkün olduğunca borca batıklığı incelemeye yönelik uygulamaları gerçekleştirmesi gerekir. Bu bağlamda erteleme talebi yönünden mahkemenin yetkisizlik kararı vermiş olması halinde HMK m.20 hükmünün lafzı ile uygulanması İİK m.177 ve m.179 hükmünün ihdas amacına uygun düşmeyecektir. Bu halde, mahkemenin kendiliğinden dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi, talebi yetkisizlikle sonuçlanmış olan tarafın borca batıklık iddiasının incelenmesinden sıyrılabilmesi olanağını ortadan kaldıracaktır.

***Anahtar Kelimeler:** İflasın ertelenmesi, yetki, kamu düzeni, geçici koruma tedbirleri,*

* (Doç.Dr.), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Approaching Some of the Legal Issues Relating to the Legal Nature of Bankruptcy Adjournment

Abstract

The institution of the extension of bankruptcy is supposed to be public order and the judge automatically notes on the examination of bankruptcy conditions without considering the parties' claims. Considering the prominence of the procedure, it does not seem appropriate to us to apply Article 20 of the Turkish Civil Procedure Code after the decision of the incompetence of the court, a contrary opinion will be derogatory in respect of articles 177 and 179 of Turkish Execution and Bankruptcy Code. In this case the court must send the file automatically to the competent court to prevent the escape of the examination on the conditions of bankruptcy.

***Keywords:** Extension of bankruptcy, competence, public order, temporary judicial protections.*

I. Genel Olarak

İflasın ertelenmesi, sermaye şirketi ya da kooperatiflere sağlanmış bir imkan olup, esas olarak iflas kararının verilmesinin şartlarının olduğu bir ortamda bu kapsamdaki işletmelere iflasının ertelenmesini isteyebilme fırsatını sağlamaktadır. Şirketin borca batık hale gelmiş olması normal olarak bir iflas sebebi ise de bu durumda olan şirket bazı somut projeksiyonları mahkemeye sunarak bozulan mali yapısının yeniden olumlu hale getirilmesi noktasında kendisine bir hareket alanı yaratmaya çalışır. Son zamanlarda bu kurumun kamuoyu gündeminde kendisine bu denli yoğun yer bulmasının aslında çok sayıda sebebi var. Bu kuruma

müracaat eden işletmelerin bazılarının kurumu kötü niyetli olarak ve kendi çıkarlarına uygun bir silah gibi görmesi, bazı mahkemelerce talep üzerine derhal -iflasın ertelenmesi kararının etki ve sonuçlarını doğuran- tedbir kararının verilmekte olması, sistem içinde kendisine yer bulan bilirkişi ve kayyım uygulamalarındaki eksiklikler, mevcut yasal düzenlemelere rağmen iflasın ertelenmesi kurumunun neredeyse her bir mahkeme tarafından farklı uygulamalara tabi tutulması, erteleme kararı ile şirkete karşı yapılan takiplerin (devlet alacakları da dahil olmak üzere) derhal durması ve yeni takiplerin yapılamayacak olması, buna karşılık söz konusu kuruma müracaat eden şirketlerin çok önemli bir bölümünün mali yapısını ıslah etmekten uzakta kalması ve sürecin sonunda genellikle iflas kararı ile karşılaşması ve sonuç olarak alacaklıların erteleme süreci boyunca erteleme kararı alan şirketlere karşı yaptırım gücünü kaybetmiş olması bu sebeplerden bazıları olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

Hukukumuzda şirketlerin mali durumlarını iyileştirici veya borçlarını yeniden yapılandırıcı düzenlemeler ilk olarak 1987 yılında 3332 sayılı yasa ile ortaya çıkmıştır. Daha sonra 2002 yılında 4743 sayılı yasa ile sermaye şirketlerinin mali durumlarında iyileştirici ve borçlarını yeniden yapılandırıcı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemeler istenen sonuçların ortaya çıkması hususunda çoğu zaman yetersiz kalmıştır. Son olarak 2003 yılında 4949 sayılı yasa ile daha önce de hukuk sistemimizde yer alan ancak istenen sonuçlara ulaşılamayan "iflasın ertelenmesi"

¹ Yavaş, Murat, <http://www.businessht.com.tr/ekonomi/haber/1224787-iflas-erteleme-bilmecesi-sikintimivar-suistimal-mi>, Erişim tarihi 21.4.2016

müessesesinde yeni düzenlemeler yapılmıştır². Borca batık halde bulunan bir işletmenin iflas tasfiyesi yoluyla sona ermesinin yerine tüzel kişiliğinin ayakta tutularak, bu işletmenin mali yapısının yeniden yapılandırılmasını ve mali durumunun düzeltilmesini sağlayan imkan olarak karşımıza "iflasın ertelenmesi" müessesesi çıkar³. Bu kurumun temel amacı, borçların tasfiye edilmesi olmayıp, işletmenin kendi ticari faaliyetleri ve sermaye girişi suretiyle yaratacağı fon vasıtası ile negatif olan mali durumunun pozitif hale gelmesine yardımcı olmaktadır. Bu yönüyle konkordatodan ayrılmaktadır. Zira anılan kurumda işletmenin borçlarının belirli şartlar dahilinde tasfiyesi esas amaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Her hukuki kurumda olduğu gibi iflasın ertelenmesi kurumu bakımından bazı hukuki sorunlara tatmin edici cevaplar verebilmek o kurumun hukuki niteliğinin tam olarak ortaya konmasına bağlıdır. Dolayısıyla salt ortaya çıkan hukuki sorunun - o kurumun hukuki niteliği ve bağlı olduğu hukuki rejim ihmal edilerek- çözümlenmesi adına bazı çözümlerin ortaya konmasına bizleri kesinlikle tatmin edici sonuçlara ulaştırmayacaktır. Bu nedenlerle iflasın ertelenmesi kurumu yönünden de bu kurumun hukuki niteliğinin ortaya konmasında yarar bulunmaktadır.

II. İflasın Ertenmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlar

Türk Hukukunda iflasın ertelenmesi kurumuna ilişkin olarak farklı görüşler bulunmakla birlikte bu çalışmada farklı görüşlere kısaca

² Ayrıntı için bkz. Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük, Barış, *Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2015, s. 25-26.*

³ Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 32.

değınmekle yetinilecek ve esas olarak tespit etmiş olduğumuz hukuki niteliğe bağılı olarak bazı sorunlara cevap bulmaya çalışacağız.

İflasın ertelenmesine ilişkin görüşlerden ilki, iflasın ertelenmesini bağımsız bir dava olarak kabul etmektedir. Doktrinde fazla taraftar bulmayan bu görüşü savunanlar⁴, iflasın ertelenmesinin alacaklı tarafından talep edilmesi durumunda, başlı başına bir çekişmeli yargılama faaliyeti ve dolayısıyla bir dava olduğunu; iflasın ertelenmesinin borçlu tarafından talep edilmesi durumunda ise, bir çekişmesiz yargılama faaliyeti olduğunu belirtmektedirler⁵. Uygulamada, iflasın ertelenmesinin ortada henüz bir iflas davası olmadan doğrudan müracaatla istendiğı ve bu erteleme isteminin de aynı zamanda iflas davasına vücut verdiğı kabul edilerek buna ilişkin talepler geçerli kabul edilmektedir. Ancak buradan hareketle iflasın ertelenmesi talebinin bağımsız bir dava olarak kabul edilmesinin mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. Zira dilekçede salt iflasın ertelenmesi talebinde bulunulması, bu tür bir talebin iflas davasının bir parçası olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Zira iflasın ertelenmesi, kanaatimizce iflas davası içinde öncelikle halledilmesi gereken hukuki bir sorun olarak

⁴ Balcı, Şakir, "İflasın Ertelenmesi (Özellikle Usul Açısından Değerlendirmeler)", *Manisa Barosu Dergisi*, 2005/7, sayı: 94, s. 126. Ayrıca bkz. Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 34.

⁵ Balcı, Şakir "İflasın Ertelenmesi" *Usul ve Esasları*, İzmir 2007, s. 126; Çavdar, Seyit/Biçkin İnci, *İflas ve İflasın Ertelenmesi*, Ankara 2006, s. 82; *Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu ibarelere rastlanmaktadır*: "Davacı tarafından hasımsız olarak açılan iflasın ertelenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı vekili ile bir kısım müdahiller tarafından temyiz edilmesi TTK'nın 324,II maddesindeki koşulların oluştuğunu ileri sürerek iflasın bir yıldan aşığı olmamak üzere ertelenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir" (19.HD 10.07.2003, 2003/13284) (www.kazanci.com.tr) e.t. 24.09.2010; benzer kararlar için bkz. (19 HD 14.04. 2005, 1324/4049; 19. HD 07.04.2005, 801/3755.) et. 09.02.2011,(www.sinerjias.com.tr). Ayrıntı için bkz. Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 34.

karşımıza çıkmakta ve bunu bir üst kavram olan iflastan ayrı olarak düşünmek mümkün görünmemektedir.

İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşlerden bir başkası da iflasın ertelenmesine ilişkin yargısal faaliyetin bir çekişmesiz yargı işi olduğu görüşüdür⁶. Buna ilişkin olarak bir görüşe göre, iflasın ertelenmesi talebine yönelik inceleme bir çekişmesiz yargılama faaliyeti olmasının yanı sıra; bu faaliyetin temeldeki borca batıklık incelemesinden bağımsız olmadığını söyleyebilmek mümkündür⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, iflasın ertelenmesi iflas davası içinde mütalaa edilmesi gereken bir yargısal faaliyet olduğu dikkate alındığında bu kurumun tek başına çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Başlangıçta borçlunun tek başına iflasın ertelenmesi kurumuna müracaat etmesi ve bu müracaatta bulunurken bir hasmın mevcut olmaması bu kurumun çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmesine imkan verdiği sonucuna varmamızı haklı kılar gibi görünse de yargılamanın devamında müdahillerin ortaya çıkmakta olması, müdahillerin iflasın ertelenmesi talebini ihtilafli bir hale getirmekte olması iflasın ertelenmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu görüşünün zayıflamasına yol açmaktadır.

İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşlerden birisi de iflasın ertelenmesinin bir hadise olduğu yönündedir. Burada temel hareket noktası iflasın ertelenmesi talebinin, iflas davası içinde yer alan bir

⁶ Ayrıntı için bkz. Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 36vd.

⁷ Pekcantez, Hakan, *İflasın Ertelenmesi*, (İBD.2005 Cilt 79, Sayı 2, s. 323-358), s.334.

hukuki kurum olmasıdır. Buna göre iflasın ertelenmesi, içinde, borca batıklık bildirimini de barındırdığından iflas talebini de zımnen içermektedir. Ancak iflas gibi ağır sonuçları üzerinde barındıran ve tüzel kişiliğin sona ermesine yol açan bu kurum içinde (iflas) öncelikle şirketin yeninden mali durumunun düzelmesine imkan verecek olan iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi gerekeceği açıktır. Durum böyle olunca bu kurumu, hadise⁸ olarak nitelendirmek mümkün görünmektedir. İflasın ertelenmesi talebi ister iflas davası ile birlikte zikredilsin, isterse tek başına bağımsız bir talep gibi dilekçede yer alsın her durumda içinde iflas talebini de barındırmaktadır. Bu bağlamda, borca batıklık incelemesi sırasında, borçlu veya alacaklılardan birisi iflasın ertelenmesi talebinde bulunursa, mahkeme, bu talebi iflas yargılaması açısından ön sorun olarak ele almalıdır⁹.

İflasın ertelenmesini hadise olduğunu eleştiren bir görüşe göre, iflasın ertelenmesi talebi bir hadise olarak nitelendirilirse, doğrudan iflas yargılamasını yürüten mahkemenin, bu talep üzerine hadiselere ilişkin hükümler uyarınca inceleme yapması gerektiğini oysa iflasın ertelenmesinin, borca batıklık sebebiyle iflas talebi hakkında bir karar verebilmesi için önceden çözülmesi gereken bir sorun olmadığını, iflas kararı verilebilmesi için kanunen aranan koşulun yalnızca borca batıklığın yeterli olduğunu belirtmişler ve eğer şirket veya kooperatif borca batık ise, bu durumun iflas kararı verilebilmesi için yeterli olduğunu

⁸ Hadise, görülmekte olan davaya devam edebilmek ve davanın esası bakımından karar verebilmek için öncelikle çözülmesi gereken, bir dava içindeki küçük davacıklar şeklinde tanımlanmaktadır.

⁹ Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 38vd.

belirtmişlerdir¹⁰. Yukarıda anılan görüşlerin yanında iflasın ertelenmesini, kendine özgü bir hukuki koruma tedbiri olarak kabul eden anlayış da mevcuttur¹¹.

Yukarıda zikredilen görüşlerden özellikle kanaatimizce hadise görüşünün öne çıkarılması mümkün görünmektedir. Zira, iflasın ertelenmesi talebi iflas ifadesinden bağımsız olarak talep edilmiş olsa bile yani iflasın ertelenmesi talebi içinde iflas kavramından söz edilmemiş olsa da söz konusu talep bir borca batıklık halini barındırmakta bulunduğu ve İİK m.177 ve m.179 bakımından borca batıklık bir doğrudan iflas sebebi oluşturduğundan mahkemeye yapılan asıl talebin iflasa yönelik olduğu, ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde bu asıl talepten önce iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi gereğinin öne çıkmakta olduğunun kabulü gerekir. Ancak bununla birlikte sonuç olarak erteleme talep eden işletmenin korunmasına hizmet eden korunma tedbiri olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır¹²

İflasın ertelenmesi esas olarak iflas talebi içinde mütalaa edilebilecek bir kavram olduğundan iflasın tabi olduğu ilke ve hukuk, rejimin iflasın ertelenmesi için de geçerli olacağına kabulü mümkün görünmektedir. Bu bağlamda öne çıkan en önemli özellik iflasın ve dolayısıyla iflasın ertelenmesi kurumunun re'sen araştırma ilkesine tabi olduğudur. Bu ilke,

¹⁰ Deliduman, Seyithan, *İflasın Ertelenmesinin Etkileri*, Ankara 2008, s. 25 dn. 81.

¹¹ Ayrıntı için bkz. Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 40vd. Ayrıca bkz. Ermenek, İbrahim, *İflasın Ertelenmesi*, Ankara 2009, s. 106.

¹² Aynı fikirde, Muşul, Timuçin, *İflasın Ertelenmesi*, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 26.

tasarruf ilkesinin karşıtıdır. Re'sen harekete geçme ilkesinin söz konusu olduğu davalar sıklıkla kamu düzenini ilgilendiren davalar şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

İflasın ertelenmesi kurumunun kamu düzenine ilişkin olması ve bu bağlamda re'sen araştırma ilkesine tabi olması bu kurum yönünden bazı özellikleri de beraberinde getirmektedir

Her şeyden önce iflas davasına bakacak olan mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin olduğu gibi, bu kurum içinde bir hadise özelliğini gösteren iflasın ertelenmesi kurumuna müracaatın da yine kesin yetkili mahkemeye yapılması gerekecektir. Buna göre iflasın ertelenmesi, sermaye şirketi ya da kooperatifin merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesine yapılmak gerekir. Nitekim Yargıtay;

“İflas davası ise mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Mahkemesinde açılmalıdır. İflası istenen şirketin muamele merkezi İzmir'de olduğundan iflas davası yetkili Ticaret Mahkemesinde açılmıştır. İflas takibi ve davasında yetki yönünden usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçesiyle davanın reddinde isabet görülmemiştir”¹³

“Ayrıca, iflas davasının mutlaka tacirin muamele merkezinin bulunduğu yerde açılması gerekir. Yetkiyi düzenleyen İcra İflas Kanunu'nun 154.

¹³ 19 HD 25.11.2004 T, 6323 E, 11604 K sayılı karar, (kazancı/içtihat bilgi bankası).

maddesi kamu düzeniyle ilgilidir. Mahkemece re'sen gözönünde bulundurulur. Davalının muamele merkezinin bulunduğu yerinde yukarıda açıklanan esaslar dairesinde tespiti gerekir”¹⁴ şeklindeki kararları ile bu hususu açık olarak ortaya koymuştur.

Bu açıklamalar ışığında iflasın ertelenmesi kurumunun kamu düzenine ilişkin olduğu ve dolayısıyla re'sen araştırma ilkesine tabi bulunduğu dikkate alındığında, söz konusu talebin yetkili mahkemeye yapılmaması halinde mahkemenin re'sen yetkisizlik kararı vermesi gerekecektir. Bu hususta herhangi bir talebin (özellikle müdahil talebinin) varlığı gerekli değildir.

III. İflasın Ertelenmesinde Yetkisizlik Kararı Üzerine Yapılması Gereken İşlemler Bakımından Mahkemenin Rolü

İflasın ertelenmesi kurumu yönünden yetki meselesi ile ilgili olarak uygulamada özellikle talepte bulunulmasından kısa bir süre önce şirket merkezinin taşınmakta olduğu ve bu taşımadan hemen sonra erteleme talep edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce şirket merkezinin değiştirilmesinden kısa bir süre sonra iflasın ertelenmesinin talep edildiği hallerde meselenin re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde mahkeme tarafından dikkatlice değerlendirilmesinde ve yetki konusunun HMK m.29 hükmü ile birlikte düşünülmesinde yarar bulunmaktadır. Zira her ne kadar yasal olarak şirket merkezinin

¹⁴ 19 HD 15.9.1992 T, 7082 E, 3910 K sayılı karar, (kazancı/içtihat bilgi bankası).

değiştirilmesinin önünden bir yasal engel mevcut değilse de, merkezin taşınmasından kısa süre sonra iflasın ertelenmesi talep edilmekte ise söz konusu merkez taşıma faaliyetinin daha hızlı bir tedbir kararının alınması amacıyla yapıldığı hususunda ciddi bir karineye dayanak olarak görülmesi mümkündür. Bu noktada mahkemenin, salt merkez değişikliğine ilişkin tescil ve ilanı yeterli görmeyip, şirket merkezinin değiştirilmesine rağmen muamele merkezinin şirketin hukuken gözüken merkezinden farklı bir yer olup olmadığını da re'sen araştırma yoluna gitmesi gerekecektir. Zira şirket merkezinin hukuken görüldüğü yer ile bu şirketin muamele merkezi her zaman örtüşmeyebilir. Muamele merkezinden anlaşılması gereken, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan işletmenin üçüncü kişilerle işlemlerini yoğun olarak yürüttüğü yerdir. Dolayısıyla talepte bulunan şirketin muamele merkezinin esas alınması gerekeceği açıktır. Yargıtay bir kararında, *“Uyuşmazlık; iflas erteleme talebinde bulunan şirketlerin muamele merkezlerinin Bursa ili mi yoksa Balıkesir ili mi olduğu; buradan varılacak sonuca göre, yetkili mahkemenin bu iki yerden hangisi olduğu, noktasında toplanmaktadır. -2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nun “İflas Takiplerinde Yetkili Mercii” başlığı altında düzenlenen 154/III. maddesinde, “ ...Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır.” Hükümü öngörülmüştür. -Bu açık hüküm karşısında, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Mahkemesi'nin yetkisi kamu düzenine ilişkin olup, kesindir. -Nitekim, aynı ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 28.09.2011 gün ve E:2011/19-446, K:2011/569 sayılı ilamında da benimsenmiştir. -İflası istenen kişinin ticaret siciline kayıtlı olduğu yer, muamele merkezi yönünden karine teşkil*

ederse de, ticaret sicilinde kayıtlı yerden başka bir yerin muamele merkezi olduğu kanıtlanırsa iflas davasının bu yer ticaret mahkemesinde açılması gerekir. -Somut olayda, iflas erteleme talebinde bulunanlar, şirketlerin merkezlerini Bursa ilinden Balıkesir iline taşımışlardır. Bu kapsamda, her iki şirket 05.04.2010 tarihinde Balıkesir Ticaret Odası'na kayıtlarını yaptırmış; daha sonra ise, şirketlerin merkezlerinin Balıkesir ilinde gösterilen adres olduğu 14.04.2010 tarihinde Ticaret Sicil Gazetesi'nde tescil ve ilan edilmiştir. Eldeki dava ise, 16.04.2010 tarihinde açılmıştır. -Görüldüğü üzere, şirketlerin sicile kayıt edildiği Balıkesir il merkezi, İİK 154.madde kapsamında muamele merkezi yönünden karine oluşturur. Bu karinenin aksinin ispatına dair bir delil de dosyaya sunulmamıştır. -Şu durumda, iflasın ertelenmesi istemi yönünden yetkili mahkemenin Balıkesir Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu her türlü duraksamadan uzaktır¹⁵".

Bilindiği üzere, karine, varlığı bilinen bir vakiadan bir başka vakianın varlığı veya yokluğu sonucuna ulaşılması imkanını veren kurallardır¹⁶. Karineleri esas olarak kanuni ve fiili olmak üzere iki başlık altında

¹⁵ HGK 20.2.2013 T, 19-643 E, 256 K sayılı karar, (kazancı/içtihat bilgi bankası).

¹⁶ Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, 2, Bası, 1980. s. 165; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 341. "Her ne kadar MK'nun 6. maddesi hükmüne göre davacı iddiasını ispat etmekle yükümlü ise de, bu kural mutlak değildir. İstisnaların başında karineler gelir. Var olan bir durumdan bilinmeyen bir durumun çıkarılması halinde karine var denir" (13 HD 13.2.1997 T, 1996/9985 E, 1997/810 K sayılı karar, YKD 1997/5, s. 734). Ferrand, Frédérique, "Preuve", Répertoire de procédure civile, Dalloz, Janvier 2006, (s.1-184), s.153. Nitekim Fransız Medeni Kanununda da karine "belli bir vakiadan belli olmayan bir vakti için hakim ya da kanun tarafından çıkarılan sonuçlar şeklinde tanımlanmaktadır (C.C art. 1349). Ayrıca bkz. Malaure, Philippe /Morvan, P, Introduction générale au droit, Defrénois, Paris 2004, s.89.

değerlendirmek mümkündür¹⁷. Kanuni karineler de adi ve kesin kanuni karine biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Adi kanuni karinelerin aksi ispat edilebilir. Kanuni karineler hakim tarafından görevinden ötürü dikkate alınmalıdır¹⁸.

Yukarıda zikredilen Yargıtay kararı esas olarak ifade etmiş olduğumuz düşünceyi destekler niteliktedir. Anılan kararda Yargıtay, iflası istenen (tartıştığımız olay yönünden iflasın ertelenmesi) kişinin ticaret siciline kayıtlı olduğu yerin, muamele merkezi yönünden karine teşkil edeceğini haklı olarak vurgulamakla birlikte bunun sadece bir karine olduğuna vurgu yapmıştır. Dolayısıyla ticaret siciline kayıtlı olunan yer ile muamele merkezinin farklı olduğu hususunun ispat edilmesi halinde mahkemenin yetkisizlik kararı verebilmesi gerekir. Bu husus bir müdahilin ispat faaliyeti ile gerçekleşebileceği gibi mahkemenin re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde yapacağı araştırma ile de ortaya konabilecektir. Ancak uygulamada mahkemelerin bu konuya yeteri kadar ilgi gösterdiklerini söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda ticaret siciline kayıtlı olunan yer esas alınarak merkezin kısa süre önce taşınmasından sonra iflasın ertelenmesi talebinde bulunulduğu hallerde tescil ve ilan yeterli görülerek mahkemeler talebi esastan inceleyebilmektedir. Oysa, iflasın ertelenmesi, konkordato gibi kurumlar iyi niyetli borçluların müracaat edebileceği

¹⁷ Taşpınar, Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFİD, 1996, S.1-4, s.533-572, s. 536.

¹⁸ Yavaş, Murat, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara 2009, s. 68vd.

kurumlardır. Ayrıca herkes usul işlemi tesis ederken dürüstlük kuralına uygun biçimde hareket etmek durumundadır.

Konuya muhasebenin temel ilkeleri açısından yaklaştığımızda Sosyal Sorumluluk kavramı gereğince; muhasebenin amacı ve kapsamının belirlenmesinde yöneticilerin, görevlerini objektif ve yansız bir biçimde yerine getirme hususundaki sorumluluklarını vurgular. Bu kavrama göre, muhasebe işlemlerinin yürütülmesinde ve mali tabloların hazırlanmasında, seçilen muhasebe ilkelerine ve yayımlanmış olan muhasebe standartlarına uygun hareket edilmesi şarttır. Muhasebe uygulamalarının, toplumu oluşturan kişi ve kurumların sosyal sorumluluk bilince ile aydınlatılması amacı çerçevesinde ve kamuyu aydınlatma ilkesi doğrultusunda yapılması gerekir¹⁹.

Sorumluluk kavramının hukuki ve ahlaki boyutta iki farklı yönü mevcuttur. Hukuki anlamda incelendiğinde, yapılan davranışların sonuçlarından ötürü kanunlar karşısında hesap verebilmek kastedilirken, ahlaki boyutta, kanunlarda cezai bir yaptırım olmasa dahi eylemin sonuçlarının kişiye ya da kuruma vicdani bir takım yükümlülükler getirebileceği, kanunlarda belirtilmemiş olsa bile eylemlerin sonucunda sorumlu durumda kalılabileceği anlatılmaktadır²⁰. Bu çerçevede muamele merkezinden anlaşılması gereken herhangi bir işletmenin müşteri çevresinin olduğu, uzun zamandan beri ticari faaliyetin yürütüldüğü,

¹⁹ Arzova, Burak, *Finansal Muhasebe Cilt I, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2015, s.22.*

²⁰ Gün, Funda, *İşletmelerin Sosyal Sorumluluğu ve Halkla İlişkiler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1994, s. 38.*

müşterilere fatura kesimi ve sevkiyat aynı yerden yapılıyorsa işlemin yapıldığı bu yerin anlaşılması gerekir. Ancak bazı durumlarda fatura kesimi ve sevkiyat aynı yerden yapılmayabilir. Bu durumda muamele merkezinden anlaşılması gereken yönetsel personelin (satış, pazarlama, muhasebe, finans, yöneticilerin) ikamet ettiği yer anlaşılması gerekir.

Yukarıda yetkili mahkemeye ilişkin yapılan açıklamalarla bağlantılı olarak ve uygulamada farklı yaklaşımların görüldüğü başka bir noktaya da temas etmek gerekmektedir.

İflasın ertelenmesi talebini inceleyen mahkeme, bu talep yönünden yetkisizlik kararı verirse acaba nasıl bir usul takip etmelidir? Esas olarak bu soruya verilecek cevap basit gibi görünse de uygulamada bu konuda bir birliğin olduğunu söylemek mümkün değildir. Konuya ilişkin olarak HMK m.20 “*Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten²¹, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın*

²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 10/2/2016 tarihli ve E:2015/96, K:2016/9 sayılı Kararı ile, bu maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten...” ibaresi iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı 23/2/2016 tarihinden başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

açılmamış sayılmasına karar verilir. - Dosya kendisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara davetiye gönderir” şeklindedir.

Anılan hüküm, bir davada verilen görevsizlik ya da yetkisizlik kararı üzerine yapılması gereken işlemleri ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeye uygun hareket edilecek olur ise yetkisizlik ya da görevsizlikle sonuçlanmış olan davadan sonra HMK m.20 hükmüne uygun hareket edilerek yetkili ya da görevli mahkemede açılacak olan dava ilk davanın devamı niteliğinde olacaktır. Yani yetkisizlik ya da görevsizlikle sonuçlanmış olan davanın açılması ile meydana gelen tüm sonuçlar yetkili veya görevli mahkemede sonradan açılacak olan davada da etkisini sürdürmeye devam edecektir. Bununla birlikte, yetkisizlik ya da görevsizlikle sonuçlanmış olan davadaki usul işlemleri de sonradan yetkili ya da görevli mahkemede açılan davada da etkisini sürdürmeye devam edecektir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, HMK m.20 hükmüne uygun hareket edilerek yetkili ya da görevli mahkemede açılacak olan dava ilk davanın devamı niteliğindedir.

Ancak yetkisizlik ya da görevsizlikle sonuçlanan bir davadan sonra taraflardan biri (iflasın ertelenmesinde ise talepte bulunan) davanın yetkili ya da görevli mahkemede devam etmesini HMK m.20 hükmüne uygun olarak talep etmez ve anılan hükmün prosedürüne uygun usul işlemlerinde bulunmazsa dava açılmamış sayılır. Bunun anlamı, davanın açılmasına bağlı tüm sonuçların ve davaya bağlı tüm etkilerin kendiliğinden ortadan kalkmasıdır.

Kuşkusuz, açılan bir davanın yetkisizlik ya da görevsizlikle sonuçlanmasından sonra o davanın taraflarınca HMK m.20 hükmüne uygun hareket edilip edilmemesi özellikle tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalar yönünden kamu düzenine yönelik bir etki ve sonuç doğurmaz. Ancak söz konusu olan talep kamu düzenine ilişkin bir konuya yönelik olduğunda durum farklılık gösterir.

Uygulamada bazı mahkemeler, iflasın ertelenmesi talebi üzerine yetkisizlik kararı verdiğinde HMK m. 20 hükmünü lafzı ile tatbik etmekte ve davanın yetkili mahkemede görülmesi konusunda inisiyatifi iflasın ertelenmesi talebinde bulunmuş olan ve fakat talebi yetki yönünden reddedilmiş olan tarafa (sermaye şirketi ya da kooperatif ya da bunlardan alacaklı olan kimse) bırakmaktadır. Bunun sonucu olarak taraf, HMK m.20'ye uygun şekilde yetkili mahkemede tekrar iflasın ertelenmesi talebinde bulunmak zorunda olmadığından, davanın açılmamış sayılması söz konusu olmaktadır.

Bu uygulama bakımından yukarıda da ana hatları ile ifade edildiği üzere, iflasın ertelenmesi davasının re'sen araştırma ilkesine tabi taleplerden ve bu talebin borca batıklık sebebine dayalı olması, dolayısıyla, borca batıklık savı ile iflasın ertelenmesi talebinde bulunulduktan sonra davanın yetkisizlik ile sonuçlanmış olması ihtimalinde HMK m.20'nin lafzı ile tatbikinin isabetli olmadığı, zira, HMK m.20'nin yetkisizlik ya da görevsizlikle sonuçlanmış olan ve tasarruf ilkesine tabi bir davanın etki ve sonuçlarından istifade edebilmek için kanun koyucunun tarafa tanımış olduğu bir imkan mahiyetinde bulunduğu, bu bağlamda, davası yetkisizlik

ya da görevsizlikle sonuçlanmış olan tarafın HMK m.20 hükmünü uygulama zorunluğu olmaması karşısında, yeniden yetkili mahkemede iflasın ertelenmesi talebinde bulunmayabileceği, bu sonucun kamu düzenini ilgilendiren talepler yönünden de geçerli olduğunun kabul edilmesinin, kanunun amacına uygun sonuçlar vermeyeceği değerlendirilmektedir. Gerçekten de, iflasın ertelenmesi talebi yetkisizlik ile sonuçlanmış olan tarafın HMK m.20 hükmünden istifade etmemesi faraziyesinde davanın açılmamış sayılması gibi bir sonucun ortaya çıkması mümkün olur ki; bu durum da borca batık iddiasında bulunmuş olan talep sahibi şirketin, bu iddiasının esastan incelenmesi söz konusu olmaksızın tekrar ticari hayatın içinde kalmasına yol açabilecektir. Oysa, kanun koyucunun İİK m.177 ve devamı maddelerinde götüğü (özellikle İİK m.179) amaç ile bu sonuç kesinlikle uyumlu değildir²².

²² Bilindiği üzere, iflası doğuran ve bir kimse hakkında iflas kararı verilmesini gerektiren olaya iflas sebebi denilir. Doktrinde iflas sebebi olarak iki sistemin varlığından söz edilmektedir. Bunlardan ilki, maddi iflas sebebi, diğeri de şekli iflas sebebidir. Maddi iflas sebebinde, borçlunun malvarlığı durumu ya da muayyen bir davranışı iflası gerektiren bir hal olarak ortaya çıkar. Buna göre borçlunun malvarlığı borcu karşılamaya yetmiyorsa bu iflas sebebine (maddi) göre borçlu hakkında iflas kararı verilebilecektir. Ayrıca borçlunun bazı davranışlarından borçlarını ödemeyeceği ya da ödeyemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde yine iflas kararı verilebilecektir. Bu bağlamda İİK m. 177'de yer alan borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması, alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması, haciz yolu ile yapılan takiplerde mallarını saklaması, ödemelerini tatil etmesi hallerini borçlunun belli bir davranışa bağlanan ve maddi iflas sebebi içinde mütalaa edilmesi gereken durumlar olarak görmek lazımdır. Kut'a Avrupa'sı hukuk sisteminde özellikle Alman hukukunda bu iflas sebebi geçerlidir. Türk – İsviçre hukuk sistemlerinde ise kural olarak şekli iflas sebebi geçerlidir. Bu iflas sebebine göre, borçlunun bir malvarlığı ile ya da belirli bir davranışı ile ilgilendirilmez. Alacaklının, İİK'da belirtilen prosedürü başarı ile sonuçlandırması iflas kararının verilmesi için tek başına yeterli olacaktır. Buna göre borçlunun malvarlığı, borçlarını rahatlıkla karşılayabilecek vaziyette olsa da eğer, münferit bir vadesi gelmiş olan bir borç bu durumdaki borçlu tarafından ifa edilmemişse bu hal onun hakkında iflas kararı verilmesi için yeterli olacaktır. Türk hukukunda, borcun ifa edilmemesi iflas kararı için gerek ve yeter şarttır. Ancak Türk hukukunda bazı hallerde maddi iflas sebebinin tatbik edildiği haller vardır. Bunları genel olarak sermaye şirketlerinin borca batık olması (İİK m.179),

Yargıtay, iflasın ertelenmesi talebinin içinde mahkemeye yapılacak zorunlu bildirim bulunduğundan erteleme talebinden feragat edilse bile, şirket borca batık durumda ise, mahkemece şirketin iflasına karar verilmesi gerekeceğini, mahkemece "feragat nedeniyle davanın reddine" karar verilemeyeceğini belirtmiştir²³. Nitekim Yargıtay bir kararında "Dava iflas bildirimini ve iflasın ertelenmesi talebini içermekte olup, davacı vekili (gerekli yetkiyi içeren vekaletnamesine dayanarak) davadan feragat etmiştir. -İflas davasından feragat karardan sonra mümkün değilse de (İİK.m.165/II) iflasın ertelenmesi yargılaması sırasında davacının feragati; borca batıklık bildirim (TTK.m.376) saklı kalmak kaydıyla erteleme talebinden vazgeçilmesi anlamındadır. Diğer bir ifade ile iflasın ertelenmesi talebi aynı zamanda borca batıklık bildirim niteliğinde olduğundan davadan feragat edilemez. -Bu durumda mahkemece, davacı şirketin borca batık durumda olup olmadığı hususunun resen tesbiti gerekir. Bu tesbitin yapılmasında davacının sunduğu delillere ek olark, mahkemece gerekli görülen diğer deliller

borçlunun kendi iflasını istemek zorunda olduğu (İİK m.178) ve İİK m.177 çerçevesinde borçlunun davranışına bağlı olarak ortaya çıkan ve yukarıda ifade etmiş olduğumuz doğrudan iflas hallerinde görmek mümkündür. Dolayısıyla Türk hukukunda şekli iflas sebebi ağırlıklı karma bir iflas sebebi modelinin geçerli olduğu sonucuna varılmak gerekir. Görüldüğü üzere Türk Hukukunda istisnai olarak sermaye şirketlerinin borca batık olması tek başına bir iflas sebebi olarak görülmüştür. Bunun sebeplerinden bir tanesi de mali durumu zayıf olan işletmelerin ticari hayatın içinde kalmaya devam etmesi halinde ilişki içinde bulunduğu ya da bulunabileceği diğer ticari kurumlara da zarar verme ihtimalinin yüksek olmasıdır. Bu, özellikle ticari hayatta mali durumu iyi olan işletmelerin de zamanla mali durumlarının bozulmasına sebebiyet vereceğinden, borca batık olan işletmenin bir seleksiyona tabi tutulmasında zorunluluk bulunmaktadır (Ayrıntı için bkz. Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük Barış, a.g.e., s. 32).

²³ 19.HD 16.12.2004 T, 11113 E, 12672 K sayılı karar, (kazancı/içtihat bilgi bankası).

toplanmalı, bu kapsamda ilgili görülen kamu kurumlarından alınacak bilgiler, yapılacak keşif ve konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alındıktan sonra, borca batık durumda olmadığıнын anlaşılması halinde davanın esastan reddine, borca batık olduğunun belirlenmesi halinde ise davacının iflasına karar verilmesi gerekirken, yanlışlı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır” ifadelerine²⁴ yer vererek, borca batıklık kavramının iflasın ertelenmesinden feragate rağmen re’sen araştırılması gerektiğini ortaya koymuştur.

İflasın ertelenmesi talebi içinde borca batıklık bildirimini bulunduğu ve borca batıklık Türk Hukukunda doğrudan iflas sebebi sayılacak derecede önemli bir konu olarak karşımıza çıktığına göre erteleme talebinden feragat edilmesinin borca batıklığın incelenmesine engel olmaması bu noktanın kamu düzeni ile yakından ilgili olmasına bağlıdır. Durum böyle olunca, erteleme talebinden feragate rağmen borca batıklığın re’sen incelenmeye devam edileceği bir durumda, mahkemenin yetkisizlik kararı üzerine HMK m.20 hükmünü lafzı ile tatbik etmesi kabul edilmesi mümkün olan bir durum olarak karşımıza çıkmamaktadır. Zira HMK m.20 uygulamasında, talebi yetkisizlik kararı ile sonuçlanmış olan tarafın anılan maddedeki prosedürü tatbik etme zorunluğu mevcut değildir. Hal böyle olunca erteleme talebinden feragat etmenin borca batıklık incelemesine engel olamayacağını bilen bir tarafın yetkisizlik kararı üzerine HMK m.20 hükmüne göre hareket etmemek suretiyle sadece erteleme talebinden değil, borca batıklık sebebiyle iflas talebinden de sıyrılabilmesi imkanı

²⁴ 23 HD 26.9.2014 T, 6353 E, 6003 K sayılı karar, (kazancı/içtihat bilgi bankası).

kendisine verilmiş olacaktır. Zira HMK m.20 hükmüne riayetsizlik davanın açılmamış sayılması olarak karşımıza çıkacağına göre, mahkemenin artık borca batıklık sebebine dayalı iflas sebebini dahi inceleme yetkisi kalmayacaktır. Oysa kanaatimizce, ertelemenin kamu düzeni ile yakından ilgili olması karşısında, yetkisizlik kararı veren mahkemenin re'sen gönderme kararı alması ve bu suretle tarafın HMK m.20 hükmünü kullanarak bu talebinden sıyrılması imkanından mahrum bırakılması gerekir.

IV. İflasın Ertelenmesi Kurumunun Tabi Olduğu Re'sen Harekete Geçme İlkesi Bakımından TTK m.376/3 Hükmünün Yerindeliği

İflasın ertelenmesi kurumunun kamu düzenine ilişkin olmasını TTK m.376/3 hükmü bağlamında da değerlendirmek gerekmektedir. Anılan hüküm, *“Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemeye atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi*

incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur” şeklindedir. Söz konusu hükümde geçen, “*Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığına karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun”* ifadesinin de iflasın ertelenmesi kurumunun kamu düzenine ilişkin olması ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira erteleme talebinin kurucu şartlarından bir tanesinin borca batıklık hali olduğu ve bunun da doğrudan iflas sebebi olarak karşımıza çıktığı düşünüldüğünde, borca batıklığı etkileyecek biçimde taraf inisiyatifini öne çıkaran ve borca batıklığı ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalara zemin hazırlamak kurumun tabi olduğu nitelik ile de uyumlu görünmemektedir. Ayrıca, borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş olması söz konusu borcun varlığını ortadan kaldırmaya yönelik bir anlaşma niteliğini haiz olmayacağından, yani esas olarak bu anlaşmaya rağmen şirket yine de anlaşma konusu olan miktar kadar borçlu kalmaya devam edeceğinden, şirketin pasifinin anlaşma konusu borç kadar mevcut kalmaya devam edeceği de açıktır.

Sonuç

Yukarıda açıklananlar ışığında iflasın ertelenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, dolayısıyla re’sen araştırma prensibinin geçerli olduğu,

ortaya çıkan sorunların bu ilke çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, mahkemenin olası bir yetkisizlik kararı üzerine HMK m.20'nin lafzından farklı olarak re'sen gönderme kararı alması ve bu suretle tarafın HMK m.20 hükmünü kullanarak bu talebinden sıyrılması imkanından mahrum bırakılmasının gerekeceği, yine re'sen araştırma prensibinin geçerliği karşısında TTK m.376/3 hükmünün isabetli olmadığı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] **Arzova, Burak:** Finansal Muhasebe Cilt I, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2015.
- [2] **Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük, Barış:** Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2015.
- [3] **Balcı, Şakir:** "İflasın Ertelenmesi (Özellikle Usul Açısından Değerlendirmeler)", Manisa Barosu Dergisi, 2005/7, sayı: 94.
- [4] **Balcı, Şakir:** "İflasın Ertelenmesi" Usul ve Esasları, İzmir 2007.
- [5] **Deliduman, Seyithan:** İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Ankara 2008.
- [6] **Ermenek, İbrahim:** İflasın Ertelenmesi, Ankara 2009.
- [7] **Ferrand, Frédérique:** "Preuve", Répertoire de procédure civile, Dalloz, Janvier 2006, (s.1-184).
- [8] **Gün, Funda:** İşletmelerin Sosyal Sorumluluğu ve Halkla İlişkiler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1994.
- [9] **Malaure, Philippe /Morvan, P.:** Introduction générale au droit, Defrénois, Paris 2004.

- [10] **Muşul, Timuçin:** İflasın Ertelemesi, 2. Bası, İstanbul 2010.
- [11] **Pekcanitez, Hakan:** İflasın Ertelemesi, (İBD.2005 Cilt 79, Sayı 2, s. 323-358).
- [12] **Taşpınar, Sema:** “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, 1996, S.1-4, s.533-572.
- [13] **Umar, Bilge/Yılmaz:** Ejder, İspat Yükü, 2, Bası, 1980.
- [14] **Yavaş, Murat:** Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009.
- [15] **Yavaş, Murat:**
<http://www.businessht.com.tr/ekonomi/haber/1224787-iflas-erteleme-bilmecesi-sikintimivar-suistimal-mi>, Erişim tarihi 21.4.2016

Genetiği Değiştirilmiş Yem ile Beslenen Hayvanlardan Elde Edilen Ürünlerin Avrupa Birliği ve Türk Biyogüvenlik Hukukunda Onay ve Etiketleme Şartlarından Muaf Olması

Mehmet Nafi ARTEMEL *

Özet **

Genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar (GDO) ile bu tür organizmalardan üretilen gıda veya yem ürünlerinin tüketim amaçlı kullanımı gerek Avrupa Birliği gerek Türkiye’de onay sürecine tâbi olup, piyasaya arz edilmeleri ancak söz konusu genetik yapısı değiştirilmiş üründeki GDO oranının öngörülen sınırı aşp aşmadığına göre belirlenen etiketleme kuralları doğrultusunda mümkündür. Ülkemiz mevzuatı uyarınca, ‘GDO ve ürünleri’ ya da ‘GDO’lardan elde edilen ürünler’ kapsamına giren ürünler için Biyogüvenlik Kurulunun onayı gerekmektedir. Diğer taraftan, Avrupa Birliği mevzuatında ‘GDO ile üretilen’ olarak ifade edilen ve diğer bir kategori altında değerlendirilmesi gereken ürünler olduğu anlaşılmaktadır.

* (Yrd. Doç. Dr.) Boğaziçi Üniversitesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

** Bu makale, 15 Mart 2016 tarihinde Dünya Tüketiciler Günü vesilesiyle İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Yeni Nesil Tüketici Hakları” Panelinde yazar tarafından sunulmuş olan “Tüketicinin Sağlık ve Güvenlik Hakkı Çerçevesinde GDO’lu Ürünler” başlıklı tebliğden esinlenerek yazılmıştır.

Bu ürünlere ilişkin ulusal mevzuatımızda hiçbir atıfta bulunulmamasına karşılık Avrupa Birliği'nin ilgili Tüzüğünden bu kapsamda giren ürünler arasında genetiği değiştirilmiş yem ile beslenmiş hayvanlardan elde edilen ürünler olduğu görölmektedir. Bu kategori kapsamına giren ürünler hem Avrupa Birliği hem de Türkiye'de biyogüvenlik mevzuatı kapsamı dışında tutulmuşlardır. Dolayısıyla da, herhangi bir onay sürecine tabi olmayıp, biyogüvenlik mevzuatı bağlamında etiketlenmeleri de söz konusu değildir.

Avrupa Birliği üye ölkelerinde, tüketicilerin artan talepleri doğrultusunda genetiği değiştirilmiş yem ile beslenmemiş hayvanlardan elde edilen ürünlerin bu yönde etiketlenmesi uygulamasının yaygınlaştığı görölmektedir.

Anahtar Kelimeler: *biyogüvenlik, genetik yapısı değiştirilmiş organizma (GDO), Avrupa Birliği, GDO ve ürünleri, GDO'lardan elde edilen, GDO ile üretilen, etiketleme*

Exemption of Products Obtained from Animals Fed with Genetically Modified Fodder from the Approval and Labeling Requirements of the European Union and Turkish Biosafety Laws

Abstract

Both in the European Union and in Turkey, the placing on the market of genetically modified organisms (GMOs) and products thereof for food or feed purposes are subject to an authorisation procedure as well as to labelling rules in accordance with the legally prescribed GMO threshold in such products. In Turkey, for products that come under either the

category of ‘GMO and its products’ or ‘products produced from GMOs’, an authorisation by the Turkish Biosafety Council is required. Another category of products, which are mentioned in the relevant EU legislation, come under what is referred to as ‘produced with GMOs’.

Whilst there is no reference under Turkish law to products that would fall within the ambit of this term, the pertinent EU Regulation reveals that, *inter alia*, products obtained from animals fed with genetically modified feed come within the scope of this expression and in turn are not subject to the authorisation or labelling requirements within the context of biosafety regime. In line with a growing demand by consumers in Member States of the European Union for products that have been obtained from animals, which have not been fed with genetically modified feed, there appears to be an increasing trend in labelling such animal products accordingly.

Keywords: *biosafety, genetically modified organism (GMO), European Union, GMO and products thereof, produced from GMOs, produced with GMOs, labelling*

Türk biyogüvenlik mevzuatı

Gerek uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler¹, gerekse Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanması hedefleriyle Türkiye’de

¹ Uluslararası sözleşmelerden yükümlülükler öncelikle, Türkiye’de 29 Ağustos 1996 tarih ve 4177 sayılı Kanun ile onaylanmış (RG. 27.12.1996, S. 22860) ve 14 Mayıs 1997 tarihi itibarıyla Türkiye’de yürürlüğe girmiştir (RG. 27.12. 1996, S. 22860) Biyoçeşitlilik Sözleşmesi ve bu sözleşmenin bir protokolü olup Türkiye’de 17 Haziran 2003 tarih ve 4898 sayılı Kanun ile onaylanmış (RG. 24.06.2003, S. 25148) ve Protokol, 24 Haziran

genetik yapısı değiştirilmiş organizmalara (GDO)² dair ilk yasal düzenleme 26 Ekim 2009 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ‘Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik³ (bundan böyle ‘eGDO Yön’ olarak anılacaktır) marifetiyle yapılmıştır. Bu Yönetmelik, 20 Kasım 2009⁴, 20 Ocak 2010⁵ ve 28 Nisan 2010⁶ tarihlerinde üç kez değişikliğe uğramış ve bir yıl sonra da mer’i mevzuatımızı teşkil eden Biyogüvenlik Kanunu ve ilgili yönetmeliklerinin yürürlüğe girmesi ile 26 Ekim 2010 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Türkiye ve Avrupa Birliği’nde başlıca hukuki düzenlemeler

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu (bundan böyle “BiyoK” olarak anılacaktır), 18 Mart 2010 tarihinde kabul edilerek, Resmî Gazete’de yayımlandığı 26 Mart 2010 tarihinden altı ay sonra 26 Eylül 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷. Anılan Kanuna dayanılarak hazırlanan ‘Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik⁸ (bundan böyle “GDO Yön” olarak anılacaktır) ile ‘Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik⁹ (bundan böyle “BiyoKK Yön” olarak anılacaktır) 13 Ağustos 2010 tarihli Resmî

2003 tarihinde Resmî Gazete’de (RG. 24.06.2003, S. 25148) yayımlanarak yürürlüğe girer Cartagena Protokolü’dür.

² “Genetik yapısı değiştirilmiş organizma (GDO)”, Biyogüvenlik Kanunumuzun, 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca, “Modern biyoteknolojik yöntemler kullanılmak suretiyle gen aktararak elde edilmiş, insan dışındaki canlı organizma” olarak tanımlanmıştır.

³ RG. 26/10/2009, S. 27388.

⁴ RG. 20/11/2009, S. 27412.

⁵ RG. 20/1/2010, S. 27468.

⁶ RG. 28/4/2010, S. 27565.

⁷ RG. 26.03.2010, S. 27533.

⁸ RG. 13.08.2010, S. 27671.

⁹ RG. 13.08.2010, S. 27671.

Gazete’de yayımlanmış ve Kanunla beraber 26 Eylül 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. GDO’lu ürünlerin etiketlenmesine dair hükümler BiyoK ve GDO Yon kapsamında düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği mevzuatı

Avrupa Birliği’ndeki Biyogüvenlik ve GDO mevzuatının 1990 yılından itibaren gelişerek çok yönlü ve kapsamlı ve oldukça da karmaşık olduğunu belirtmek gerekir. Bununla beraber, GDO’ların kullanım amaçları doğrultusunda Avrupa Birliği’ndeki mevcut ve mer’i düzenlemeler dört ana başlık altında zikredilebilir:

- 1) Genetik Yapısı Değiştirilmiş Mikroorganizmaların Kapalı Alanda Kullanımına Dair 2009/41/EC sayılı Direktif (veya Yönerge)¹⁰;
- 2) Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmaların Bilinçli Olarak Cevrede Serbest Bırakılmasına Dair 2001/18/EC sayılı Direktif¹¹;
- 3) Genetik Yapısı Değiştirilmiş Gıda ve Yemlere Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 22 Eylül 2003 tarih ve 1829/2003/EC sayılı Tüzük¹²;
- 4) Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmaların İzlenebilirliği ve Etiketlenmesi ile Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalardan Üretilen Gıda ve Yem Ürünlerinin İzlenmesi ve Etiketlenmesine Dair Avrupa

¹⁰ 2009/41/EC sayılı Direktif Directive 2009/41/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the contained use of genetically modified micro-organisms (Official Journal, L 125/75, 21.5.2009); “2009/41/EC sayılı Direktif” olarak anılacaktır.

¹¹ Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council of 12 March 2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC (Official Journal, L 106/1, 17.4.2001); “2001/18/EC sayılı Direktif” olarak anılacaktır.

¹² Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed (Official Journal, L 268/1, 18.10.2003); “1829/2003/EC sayılı Tüzük” olarak anılacaktır.

Parlamentosu ve Konseyi'nin 22 Eylül 2013 tarih ve 1830/2003/EC sayılı Tüzük¹³.

Ülkemizde, Avrupa Birliği biyogüvenlik mevzuatına uyum sağlanmaya çalışılmasına karşın, bu alanda yeterli araştırma yapılmamasından kaynaklı yanlış ve eksik bilgilere dayanılarak stratejiler hazırlandığı Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) tarafından hazırlanmış olan “2014-2023 Genetik Yapıları Değiştirilmiş Organizmaların Biyogüvenliği Yol Haritası Belgesi” başlıklı resmi rapordan açıkça görülmektedir¹⁴. Örneğin, söz konusu Belgede, yürürlükten kaldırılmış olan 90/219/EC sayılı Direktifi esas alınmış ve öneriler bu doğrultuda yapılmıştır¹⁵. Yine aynı Belgenin 11. sayfasında “Genetik Yapıları Değiştirilmiş Organizmaların Biyogüvenliği Yol Haritasının Kapsamı” başlığı altında “Genetik Yapıları Değiştirilmiş Organizmaların Biyogüvenliği ile İlgili neden olacak konulara ilişkin üzerinde çalışma yapılmış ilgili AB müktesebatı ve uluslararası sözleşmelerin en önemli belgeleri aşağıda verilmiştir” denilerek, açıklamanın hemen altında yer alan Tablo 2’de “İlgili AB Müktesebatı ve Uluslararası Sözleşmeler Detaylı Analiz Yapılan” başlıklı kolonda 2001/18/EC ve mülga 90/219/EC sayılı Direktif zikredilmiştir¹⁶. Belgenin

¹³ Regulation (EC) No 1830/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms and amending Directive 2001/18/EC (Official Journal, L 268/24, 18.10.2003); “1830/2003/EC sayılı Tüzük” olarak anılacaktır.

¹⁴ “2014-2023 Genetik Yapıları Değiştirilmiş Organizmaların Biyogüvenliği Yol Haritası Belgesi”, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD), Başbakanlık, Haziran 2014 (bundan böyle “AFAD 2014-2023 Yol Haritası Belgesi” olarak anılacaktır).

¹⁵ Aynı zamanda söz konusu Direktif “90/219/EC” yerine, yanlış olarak “90/219/EEC” olarak anılmaktadır.

¹⁶ Yine raporun 21. sayfasında, aynı yanlış bilgi tekrarlanmak suretiyle “Uluslararası Mevzuatın Gereksinimleri” başlığı altında şu açıklamalara 90/219/EEC; Genetik yapıları değiştirilmiş mikro-organizmaların kapalı şartlarda kullanımına ilişkin Konsey Direktifi” yer almaktadır.

22. sayfasındaki ifadelerden, önerilen stratejilerin eski ve mülga düzenlemeler dikkate alınarak önerildiği görülmektedir zira aynı sayfadaki “Gereksinimler” başlığının hemen altında “90/219/EEC sayılı Direktif için olarak aşağıda sıralanan maddeler için mekanizmalar oluşturulacaktır” ifadesi yer almaktadır. Aynı Belgenin 25. sayfasında “Avrupa Birliği tarafından biyogüvenlik alanında denetim sağlanması için çıkartılmış kapsamlı iki direktif bulunmaktadır” denilerek, 2001/18/EC sayılı Direktifle birlikte yine 90/219/EEC sayılı mülga Direktife atıfta bulunulmuştur. Kaldı ki, Belgede, “kapsamlı iki” Direktifin var olduğu vurgulanırken, yukarıda vermiş olduğumuz listenin 3 ve 4 uncu maddelerinde yer alan, ‘1829/2003/EC sayılı Gıda ve Yemlere Dair Tüzük’ ile ‘1830/2003/EC sayılı İzlenebilirlik ve Etiketlemeye Dair Tüzük’ olmak üzere, Avrupa Birliği’nin biyogüvenlik mevzuatında çok önemli yer tutan iki Tüzük göz ardı edilmiştir.

Türkiye ve Avrupa Birliği'ndeki mevzuatın karşılaştırmalı incelemesi

Bu makalenin konusunu teşkil eden “GDO ile üretilen” gıda ve yem ürünlerinin nitelik ve kapsamı ile “GDO’lu ürün” olarak nitelendirilmemeleri ve bu doğrultuda etiketlenilme kurallarına tabi olmamaları hususunu irdelemeden önce, bu ibarelerin Türk ve Avrupa Birliği biyogüvenlik mevzuatındaki yasal tanımlarının karşılaştırmalı olarak incelenmesinin, Türk hukukundaki düzenlemeleri ve mevzuatta zikredilmeyen “GDO ile üretilen” ibaresinin anlamı ve kapsamını takdir edebilmek için gerekli olduğu düşünülmektedir.

Yukarıdaki listeden de görüleceği üzere, Türkiye’den farklı olarak Avrupa Birliği’nde, gıda ve yem ürünlerine dair iki ayrı Tüzük bulunmaktadır. Ülkemizde, kanun koyucu, gıda ve yem ürünlerine yönelik özel düzenlemeler yapmak yerine, GDO’lu ürünlerin gıda ve yem gibi tüketim amacıyla kullanılmasının yanısıra yakıt, boya gibi farklı sanayilerde kullanımının da aynı BiyoK ve GDO Yon kapsamında değerlendirilmesini tercih etmiştir. Diğer bir deyişle, Türk biyogüvenlik mevzuatında, gıda ve yem dışındaki ürünleri de kapsayacak şekilde, sadece ‘GDO ve ürünleri’ ve ‘GDO’lardan elde edilen ürünler’ ibarelerine yer verilmiş olduğu görölmektedir. Dolayısıyla, tüketime yönelik gıda ve yem ürünlerinin de, ya ‘GDO ve ürünleri’ ya da ‘GDO’lardan elde edilen ürünler’ ibareleri altında mevzuatta tanımlanmış olan iki ayrı başlık altında incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, Avrupa Birliği’nin 1829/2003/EC sayılı Tüzüğünde genetiği değiştirilmiş gıda ve yemlere dair aşağıda liste şeklinde verilen 5 ayrı ibare kullanılmış ve her biri ayrıca tanımlanmıştır:

- 1) ‘Genetiği değiştirilmiş gıda’;
- 2) ‘Genetiği değiştirilmiş yem’;
- 3) ‘Gıda amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma’;
- 4) ‘Yem amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma’;
- 5) ‘GDO’lardan üretilen’.

Tüketicilerin bilgilendirme hakkı kapsamında, piyasaya arz edilen ürünlerin etiketlenmesi hususunda, gerek Türk gerekse AB mevzuatında

kullanılan yukarıdaki ibareler hangi ürünlerin hangi şartlarda mevzuat kapsamında değerlendirilip etiketlenme zorunluluğunun sınırı belirlerken aynı zamanda da yasal yükümlülüklerin çerçevesini çizmektedir¹⁷. Bu açıdan, söz konusu terimler özel bir önem arz etmekte olup bu nedenle aşağıda ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

‘GDO ve ürünleri’

Ulusal mevzuatımızda, BiyoK’nın 2 inci maddesinin 1 fıkrasının (k) bendi uyarınca, “GDO ve ürünleri” “Kısmen veya tamamen GDO’lardan elde edilen, GDO içeren veya GDO’lardan oluşan ürünler” olarak tanımlanmıştır¹⁸. Ülkemizde bugüne kadar Biyogüvenlik Kurulu tarafından kullanımına onay verilmiş ve tüketim amaçlı piyasaya arz edilmiş olan genetik yapısı değiştirilmiş 32 adet soya fasulyesi ve mısır çeşidi yem ürünü mevcut olup¹⁹ bu ürünler, Resmî Gazete’de yayımlanan kararlarda zikredildiği şekilde, “GDO ve ürünleri” olarak ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, şimdiye kadar onaylanmış yem ürünleri gibi ileride Biyogüvenlik Kurulu tarafından onaylanıp, insanların tüketimine arz edilecek gıda ürünleri de yine bu ibare altında yayımlanacaktır. Avrupa Birliği’nin 1829/2003/EC sayılı Tüzüğünde ise, yukarıda değinildiği üzere, gıda ve yemler için ayrı tanımlar yer almaktadır. Şöyle ki, madde

¹⁷ GDO Yön m. 21/1’den de görüleceği üzere, anılan iki kategoriden herhangi birinin kapsamına giren gıda ve yemlerin izlenebilirliğinin sağlanması için etiketlenmeleri zorunludur:

“İlgililer; 18 inci, 19 uncu ve 20 nci maddelere göre etiketledikleri GDO ve ürünleri ile GDO’lardan elde edilen ürünlerin son tüketiciye ulaşmaya kadar izlenebilirliğini sağlamak için EK- 4’deki formu bulundurmak ve forma ilişkin kayıt sistemine sahip olmak zorundadır.”

¹⁸ GDO Yön 4/1(m) ve BiyoKK Yön 3/1(ğ)’de, ‘GDO ve ürünleri’, genetik yapısı değiştirilmiş mikroorganizmalar da zikredilmek suretiyle, “GDO, GDM, kısmen veya tamamen GDO’lardan elde edilen, GDO içeren veya GDO’lardan oluşan ürünler” olarak tanımlanmıştır.

¹⁹ Onaylanmış GDO çeşitlerinin ayrıntılı listesi için bkz. Türkiye Biyogüvenlik Bilgi Değişim Mekanizması; Bilgi; Duyurular; Biyogüvenlik Kurulu Tarafından Yem Amaçlı Kullanım için GDO Listesi (<http://www.tbdbm.gov.tr/>)

2(6)'da '**genetiği değiştirilmiş gıda**', "GDO'lar **içeren**, GDO'lardan **oluşan** veya GDO'lardan **üretilen** gıdalar...²⁰"; '**genetiği değiştirilmiş yem**' ibaresi de, madde 2(7)'de benzer şekilde, "GDO'lar **içeren**, GDO'lardan **oluşan** veya GDO'lardan **üretilen** yemleri ifade eder"²¹ şeklinde tanımlanmıştır.

İlginç şekilde, ülkemizde yürürlükten kaldırılmış olan 2009 tarihli eGDO Yön'de, Avrupa Birliği'ndeki mevzuatla uyumlu olarak, 'GDO'lu gıda' ve 'GDO'lu yem' ibarelerine yer verilmekteydi. Bu doğrultuda, 'GDO'lu gıda', "GDO, GDO içeren veya GDO'dan üretilen bileşen içeren veya GDO'dan üretilen gıda maddeleri²²", 'GDO'lu yem' ise, "GDO, GDO içeren veya GDO'dan üretilen bileşen içeren veya GDO'dan üretilen yem maddeleri²³" olarak tanımlanmaktaydı.

Diğer taraftan aynı Tüzükte, söz konusu GDO'nun kullanım amacına vurgu yapan 'gıda amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma' ve 'yem amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma' ibarelerinin tanımlandığı görülmektedir. Bu çerçevede, 'gıda amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma', "**gıda olarak** veya gıda **üretimi için kaynak materyal** olarak kullanılabilir olan GDO'yu ifade

²⁰ Çeviri yazar tarafından yapılmıştır. Orijinal İngilizce resmî metin şu şekildedir: "‘genetically modified food’ means food containing, consisting of or produced from GMOs”.

²¹ Çeviri yazar tarafından yapılmıştır. Orijinal İngilizce resmî metin şu şekildedir: "‘genetically modified organism for food use’ means a GMO that may be used as food or as a source material for the production of food”.

²² Bkz. eGDO Yön, m. 4/1/e.

²³ Bkz. eGDO Yön, m. 4/1/g.

eder²⁴” denilirken, benzer şekilde ‘yem amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma’, “**yem olarak veya yem üretimi için kaynak materyal** olarak kullanılabilir olan GDO’yu ifade eder²⁵” tanımı yapılmıştır.

Avrupa Birliği ve Türk mevzuatındaki tanımlar karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, AB’nin 1829/2003/EC sayılı Tüzüğündeki ‘genetiği değiştirilmiş gıda’ ve ‘genetiği değiştirilmiş yem’ ibarelerinin ulusal mevzuatımızda tanımlanan ‘GDO ve ürünleri’ne tekabül ettiği görülmektedir. Söz konusu tanımlarda, nihai ürünün, GDO ‘içermesi’, GDO’dan oluşması ya da Türkiye’deki düzenlemede ‘elde edilen’, AB mevzuatında ise ‘üretilen’ fiillerinin kullanılması bu sonucu çıkarmaktadır. Belki tek fark, Türkiye’de kanun koyucunun, AB’de kullanılan ‘üretilen’ (*produced*) yerine ‘elde edilen’ (*derived/obtained from*) fiilini tercih etmesi sayılabilir. Ancak, bu nüansın teknik ve hukuki açıdan ürünün sınıflandırılacağı kategori bakımından fark yaratmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık aşağıda incelendiği üzere, Avrupa Birliği mevzuatında ‘üretilen’ ile ‘elde edilen’ ibareleri arasındaki seçimin bilinçli yapıldığı, ‘GDO’dan üretilen’ ibaresinin tanımından görülmektedir.

Öte yandan, 1829/2003/EC sayılı Tüzükteki ‘gıda amaçlı kullanım için’ ve ‘yem amaçlı kullanım için genetiği değiştirilmiş organizma’ ibarelerin

²⁴ Çeviri yazar tarafından yapılmıştır. Orijinal İngilizce resmî metin şu şekildedir: “‘genetically modified organism for food use’ means a GMO that may be used as food or as a source material for the production of food” m. 2(8).

²⁵ Çeviri yazar tarafından yapılmıştır. Orijinal İngilizce resmî metin şu şekildedir: “‘genetically modified organism for feed use’ means a GMO that may be used as feed or as a source material for the production of feed” m. 2(9).

tanımlarında zikredildiği şekilde GDO'nun doğrudan gıda/yem olarak ya da gıda/yem üretimi için kaynak materyal olarak kullanabileceğine dair, ulusal mevzuatımızda herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Bunun nedenini kesin olarak tahmin edebilmek kolay olmamakla birlikte, iki farklı gerekçe akla gelmektedir. Ya kanun koyucu, AB'deki ibare ve tanımların gereksiz bir ayrıntı teşkil ettiğini düşünmüş olabilir ya da Türkiye'deki tüketici ve GDO karşıtlarının tepkilerinden çekinmiş olabilir. Ancak, her iki durumda da, bu ibarelere atıfta bulunulmaması hem gerekli uyum çalışmalarının titizce yapılmadığına hem de genel olarak tüketicilerin bilgilendirme hakkının dikkate alınmaması anlamına gelmektedir.

'GDO'lardan elde edilen ürünler'

Ulusal biyogüvenlik mevzuatımız uyarınca, "GDO'lardan elde edilen ürünler" ibaresi, "Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilmekle birlikte GDO içermeyen veya GDO'dan oluşmayan ürünler" olarak tanımlanmıştır²⁶. Bununla beraber, yukarıda değinildiği üzere 'GDO'lardan elde edilen ürünler,' aynen 'GDO ve ürünleri' kategorisindeki ürünler gibi, belirlenen eşik değer doğrultusunda etiketlenmek zorundadır²⁷. Avrupa Birliği'nde 1829/2003/EC sayılı Tüzüğü'nün 2(10) maddesinin yanısıra 1830/2003/EC sayılı Tüzüğü'nün 3(2) maddesinde 'GDO'lardan üretilen' (*produced from GMOs*) veya yukarıda değinmiş olduğumuz üzere Türk mevzuatında kanun koyucunun 'elde edilen'

²⁶ *ByoK m. 2/1(j); GDO Yön m. 4/1(n).*

²⁷ *Gıdalara dair GDO Yön m. 18/1 uyarınca: "... Yönetmelik kapsamında yer alan gıdaların Bakanlık tarafından belirlenen eşik değer üzerinde; onaylanmış GDO'dan elde edilmiş olması veya onaylanmış GDO'dan elde edilmiş bileşen içermesi veya GDO içermesi veya GDO'dan oluşması durumunda..." etiketlenmeleri gerekmektedir; Yine aynı şekilde Yemlerin etiketlenmesi hususundaki düzenlemeye dair hüküm GDO Yön, m. 19/1'de şu şekilde ifade edilmektedir: "Bu Yönetmelik kapsamında yer alan yemlerin, Bakanlık tarafından belirlenen eşik değer üzerinde; GDO içermesi veya GDO'lardan oluşması veya onaylanmış GDO'lardan elde edilmiş olması hâlinde, ...; her bir yem aşağıdaki şekilde etiketlenir".*

şeklinde tercüme ettiği bir ibare yer almaktadır. Söz konusu AB Tüzüklerinin ilgili hükümlerde ‘GDO’lardan üretilen’ tanımı, “kısmen veya tamamen GDO’lardan elde edilen, fakat GDO’lar içermeyen veya GDO’lardan oluşmayan ürünler²⁸” olarak yapılmıştır. Buradan da görüleceği üzere, Avrupa Birliği’ndeki ‘GDO’lardan üretilen’ (*produced from GMOs*) ibaresinin tanımı, ulusal mevzuatımızdaki, ‘GDO’lardan elde edilen’ ibaresinin tanımı ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak, burada, yine detay gibi gözükse de önemli bir hususun altını vurgulamak gerekmektedir; şöyle ki, AB’deki ibarenin orijinal İngilizcesi “produced from GMOs” iken (yani, “GDO’lardan üretilmiş” olarak çevirisi mümkün olan), terimin açıklamasında “derived from GMOs” denilmektedir (yani GDO’lardan elde edilen). Dolayısıyla, Avrupa Birliği mevzuatında kelimelerin dikkat ve özenle seçilip, özel anlamlar yüklenerek kullanıldığını görmekteyiz. Ülkemizde göz ardı edildiği anlaşılan bu dikkat çektiğimiz hususun, aslında Avrupa Birliği uygulamasında çok önem arz ettiği aşağıdaki örnekten görülecektir.

Avrupa Birliği Onaylanmış GDO’lar Sicili’nde (*EU Register of Authorised GMOs*) gıda, yem veya diğer ürünlerin ‘GDO’yu içeren’, ‘GDO’dan oluşan’ veya ‘GDO’dan elde edilen’ olup olmadığı özellikle belirtilmektedir. Aynı şekilde, Biyogüvenlik mevzuatımız uyarınca ‘GDO’yu içeren’ ve ‘GDO’dan oluşan’ ürünler ‘GDO ve ürünleri’ tanımının kapsamına girmektedir. Ancak, yine mevzuatımız uyarınca ‘GDO’dan elde edilen’ ürünler, ‘GDO ve ürünleri’ni de kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda, ülkemizde Biyogüvenlik Kurulu tarafından yem amaçlı kullanımı onaylanmış olan gen çeşitlerine dair

²⁸ Çeviri yazar tarafından yapılmıştır. Orijinal İngilizce resmî metin şu şekildedir: “‘produced from GMOs’ means derived, in whole or in part, from GMOs, but not containing or consisting of GMOs”.

Resmî Gazete’de yayımlanan kararlarda ‘gen çeşidi ve ürünleri’ ibaresi zikredilmektedir. Ülkemizde onaylanmış olan çeşitler, Avrupa Birliği’nde de gerek GDO’yu içeren, GDO’dan oluşan ve ‘GDO’dan elde edilen’ ürünleri kapsadığından bu noktada bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, örneğin Avrupa Birliği’nde onaylı MON531xMON1445 pamuk çeşidinin yem amaçlı kullanımı, sadece “GDO’dan elde edilen yem (yem hammaddesi ve yem katkı maddeleri)” ile sınırlandırılmış olup, ‘GDO’dan elde edilen’ veya ‘GDO’dan oluşan’ yemleri kapsamamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, onaylı ürünün ‘GDO’yu içeren’, ‘GDO’dan oluşan’ ya da ‘GDO’dan elde edilen’ olup olmadığı önem arz etmektedir.

‘GDO’lardan elde edilen ürünler’ ibaresinin tanımındaki “içermeyen” ve “oluşmayan” fiil kiplerinden hareketle, belirleyici unsur, nihai üründe GDO’nun izine rastlanıp rastlanmadığı hususudur. Diğer bir deyişle, nihai ürünü elde etmek için GDO’dan yararlanılmakta veya GDO kullanılmakta ancak sürecin sonunda, GDO’dan iz bulunmuyor olması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, GDO’nun izi, genetik yapısı değiştirilmiş organizmanın DNA’sı veya organizmadaki proteinler olarak anlaşılmaktadır²⁹. Buna örnek olarak, 120 derece ısıda rafine edilen soya yağında, genetik yapısı değiştirilmiş soyanın DNA ya da protein izlerine rastlanmadığını ileri sürülmüřtür³⁰.

Genetik yapısı değiştirilmiş organizmanın DNA izinin tespitine dair izlenmesi gerekli olan süreç, bilimsel bir uygulama usulüne işaret etmekte

²⁹ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Regulation (EC) No 834/2007 on organic production and labelling of organic products, COM/2012/0212 final; EUR-Lex; bkz. dipnot 15.*

³⁰ *Bkz. Daniel Wüger, “Consumer Information on GM-Food in Switzerland and WTO law”, Swiss National Foundation, s. 8 ve aynı sayfada dipnot 42.*

olduğundan bu konuda hukuk ilminin bir hükümde bulunabilmesi mümkün değildir. Bu noktada kanun koyucunun, ancak bilim adamlarının görüş ve tespitleri doğrultusunda, gerekli yasal hükmün lafzını düzenlemekten öteye bir müdahalede bulunması veya görüş beyan etmesi uygun olmayacaktır. Ancak, bilim adamları arasında bu konuda bir görüş birliği olduğunu yukarıdaki bilimsel görüşlerden hareketle kesin olarak söylemenin de kolay olmadığı görülmektedir.

“GDO ve ürünleri” ile “GDO’lardan elde edilen ürünler” olarak, yukarıda incelenen, her iki kategori bağlamındaki gıda ve yem ürünleri GDO’lardan elde edilmekle birlikte, aralarındaki fark, tüketim amaçlı kullanılacak nihai ürünlerin GDO içerip içermediği ya da GDO’dan oluşup oluşmadığıdır. Bu doğrultuda, 1) ‘GDO ve ürünleri’, GDO’dan elde edilip, GDO içeren veya GDO’dan oluşan ürünleri;

2) ‘GDO’lardan elde edilen ürünler’ ise, yine GDO’dan elde edilen ancak GDO içermeyen veya GDO’dan oluşmayan ürünleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, GDO Yön ‘ün, 21 inci maddesinin birinci fıkrasından da görüldüğü üzere, anılan iki kategoriden herhangi birinin kapsamına giren gıda ve yem ürünlerinin “son tüketiciye ulaşıncaya kadar izlenebilirliğini sağlamak için etiketlenmeleri zorunludur³¹.

³¹ *Mezkûr hükümde su ifadeye yer verilmektedir: “İlgililer; 18 inci, 19 uncu ve 20 nci maddelere göre etiketledikleri GDO ve ürünleri ile GDO’lardan elde edilen ürünlerin son tüketiciye ulaşıncaya kadar izlenebilirliğini sağlamak için EK- 4’deki formu bulundurmak ve forma ilişkin kayıt sistemine sahip olmak zorundadır.”*

‘GDO’lu ürünler’ ibaresi

Yukarıda anılan iki kategorinin dışında, eGDO Yön’ deki yaklaşımın aksine, kanun koyucu mer’i BiyoK ve ilgili Yönetmeliklerinde yasal tanımını yapmadığı “GDO’lu ürünler” şeklinde bir ibareye yer vermesi ve GDO Yön’un bazı hükümlerinde keyfi yaklaşımla bu ibareyi tercih etmesi karışıklığa sebebiyet verecek mahiyettedir. Söz konusu ibare, mezkûr Yönetmelikteki, “eşik değeri³²” tanımının yapıldığı 14/1/k³³ maddesi ile ürünlerin ithalat ve ihracatı ile ilgili 14/1/ç³⁴ ve 15/2³⁵ maddelerinde zikredilmektedir. Avrupa Birliği’ndeki mevzuat ile kıyaslandığı takdirde, ülkemizdeki yasal düzenlemenin ve teknik niteliği haiz ve hukuki yükümlülükleri doğuracak terimlerin tanımlanmadan keyfi bir şekilde kullanılması son derece sakıncalıdır. Zira aşağıda incelenmiş olan ve bu makalenin konusunu teşkil eden ‘ile’ edatı kullanılarak, ‘GDO’lardan elde edilen’ den farklı olarak ‘GDO’lar ile’ üretilen sınıfa giren yem ve gıdaların gerek ulusal gerek AB mevzuatı kapsamı dışında olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, teknik önemi haiz ibarelerin net ve kesin anlam ifade edecek şekilde kullanılmaması halinde hukuki sonuç ve yükümlülükleri doğurması kaçınılmazdır.

³² GDO Yön m. 4/1(k) uyarınca “Eşik değeri” şu şekilde tanımlanmıştır: “Onaylanmış genler için, Kurulun görüşleri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenen, ürünün GDO’lu olarak etiketlenmesini gerektiren alt limiti... ifade eder”. Söz konusu ‘alt limit’ BiyoK veya ilgili Yönetmeliklerde lafzen zikredilmemiş olmakla beraber, Biyogüvenlik Kurulu kararları ışığında %0,9 olarak tespit edildiği anlaşılmaktadır. Bu oranın Avrupa Birliği mevzuatının aksine ulusal mevzuatımızda açıkça telaffuz edilmemiş olması da belirsizliğe sebebiyet verecek nitelikte ciddi bir ihmal ve eksiklik olarak görülmektedir.

³³ Bkz. GDO Yön, m. 4/1/k: “Eşik değeri: Onaylanmış genler için, Kurulun görüşleri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenen, ürünün GDO’lu olarak etiketlenmesini gerektiren alt limiti... ifade eder.”

³⁴ GDO Yön, m. 14/1/ç: Bakanlıkça **GDO’lu** olarak ithaline müsaade edilen ürünlerin, firma ve GDO bazında kayıtları tutulur.

³⁵ GDO Yön, m. 15/2: “Bakanlıkça **GDO’lu** olarak ihracatına müsaade edilen ürünlerin, firma ve GDO bazında kayıtları tutulur.”

‘GDO’lar ile üretilen’

Avrupa Birliği’nin 1829/2003/EC sayılı Tüzüğünde ‘GDO’lar ile üretilen’ (*produced with GMOs*) ibaresi ile ayrı bir kategoriye işaret edilmektedir. Bu kategori altında GDO ile üretilmekle birlikte, Tüzüğün kapsamı dışında veya diğer bir deyişle Tüzük hükümlerine tâbi olmayan gıda ve yem ürünlerine atıfta bulunulmaktadır. 1829/2003/EC sayılı Tüzüğün Giriş kısmınının 16 ncı paragrafında şöyle denmektedir:

“Bu Tüzük GDO ‘ile’ üretilmiş gıda ve yemler için değil, GDO‘dan’ üretilmiş gıda ve yemler için uygulanacaktır. Belirleyici kıstas genetiği değiştirilmiş kaynak materyalden elde edilen materyalin gıda veya yemin içinde var olup olmadığıdır. Sadece **gıda veya yem üretimi sürecinde kullanılan işlem yardımcıları**, gıda ve yem tanımlarının kapsamında değildir ve bu sebeple bu Tüzük kapsamına girmez. Aynı şekilde, **genetiği değiştirilmiş işlem yardımcısının yardımı ile imal edilmiş gıda veya yemler** de bu Tüzüğün kapsamına dâhil değildirler. Bu nedenlerden ötürü, **genetiği değiştirilmiş yem ile beslenmiş veya genetiği değiştirilmiş tıbbi ürünler ile tedavi edilmiş hayvanlardan elde edilen ürünler** bu Tüzükte değinilmiş olan, **ne onay koşullarına ne de etiketleme koşullarına tabi tutulmayacaktır**³⁶.”

³⁶ Çeviri yazar tarafından yapılmıştır. Orijinal İngilizce resmî metin şu şekildedir: “This Regulation should cover food and feed produced ‘from’ a GMO but not food and feed ‘with’ a GMO. The determining criterion is whether or not material derived from the genetically modified source material is present in the food or in the feed. Processing aids which are only used during the food or feed production process are not covered by the definition of food or feed and, therefore, are not included in the scope of this Regulation. Nor are food and feed which are manufactured with the help of a genetically modified processing aid included in the scope of this Regulation. Thus, products obtained from animals fed with genetically modified feed or treated with genetically modified medicinal products will be subject neither to the authorisation requirements nor to the labelling requirements referred to in this Regulation”; 1829/2003/EC, Giriş, paragraf (16).

Dolayısıyla, ‘GDO’lardan’ üretilen (*produced from*) ürünler değil de, ‘GDO’lar ile’ (*produced with*) veya diğer bir deyişle GDO’ların yardımı veya aracılığı ile imal edilen ürünler, ilgili Tüzük kapsamında olmadıkları için başvuruda bulunulup onay alınması gerektiği gibi, GDO’lar ile üretilen ürünlerin piyasaya sürülmeleri halinde etiketlenmeleri de söz konusu değildir.

Ulusal mevzuatımızda, GDO’lar ile üretilen gıda ve yemlerin BiyoK kapsamı dışında kaldığına dair benzeri bir hükme yer verilmemektedir. Bunun gerekçesini anlamak güçtür ancak muhtemelen burada kanun koyucu kanaatimizce yine kamuoyu ve tüketicilerin olası tepkilerinden çekinerek ‘yasal boşluk’ olarak nitelendirilebilecek bu hususu gündeme getirmekten imtina etmiştir. Ancak, her ne kadar lafzen zikredilmiş olmasa da, aşağıdaki hallerde, Avrupa Birliği’nde olduğu gibi ulusal mevzuatımızın da kapsamı dışında kalacak ve dolayısıyla da hem Biyogüvenlik Kurulunun onay hem de etiketleme koşullarından muaf tutulacaklardır:

1) gıda veya yem üretimi sürecinde kullanılan işlem yardımcıları³⁷;

³⁷ ‘İşlem yardımcıları’ ibaresi, Türk Gıda Kodeksi Gıda Katkı Maddeleri Yönetmeliği (RG. 30.06.2013, S. 28693) uyarınca şu şekilde tanımlanmıştır: “İşlem yardımcıları: Tek başına gıda olarak tüketilmeyen, belirli bir teknolojik amaca yönelik olarak hammaddenin, gıda veya gıda bileşenlerinin işlenmesi sırasında kullanılan, son üründe kendisinin veya türevlerinin kalıntılarının bulunması istenmediği halde, teknik olarak kaçınılmaz olan; ancak kalıntısı sağlık açısından risk oluşturmayan ve son üründe teknolojik bir etkisi olmayan maddeleri...ifade eder.”, m. 4/2(f). Aynı Yönetmelik uyarınca, gıda enzimleri ve gıda katkı maddesi olarak kullanılmadıkları sürece işlem yardımcıları Yönetmelik kapsamı girmemektedir (m. 2/3(a), 2/4). Yukarıdaki tanımda geçen ‘bilesen’ ibaresi ise, Türk Gıda Kodeksi Etiketleme Yönetmeliği (RG. 29.12.2011, S. 28157, 3. Mük.) m. 4/1 uyarınca şöyle tanımlanmıştır: “Bileşen: Aroma vericiler, gıda katkı maddeleri, gıda enzimleri ve bileşik bileşenin herhangi bir bileşeni de dâhil olmak üzere, bir gıdanın üretiminde veya hazırlanmasında kullanılan ve değişmiş bir formda da olsa son üründe bulunan herhangi bir maddeyi veya ürünü...ifade eder.”

- 2) genetiği değiştirilmiş işlem yardımcısının yardımı ile imal edilmiş gıda veya yemler;
- 3) genetiği değiştirilmiş yem ile beslenmiş hayvanlardan elde edilen ürünler;
- 4) genetiği değiştirilmiş tıbbi ürünler ile tedavi edilmiş hayvanlardan elde edilen ürünler.

Genetiği değiştirilmiş yem ile beslenmiş hayvanlardan elde edilen ürünler

Hayvanlardan elde edilen et, yumurta ve süt gibi ürünler, genetiği değiştirilmiş yemlerle beslenen hayvanlardan temin edilse de, gerek Avrupa Birliği gerek Türk biyogüvenlik mevzuatının kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, örneğin Türkiye’de yem amaçlı kullanım için onaylanmış genetik yapısı değiştirilmiş mısır ve soya yemiyle beslenmiş tavuklardan elde edilen yumurtaların piyasaya sürülebilmesi için Biyogüvenlik Kurulunun onayı söz konusu olmadığı gibi, tavukların genetiği değiştirilmiş yem ile beslendiğine dair de etiketleme koşulu bulunmamaktadır. Diğer taraftan, İsveç’te tüketicilerin baskısı üzerine GDO’lu yem kullanılmadığı gibi, yine tüketicilerin giderek artan talebi üzerine Almanya, Fransa, Lüksemburg ve Avusturya gibi Avrupa Birliği ülkelerinde³⁸, aşağıda görüldüğü üzere, üreticilerin de bu gibi ürünlerin üzerine genetiği değiştirilmiş yem ile beslenmemiş hayvanlardan elde edildiğine dair ibare ve logolar kullanması giderek yaygınlaşmaktadır.

³⁸ “Non-GMO Labels Are on the Rise but Why?”, Niamh Michail, 10 Temmuz 2015, Food Navigator; (bkz. <http://www.foodnavigator.com/Market-Trends/Non-GMO-labels-are-on-the-rise-in-Europe-but-why>)



Sonuç

İlginç şekilde, ülkemizde hayvan yemlerinde kullanılmak üzere Biyogüvenlik Kurulu tarafından onaylanmış olan Bt11 mısır³⁹ çeşidine ilişkin, “Biyogüvenlik Kurulu’na Sunulmak Üzere Sosyo-Ekonomik Değerlendirme Komitesi Tarafından Hazırlanan Rapor” ‘da genetiği değiştirilmiş yem ile beslenen hayvanlardan elde edilen ürünlerin niteliği, mevcut bilimsel çalışma ve araştırmalar ışığında ayrıntılı biçimde irdelenmiş ve bu ürünlerin de etiketlenmesi gereği vurgulanmıştır. Raporda “Literatür incelendiğinde bilim adamlarının, GD yemlerin güvenli olup olmaması veya transgenik genlerin hayvansal ürünlere geçişleri konusunda hemfikir olmadıkları görülmektedir⁴⁰.” denilerek, bu alanda bilim adamlarının henüz bir fikir birliğine ulaşmamış olduklarının altı çizilmiştir. Söz konusu Bilimsel Komitenin Değerlendirme Raporunda “GD [genetik yapısı değiştirilmiş] gıdaların halk sağlığı açısından daha iyi incelenmelerinin gerektiği” vurgulanarak, Komite Kararı’nda aşağıdaki tespit ve öneride bulunulmuştur:

“Ayrıca yem olarak kullanılacak Bt11 mısırla beslenen hayvanlardan elde edilen ürünlerin etiketlerinde de GDO içeren yemle beslendiğini belirten

³⁹ Bkz. Karar No: 4, RG. 24.12.2011, S. 28152.

⁴⁰ Bkz. Biyogüvenlik Kurulu’na Sunulmak Üzere Sosyo-Ekonomik Değerlendirme Komitesi Tarafından Hazırlanan Rapor, Konu: Bt11, s. 3; Arşiv, Yem, Mısır, Sosyo-Ekonomik Değerlendirme Komitesi Raporları, Biyogüvenlik Bilgi Değişim Mekanizması.

ibare bulunmalıdır. Bunun için mevzuatta gerekli değişikliğin en kısa zamanda yapılması gerekmektedir⁴¹.”

Genetiği değiştirilmiş yemler ile beslenen hayvanlardan elde edilen ürünler açısından, ülkemizde henüz benzeri bir uygulamanın yerleştiiini söylemek mümkün değildir. Ancak, küresel tüketim alışkanlıkları doğrultusunda Avrupa Birliği ülkelerindeki eğilimin, Türkiye’de de tüketici davranışlarına yansımaları sonucunda genetik yapısı değiştirilmemiş yemlerle beslenmiş olan hayvan ürünlerine olabilecek talep, üreticileri de bu konuda yeni stratejik karar almalarını gerektirecek gibi görölmektedir.

⁴¹ *Bkz. aynı Rapor, s. 22.*

Genetiği Değiştirilmiş Yem ile Beslenen Hayvanlardan Elde Edilen Ürünlerin Avrupa Birliği ve Türk Biyogüvenlik Hukukunda Onay ve Etiketleme Şartlarından Muaf Olması

Belediyelerin İmar Konusunda Yetki ve Görevleri

Gül İsmahan BABA*

Özet

Belediyeler günümüzde bölgelerindeki birçok hizmeti sağlamaktadır. Ayrıca belediyeler bölgelerini düzenlemek, yapılandırmak, geliştirmek gibi yükümlülükleri yerine getirmektedirler. Söz konusu bu düzenlemeler imar uygulamaları kapsamında yürütülmektedir. Belediyeler bu açıdan imar uygulamalarıyla alakalı yetkili durumdadır. Bu çalışmada belediyelerin imar uygulamalarıyla alakalı görev ve yetkileri üzerinde durularak belediyelerin sorumlulukları ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İmar, İmar Planlaması

Powers and Duties of Municipalities Regarding Town/Development Planning

Abstract

Municipalities provide services in many regions today. In addition to regulate the municipal area, configure, fulfill obligations as they develop. Said regulations are carried out under the zoning applications. Municipalities are authorized in terms of development status relevant to this application.

*Öğretim Görevlisi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Adalet MYO, gulkarabag@aydin.edu.tr.

This study on the development of applications with relevant duties and powers of the municipal council emphasis will be tried to put forward their responsibilities.

Keywords: *Reconstruction, Development Planning*

Giriş

1980’li yıllardan sonra Türkiye’de merkezi yönetimler giderek görevlerinden bir kısmını yerel yönetimlere ve belediyelere bırakmaya başlamıştır. Bu durum belediyelerin giderek imar uygulamaları kapsamında yer almasına sebep olmuştur. Ayrıca kanunlarla birlikte belediyelerin imar uygulama kapsamında görev ve yetkililerinin artırılması imar planlaması süreçlerinin belediyeler tarafından yürütülmesine sebep olmuştur.

Belediyeler imar planlaması kapsamında, kentsel dönüşüm, arazi ve arsa düzenlemesi, plan değişiklikleri gibi pek çok görevi üstlenmeye başlamıştır. Bu durum belediyelerin bölge içerisindeki sorumluluklarının artmasına neden olmuştur. Bu açıdan belediyeler imar uygulamaları kapsamında ilk önce kamu yararını gözetmek durumdadır. İmar planı kapsamında yapılacak değişikliklerin bireysel çıkarlar yerine şehri ve bölgeyi geliştirici nitelikte olması önem kazanmaktadır¹. Bu çalışma belediyelerin imar uygulamaları kapsamında görev ve yetkilerinin anlaşılması için yapılmıştır.

¹ R. Keleş (2008) *Kentleşme Politikası, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, s.14.*

1. İmar Uygulamalarında İmar Planlaması

Planlama, şimdiden geleceğe yönelik değerlendirmede bulunma; ihtimalleri göz önüne alma, kıyaslama yapma, kişilerin etrafındakilerle düzenli etkileşime girmesini sağlayan faaliyetler olarak açıklanabilecektir. Bu açıdan planlama, şuanda var olan koşullardan geleceğe doğru ilerleyen işlemler olarak değerlendirilebilecektir. Planlama sürecinin beş aşaması bulunmaktadır. . Bunlar; hedef belirlemek, araştırma yapmak, plan yapmak, planın onayı ve uygulama aşamalarından oluşur. Bir planın uygun bir biçimde uygulanabilmesi açısından söz konusu süreçlerin etkin bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir². Bu konu şehir planlaması kapsamında ele alındığında ise planlama kapsamında yürütülen tüm işlemlerin bir süreç içerisinde işleyeceği açıktır.

Kavramsal açıdan imar planlaması, yasal açıdan yetkili olanlar ile yerleşim biçiminin gelecekteki halinin belirlenmesinde sorumluluk sahibi olan idarenin, bölgede yaşayanların yararlarını gözeterek şekilde bölgede fiziksel olarak yaptığı değişiklikler ve işlemler olarak açıklanabilecektir³. Bu açıdan idareler imar planlaması kapsamında buldukları bölgenin fiziki görüntüsünde değişiklik yapmaktadırlar. İmar planlarının başarılı olabilmesi için plan kapsamında farklı dallardan uzmanların bulunması gerekmektedir. Bu açıdan mimarlık, tasarım, peyzaj benzeri branşların imar planı kapsamında olması önemli olacaktır⁴.

² R. Bademli (1993) "Türkiye'de Kent Planlamasının Aşamadığı Temel Sorun; Çok Merkezli Karar Çevresi", 2000'li yıllara Doğru Türkiye'de Kent Planlama Uygulama Sürecinin Değerlendirilmesi ve Yeni Yaklaşımlar Semineri, İller Bankası Genel Müdürlüğü, Ankara, s.51

³ R. V. N. Black (1953) Şehir imar Planlarının Tanziminde Prensipler ve Usuller (Küçük Amerikan Şehirlerinin Planlaması), Uhusan, C. M. (Çev.), Ankara, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik A. O. Yayını, s.18

⁴ B. Günay (2006) "Şehircilik-Planlama-Tasarımlama-Mimarlık-Peyzaj" Planlama, TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayınları, 4 (38):19-22, s.21.

İmar planlaması çevrebilimcilerin, hukukçuların, mühendislerin, mimarların, arkeologların, mimarların ve daha birçok meslekten insanların bir arada çalışabilecekleri bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan toplum gereksinimlerinin gözetilmesi ve imar planının olabildiğince çok soruna çözüm getirecek şekilde dizayn edilmesi önemli olacaktır⁵.

İmar planlarının ileriye gözeterek oluşturulması gerekmektedir. Bu bakımdan imar planlarının yönetmeliklere göre varması gereken hedef, belli yerlerde ve bölgelerde dönüşümü sağlamaktır. Bu bakımdan burada şehirleşme süreci ön plana çıkmış olmaktadır. Ayrıca mülkiyetle alakalı dönüşüm bu açıdan ortaya çıkmış olacaktır⁶.

İmar planlaması genel olarak bölgelerde var olan koşulları geleceğe hazırlamak adına yapılmaktadır. Bu bakımdan imar planları bir takım araştırmalar, coğrafi veriler, maddi imkanlarla alakalı olarak araştırmalar neticesinde oluşturulmaktadır. Ayrıca imar planının uygulanacağı bölgedeki insanların ihtiyaçları, bölge içerisinde sağlık ve eğitim kurumlarının sayısı, bölgedeki nüfus sayısı, bölgenin istihdam seviyesi gibi etmenler imar planı kapsamına alınmaktadır. İmar planları özellikle geleceği göz önünde bulundurmalıdır. İmar planının uygulanacağı bölgenin geleceğiyle alakalı tahmin edilen öğeler planın içeriği belirleyici

⁵ H. Kalabalık (2003) *İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma)*, Ankara, Seçkin Yayınları, s.12.

⁶ B. Günay (1997) "Kentsel Tasarım Kültürü ve Yaratıcılığın Sınırları", *Planlama, TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayınları*, 2 (16): 54-61, s.55.

olmalıdır. Planın gelecekle alakalı olması iyi bir araştırma ve ön görü düzeyini gerektirmektedir⁷.

2. İmar Kanunu ve Getirdiği Değişiklikler

3194 sayılı İmar Kanunu yerel yönetimlerin kuvvetlenmesinin sağlanması maksadıyla oluşturulmuş bir kanundur. Bu açıdan 09.03.1985 tarihli 3194 sayılı İmar Kanunu'nun getirmiş olduğu önemli özellikler şunlardır⁸.

- İmar planlamasını bir sistem dahilinde yürütülmesini sağlamıştır.
- Sosyo-ekonomik etmenleri fiziki planlara dahil edilmesini sağlamıştır.
- Plan kapsamında olan ya da olmayan bölgelerin bir bütün olarak değerlendirilmesini sağlamıştır.
- İmar planının oluşturulmasında ve uygulanmasında belediyeler ile valiliklerin sorumluluklarını artırmıştır. Ayrıca imar planlarının onaylanmasıyla alakalı olarak belediyelere ve valiliklere yetki tanımıştır.
- Yürütülen işlemlerin daha da kolaylaşmasını sağlamıştır.
- Ruhsatlandırma işlemlerini kolaylaştırmıştır.

İmar Kanunu, yerleşim alanlarının sağlığa ve çevreye duyarlı bir şekilde oluşturulmasını amaçlamaktadır. Bu oluşum sürecinin imar planlara bağlı yürütülmesi sürecin düzgün işlemesi açısından önem arz etmektedir. Bu

⁷ O. Sancakdar (1996) *Belediyelerin İmar Planı Yapması, Değiştirmesi ve İptal Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.26.

⁸ E. Ünal (1997) *İmar, Planlama, Uygulama*, Ankara, Bayındırlık Bakanlığı Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü Yayını, s.34.

açından kanun kapsamında istenen olgu, bir arazinin imar planı ile bölge koşullarının dışında kullanılmamasıdır⁹.

İmar Kanunu özellikle planlamalarda mahalli idarelerin yetkilerini artırmıştır. Belediyeler ve valilikler kanun kapsamında yerleşmeyle alakalı işlemlerde yetkili olmuşlardır. Ayrıca imar planlarının hazırlanması ile onaylanması belediyeler ile valiliklere bırakılmıştır¹⁰. Bunun dışında Belediyeler kent imar planlarını, kendilerinin yaptıkları ihaleler ve kendilerinin oluşturdukları planlama büroları ile İller Bankasına verdikleri yetkilerle yürütebilmektedirler.

İmar uygulaması belediyelere 3194 Sayılı Kanun'un 18. maddesi ile tanınmıştır. Aynı Kanun'un 10. Maddesinde imar planının onaylayan belediyelerin onaylarından üç ay sonra, alt yapı, üst yapı, uygulamalar, arazi değişiklikleri benzeri öğeleri gösteren 5 yıllık planı oluşturmaları zorunludur.

Belediyelerin imar planlarını yürütebilmeler için 3194 sayılı Kanun'a uymaları gerekmektedir. Ayrıca imar planlarının kanun kapsamında belirtilen öğelere uygun şekilde yürütülmesi belediyelerin kaynak ve zaman israfı yapmalarını da engelleyecektir¹¹. 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesinde "Karada ve suda daimi veya muvakkat, resmi ve hususi, yer altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan

⁹ *Bayındırlık Bakanlığı (2010) 3194 sayılı İmar Kanunu ve Yönetmelikler, Ankara, Bayındırlık Bakanlığı Yayınları, s.61.*

¹⁰ *Cambazoğlu ve Ayaydın (2011) "İmar Planlarının Yargısal Denetimi", Barolar Birliği Dergisi, Haziran-Mayıs 2011: 295-326, s.298.*

¹¹ *Ünal, 1997, s.38.*

sabit veya müteharrik tesislerdir. Bina, köprü, tünel, rıhtım, yol, telgraf, telefon, kanalizasyon, elektrik, havagazı ve su gibi yeraltı ve yerüstü her türlü yapı ve tesisat yapı deyimi kapsamına girmektedir.” olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan aynı maddede yapı ruhsatiyesi “Yapının yapılması, tamirata, ilave veya değişikliğine belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında uygulanmasına izin veren bir belgedir. Bu belge, ilgili belediye veya valilik tarafından verilir.” şeklinde açıklanmıştır. Bu kanun kapsamında belirtilen yapılarla ilgili olarak, bu Kanun’un 27. maddesinde yer alan bölgelerin dışındaki bölgeler için, valilik ya da belediyelerden yapı ruhsatiyesi alınması zorunludur.

Yukarıda değinilen ruhsatlı alınması gereken yapılarla alakalı olarak bu yapılar üzerinde çalışma yapılması gerektiği durumlarda ruhsatın tekrar alınması gerekmektedir. Çalışma yapılan brüt alanla ilgili bir değişiklik olmadığı durumda vergi ve harç söz konusu olmayacaktır¹². Ruhsatlar yapıların mevzuata ve imar planlarına uygun olup olmadığının kontrolü açısından önem taşımaktadır. İmar Kanunu’nun 32. ile 42. maddelerinde ruhsatlandırma işlemlerini yerine getirmeyenlere yüklü para cezalarını verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Türkiye’de imar mevzuatı İmar Kanunu ile imar kanunu kapsamında oluşturulan yönetmeliklere dayanılarak uygulanmaktadır. Ülkemizde çıkarılan imar yönetmelikleri aşağıdaki gibidir:

¹² K. Turgut (2012) “Belediyelerde İmar Planı Değişikliği Uygulamaları ve Denetimi” Çukurçayır M. A. ve Tekel A. (Ed.) Yerel ve Kentsel Politikalar Konya, Çizgi Kitabevi: 379-412, s.381.

- Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik,
- Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği (söz konusu bu yönetmelikteki düzenlemeler çerçevesinde tüm Büyükşehir Belediyeleri bu yönetmelikten yararlanmaya başlamıştır),
- Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği,
- İmar kanununun 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Sığınak Yönetmeliği,
- Otopark Yönetmeliği,
- Plan Yapımını Yüklenecek Müelliflerin Yeterliliği Hakkında Yönetmelik
- Harita Mühendislik Hizmetlerini Yüklenecek Müellif ve Müellif Kuruluşlarının Ehliyet Durumlarına ait Yönetmelik
- Elektrik İle İlgili Fen Adamlarının Yetki Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik
- Mühendisler Mimarlar ve Şehir Plancıları Dışında Kalan Fen Adamlarının Yetki Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik

3. İmar Planları

5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu düzenlemeleri çerçevesinde büyük şehir belediyeleri nazım planları yapabilmektedir. Ayrıca büyükşehir belediyeleri ilçe belediyelerin uygulama imar planlarını denetleme yetkisine sahip olmaktadır. 6360 Sayılı Kanun ise büyükşehir belediyelerinin sınırlarını büyütmiştir. Bunun dışında bu kanunda belediyelerin daha fazla alanda imar yetkisi olduğuyla alakalı

düzenlemeler bulunmaktadır¹³. 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu kapsamında büyükşehir belediyesi olmayan iller kapsamında belediye sınırlarını aşan bölgelerde imar yetkisi il özel idarelerine ait olmaktadır. 5393 sayılı Kanun'a göre Belediyeler arsa, konut ve imar sorumluluğu gibi görevlere haizdirler.

Daha öncede belirtildiği gibi imar planların oluşturulması ve bu planların onaylanması belediyelere ve valiliklerin sorumlukları altındadır. Bu bakımdan oluşturulan imar planlarının bazı niteliklere sahip olması önemli olacaktır. İmar planların sahip olması gereken nitelikler şunlardır¹⁴.

1. Genellik İlkesi: İmar planları bir şehirle alakalı genel olguları içermektedir. Bu bakımdan ayrıntılar uygulama planları kapsamında belirtilmektedir. Uygulama planları her belediyelerin imar yönetmelikleri içerisinde bulunmaktadır.
2. Geniş Kapsamlılık İlkesi: İmar planları şehirle alakalı ekonomik ve toplumsal sorunları içermektedir. Yani bu planlarda yalnızca yapı ve bölge düzeni bulunmamaktadır.
3. Uzun Süreli Olma İlkesi: İmar planları geleceği düşünerek oluşturulan planlardır. Bu açıdan şehirlerin gelecekte ne gibi özelliklere sahip olabilecekleri düşünülerek imar planlarının oluşturulması gerekmektedir. Bu bakımdan gelecekle alakalı tahminler önem kazanmaktadır.

¹³ M. M. Çiçek (2013) "Yolsuzluklara Karşı Çaresizlik, İmar ve İhale Mevzuatında Yolsuzluğa Yol Açan Açıklar, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından Değerlendirme ve Öneriler" Genç, F. N. (Ed.) Yönetişimin Türk Kamu Yönetimine Yansımaları Çizgi Kitapevi, Konya içinde 109-143, s.112.

¹⁴ M. Ersoy (1997) "İmar Planı Değişiklikleri ve Yargı Denetimi" ODTÜ MFD 1997 (17:1-2) 53-73, s.56.

4. Zorunluluk İlkesi: Kabul gören imar planının uygulanması zorunludur. Bu açıdan yapı sahipleri, belediyeler ile diğer tüm kesimlerin bu plana uyması zorunlu olmaktadır.
5. Nesnellik İlkesi: İmar planlarının adaletli oluşturulması ve adaletli uygulanması anlamına gelmektedir. Bu açıdan imar planlarının belli kesimlere ve kişiler çıkar sağlama amaçlı oluşturulmaması gerekmektedir.
6. Açıklık İlkesi: İmar planlarının tüm kişiler tarafından bilinmesi gerekmektedir. Yani imar planlarının saklı ve gizli olmamasıdır. Kent planlarının bölge insanlarının onayının alınarak oluşturulması bu açıdan önem arz etmektedir.
7. Esneklik İlkesi: İmar planları oluşturulduktan sonra bölge içerisinde önemli değişikliklerin olması halinde planın tekrar düzenlenebilmesini ifade etmektedir. Tekrar düzenlemenin imar planına sadık kalınarak yapılması önemli olmaktadır. Planların hiç değiştirilmeyecek yapıda oluşturulmaması gerekirken, sık sık değiştirilebilecek özelliklere sahip olmaması gerekmektedir.

Kararlaştırılan imar planları mahalli ve merkezi idareler açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu açıdan merkezi yönetimler ile mahalli idarelerin plan kapsamında ortaya konulan unsurlara bağlı kalması ve planın uygulanması açısından belediyelerle ilişki içerisinde olmaları zorunludur¹⁵. Şehirlerin yapısına bir takım farklılıklar getiren imar planları

¹⁵ M. A. Karasu (2007) *İmar Uygulamaları Bağlamında Kente Karşı Suç, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.74.*

bölge insanları ile yönetim kurumlarına bazı sınırlamalar getirmektedir. Bu sınırlamalara “imar planlarının bağlayıcılığı” denilmektedir¹⁶.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7. maddesine göre “çevre düzeni plânına uygun olmak kaydıyla, büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar plânını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak; büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plâna uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar plânlarını, bu plânlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon plânlarını ve imar ıslah plânlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek; nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak.”Büyükşehir Belediyelerinin sorumlulukları içerisindedir. Bu düzenlemeye göre büyükşehirler içerisinde imar planı yapmaya büyükşehir belediyesi yetkili olmaktadır. 5216 sayılı Kanun'un 14. maddesinin son fıkrasına göre,“büyükşehir kapsamındaki ilçe ve ilk kademe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararlar, kararın gelişinden itibaren üç ay içinde büyükşehir belediye meclisi tarafından nazım imar plânına uygunluğu yönünden incelenerek aynen veya değiştirilerek kabul edildikten sonra büyükşehir belediye başkanına gönderilir. Üç ay içinde büyükşehir belediye meclisinde görüşülmeyen kararlar onaylanmış sayılır.”

¹⁶ R. Keleş (2008) *Kentleşme Politikası, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, s.52.*

5216 Kanun'un 11. Maddesi ilçe ve ilk kademe belediyelerin düzenledikleri imar planlarının kontrolünü Büyükşehir Belediyelerine vermiştir. Söz konusu denetim kapsamında Büyükşehir Belediyesi her türlü belgeyi isteyebilecektir. İstenen bütün belgelerin en fazla on beş gün içerisinde Büyükşehir Belediyesine teslim edilmesi gerekmektedir. Söz konusu denetlemelerde Büyükşehir Belediyeleri farklı kurumlardan yararlanabilecektir¹⁷.

3194 sayılı Kanuna göre şehirlerde plan yetkisi belediyelere aittir. Bu düzenleme büyükşehirler içerisinde ilçe belediyeler anlamına gelmektedir. Bu bakımdan belediyeler işgücü ile malzemeleri olması gereken seviyede ise planı kendileri yapabilmekte veya bir kurumla anlaşmaya gidebilmektedirler. İmkanları olmayan belediyelerin planlarını İller Bankasına yaptırabilmeleri de mümkündür. İmar planlarının mevzuattaki düzenlemeler uygun olması gerekmektedir. Ayrıca bu düzenlemelerin Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik kapsamında yer alan kurallara uyması lazımdır.

Plan Yapımına Dair Yönetmelik ile İmar Kanunu düzenlemelerine göre imar planı süreci şu şekilde işlemelidir¹⁸.

1. Planların yapılması belediye meclislerinde kararlaştırılmaktadır. Ayrıca planlarda yapılacak değişiklikler yine belediye meclisinde kararlaştırılmalıdır.

¹⁷ G. Kılınç, H. Özgür ve F. N. Genç (2009) *Yerel Yönetimlerde İmar Uygulamaları ve Etik*, Ankara, Başbakanlık Etik Kurulu yayını, s.64.

¹⁸ Ünal, 1997, s.42.

2. Belediyenin imar planını yaptıracığı müellefi bulması gerekmektedir. İmar planını yerine getirecek müellefin ya da müellef kurumların yönetmelikte belirtilen asgari yeterliliğe sahip olmalarıyla birlikte asgari yeterlilik belgesine sahip olmaları gerekmektedir.
3. Belediye ile müellif arasında sözleşme ile teknik şartlanma imzalanmalıdır. İller Bankası'nın hazırlamış olduğu teknik şartlanma ile sözleşme bu kapsamda kullanılacaktır.
4. İmar planı, şartname ile yönetmelik ekindeki öğelerle uyumlu şekilde oluşturulmak durumundadır.
5. Oluşturulan planların yönetmeliklere ve sözleşmeye uygun olup olmadığının kontrolü gerçekleştirilmektedir. İmar planında bir sorun olmaması durumunda imar planı 3194 sayılı Kanun'un 8. Maddesine göre kabul edilecektir.
6. Belediye meclisinin onayladıkları planlar belediye başkanı tarafından imzalanmakta ve mühürlenmektedir.
7. İmar planının bir nüshası ile belediye meclisinin onan kararı Bakanlığa iletilecektir.
8. Kararlaştırılan planın bir ay içerisinde bölge halkına duyurulması gerekmektedir.
9. İlan süresi içerisinde imar planına yapılan itirazlar 15 gün içerisinde belediye meclisinde karara bağlanmalıdır. Söz konusu olan karar ise yazılı halde 15 gün içerisinde taraflara iletilmektedir. Karara bağlanan imar planları kitapçıklar şeklinde istenildiği takdirde vatandaşlara dağıtılmalıdır.

Daha öncede belirtildiği gibi uygulama imar planlarında hiyerarşinin olması önemlidir. Nüfus büyüklükleri nazım planlar kapsamında belirlenmektedir. Ayrıca 1/5000 ölçekli tüm nazım imar paftası içerisinde 16 tane 1/1000 ölçekli uygulama paftasının bulunması söz konudur. Hiyerarşik yapı nedeniyle uygulama imar planı ile sağlanacak olguların nazım imar planına uygun olması gerekmektedir.

İmar planlarının Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik'te yer alan düzenlemeler ile bazı yargı kararları içerisinde ele alınan “şehircilik ilkeleri” adlı esaslara uygun şekilde oluşturulması gerekmektedir. Söz konusu ilkeler aşağıdaki gibidir¹⁹.

- Değişik tipte ve ölçekte olan planların oluşturulması, uygulamaya konulması ile değiştirilmesi bir bütün olarak değerlendirilmelidir.
- Bütünlüğün yürütülebilmesi bakımından, planlar arasında tutarlılığın bulunması gerekmektedir.
- İmar planlarında gerekli olmadığı sürelerce plan değişikliğine gidilmemelidir. Eğer gerekli olursa değişikliklerin üst ölçekli planlara uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca her zaman kamu yararı göz önünde bulundurulmalıdır.
- Yasal, teknik ve kurumsal mevzuata uygun bir planlamanın yapılması gerekmektedir.
- Üst ölçekli planlara bağlı olan alt ölçekli planlarda uyulması gereken ilkelere bağlı kalınmaması halinde planın itibarının sarsılacağı bilinmesi gerekmektedir.

¹⁹ A. Balcı (2008) “Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Anlayışı”, Balcı, A., Nohutçu, A., Öztürk, N. K., ve Coşkun B. (der.) Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.124.

- Eşitlik ilkesinin imar planının her aşamasında var olması gerekmektedir.
- İdari yargı denetimi içerisinde kamu yararı ön plana çıkıyorsa, her zaman kamu yararına odaklanılması gerekmektedir. Bu bakımdan planların özünde kamu yararı hep olmalıdır.
- Planlama sürecinin mesleki ahlaka bağlı yürütülmesi gerekmektedir.
- Kullanma ile korunma dengesinin doğru nitelikte kurulması gerekmektedir.

4. İmar Planlarının Uygulanışı

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. Maddesi belediyelerin imar planının onadıktan sonra planın uygulamaya konulması için, var olan mali imkânlar çerçevesinde 5'er yıllık imar programları oluşturulması gerektiği söylemiştir. İmar programları oluşturulurken üç öge üzerine odaklanılması gerekmektedir. Bunlar²⁰.

1. İmar programı belediye bütçesiyle ilişkilendirilmelidir. Bu açıdan program için gerekli bütçe ya da çalışan sayısı gibi olgulara sahip olunması gerekmektedir.
2. Kesinlik ilkesine bağlı kalınmalıdır. Zorunlu bir hal olmadan, herhangi bir yıla ait uygulamalar son bulmadan diğer dönemdeki uygulamalara geçilmemesi gerekmektedir.

²⁰ R. Keleş ve A. Mengi (2003) *İmar Hukukuna Giriş*, Ankara, İmge Kitabevi, s.44.

3. Süreklilik ilkesine bağlı kalınmalıdır. Eski imar programının bitmesiyle beraber hemen yeni programın yürütülmeye başlamasıdır.

Programların varlığı program kapsamındaki öğelerin yerine getirilmesini tetiklemektedir. Yani programlar sayesinde belediyeler düzenli hareket etmekte ve zaman kaybı yaşamamaktadır. Ayrıca programlar teknik, kaynak ve mali imkanlarla alakalı sorunların hızlıca çözüme ulaştırılmasını sağlamaktadırlar. Bu bakımdan programlar makul çerçevede uygulandıklarında çalışan ve zaman israfının olmasını engellerler.²¹

Belediyeler imar plan kapsamında kamusallaştırma yapabilmektedirler. Kamusallaştırma işlemleri 2942 sayılı kanun gözetiminde gerçekleştirilmektedir. Belediyelerin Kamusallaştırma yapabilmeleri için 5 yıllık onaylı imar programlarının olması zorunludur.

Belediye imar planı kapsamında ticari bölge, konut, eğlence alanları gibi bölgelerle alakalı olarak bina sayısı, bina yüksekliği benzeri konularla alakalı olarak karar verme yetkisine de sahiptir. Burada anlatılan husus bölgeleme adı altında anılmaktadır.²²

Belediyelerin bölgeleme yapma sebepleri şehir içerisindeki alanların işlevlerine göre ayrılmasını sağlamaktır. Özellikle barınma, sanayi ve

²¹ Ünal, 1997, s.45.

²² Keleş, 1998, s.48.

ticari alanların bölgenmesi önem arz etmektedir. Ayrıca eğitim, sağlık alanlarının bölgenmesi de ayrı bir öneme sahiptir. Bölgenmeyle ilgili önemli bir diğerkonusu Yükseklik Bölgenmesi'dir. Bu bölgenme ile bina yüksekliklerinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Yükseklik Bölgenmesi İmar Kanunu'nun 44. Maddesine göre Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından hazırlanan İmar Yönetmeliklerine göre yapılacaktır.

Bölgenmeyle alakalı diğerkonusu Yoğunluk Bölgenmesidir. Bu uygulama kapsamında ilk başta kamu alanların kapladıkları parsellerin en küçük yüz ölçümlerinin tespit edilmesi ile binaların parsellerle olan ilişki kontrol edilmektedir. İmar Kanunu'nun 15. Maddesi parsel büyüklüklerinin imar yönetmelikleri kapsamında belirlenmesi gerektiğidüzenlemiştir. Buna göre parsel büyüklükleri Tip İmar Yönetmeliğii ile Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğii'nde yer alan düzenlemelere göre belirlenecektir.

3194 sayılı Kanun'un 18. Maddesinde imar alanı içerisinde yer alan arsa ile arazilerin kimin olduğuna bakılmaksızın parsel düzenlemesi, yol düzenlemesi, hisseli ya da kat mülkiyeti kapsamında dağıtım yapmaya belediye yetkili olmaktadır. Bu açıdan bu madde ile arazi ve arsa düzenlemesi belediye yetkisine verilmiş olmaktadır. Ayrıca bu düzenlemeyle alakalı geniş bilgi bu maddeye bağlı olarak Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında ele alınmıştır. Arsa düzenlemesinin yerine getirilebilmesi için 1/1000 ölçekli uygulama imar planı yapılmış olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemenin plana bağlı olması lazımdır. Bunun dışında arsa

düzenlemesinin yönetmelik ile kanun kapsamında belirtilen biçimde yerine getirilmesi şarttır.²³

5. İmar Planının Değiştirilmesi

İmar planı kimi durumlarda hedeflenen öğeleri başaramaması halinde değiştirilebilmektedir. Söz konusu bu değişiklik İmar Planı Yapılması ve Değişikliklere Ait Esaslar Dair Yönetmelik'te açıklanmaktadır.

3194 sayılı Kanun'un 8. Maddesi plan değişikliklerinin planın onaylanması sırasındaki kullanılan metotlarla yapılması gerektiği belirtmektedir. Ayrıca aynı kanunun 9. Maddesinde alt yapı, üst yapı, enerji tesisleri, kamu binaları gibi yapıların Gecekondu Kanunu, doğal yaşamı etkileyen afetler ile toplu konut uygulaması gibi konularla alakalı plan değişikliklerinin Bakanlığın uygun görmesiyle yapılabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte havaalanları, demiryolu ile karayolu geçen birden fazla belediyeye alakalı imar planlarını belediyelere ya da diğer idarelere Bakanlık yaptırtabilecektir. Yine 9. Maddede bir konu hizmetinin yerine getirilmesi için kamu binalarında ya da yapılarında değişikliğin yapılması gerektiği durumlarda Bakanlık valilik üzerinden ya da kendi değişiklik yapılmasıyla ilgili olarak onay verebilecektir.

İmar planı değişikliklerinin önemli bir sebebi olması lazımdır. Ayrıca yapılacak değişikliğin kamu yararına yapılması önem arz etmektedir. Bu açıdan kişisel çıkarlardan çok şehir gelişmesine ve güzelleşmesine olanak

²³ N. E. Ülger (2010) *Türkiye'de Arsa Düzenlemeleri ve Kentsel Dönüşüm*, Ankara, Nobel, s.81.

sağlayan değişimlerin olması gerekmektedir. Bunun dışında imar planındaki değişikliğin tüm imar planını baltalayıcı nitelikte olmaması lazımdır.²⁴

Sonuç

Türkiye’de planlamanın hukuki dayanakları karmaşık bir yapıya sahiptir. Merkezi yönetime bağlı olarak pek çok bakanlık ve kamu kurumu ile çeşitli yerel yönetim organları farklı ölçeklere sahip planları yapmak ve uygulamakta birlikte sorumludurlar. Kurumlar sahip oldukları vizyon ve bakışına uygun plan hazırlama gayesi içindedirler. Kurumlararası ilişkilerin, iletişimin ve işbirliğinin yeteri kadar güçlü olmaması nedeniyle bir kurumun hazırladığı bir imar planı diğer kurum tarafından uygun görülmemekte ve beğenilmemektedir. Özellikle imar planlarının uygulanması safhasında çatışmalar ve anlaşmazlıklar sıklıkla yaşanmaktadır. İmar planlarının uygulanması sırasında bir takım hiyerarşilerin olması uygulanmasını kolaylaştıracaktır. Bu bakımdan kalkınma planları, bölge planları ile kent planları kendi kısıtlamaları altında birbiriyle bağlantılı şekilde yürütülmelidir. İmar planlarında üst konumda olan öğelerin girdilerinin belirlenmeden alt kademedeki planların oluşturulması yarar sağlamayacaktır.

²⁴ Keleş, 2008, s.52.

Kaynakça

- [1] Bademli, R. (1993) “Türkiye’de Kent Planlamanın Aşamadığı Temel Sorun; Çok Merkezli Karar Çevresi”, *2000’li yıllara Doğru Türkiye’de Kent Planlama Uygulama Sürecinin Değerlendirilmesi ve Yeni Yaklaşımlar Semineri*, İller Bankası Genel Müdürlüğü, Ankara.
- [2] Balcı, A. (2008) “Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Anlayışı”, Balcı, A., Nohutçu, A., Öztürk, N. K., ve Coşkun B. (der.) *Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- [3] Bayındırlık Bakanlığı (2010) *3194 sayılı İmar Kanunu ve Yönetmelikler*, Ankara, Bayındırlık Bakanlığı Yayınları.
- [4] Black, R. V. N. (1953) *Şehir imar Planlarının Tanziminde Prensipler ve Usuller (Küçük Amerikan Şehirlerinin Planlaması)*, Ulusan, C. M. (Çev.), Ankara, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik A. O. Yayını.
- [5] Cambazoğlu ve Ayaydın (2011) “İmar Planlarının Yargısal Denetimi”, *Barolar Birliği Dergisi*, Haziran-Mayıs 2011: 295-326.
- [6] Çiçek, M. M. (2013) “Yolsuzluklara Karşı Çaresizlik, İmar ve İhale Mevzuatında Yolsuzluğa Yol Açan Açıklar, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından Değerlendirme ve Öneriler” Genç, F. N. (Ed.)

Yönetişimin Türk Kamu Yönetimine Yansımaları Çizgi Kitapevi,
Konya içinde 109-143.

- [7] Ersoy, M. (1997) “İmar Planı Değişiklikleri ve Yargı Denetimi”
ODTÜ MFD 1997 (17:1-2) 53-73.
- [8] Günay, B. (1997) “Kentsel Tasarım Kültürü ve Yaratıcılığın
Sınırları”, *Planlama*, TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayınları, 2
(16): 54-61.
- [9] Günay, B. (2006) “Şehircilik-Planlama-Tasarlama-Mimarlık-
Peyzaj” *Planlama*, TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayınları, 4
(38):19-22.
- [10] Kalabalık, H. (2003) *İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı,
Koruma)*, Ankara, Seçkin Yayınları.
- [11] Karasu, M. A. (2007) *İmar Uygulamaları Bağlamında Kente Karşı
Suç*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü.
- [12] Keleş, R. (2008) *Kentleşme Politikası*, Genişletilmiş ve
Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi.
- [13] Keleş, R. ve Mengi, A. (2003) *İmar Hukukuna Giriş*, Ankara, İmge
Kitabevi.

- [14] Kılınç, G., Özgür, H. ve Genç F. N. , (2009) *Yerel Yönetimlerde İmar Uygulamaları ve Etik*, Ankara, Başbakanlık Etik Kurulu yayını.
- [15] Sancakdar, O. (1996) *Belediyelerin İmar Planı Yapması, Değiştirmesi ve İptal Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- [16] Turgut, K. (2012) “Belediyelerde İmar Planı Değişikliği Uygulamaları ve Denetimi” Çukurçayır M. A. ve Tekel A.(Ed.) *Yerel ve Kentsel Politikalar* Konya, Çizgi Kitabevi: 379-412.
- [17] Ülger, N. E. (2010) *Türkiye’de Arsa Düzenlemeleri ve Kentsel Dönüşüm*, Ankara, Nobel.
- [18] Ünal, E. (1997) *İmar, Planlama, Uygulama*, Ankara, Bayındırlık Bakanlığı Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü Yayını.

Tekel Genel Müdürlüğü'ne Ait Taşınmazın Satış Yöntemiyle Özelleştirilmesine İlişkin Karar Tahlili

Analysis of decisions concerning privatization by sale method of real property of belonging to general directorate of monopoly

Rıdvan AKIN*

I. Olay

Davacı: DİSKİ Genel Müdürlüğü / DİYARBAKIR

Davalı: Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 05.02.2001 tarih ve 2001/06 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamına alınan Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. (TEKEL)'in mülkiyetin devri hariç kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni haklarının tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine karar verilmiştir. 05.02.2002 tarih ve 2002/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla TEKEL'in özelleştirme stratejisinin mülkiyetin devrine de olanak sağlayacak şekilde yeniden belirlenmiş olup, 4046 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 25.12.2003 tarih ve 1147 sayılı Olur'una istinaden anonim şirkete dönüştürülmüştür.

**(Arş. Gör.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı*

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 2007/60 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamında bulunan Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş.'ye (TTA) ait ihtiyaç fazlası taşınmazların "Satış" yöntemi ile özelleştirilmesi ve kararın uygulanmasına ilişkin her türlü işlemin tekemmül ettirilmesi hususunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığının yetkili kılınmasına karar verilmiştir. Davacı tarafından davalı idareye verilen 31.03.2010 tarih ve 6040 sayılı dilekçe ile; imar planında yeşil alan ve atık su arıtma tesisi alanı olarak Diyarbakır ili, Merkez Çaruği mahallesi, 309 no'lu parselde ayrılan gayrimenkul üzerinde zemin etüt çalışmalarına başlanılmış olup, tapu kayıtlarında Maliye Hazinesi (2/10 hisse) ve TEKEL (8/10 hisse) arasında hisseli olduğu görülen 86.832 m² taşınmazın TEKEL'e ait 8/10 hissenin tamamının (69.465,6 m²) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi gereği beher metrekaresi 2.00-TL'den devrinin talep edilmiştir. Bunun üzerine davalı idarece 12.08.2010 tarih ve 6572 sayılı işlem ile, TTA'dan alınan konuya ilişkin görüşte belirtilen Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayımlanan 2010 yılı Asgari Ölçüde Arsa ve Arazi Metrekare Birim Değerleri dikkate alındığında anılan taşınmazların rayiç değerinin 2.604.960.-TL olduğu, 8/10 hissesine düşen kısmı ise 2.083.951,80.-TL (m² fiyatı 30,00.-TL) olduğu davacıya bildirilmiştir. Davacı ise 13.10.2010 tarihli yazı ile davalı idareye bu bedelin yüksek olduğu devir için önerilen 138.931.-TL bedel ya da piyasa rayiç fiyatına uygun makul bir bedel tespit edilerek taraflarına bildirilmesini istemiştir. Buna binaen TTA'nın görüşlerine başvurularak 02.12.2010 tarih ve 11192 sayılı yazı ile taşınmazın rayiç değerinin önceki bildirilen değer olduğunu ve sözü edilen taşınmazın yeni ihale listesine dâhil edildiğini, taşınmazın 4046 sayılı Kanun çerçevesinde bedeli

mukabilinde Diyarbakır Büyükşehir Belediyesine devri veya ihale yoluyla satılmasının İdarenin (ÖİB) yetkisinde olduğunu davalı taraf olan idareye bildirmiştir. Tüm bunlar üzerine 09.01.2011 tarih 27810 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ihale ilanı uyarınca taşınmaz özelleştirme kapsamında ihaleye çıkarılmıştır. Dava dosyası içerisinde mevcut sözü edilen taşınmaza ilişkin değerlendirme raporu, Değer Tespit Komisyonu Raporu ile İhale Komisyonu tarafından uygulanan ihale sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin incelenmesinden, hizmet alınan Danışman Firma tarafından sözü edilen taşınmazın değerinin tespit edildiği, 07.10.2010 tarihli, 2010 TEKEL-036 sayılı Değer Tespit Raporunda; 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (B) bendi çerçevesinde taşınmazın değer tespiti için belirtilen Ekspertiz Değeri ve Tasfiye Değeri yöntemlerinin kullanıldığı, taşınmazın Ekspertiz Değerinin 695.000.-TL (m²'si 10-TL), Tasfiye Değerinin ise 660.000.-TL (m²'si 9,5-TL) tespit edildiği, 03.01.2011 tarihli Değer Tespit Komisyonu kararı ile de Ekspertiz Değerinin özelleştirme ihalesinde referans değer olarak kabul edildiği, 25.01.2011 tarihinde pazarlık usulü ile yapılan ihaleye 4 isteklinin katıldığı, birinci sırada teklif veren isteklinin geçici teminat mektubunun belirtilen geçerlilik süresinin yeterli olmadığı tespit edilince ihale dışı bırakılması sonrası yapılan açık artırmada isteklilerden kapalı zarf teklifleri üzerinde fiyat teklifi alındığı, 27.01.2011 tarihli İhale Komisyonu kararı ile taşınmaza ihalede en yüksek teklifi veren Durmaz Otomotiv Petrol Ürünleri İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne 700.000,-TL bedelle ihale şartnamesi çerçevesinde satılmasına karar verildiği, 21.02.2011 tarih ve 2011/ÖİB-K-02 sayılı davalı idare kararı ile İhale Komisyonu kararının onaylandığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, ihale sonrası 27.04.2011 tarihli taşınmazın devrine ilişkin satış sözleşmesinin imzalanması ve alıcı lehine tapuda tescil sonrası davacı tarafından dava konusu taşınmazın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca kamulaştırma bedelinin tespiti ve tesciline ilişkin Diyarbakır 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/2 sayılı esasına kayden açılan davada adı geçen Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen 24.04.2012 tarihli Bilirkişi Raporunda, 309 parsel de kain taşınmazın kamulaştırmaya esas değerinin dava tarihi itibarıyla 1.873.487,23.-TL (26,97-TL x 69.465,60) tespit edildiği, kamu yararı göz önünde bulundurulmadan alıcıya haksız kazanç sağlanmasına ve kamu zararına yol açan dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek Danıştay 13. Dairesinden iptali istenilmektedir. Danıştay 13.Dairesi ise davaya konu taşınmazın değerinin rayiç bedele uygun ve sağlıklı bir şekilde belirlenerek kamu kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması gerektiğinden, değerlemeden beklenen amaca aykırı olarak tespit edilen değer esas alınarak taşınmazın varlık satış yöntemiyle özelleştirilmesi için pazarlık usulü ile yapılan ihale sonucu satılmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararı ve özelleştirmenin amacına uygun olmaması sebebiyle ihalenin iptaline hükmetmiştir¹.

II. Çözümü Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konumuz olaydaki hukuki sorun, 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesi binaen satış konusu kuruluşların değerinin daha etkin bir şekilde belirlenmesi ve kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde

¹ Danıştay 13. Dairesi, T.24.3.2015, E. 2011/2197,K. 2015/1147(Yayımlanmamıştır).

özelleştirilmesinin sağlanması hususlarını içeren değerlemenin kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygun olup olmadığıdır.

III. Sorunun Çözümünde Yararlanılacak Kaynaklar

-4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun madde 2, 3, 18, 20,41

-Danıştay Kararları

IV. Davalı Tarafın Ve Mercilerin Görüşleri

a. Davalı Tarafın Savunması: Davanın süresinde açılmadığı ve davacının dava açma ehliyetinin bulunmadığı yönünden usul yönünden reddi gerekmektedir. Ayrıca davacının sözü edilen taşınmazı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca m²'si 2 -TL'den (69.465,60x2) 138.931,00.-TL bedelle devrini talep etmesi üzerine bahse konusu taşınmazın emlak rayiç değerinin davacıdan istenildiği, davacı dava konusu taşınmazın kamulaştırılmasının düşünüldüğünü belirtmesine karşın yetkili organca alınmış kamulaştırma kararı bildirilmediği, taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin bir komisyon kurulmadığı, davacı ile yapılan yazışmalardan sonuç alınamaması nedeniyle taşınmazın özelleştirilmesine ilişkin işlemlere başlanıldığı, 4046 sayılı Kanun'un değer tespitine ilişkin hükümleri uyarınca hizmet alınan danışman firma tarafından hazırlanan Değer Tespit Raporu dikkate alınarak yapılan ihalenin kanun ve usule uygun olduğu ileri sürülerek, esastan reddi gerekmektedir.

b. Danıştay Tetkik Hâkimi Görüşü: 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesi binaen satış konusu kuruluşların değerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesi ve kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması hususlarını içeren değerlemeden beklenen amaca aykırı olarak taşınmazın varlık satış yöntemiyle özelleştirilmesi için pazarlık usulü ile yapılan ihale sonucu satılmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmadığından iptali gerektiği düşünülmektedir.

c. Danıştay Savcısı Görüşü: Olayda; 12.08.2010 tarihinde davalı idare tarafından, davacının yukarıda anılan mevzuata dayalı devir talebinin uygun görülüp, bedelin de 2.604.960 TL. olarak öngörülmesine karşılık; aradan geçen kısa süre sonrasında aynı taşınmazın 695.000 TL. referans değer üzerinden davacının bu yeni bedel tespiti ve miktar hakkında bilgilendirilmeksizin satışa çıkartılıp ihale sonucunda 700.000 TL. Bedelle 3.kişiye satılmasında idarenin istikrar ve devamlılık ilkesine uygunluk bulunmamaktadır.

Dava konusu taşınmazın değerinin; TTA'nın 24.06.2010 tarih ve 6069 sayılı yazısıyla 2.604.960-TL olduğunun belirtilmesi yanında, aynı parselin 4/5 hissesine ilişkin olarak Diyarbakır Dördüncü Asliye Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen 24.04.2012 tarih ve E:2011/2 sayılı bilirkişi raporunda dava konusu taşınmazın birim değerinin 26.97 TL olarak belirlenmiş bulunması ve bu rakamın ihale ve satışta referans değer olarak ele alınan rakamın 2,5 katından fazla olması karşısında, davalı idarece bu husustaki çelişkinin

nedenleri araştırılıp, TTA'nın öngördüğü miktar ile ihale için referans değer olarak belirlenen miktar arasındaki büyük farkın nedenine yönelik olarak hukuken kabul edilebilir bir sebebin varlığı ortaya konulmaksızın gerçekleştirilen; devir talebini hukuka uygun şekilde sonuçlandırmaksızın taşınmazın ihaleye çıkarmasında ve yeterli rekabet sağlanmadan gerçekleştirildiği anlaşılan ihale işlemlerinde kamu yararına ve kanuna uygunluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

V. Davanın Konusuna İlişkin Teorik Bilgiler

a. Özelleştirme Kavramı Ve Amaçları

Özelleştirme ilk defa 1979 yılında İngiltere’de Muhafazakar Partinin seçim manifestosunda yer almış, ilk özelleştirme uygulamaları da (Şili uygulaması hariç tutulacak olursa) yine İngiltere’de Thatcher’in Başbakanlığı döneminde Muhafazakar Parti döneminde gerçekleştirilmiştir². Uygulamanın dünyaya ihraç edilir bir konuma ulaşması, Kasım 1980’de Ronald Reagan’nın ABD başkanlık koltuğuna oturmasıyla olmuştur. Ülkemizde özelleştirme uygulamalarına 1984 yılında başlanmıştır. Kamu İktisadi Teşebbüslerine bağlı bazı işletmelerin hisse senetlerinin satışı yoluyla halka açılması önerisi ilk defa Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı’nda (1985-1989) yer almıştır. Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planında “özelleştirme” kavramı kullanılmamış, sadece Kamu

² Nursel Öztürk, *Özelleştirme Ders Notları*, <http://www.oib.gov.tr/linkler.htm>, s.7.; İzak Atıyas, Burak Oder, *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk Ve Ekonomisi, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Ankara, 2009, s.1.*

İktisadi Teşebbüslerinin hisse senetlerinin halka açılmasından bahis edilmiştir³.

Birçok ülkede sistemli bir şekilde uygulama alanı bulan “Özelleştirme” kavramının tek ve kesin bir tanımını yapmak olanaksızdır⁴. Özelleştirme kavramını dar ve geniş manada ele alarak incelemek mümkündür. Dar anlamıyla, “devletin elinde bulunan üretim birimlerinin mülkiyetinin ve yönetiminin özel sektöre devredilmesi” olarak tanımlanmaktadır⁵. Geniş anlamda özelleştirme ise, mülkiyet devrinin yanı sıra, bu tür kuruluşların özel kesime kiralanması, kamu kesimi tarafından üretilen mal ve hizmetlerin finansmanının özel kesimce sağlanması, yönetimin özel kesime devri, mal ve hizmet üretimindeki kamusal tekellerin kaldırılması ve kurumsal serbestleşme de özelleştirme kavramı içinde yer almaktadır⁶. Özelleştirmenin kapsadığı alan, kamu kesiminin sahip olduğu endüstriyel ve ticarî teşebbüslerin mülkiyet, idare ve denetimlerinin tümüyle veya kısmen özel kişi ve kuruluşlara devredilmesinin, kamusal veya yarı kamusal mal ve hizmetlerin finansmanının veya üretiminin özelleştirilmesinin, kamu hizmetlerinin ihâle, imtiyaz verme gibi yolları kullanarak özel kesime yaptırılmasının, kiralama ve finansal kiralama, ortak yatırım ve hizmet alımları için yardımda bulunulmasının, piyasa mekanizmasının işlemlerini engelleyen her türlü kanunî ve kurumsal

³ Süleyman Yaşar, *Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.61.

⁴ Taner Özbek, *Türkiye’de ve Dünya’da Özelleştirme Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Analizi*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, s.32.

⁵ Funda Öztürk, *Özelleştirmede Kamu Yararı Kavramı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.34.

⁶ Öztürk, a.g.e., s.8.

serbestleşmenin sağlanmasının düzenlenmesini ve buna ilişkin uygulamalardır⁷.

Dünyada özelleştirmeyi uygulayan ülkelerin ihtiyaçlarına göre değişkenlikler gösterse de özelleştirmenin amaçlarını⁸ belli kategoride toplamak mümkündür. Bunlar ekonomik, mali, toplumsal, siyasal amaçlardır.

Ekonomik amaçları şunlardır⁹:

Küçük ölçekte şirket verimliliğini sağlamak, karlılığı arttırmak, Küçük ölçekte ise serbest piyasa ekonomisini tüm kurum ve kurallarıyla işler hale getirmek,

Kıt Kaynakların optimal dağılımını,

Yabancı Sermayenin ülkeye girişini,

Döviz gelirini arttırmak,

Yabancı sermayeyi çekmek suretiyle ülkeye modern teknoloji ve yönetim tekniklerin transferini sağlamaktır.

Mali amaçlar şunlardır¹⁰:

Devlete gelir sağlamak,

Vergileme yapısını değiştirmek,

⁷ Mustafa Avcı, *İdarenin Kamu Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon*, TAAD, Y.5, S.16 (Ocak 2014), s.115.

⁸ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 3.10.1990 tarih ve 953 sayılı kararında özelleştirmenin amaçlarını: "Ekonomide verimliliği arttırmak, Fiyatları düşürmek, Piyasa ekonomisini tüm kurum ve kuralları ile işler hale getirmek, Kaynakların etkin dağılımını sağlamak, Devlet bütçesini küçültmek, Gelir sağlamak, Kamuda çalışanların sayısını azaltmak ve aşırı tekelci durumdaki sendikaların gücünü kırmak şeklinde sıralamıştır", M. Emin, Ruhi 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet Ve Özelleştirme, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2003, s.103; Öztürk, a.g.e., s.9.

⁹ Özbek, a.g.t., s.35; Gonca Güngör, *Tarihi Açından Türkiye'de Özelleştirme Uygulamalarının Değerlendirilmesi*, Sakarya İktisat Dergisi, S.2, Eylül 2012, s.130.

¹⁰ Öztürk, a.g.e., s.11; Güngör, a.g.m., s.131; Özbek, a.g.t., s.38.

Kamu kesiminde ki işgücü fazlalığının önlenmesi,
KİT'leri zarardan kurtarmaktır.

Toplumsal ve Siyasi amaçları ise şu şekildedir¹¹:

Sermayenin tabana yayılmasını sağlamak ,

Siyasal felsefeyi yürürlüğe koymak,

Yolsuzlukların Önlenmesini sağlamak,

Yozlaşmayı ve siyasi sistemdeki tıkanmaya azaltarak demokrasinin gelişmesini sağlamaktır.

Anayasamızın “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlığını taşıyan 47. maddesinin 3. fıkrasına göre; “Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.” Aynı maddenin 4. fıkrasında ise; “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin ve devredilebilirliğinin kanunla belirleneceği” düzenlenmiştir. Bu maddenin kenar başlığı “Devletleştirme” iken 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla “Devletleştirme ve Özelleştirme” şeklinde değiştirilmiş ve 3 ile 4. Fıkralar ilave edilmiştir. Özelleştirme uygulamalarının Anayasal temelini bu maddeler oluşturmaktadır¹².

Hukuki metinlerde özelleştirmeye işaret eden ilk düzenleme 440 sayılı “İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında

¹¹ Hulki Cevizoğlu, *Türkiye Gündemindeki Özelleştirme*, İlgı Yayıncılık, İstanbul, 1989, s.32-33, Öztürk, a.g.e., s.12; Güngör, a.g.t., s.132; ÖİB. (2012). <http://www.genelbilge.com/ozellestirme-nedir-tanimi-ve-ortaya-cikis-sureci.html/>, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

¹² Avcı, a.g.m., s.118.

Kanun'da yer almaktadır. 233 sayılı KHK ile KİT'lere ilişkin günümüzde de geçerli olan kapsamlı düzenlemeler yapılmış, özelleştirme mevzuatına ilişkin bir zemin oluşturulmuştur. Daha sonra 304 sayılı KHK, 2983 sayılı kanun, 2985 sayılı kanun yayımlanmıştır. Gerçek anlamda özelleştirme işlemlerinin başlatıldığı ve özelleştirme sözcüğünün ilk defa mevzuatımızda yer aldığı kanun 3291 sayılı kanundur. Özelleştirme konusuna ilişkin ilk özel ve kapsamlı düzenleme 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur. 21.07.2005 tarihli 5398 Sayılı Kanun ile de 4046 Sayılı Kanun'da bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre daha önce de ifade ettiğimiz üzere 4046 Sayılı Kanun'un ilk olarak "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" şeklindeki adı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir¹³.

4046 Sayılı Kanun ile özelleştirmenin kapsamı genişletilerek, kamu iktisadi teşebbüslerinin yanı sıra diğer mal ve hizmet üreten birimlerin de özelleştirilmesine imkân verilmiştir. Buna göre Kanunun birinci maddesinde "kuruluş" adı verilen özelleştirmeye konu olabilecek kamu varlıkları ve hizmetleri sayılmıştır¹⁴.

4046 sayılı Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin (A) fıkrasında, bu Kanunun amacının, bu maddede sayılan kuruluşların

¹³ İsmail Destan, *Özelleştirme Uygulamalarında İhale İşlemleri*, *Dış Denetim Dergisi*, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.45.

¹⁴ Destan, a.g.m., s.45.

ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Bu iki koşulun birlikte aranması, kimi özelleştirmelerde yapılan özelleştirmenin doğası ve olgusal nedenleriyle çelişik neticelere varılmasına sebep olmaktadır. Misal olarak ekonomide verimliliği arttıran, ancak kamu giderlerinde azalma sağlamayan ya da kamu giderlerinde azalma sağlayan, ancak ekonomide verimlilik artışı sağlamayan bir özelleştirme iptal kararıyla karşı karşıya kalabilecektir¹⁵. Bunun yanında özelleştirme ile beklenen amaçlar, yasanın gerekçesinde yer alan tanımlamada daha geniş olarak ifade edilmiştir. 4046 sayılı Yasanın gerekçesinde Özelleştirme, “geniş anlamda devletin iktisadi faaliyetlerinin en aza indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması, KİT’lerin devlet bütçesi üzerindeki finansman yükünün hafifletilmesi, rekabete dayalı piyasa ekonomisinin gerçekleştirilmesi, atıl tasarrufların ekonomiye kazandırılarak sermaye piyasalarının geliştirilmesi ve bu şekilde elde edilecek kaynakların, alt yapı yatırımları, savunma, eğitim ve sağlık hizmetlerinde kullanılması suretiyle, ekonomide verimliliğin arttırılmasını sağlayan önemli araçlardandır” şeklinde tanımlanmıştır.

Daha önce görevli bulunan Bakanlar Kurulu, Yüksek Planlama Kurulu, Kamu Ortaklığı Kurulu, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının yetkilerinden kaynaklanan karmaşa 4046 Sayılı Kanun ile özelleştirme uygulamalarında tek yetkili karar organı olarak Özelleştirme Yüksek Kurulunun belirlenmesiyle ortadan

¹⁵ *Atıyas-Oder, a.g.e., s.144; Destan, a.g.m., s.46.*

kaldırılmıştır. Ayrıca özelleştirme uygulamalarını yürütmek ve sonuçlandırmak üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kurulmuştur¹⁶.

b. Özelleştirme Aşamaları

Özelleştirme sürecinin izah edilmesi 4046 sayılı kanun ile Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği ile olmuştur. Özelleştirme işlemine başlanabilmesi için öncelikle özelleştirilecek olan şirketin seçilmesi gerekmektedir. Özelleştirmeye karar verme yetkisi Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu (Kurul) kurul tarafından olmaktadır. Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla özelleştirilecek şirket belirlendikten sonra süreç yine ÖYK'nın kuruluşa ilişkin özelleştirme kapsamına veya programına alınmasıyla devam etmektedir. Kuruluşların "Özelleştirme kapsamına" alınmasına, özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibarıyla özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki yapıları bakımından "özelleştirmeye hazırlanmasına", hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmeyenlerin ise doğrudan "özelleştirme programına" alınmasına karar vermeye ve özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için süre tespit etmeye Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla olmaktadır. Yine bu aşamada ÖYK, özelleştirme kapsamına alınmış olan kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirme kapsamından çıkarılarak eski statülerine iade edilmesine karar vermeye yetkilidir¹⁷.

¹⁶ Destan, a.g.e., s.45.

¹⁷ Öztürk, a.g.t., s.74.

Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlardan; mali ve hukuki bakımdan özelleştirmeye hazırlanmalarına karar verilenlerin hazırlık işlemleri tamamlanıncaya kadar bunların bağlı buldukları bakanlık veya bağlı kurumlar ile ilgileri ve önceki statüleri aynen devam eder. Hazırlık işlemleri tamamlanarak kurulun kararı ile özelleştirme programına alınanlar ile doğrudan özelleştirme programına alınanlar, Kurul kararının alındığı tarihte başka bir işleme gerek olmadan ve bedel olmaksızın Özelleştirme İdaresi Başkanlığına devredilmiş sayılır¹⁸.

Sonraki aşama ise özelleştirme yönteminin belirlenmesi aşamasıdır. Özelleştirme yöntemine alınan kuruluşların, hangi yöntemle ne kadar süre içerisinde özelleştirileceği ÖYK tarafından belirlenmektedir. Özelleştirme uygulamalarında kullanılan yöntemler 4046 sayılı kanunun 18/A maddesinde sayılmıştır. Bu yöntemler, satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, gelir ortaklığı modeli ve sair hukuki tasarruflar olmak üzere beş ana gruba ayrılmaktadır. Bunlardan satış yöntemi alt yöntem olarak varlık ve hisse satışı içermektedir¹⁹. Kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının ve hisse senetlerinin, bir kısmının veya tamamının blok satış, halka arz, borsada satış gibi, Yasada gösterilen yöntemlerle alıcıya bir bedel karşılığı devredilmesidir²⁰. Satış yöntemlerinden olan varlık satışı ise, devlet şirketlerinin veya kuruluşlarının aktifinde bulunan taşınır veya taşınmaz değerlerin özel tüzel ya da gerçek kişilere satışdır. Varlık satışı ile özelleştirmeye konu olan birim, kuruluşun bir fabrikası veya işletmesi

¹⁸ Öztürk, a.g.t., s.75-76.

¹⁹ Destan, a.g.m., s.50.

²⁰ Öztürk, a.g.e., s.54.

olabileceği gibi, arazi, arsa, bina veya kayıtlı taşınır mallar da olabilmektedir. Diğer ifadeyle varlık satışında özelleştirilecek kuruluşun faaliyeti değil, bu kuruluşların, taşınmaz, makine veya tesis gibi varlıkları satılmaktadır²¹.

Yöntem belirlendikten sonraki aşama, özelleştirilecek varlıkların tespiti aşamasıdır. Özelleştirme uygulamalarında, özelleştirilecek işletme, fabrika gibi varlıkların tüm olarak özelleştirilmesi durumunda değer tespitinin de tüm kuruluşlar için yapılması gerekir. Fakat özelleştirme programına alınan kuruluşun belli varlıkların özelleştirilmesi durumunda ise sadece bu varlık için değer tespiti yapılacaktır²². Özelleştirme programına alınmış kuruluşların değer tespit çalışmaları, Yasanın 18. maddesi uyarınca özelleştirilecek kuruluşun özelleştirme işlemlerinden sorumlu proje grup başkanının başkanlığında, söz konusu projede görevli bir uzman ve Proje Hazırlık Dairesi, Sermaye Piyasaları Dairesi ve gayrimenkul işlerinden sorumlu daire görevlileri (başkan veya uzmanın katılımı şeklinde) olmak üzere 5 kişiden oluşmakta ve İdare Başkanının teklif üzerine Başbakanın onayı ile göreve başlayan değer tespit komisyonları tarafından gerçekleştirilmektedir²³.

Değer ve değerlemenin anlamları şu şekildedir: Herhangi bir nesnenin sağladığı toplam fayda, kullanım değeri, herhangi bir varlığın başka birine verildiğinde karşılığında alınabilecek nesne miktarı olarak tanımlanmaktadır. Bir varlığın değerinin tespit edilmesine ilişkin

²¹ Öztürk, a.g.e., s.56.

²² Yasın, a.g.e., s.142.

²³ Öztürk, a.g.t., s.76.

faaliyetlere değerlendirme adı verilmektedir. Değerleme ise toplam aktiflerin değerinin takdir ve tahmini şeklinde tanımlanmaktadır²⁴. Satış yöntemi uygulanırken özelleştirmenin başarılı bir şekilde yapılması diğer aşamaların yanında; değer tespit işlemlerinin zamanlamasına, uygun değer tespit yöntemlerinin belirlenmesine bağlıdır²⁵. Bir firma için değerlendirme yapılırken mümkün mertebe fazla yöntem kullanarak değer tespiti yapılmaya çalışılmalıdır. Bu sebepten ötürüdür ki en az iki yöntemle değerlendirme yapılma zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle, değerlendirilmesinde referans değere mümkün olduğunca ulaşılacak, az hata yapılarak, eleştiriler azaltılmış olacaktır. Kanunda değerlendirme yöntemleri şu şekilde sayılmıştır. İndirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer), defter değeri, net aktif değeri, amortize edilmiş yenileme değeri, tasfiye değeri, fiyat/kazanç oranı, piyasa kapitalizasyon değeri, piyasa değeri/defter değeri, ekspertiz değeri, fiyat/nakit akım oranı yöntemleridir²⁶.

İhaleye ilişkin hazırlık süreci tamamlandıktan sonra özelleştirmeye konu kuruluş, işletme veya varlıklarla, özelleştirme yöntemiyle ilgili bilgiler veren ve ihalede uyulması gereken idari, teknik, mali hususları düzenleyen bir ihale şartnamesi hazırlanmakta ve başkanlık makamından ihaleye olur eki alınmaktadır. İhale oluru ile ekleri, ihale işlem dosyasının düzenlenmesi ve ihale komisyonuna sunulması için ilgili proje başkanlığınca İhale Hizmetleri Daire Başkanlığına gönderilir. Bu Daire Başkanlığınca hazırlanan ‘‘İhale işlem dosyasında’’ Kurul kararı ilan

²⁴ Melikşah Yasin, *Uygulama Ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.141-142.

²⁵ Destan, a.g.m., s.49.

²⁶ Yasin, a.g.e., s.146; Destan, a.g.m., s.50.

metni, ihale şartnamesi ve ekleri ile değer tespit komisyon kararı ve diğer belgeler yer alır²⁷.

İhaleye ilişkin yöntem 4046 sayılı kanunda beş başlık halinde belirtilmiştir. Bunlar, kapalı teklif, pazarlık, açık artırma ve belli istekliler arasında kapalı teklif usulleridir. İşin gereğine göre bu ihale usullerinden birinin veya bir kaçının birlikte uygulanmasına idarece karar verilir. İhale yöntemi belirlenirken, özelleştirme yöntemi, özelleştirilecek varlığın niteliği, piyasa koşulları gibi hususlar dikkate alınır. İhalede hangi usullerin uygulanacağı özelleştirme yöntemlerine göre belirlenmiştir. Ayrıca kanunda bazı özelleştirme yöntemleri için belli ihale yöntemlerinin kullanılma zorunluluğu getirmiştir. Kararımıza konu olan satış yöntemi Varlık satışta yapılacak ihalelerde ise kapalı teklif, pazarlık ve açık artırma usullerinden biri uygulanacaktır. Hangi usullerin uygulanacağına varlığın niteliği ve değer tespit sonuçları dikkate alınarak idarece karar verilir. Bu usullerden kapalı teklif usulünün uygulanması halinde, tekliflerin alınmasından sonra değer tespit sonuçları ve alınan teklifler dikkate alınarak, ihaleye pazarlık ve açık artırma suretiyle devam edebilir²⁸.

c. İhalenin Sonuçlandırılması

Yapılacak teklifler içerisinde en uygun teklifi veren istekliye ihale edilebilecektir. İhale komisyonunun bu yönde bir kararı bulunmaması halinde ihale iptal edilip yenilenebilecektir. İlgili proje grup başkanlığının bağlı olduğu başkan yardımcılığı tarafından komisyon kararını içeren

²⁷ Yasin, a.g.e., s.164; Öztürk, a.g.t., s.77.

²⁸ Yasin, a.g.e., s.164-165; Destan, a.g.m., s.52.

Kurul karar taslağı ve gerekçesi hazırlanarak, Kurulun onayına sunulmak üzere Başkana arz edilir. Belirtilen şekilde hazırlanan ihale sonucunu gösteren kurul karar taslağı ve gerekçesi bir sunuş yazısıyla Kurulun onayına sunulur. İhale kurulun onayı ile kesinleşir. Satış veya nihai devre ilişkin kararlar İdare tarafından kamuoyuna duyurulmak üzere Resmi Gazetede yayımlatılır. Bunun akabinde ihale üzerine kalan istekliye durum tebliğ edilerek sözleşme imzalanmak üzere davet edilir. Şayet istekli idarece verilen süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyen, teminatı yatırmaz ve sözleşmeyi imzalamaz ise alınan teminatlar idare lehine irat kaydedilir²⁹.

d. Özelleştirmede Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Gözetilmesi Gerekliliği

Özelleştirmede kamu yararı kavramına değinmeden önce ise bu kavramın karşıtı olarak nitelendirilebilecek devletleştirme işlemindeki kamu yararı kavramına değinmekte fayda bulunmaktadır. Devletleştirmenin usul ve esasları 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Bu yasa da devletleştirme işlemlerinde aranması gereken kamu yararının ne olacağına tanımı ve izahı yapılmamakla birlikte devletleştirmenin şartları açıkça düzenlenmiştir. Bu şartlar³⁰: Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,

²⁹ Yasin, a.g.e., s.172-173.

³⁰ Öztürk, a.g.t., s.81.

Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkânının bulunmaması, Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesidir.

Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler ancak sayılan tüm bu durumların gerçekleşmesi halinde devletleştirilebilecekler. Buna dayanarak devletleştirme işlemini kamu yararı bakımından zorunlu kılan şartlar olduğunu ve dolayısıyla devletleştirme işlemindeki kamu yararının unsurları olduğunu söylemek mümkündür³¹.

Ekonomik kamu hizmetleri özünde karlılık ve verimlilik esasıyla hareket etse de bu hizmetlerin asıl gayesi kar elde etmek değil; aksine toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla kamu yararını sağlamaktır. Özeleştirmeyi de ele alırken bu kıstastan hareket etmek gerekmektedir³².

Ekonomik kamu yararının belirlenmesinde temel ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz³³:

i)Toplum için faydanın maksimizasyonu ilkesi; İdare tüm muamelelerinde toplumsal faydayı ölçerek toplum için faydalı, iyi yararlı sonucu doğuracak muameleyi seçmelidir.

ii)Ekonomideki verimliliğin artması, fiyat istikrarının sağlanması ve işsizliğin azalması; ekonomik kamu yararının oluşmasında en belirleyici kıstas olarak kabul edilmektedir.

³¹Öztürk, a.g.t., s.84.

³²Halit Uyanık, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2013, s.91.*

³³Uyanık, a.g.e., s.182-184.

iii)Ekonomide verimlilik artışı; idari faaliyet ve tasarrufların ekonomik kamu yararına uygun olması ekonomideki verimlilik artış koşuluna bağlıdır.

iv)Kamu harcamalarının azaltılması; Tasarrufun sağlanması devletin mali ve ekonomik politikasının yapıtaşlarından biridir. Ekonomik kamu yararı, kamu harcamalarındaki tasarrufu, zaruri iş için yapılacak zaruri masraflardan kaçınmayı değil, bir birime mal olacak şeyi iki birime mal etmemeyi gerektirir.

Özelleştirme programına alınan kuruluşların özelleştirilmesinde uygulanacak değerlendirme esasları en azından gerçek değeri yansıtacak nitelikte olmalıdır. Kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması, kuruluşların gerçek değerleri üzerinden özelleştirmelerini gerektirmektedir. Zira özelleştirmede kuruluşun rayiç değerinin aranmaması ve gerçek değere en yakın olanın esas alınmaması hukuka aykırı bir durum oluşturacaktır³⁴. Buna karşılık özelleştirmeye esas değerlerin üzerine çıkıldığı ve rekabet ortamının oluşturduğu durumlarda ise ekonomik kamu yararına ve hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaktadır³⁵. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi 07.07.1994 tarih E. 1994/49 ve 1994/45-2 sayılı kararı ile “Özelleştirme, devletleştirmenin tersi bir işlem olduğuna göre KİT'lerin satışında en az kaybı, en yararlı düzeyi sağlayacak biçimde râyîç değer aranarak gerçek değere en yakın olanın bulunması gerektiğini, bu ölçüleri gözardı eden bir yöntem ve uygulama, satın alan kişileri öbür kişiler karşısında hakkı olmayan

³⁴ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.360.*

³⁵ Tan, a.g.e., s.365.

ayrıcalıklı bir konuma getirerek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu ifade etmiştir. Danıştay 13. Daire 23.2.2010 tarih E. 2007/4818 K. 2010/1582 sayılı kararda “satış konusu kuruluşların değerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesi ve kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması hususlarını içeren değerlemeden beklenen amaca aykırı olarak ve 4046 sayılı Kanunda öngörülme muhammen bedel tutarı esas alınarak taşınmazların varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesinde kamu yararına, özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmadığına karar vermiştir. Devlet Denetleme Kurulu raporlarında ise bazı kuruluş, işletme ve varlıkların değerinin altında satıldığı; bu kuruluşlar tarafından yapılan varlık satışlarının bir bölümünün değerinin altında gerçekleştirildiği; ihale sonuçlarının İdare tarafından yeterince incelenmeksizin onaylandığı yönünde eleştiriler yer almaktadır³⁶.

VI. Değerlendirme Ve Sonuç

05.02.2002 tarih ve 2002/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla TEKEL'in özelleştirme stratejisinin mülkiyetin devrini de içine alacak şekilde kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni haklarının tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine karar verilmiştir.4046 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 25.12.2003 tarih ve 1147 sayılı Olur'una dayanarak TEKEL anonim şirkete dönüştürülmüştür. Bir

³⁶ Tan, a.g.e., s.361.

kuruluş özelleştirme programına alındıktan sonra, daha önce bağlı olduğu kurum ile ilişkisi kesilmekte ve Özelleştirme İdaresine devredilmektedir. Bu durumla ilgili kurulu, 4046 sayılı Kanun'un yanı sıra özel hukuk hükümlerine tabi olmaktadır. Daha sonra özelleştirme kapsamında olan TEKEL'e ait ihtiyaç fazlası taşınmazların "Satış" yöntemi ile özelleştirilmesine Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 2007/60 sayılı kararı ile olmuştur. Kararın uygulanmasına ilişkin her türlü işlemin tekemmül ettirilmesi hususunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığının yetkili kılınmasına karar verilmiştir.

DİSKİ Genel Müdürlüğü tarafından davalı idareye verilen 31.03.2010 tarih ve 6040 sayılı dilekçe ile; imar planında yeşil alan ve atık su arıtma tesisi alanı olarak Diyarbakır ili, Merkez Çarüği mahallesi, 309 no'lu parselde ayrılan gayrimenkul tapu kayıtlarında Maliye Hazinesi (2/10 hisse) ve TEKEL (8/10 hisse) arasında hisseli olduğu görülen 86.832 m² taşınmazın TEKEL'e ait 8/10 hissenin tamamının (69.465,6 m²) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi gereği beher metrekaresi 2.00-TL'den devrinin talep etmiştir. Bunun üzerine davalı idarece 12.08.2010 tarih ve 6572 sayılı işlem ile, TTA'dan alınan konuya ilişkin görüşte belirtilen Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayımlanan 2010 yılı Asgari Ölçüde Arsa ve Arazi Metrekare Birim Değerleri dikkate alındığında anılan taşınmazların rayiç değerinin 2.604.960.-TL olduğu, 8/10 hissesine düşen kısmı ise 2.083.951,80.-TL (m² fiyatı 30,00.-TL) olduğunu davacıya bildirilmiştir. Davacı ise bu yazı üzerine davalı idareye bu bedelin yüksek olduğu devir için önerilen 138.931.-TL bedel ya da piyasa rayiç fiyatına uygun makul bir bedel tespit edilerek taraflarına

bildirilmesini istemiştir. Buna binaen Özelleştirme İşleri Başkanlığı TTA'nın görüşlerine başvurularak 02.12.2010 tarih ve 11192 sayılı yazı ile taşınmazın rayiç değerinin önceki bildirilen değer olduğunu ve sözü edilen taşınmazın yeni ihale listesine dâhil edildiğini belirtmiştir. 2010 yılında Özelleştirme sürecinin önemli bir safhası olan değer tespit işlemleri yapılıyor. Kanunda yer alan yöntemlerden en az ikisinin kullanılması şartı olaya Ekspertiz Değeri ve Tasfiye Değeri olarak yansıdığını görüyoruz. Ekspertiz değeri, bir şirketin sabit varlıklarının piyasa fiyatları ile elden çıkarılması halinde elde edilecek değerdir. Tasfiye değeri ise işletmenin faaliyetine son verdikten, mevcut varlıkların teker teker satıldıktan sonra elde edilen değerdir. Varlık satışında da genelde bu iki değer dikkate alınmaktadır. Fakat bir firma için değerlendirme yapılırken mümkün olduğunca fazla yöntem kullanılmalıdır. Çünkü böylelikle referans değere asıl manada yaklaşmış olacak, kuruluşların çok düşük miktarda özelleştirmelerin önüne geçilmiş olacaktır. Olayda da bu değer tespitinde belirlenen miktarlar arasında büyük farkın olduğunu görmekteyiz. Taşınmazın Ekspertiz Değerinin 695.000.-TL (m²'si 10-TL), Tasfiye Değerinin ise 660.000.-TL (m²'si 9,5-TL) tespit edildiği, 03.01.2011 tarihli Değer Tespit Komisyonu kararı ile de Ekspertiz Değerinin özelleştirme ihalesinde referans değer olarak kabul edilmiştir. Belirlenen bu değerler hem 2010 hem de 2012 tarihinde yapılan değer tespit çalışmalarının neredeyse 1/3' i kadardır.

Özelleştirme Yöntemi ve değer tespiti yapıldıktan sonra 09.01.2011 tarih 27810 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ihale ilanı uyarınca taşınmaz özelleştirme kapsamında ihaleye çıkarılıyor. 25.01.2011 tarihinde ihale

varlık satışındaki usule uygun olarak pazarlık usulü ile başlıyor ihaleye birinci sırada teklif veren isteklinin geçici teminat mektubunun belirtilen geçerlilik süresinin yeterli olmadığını tespiti üzerine ihale dışı bırakılması sonrası yapılan açık artırmada isteklilerden kapalı zarf teklifleri üzerinde fiyat teklifi alındığı, 27.01.2011 tarihli İhale Komisyonu kararı ile taşınmazın ihalede en yüksek teklifi veren Durmaz Otomotiv Petrol Ürünleri İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne 700.000,-TL bedelle satışını karar veriliyor.

Olayımızda TTA'nın öngördüğü miktar ile ihale için referans değer olarak belirlenen miktar arasındaki büyük farkın nedenine yönelik olarak hukuken kabul edilebilir bir sebebin varlığı ortaya konulmamış, gerçek değere en yakın olanın esas alınmayarak değerinin çok altında satılmış, buna bağlı olarak yeterli rekabet ortamı oluşturulamamıştır. Ayrıca ihale sonucunda gerçek değere en yakın olanın esas alınmaması ekonomik kamu yararı göz önünde bulundurulmadan alıcıya haksız kazanç sağlanmasına ve kamu zararına yol açabilecektir. Bu hususlardan ötürü ihale işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Danıştay 13.Dairesinin verdiği karar yerindedir.

KAYNAKÇA

- [1] Atiyas, İzak-Oder, Burak Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk Ve Ekonomisi, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Ankara, 2009.

- [2] Avcı, Mustafa, İdarenin Kamu Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon, TAAD, Y.5, S.16 (Ocak 2014), s.105-139.
- [3] Cevizoğlu, Hulki, Türkiye Gündemindeki Özelleştirme, İlgi Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- [4] Destan, İsmail, Özelleştirme Uygulamalarında İhale İşlemleri, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- [5] Güngör, Gonca Tarihi Açından Türkiye’de Özelleştirme Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Sakarya İktisat Dergisi, S.2, Eylül 2012, s.127-151.
- [6] ÖİB. (2012). <http://www.genelbilge.com/ozellestirme-nedir-tanimi-ve-ortaya-cikis-sureci.html/> Erişim Tarihi: 20.12.2015
- [7] Özbek, Taner, Türkiye’de ve Dünya’da Özelleştirme Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Analizi, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir
- [8] Öztürk, Funda, Özelleştirmede Kamu Yararı Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- [9] Öztürk, Nursel, Özelleştirme Ders Notları, <http://www.oib.gov.tr/linkler.htm>
- [10] Ruhi, M. Emin, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet Ve Özelleştirme, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2003.
- [11] Tan, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- [12] Uyanık, Halit, Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2013.

- [13] Yasin, Melikşah, Uygulama Ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- [14] Yaşar, Süleyman, Türkiye'de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi altı ayda bir (Haziran- Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Yazarlar tarafından gönderilen makaleler, karar incelemeleri, çeviriler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bilimsel bir toplantıda sunulmuş ancak basılmamış bildirilerden üretilmiş çalışmalar, bu durum dipnotta açıkça belirtilmek koşuluyla kabul edilebilir.
3. Yayımlanması istenen yazıların Haziran sayısı için 1 Nisan, Aralık sayısı için 1 Ekim tarihine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihlerden sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilir.
4. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar iki ayrı hakeme gönderilir, hakemlerin kararı ile yazının yayımlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar durumdan haberdar edilir.
5. Hakem raporunda düzeltme istenmesi halinde, yazar ancak belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yayımlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından 30 gün içinde yeniden Yayın Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu süre içinde gönderilen makaleler bir sonraki dönemde yayımlanmak üzere sıraya konulur. Yazı, değişiklikleri isteyen hakemler tarafından yeniden incelenebilir.
6. Hakem raporunda yazının geri çevrilmesine karar verilmişse, ikinci bir hakem incelemesi yapılır. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak yazı yoğunluğunu dikkate alarak, hakem değerlendirmesinden olumlu sonuç almış yazıları derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
8. Ana Başlık: İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i: Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot ile belirtilmelidir.

Özet: Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcükler (keywords) verilmelidir. Türkçe makalenin İngilizce başlığı olmalı ve abstract’ın üstünde gösterilmelidir.

Ana Metin: A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar özet, abstract, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

Bölüm Başlıkları: Makalede, düzenli bir bilgi aktarımı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Makaledeki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

Kaynakça: Metnin sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik olarak yazılmalıdır.

9. Yazılar elektronik ortamda CD’ye kaydedilmiş olarak ve ayrıca iki kopyasında yazar adı görünmeyecek şekilde toplamda üç kopya A4 boyutunda çıktısı alınarak İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adresine gönderilmelidir. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, açık adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

10. Yazıları yayımlanan yazarlara dergi ücretsiz olarak gönderilecektir.

İletişim Bilgileri

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul
PK:34295

Tel: 444 1 428 Dahili:23410 Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr