



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 5 - Sayı: 2 - Temmuz 2019

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: ahd.dergi.anadolu.edu.tr

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Aralık 2019

ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu*

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Doç. Dr. Doğan GÖKBEL
Doç. Dr. Esra YAKUT
Doç. Dr. Mesut AYGÜN
Doç. Dr. Mustafa AVCI
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI
Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN
Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve albetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**AndHD**),
yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında)
elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “**AndHD**” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılar da
ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

AndHD'de, hukukun her alanından hakemli makaleler,
hakemsiz makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve
karar incelemelerine yer verilir.

Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması,
Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya
İtalyanca olabilir.

AndHD'de yayımlanması istenen yazılar başka yerde
yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

AndHD'de değerlendirme süreci elektronik ortamda
çift-körleme yöntemiyle yürütülür.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD)
Yayın İlkeleri

1. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
2. AndHD’de, hukukun her alanından hakemli makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir. Çeviriyle birlikte yazının kaynak dildeki bir nüshası ile çeviri izni de gönderilmelidir. Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır. Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
3. AndHD’de yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar MS Word (MS Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun kaleme alınmalıdır:
 - a. Kağıt boyutu: A4
 - b. Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - c. Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazının Türkçe ve altında İngilizce başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazar ad, soyadı, ünvanı, çalıştığı kurum İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.
6. Bölüm başlıkları, “1, 2, 3...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “a, b, c...” ve ardından gelenler “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
7. Hangi dilde yazılmış olursa olsun, tüm yazıların başında, yazının başlığı ile en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan önce Türkçe, sonra İngilizce olmak üzere iki özet yer almalıdır. Ayrıca, konuyu tanımlayan ve Türkçe ile İngilizce özetlere uygun 5’er adet anahtar sözcük bulunmalıdır.

8. AndHD Yayın Kurulunca yapılacak ilk değerlendirme sonucu, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen çalışmalar, tamamen reddedilebileceği gibi, şekli eksikliklerin giderilmesi için yazarına iade edilebilir.
9. AndHD Yayın Kurulunca gerçekleştirilen ilk değerlendirmeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakeme gönderilir. AndHD, kör hakemlik esasına dayanır.
10. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde ise, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
11. Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
12. Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
13. AndHD'ye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, sola yaslı olmalıdır.
 - a. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
 - b. Dipnotlarda kitaplar; Yazarın adı soyadı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almaktadır. Kaynakçada sayfa numarası koyulmamalıdır.

(Örnek dipnot: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018, s. 10)

(Örnek kaynakça: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018)

- c. Birden fazla yazarlı kitaplarda, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalı, dipnotta ilk kullanımdan sonra sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek ilk dipnot: Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 10)

(Örnek ikinci kullanılacak dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- d. Dipnotlarda ve kaynakçada makaleler; Yazarın adı soyadı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek dipnot: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1, s. 7)

(Örnek kaynakça: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1)

- e. Editörlü veya çevirmenli eserlerde, editör veya çevirmen (Ed) veya (Çev) kısaltması ile, kitabın veya makalenin adından sonra yazılmalıdır.

- f. Dipnotta yazarın soyadı ve sayfa no arasında, birden fazla kez kullanılacak kitaplarda yazarın soyadı ve sayfa no arasında, “a.g.e.,” birden fazla kez kullanılacak makalelerde “a.g.m.,” kısaltması kullanılmalıdır.

(Örnek dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- g. Dipnotta yargı kararlarına yapılacak atıflarda; Kısaltılmış Mahkeme Adı, Kısaltılmış Dairesi, Esas no, Karar no, Tarihi belirtilmelidir.

(Örnek Yarg. 2. HD., 2012/01 E., 2015/03 K., 02.01.2015 T.)

- h. Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında “;” işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10; Arsebük, a.g.m., s. 13)

- i. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["aytentekeli"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 07.07.2019)

- j.** Kaynakça, yazarların adına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek kaynakça:

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018.

Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1.

Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.

- 14.** Yazar, ad, soyadı, unvan, orcid numarası, iletişim adresi, e-posta adresi ve cep telefonu numarasını da, yazısı ile birlikte göndermelidir.

İçindekiler

Ülkemizde Sanatçıların Sendikalaşma ve Toplu Pazarlık Hakları

Unionization and Collective Bargaining Rights of Artists in Our Country

Prof. Dr. Nuray GÖKÇEK KARACA

Arş. Gör. Dr. Zeynep HOŞ 275

Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler

Legal Opportunities for Guarantee of the Payment of Rent

Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI 291

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında

Avukatın Yükümlülük ve Sorumlulukları

The Duties of Attorneys-At-Law Arising Out of the Law on the
Protection of Personal Data

Dr. Öğr. Üyesi Nilüfer BORAN GÜNEYSU

Öğr. Gör. Av. Burak MEMİŞ 313

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Karar ve İşlemlerine Karşı

Pay Sahiplerinin Korunması Yolları

Procedures to Protect Shareholders Against Resolutions and
Transactions of Board of Directors of Joint Stock Company

Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN..... 339

Suç Siyaseti Tercihleriyle İtalyan Ceza Hukukunda

Trafikte Öldürme Suçu

The Crime of Vehicular Manslaughter in Italian Criminal Law
With Criminal Politics

Dr. Öğr. Üyesi Ozan Ercan TAŞKIN..... 365

Siyasi Kültür ile Parti İçi Demokrasi Arasındaki İlişki

The Relationship Between Political Culture and Intra-Party Democracy

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

Av. Huzeyfe KARABAY 381

Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması

Abolition of Adoption Relationship to the Turkish Civil Code

Arş. Gör. Dr. Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN 407

Temsilde Adalet İlkesi Açısından Genel Seçimlerde İttifak

Alliance in General Elections in Terms of the Principle of Justice in Representation

Arş. Gör. Furkan ÇİRKİN..... 433

Uluslararası Düzenlemeler Işığında Babanın Ebeveyn İzni:**İspanyol Hukuku ve Türk Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**

Fathers' Parental Leave in the Light of International Regulations:
A Comparative Analysis of Spanish Law and Turkish Law

Arş. Gör. Burcu EZER 451

Kalıcı Çözüm Türü Olarak Gönüllü Geri Dönüş ve Geçici Koruma Kapsamında Yer Alanlar Bakımından Türk Hukukundaki Düzenlenme Şekli

Voluntary Repatriation as a Durable Solution and Its Regulation Type of Turkish Law in Terms of Temporary Protection

Arş. Gör. Cansu KAYA 511

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri;**Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri**

Presidential Decrees;
Legal Nature, Regimes, Auditing and the Place in Comparative Law

Berat DUMAN..... 537

Ülkemizde Sanatçıların Sendikalaşma ve Toplu Pazarlık Hakları^(*),^(**)

Unionization and Collective Bargaining Rights of Artists in Our Country

Prof. Dr. **Nuray GÖKÇEK KARACA**^(***)
Arş. Gör. Dr. **Zeynep HOŞ**^(****)

Öz

Geçmişten günümüze oluşturduğu birikim üzerinde şekillenen sanat kavramı, yaratıcı ve eleştirel niteliği ile toplumların sosyal ve kültürel birikimlerine katkı sunması yanında, toplumsal politikaların şekillenmesinde de rol oynamaktadır. Sanat kavramının taşıdığı bu önem, bir toplumda sanatçıların hukuksal, sosyal ve ekonomik alanlarda korunmalarını gerekli kılmaktadır.

Toplumların sosyal ve kültürel birikimlerinin ifade biçimlerinden biri olan sanatsal alandaki çalışmalarını bağlamında hukuksal olarak korunmaları, o toplumun gelişmişlik düzeyi bakımından da bir ölçü niteliğindedir. Sanatçıların toplu iş hukukuna ilişkin haklarının, esasında genel olarak sanat ve sanatçının korunması başlığı altında ele alınması gerekmektedir. Zira sanatçıların hukuksal anlamda korunmaları, genel olarak sanatçıların yaşamı ve üretkenliği bakımından da katkı sağlayacaktır. Sanatçıların çalışma yaşamına ilişkin hakları, ülkemizde genel nitelikli hukuksal düzenlemeler çerçevesinde şekillenmekte ve bu alana yönelik özel nitelikli hukuksal düzenlemeler bulunmamaktadır. Sanatsal çalışmanın kendine özgü dokusu ise özel nitelikli düzenleme ve tedbirleri gerekli kılmaktadır. Bu çalışmada, sanatçıların toplu iş hukukuna ilişkin hakları bakımından durumları ele alınmıştır. Sanatçıların sahip oldukları söz konusu hakları etkin biçimde kullanıp kullanamadıkları ortaya konularak, mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan sorunları tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede konuya ilişkin olarak, özellikle idari ve hukuksal düzeyde yapılacak çalışmalara katkı sunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sanatçılar, Toplu İş Hukuku, Sendika Hakkı, Toplu Pazarlık ve Grev Hakkı.

(*) Bu çalışma Prof. Dr. Nuray GÖKÇEK KARACA danışmanlığında yürütülen “İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı Bakımından Sanatçı Hakları: Oyuncular Üzerine Bir Alan Araştırması” adlı doktora tezinden üretilmiştir.

(**) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 05.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 27.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 09.08.2019.

(***) Anadolu Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Bölümü,
E-posta: ngokcek@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7469-9174>.

(****) Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: zeynephos@kmu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6793-3161>.



Abstract

The concept of art, which has been shaped on the accumulation it has created from past to present, contributes to the social and cultural accumulation of societies with its creative and critical quality, and plays a role in shaping social policies. This importance of the concept of art necessitates the legal, social and economic protection of artists in a society.

The legal protection of societies in the context of their works in the artistic field, which is one of the forms of expression of social and cultural accumulations, is a measure in terms of the development level of that society. The rights of artists regarding collective labor law should be dealt with in general under the title of art and artist protection. Because the legal protection of artists will contribute to the life and productivity of artists in general. The rights of artists to working life are shaped within the framework of general legal regulations in our country and there are no special legal regulations in this field. The distinctive fabric of artistic work requires special arrangements and measures. In this study, the situation of artists in terms of collective labor law rights is discussed. It has been tried to determine the problems arising from the legislation and practice by revealing whether the artists can exercise their rights effectively. In this context, it is aimed to contribute to the studies to be carried out especially at administrative and legal level.

Keywords

Artists, Collective Labor Law, Union Rights, Collective Bargaining and Strike Rights,

1. GİRİŞ

Sanat kavramı ile ilgili kusursuz ve genel kabul görececek bir tanım yapabilmek oldukça güçtür. Ancak, konuyla ilgili aydınlatıcı bir takım açıklamalar yapılması mümkündür. Sanat kelimesinin etimolojik kökenine bakıldığında, kelimenin Arapça'da amel, yani iş ve yapma anlamındaki *sunu* kökünden alındığı, bir işi vücuda getirmek ve bir maddeye zihinde tasarlanan şekil ve sureti vermek anlamlarına geldiği görülmektedir.¹ Sanat, insanın tarih boyunca ve bugün sahip olduğu düşlere, imgelere dayanmakta ve bunlardan beslenmektedir.² Platon'a göre sanat; ne özellikle yararlı bir şeydir, ne de tam anlamıyla gerçektir. Ancak, Aristoteles, Platon'un sanatın yararsız olduğu yolundaki fikrini çürütmekte ve yalan olsun olmasın sanatın belli bir değeri olduğunu savunmaktadır. Çünkü sanat bir tür tedavi biçimidir ve tehlikeli duyguları uyandırıp bunları arıttığı için sağlık açısından yararlıdır (Sontag, 1998: 10). Sanat, insanın iç dünyasının eseridir ve büyük ölçüde bireyseldir. Ama diğer insanların iç dünyasına da hitap ettiği için kısa sürede toplumsallaşmaktadır. Hegel'e göre ise; "sanat, maddeye sokulan ve maddeyi kendine benzeten sanatçının ruhudur".³

¹ Esra Atalay, Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, S.6(2), s.3.

² Mukadder Çakır Aydın (Ed.), *Sanatlar ve Toplumsal Etkileşim: Sanat ve Sosyoloji İlişkisi Üzerine*, İstanbul, E Yayınları, 2009, s.230.

³ Nejat Kutup, İnternet ve Sanat, Yeni Medya ve net.art, *XII. Akademik Bilişim Konferansı'nda* sunulmuş bildiri, 2010, s.11.

Sanatçı kavramının ise genel olarak söz konusu sanatsal faaliyet ve yaratım süreci içinde bulunan kişiyi ifade ettiğini söylemek mümkündür. Ancak, bu çalışma kapsamına alınan sanatçılar bakımından felsefi bir temelle ortaya konulacak bir tanımlama, sanatçı kavramına ilişkin oldukça geniş ve belirsiz bir çerçeve çizecektir. Zira çalışmada inceleme konusu yapılan sanatçılar *iş ilişkisi* çerçevesinde bir işverene *bağımlı* şekilde iş görme edimini üstlenmiş olan sanatçılardır.

Konuyla ilgili olarak Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün önemli bir yayını olan ISCO-08 (Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması) da, gerek ülkelerin kendi ulusal sınıflamalarının geliştirilmesinde gerekse meslek bilgilerinin uluslararası karşılaştırmasını mümkün kılma yönünde kullanışlı bir modeldir. ISCO-08, bir işin yapılması için gerekli olan beceri, uzmanlık ve seviyenin dikkate alınması temeline dayanmaktadır. Sınıflandırmaya esas işler, türüne göre dört tabakalı hiyerarşik bir yapıda ele alınmıştır. Söz konusu sınıflama sisteminde yaratıcı sanatçılar ve sahne sanatçıları grubu; hukuk, sosyal ve kültür ile ilgili *profesyonel meslek mensupları* alt ana grubu altında ele alınmıştır. Yaratıcı sanatçılar ve sahne sanatçıları grubu ile ilgili işler de sınıflama kapsamında ortaya konulmuştur.⁴ Bu bağlamda çalışmada, sanatçılık kavramına ilişkin kapsamın belirlenmesi noktasında; sınıflama tekniğinde *meslek* kavramını ölçüt alan ILO Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması ve bu çerçevede hazırlanan Ulusal Meslekler Sözlüğü esas alınmıştır.

Ülkemizde sanatçıların toplu iş hukukuna ilişkin hakları bakımından durumlarının belirlenebilmesi için, konu sanatçıların sendika hakkı ile toplu pazarlık ve grev hakları olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınmıştır. Bu başlıklar kapsamında, söz konusu hakların uluslararası ve ulusal düzeydeki hukuksal dayanakları, kapsamı ve içeriği ile sanatçıların bu haklara ulaşma konusundaki durumları ve sorunları üzerinde durulmuştur. Çalışma, konuya ilişkin genel bir değerlendirme ve çözüm önerilerini içeren sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

⁴ Bu işler; "Görsel sanat formları tasarlanması ve yaratılması; orijinal müziklerin tasarlanması ve yazılması; müzik, dans, teatral ve film yapımlarının geliştirilmesi, yönetilmesi, prova edilmesi ve icra edilmesi; televizyon programı, film ve sahne gösterilerinin yapımında yaratıcı, finansal ve organizasyonla ilgili sorumlulukların üstlenilmesi; senaryo, oyun veya kitapların incelenmesi, yorumların hazırlanması ve prova edilmesi; yayın için müzik, video ve diğer eğlence materyallerinin seçilmesi ve tanıtılması, ticari ve kamu hizmetlerinin duyurularının yapılması" şeklinde belirlenmiştir.

<https://biruni.tuik.gov.tr/DIESS/SiniflamaSatirListeAction.do?surumId=210&kod=265&ustKod=265&seviye=1&detay=E&turlid=null&turAdi=null&satirId=2687661>, E. T.: 20.07.2018.

2. SANATÇILARIN SENDİKA HAKKI

Dünyada sendikal hakların elde edilmesi, yoğun bir mücadele süreci ile gerçekleşmiş ve zaman içindeki gelişmelerle günümüzdeki içeriğine ulaşmıştır.

Sendika özgürlüğü, gerek kişilerin gerekse sendikaların serbestçe faaliyette bulunmalarını ve bu faaliyetlere katılabilmelerini ifade etmektedir. Sendika özgürlüğü ferdi ve kolektif olarak sınıflandırılabilir. Ferdi sendika özgürlüğü de olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre; olumlu sendika özgürlüğü kişilerin sendikaya serbestçe üye olmasını ve üyelikten serbestçe ayrılabilmesini; olumsuz sendika özgürlüğü sendikaya üye olmaksızın işyerinde çalışmaya devam edebilmesini ifade etmektedir. Kolektif sendika özgürlüğü ise, sendikaların örgütlenmesi, tüzüklerinin hazırlanması, faaliyetlerin yürütülmesi, yöneticilerin seçilmesi, ulusal ve uluslararası kuruluşlara üyelik, varlıklarının sona erdirilmesi ve mallarının akıbetinin tayin edilmesi konularındaki serbestiyi kapsamaktadır.⁵

Sendikal haklar, ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,⁶ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı,⁷ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi⁸ gibi uluslararası düzenlemeler ile güvence altına alınmıştır. Bunların yanında, ülkemiz tarafından onaylanmış olan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması ILO Sözleşmesi ile 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı ILO Sözleşmesi, konuya ilişkin temel ve özel nitelikte düzenlemelerdir. 87 sayılı Sözleşme’de sendikal hakların kapsamı ve kullanımına ilişkin esaslar ortaya konulmuştur. Sözleşmeye göre; çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve bunlara üye olmak hakkına sahiptirler (m.2). Çalışan ve işveren örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilci-

⁵ A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Emine Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, s.309-310.

⁶ Sözleşme’nin toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin 11. maddesine göre; “Herkes, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya girme hakkı dâhil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir”. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, E.T.: 10.08.2018.

⁷ Şart’ın örgütlenme hakkına ilişkin 5. maddesine göre “Akit taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi; taahhüt ederler...” Toplu pazarlık hakkına ilişkin 6. maddede ise akit tarafların, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla yapması gerekenler üzerinde durularak yükümlülük kapsamı belirlenmiştir. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>, E.T.: 10.08.2018.

⁸ Beyanname’nin 23/4. maddesine göre; “Herkesin menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır”. <http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyanamesi.pdf>, E.T.: 12.09.2018.

lerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler (m.3). Çalışanlar ve işveren örgütleri yönetsel yoldan feshedilme veya faaliyetten menedilmeye tabi tutulamazlar. (m.4). Çalışanların ve işverenlerin örgütler, federasyon ve konfederasyon kurma ve bunlara üye olma hakları vardır. Her örgüt, federasyon veya konfederasyon, uluslararası çalışanlar ve işverenler örgütlerine katılma haklarına sahiptir (m.5). Sözleşmede, taraf devletlerin çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir (m.11). 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin Sözleşme'de ise; işçi ve işveren kuruluşlarının, gerek doğrudan doğruya gerek temsilcileri veya üyeleri vasıtasıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve idarelerini müdahalede bulunmalarına karşı gerekli şekilde himaye edilecekleri belirtilmiştir (m.2).⁹ Böylece sözleşme ile sendika saflığı ilkesi teminat altına alınmıştır. İşçilerin çalışma hususunda sendika hürriyetine hanel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacağı da hükme bağlanmıştır (m.1).

Ulusal düzeydeki hukuki düzenlemeler bakımından ise sendikal haklar ülkemizde en üst düzeyde Anayasa ile teminat altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 51. maddesine göre; çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendikaların kurulması, işleyişi, üyelik ve sendikal faaliyetlere ilişkin ayrıntılar ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda¹⁰ düzenlenmiştir.

Sendikaların kurulması konusunda ülkemizde gerek Anayasa, gerekse 6356 sayılı Kanun ile serbest kuruluş esası benimsenmiştir. 6356 sayılı Kanun'a göre; sendika ve konfederasyonlar, Kanundaki kuruluş usul ve esaslarına uyarak önceden izin almaksızın kurulabileceği ve sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyette bulunacağı belirtilmiştir (m.3/I). Böylece sendikaların kurulmaları ve faaliyet alanları işkolları ile ilişkilendirilmiştir. Anılan Kanun'un tanımlar başlıklı 2. maddesinde ise sendikaların "bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturuldukları" belirtilerek sendikalara ilişkin işkolu eksenli bir tanımlama

⁹ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm, E.T.: 16.11.2018.

¹⁰ RG, T.07.11.2012, S.28460.

yapılmıştır. Bu bağlamda, Kanun'da işkolu sendikacılığı esası benimsenmiştir. Bu işkolları Kanun'a ekli (1) sayılı cetvelde belirtilmiştir.¹¹ Kuruluş şartları bakımından ise fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışma koşullarının yanında belirtilen suçlardan mahkûmiyetin bulunmaması¹² şartı ile gerçek veya tüzel kişilerin sendika kurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (m.6/I). Sendika ve konfederasyonlar, kurucuları tarafından kuruluşun merkezinin bulunacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak kuruluş tüzüğüne verilmesiyle tüzel kişilik kazanacaktır. Sendikalar için kurucuların kurucu olabilme şartlarına sahip olduklarını ifade eden yazılı beyanları; üst kuruluşlar için ilgili kuruluşların genel kurul kararları da dilekçeye eklenecektir (m.7). Kolektif sendika özgürlüğünün bir gereği olarak, kanunda sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır (m.26/I).

Sendikaların kuruluşu ve kuruculuğa ilişkin 6356 sayılı Kanun'da öngörülen şartlar çerçevesinde, bir sanatçı sendikası da herhangi bir makamın iznine tabi olmaksızın kurulabilecektir. Ülkemizde sanatçıların örgütlendiği işçi sendikaları; TYS (Türkiye Yazarlar Sendikası), MÜZİK-SEN (Müzik ve Sahne Sanatçıları Sendikası), SİNE-SEN (Türkiye Sinema Emekçileri Sendikası), Oyuncular Sendikası (Sahne, Perde, Ekran, Mikrofon Oyuncuları Sendikası) ve SİNEMA-TV SENDİKASI (Sinema, Reklam, Dizi ve TV Programı Çalışanları Sendikası)'dır. Bu sanatçı sendikalarının tümü on numaralı ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolunda kurulmuştur. Bunun yanında, işkolları kapsamındaki işlerin belirlendiği İşkolları Yönetmeliği'nde¹³ bazı sanatsal işler, on sekiz numaralı konaklama ve eğlence işleri işkolu kapsamında sınıflandırılmıştır. Buna göre, gösteri sanatları ve gösteri sanatlarını destekleyici faaliyetler bu işkolu kapsamında ele alınmıştır. Söz konusu işkolunda kurulu bir sanatçı sendikası bulunmamaktadır. Ancak bu işkoluna dâhil bir işi icra eden sanatçının, bu işkolunda kurulu bir sendikaya üye olması da mümkündür. Kamuda çalışan sanatçılar ise 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu¹⁴

¹¹ Bu işkolları; Avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık, Gıda sanayi, Madencilik ve taş ocakları, Petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç, Dokuma, hazır giyim ve deri, Ağaç ve kağıt, İletişim, Basın-yayın ve gazetecilik, Banka, finans ve sigorta, Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar, Çimento, toprak ve cam, Metal, İnşaat, Enerji, Taşımacılık, Gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk, Sağlık ve sosyal hizmetler, Konaklama ve eğlence işleri, Savunma ve güvenlik, Genel işlerdir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/11/20121107-1.htm>, E.T.: 16.11.2018.

¹² Kanunun ilgili maddesine göre; "... 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkumiyeti bulunanlar sendika kurucusu olamaz".

¹³ RG, T.19.12.2012, S.28502.

¹⁴ RG, T.12.07.2001, S.24460.

çerçevesinde, “kültür ve sanat hizmetleri” hizmet kolunda örgütlenmekte ve sendikal haklardan faydalanmaktadır.

İşçi sendikalarına üyelik konusunda; on beş yaşını doldurmuş olmak ve 6356 sayılı Kanun hükümlerine göre işçi sayılmak gerekmektedir (m.17/I). Kanuna göre kimlerin işçi sayılacağı konusunda ise, 4857 sayılı İş Kanunu’na atıf yapılmış ve İş Kanunu’ndaki tanımlamanın esas alınacağı belirtilmiştir (m.2/III). Bu bağlamda, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi, 6356 sayılı Kanun bakımından da işçi sayılmaktadır.¹⁵ Bu tanımlama kapsamında yer alan bir sanatçı da, sendikal haklar bakımından kanundaki hükümlere tabidir.

6356 sayılı Kanun’a göre, sendikaya üye olmak serbesttir ve hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. Böylece olumlu ve olumsuz ferdi sendika özgürlüğü hükme bağlanmıştır. Ülkemizde sendikalaşma konusunda işkolu esas geçerli olup, işçiler işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilmektedirler. İşçilerin aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olması yasaklanmıştır. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışılması durumunda işçiler birden çok sendikaya üye olabilecektir (m.17/III).

Üyelik başvurusu ile ilgili olarak, Kanunda elektronik sistem esas benimsenmiştir. Buna göre; sendikaya üyeliği, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunda bulunulması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden kazanılmaktadır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik talebi kabul edilmiş sayılmaktadır (m.17/V). Üyelikte olduğu gibi, e-Devlet kapısı üzerinden çekilme bildiriminde bulunarak üyelikten çekilmek de mümkündür (m.19/II).

Sendika özgürlüğünün teminat altına alınması için, 6356 sayılı Kanun’da bazı güvenceler öngörülmüştür. Buna göre; işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. İşverenin eşit işlem borcu kapsamında daha önce değinildiği üzere; işveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı

¹⁵ Kanunda, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılacağı hükme bağlanmıştır (m.2/IV). Kanunun ikinci bölümü, sendika ve konfederasyonların kuruluş esasları ve organlarına ilişkin olup altıncı bölümü ise kuruluşların gelirleri, denetimi ve kapatılmasına ilişkin esasları içermektedir. Bu bağlamda, konusu bir işin görülmesi olan belirtilen sözleşmeler kapsamında mesleki faaliyet yürüten gerçek kişiler de sendika kurma ve üye olma hakkına sahiptir. Bu sözleşmeler kapsamında mesleğini yürüten bir sanatçı da bu imkandan faydalanabilecektir.

sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. İşverenin bu güvencelere aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilmesi söz konusu olabilecektir (m.25). Kanunda işçi kuruluşu yöneticileri ve işyeri sendika temsilcileri için de güvencelere yer verilmiştir. Buna göre; işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalacaktır. Bu durumda, yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin feshedebilecek ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ayrıca iş sözleşmesi askıya alınan yöneticiye, yöneticilik görevinin belli sebeplerle sona ermesi halinde işine geri dönebilme imkanı tanınmıştır. Bu sebepler; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmektir. Bu durumda, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvuran bu kişilerin, talep tarihinden itibaren bir ay içinde eski işlerine ya da eski işlerine uygun bir diğer işe başlatılması gerekmektedir. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır. Belirtilen sebepler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise, başvurması halinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödeneceği belirtilmiştir (m.23). İşyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin işverence feshedilebilmesi bakımından ise bazı ölçütler öngörülmüştür. Buna göre; haklı bir neden olmadıkça ve nedeni yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe fesih yoluna gidilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendikanın dava açma hakkı da saklı tutulmuştur (m.24). Bu çerçevede, işçi sendikasına üye olan, işyeri sendika temsilciliği yapan ya da sendika yöneticisi olarak görev alan bir *sanatçı* da öngörülen bu güvencelerden faydalanabilecektir.

Ülkemizdeki sanatçı sendikalarının güncel üye sayıları, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın işçi ve sendika üye sayılarına ilişkin Ocak ayı istatistikleri çerçevesinde ortaya konulabilir. İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2019 Ocak Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ'e göre ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolu kapsamında; Türkiye Yazarlar Sendikası 13, Müzik ve Sahne Sanatçıları Sendikası 4, Türkiye Sinema Emekçileri Sendikası 96, Sahne, Perde, Ekran, Mikrofon Oyuncuları Sendikası 38, Sinema, Reklam, Dizi ve Tv Programı Çalışanları Sendikası ise 133 üyeye sahiptir.¹⁶ Kamuda istihdam edilen sanatçıların sendikalaşma oranı daha yüksektir.¹⁷ Ancak,

¹⁶ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/3391/2019-ocak.pdf>, E.T.: 20.02.2019.

¹⁷ Kültür ve Sanat Hizmetleri hizmet kolunda örgütlü olan kamu görevlileri sendikaları ve üye sayıları şu şekildedir: *Türkiye Kültür ve Sanat Hizmetleri Kamu Görevlileri Sendikası* (TÜRK KÜLTÜR SANAT-SEN) 2.278, *Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası* (KÜLTÜR SANAT-SEN)

kamusal alan tümüyle kayıt altında olup çoğu zaman istihdam ilişkisiyle sendika üyeliğinin eş zamanlı başlamakta ve iş sözleşmesiyle istihdam edilen sanatçıların durumuna göre daha güvenceli bir istihdam biçimi sunmaktadır.

Ülkemizde sendikalaşma oranının düşük olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, sanatsal alanda, bunun genel düzeyin çok daha altında olması dikkat çekicidir. Ülkemizde doğrudan ve özel olarak sanatsal faaliyetleri içeren bir işkolu bulunmamaktadır ve sanatçılar güzel sanatlar alanı ile bağlantısı olmayan diğer alanlarla aynı işkolunda örgütlenmek durumundadırlar. Sanat dallarının özgün çalışma koşullarından kaynaklanan farklılıklar, bu sektördeki sendikal örgütlenmelerde de farklılıklara neden olmaktadır. Bu bağlamda, daha ziyade meslek sendikası görünümündeki sanatçı sendikaları, işkolu düzeyinde güçsüz bir noktada yer almaktadır. Bunun yanında; genel anlamda sanatçıların işçi olarak algılanması konusundaki güçlük, sendika kavramına olan yabancılık, alanla ilgili sendikalaşma sürecinin geleneksel bir yapıya henüz ulaşmamış olması ve tarihsel anlamda örgütlenme geçmişinin yeni sayılması sendikalaşma konusundaki güçsüzlüğün diğer nedenleri arasında sıralanabilir.

3. SANATÇILARIN TOPLU PAZARLIK VE GREV HAKKI

Toplu pazarlık hakkı ve grev hakkı, sendika hakkını tamamlayıcı nitelikteki haklardır. Konuyla ilgili daha önce belirtilmiş olan uluslararası hukuki dayanaklar yanında, ülkemiz tarafından onaylanmış olan 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin ILO Sözleşmesi özel düzenleme olma niteliği ile önem arz etmektedir. Sözleşmede çalışma şartlarını toplu mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren kuruluşlarıyla işçi kuruluşları arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde ulusal şartlara uygun tedbirler alınması öngörülmüştür (m.4). Bu bağlamda toplu pazarlık sürecinin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi bakımından, gerekli tedbirlerin alınması konusunda taraf devletlere sorumluluk yüklenmiştir. Bu sözleşmenin en belirgin özelliği, örgütlenme özgürlüğünü güvence altına alması ve bu özgürlüğü toplu pazarlıkla tamamlamasıdır. Bu nedenle, 87 ve 98 sayılı sözleşmeler genellikle bir arada ele değerlendirilmektedir.¹⁸

3.223, *Kültür Turizm ve Sanat Çalışanları Sendikası* (KÜLTÜR MEMUR-SEN) 5.612, *Bağımsız Kültür ve Sanat Çalışanları Sendikası* (BAĞIMSIZ KÜLTÜR SANAT-SEN) 17, *Kültür Sanat İşgörenleri Sendikası* (KÜLTÜR SANAT-İŞ) 260, *Kültür Sanat ve Turizm Çalışanları Hak Sendikası* (KÜLTÜR HAK-SEN) ise 9 üyeye sahiptir. https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1245/2018_temmuzistatistikleri_tebliğ.pdf, E.T.: 10.09.2018.

¹⁸ Metin Kutal, İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2013, S.29, s. 139.

Ülkemizde toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı, sendika hakkı ile birlikte anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 53. maddesinde işçiler ve işverenlerin, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 54. maddesinde ise toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Toplu iş sözleşmesi ve grev hakkının kullanılmasına ilişkin ayrıntılar, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

6356 sayılı Kanun'a göre; toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir (m.33/I). Ayrıca toplu iş sözleşmesinin, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebileceği belirtilmiştir (m.33/II). Böylece toplu iş sözleşmelerinin içermesi gereken ve ihtiyari olarak içerebileceği hususlar belirlenmiştir.

Bir toplu iş sözleşmesinin aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsamaması mümkündür. Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde ise toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir (m.34). Bir sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip olabilmesi içinse, işkolu ve işyeri barajlarının aşılması gerekmektedir. Kanun'da öngörülen ikili baraj sistemine göre; işçi sendikası, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması halinde söz konusu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır (m.41).

Sendikaların en önemli faaliyetlerinden biri toplu iş sözleşmesi yapmaktır. Adı geçen Kanun'da sendikanın işkolu düzeyinde örgütlenmesini öngörülmuş ancak toplu iş sözleşmesi türleri arasında işkolu toplu iş sözleşmesine yer vermemiştir. Temel toplu iş sözleşmesi ünitesi ise işyeri olup, işverenin bir işkolunda tek bir işyeri varsa işyeri toplu iş sözleşmesi, aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa işletme toplu iş sözleşmesi yapılması söz konusu olacaktır. Bu noktada örgütlenme aşamasında gerekse toplu sözleşme ünitesinin sınırlarının belirlenmesinde kanun emredici biçimde düzenlenmiştir.¹⁹

Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmesi üye sayısı ve sendikal gücüyle doğrudan ilgilidir. Yukarıda sanatçı sendikalarına ilişkin olarak ortaya konulan

¹⁹ Kübra Doğan Yenisey, Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2013, S.39, s.48. <http://www.calismatoplum.org/sayi39/yenisey.pdf>, E.T.: 13.11.2017.

üye sayıları sendikaların toplu pazarlık ve bu bağlamda toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olmasının oldukça uzak bir ihtimal olduğunu göstermektedir. Nitekim resmi verilere göre; ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolunda toplam işçi sayısı 3.596.394 olup bu işkolunda Türkiye Ticaret, Kooperatif, Eğitim, Büro ve Güzel Sanatlar Sendikası (TEZ-KOOP-İŞ) 66.304 sayısı ile en fazla üyeye sahip sendika konumundadır.²⁰ Bu rakam, bu işkolundaki sanatçı sendikalarının toplam üye sayısı ile karşılaştırıldığında oldukça yüksek bir noktada yer almaktadır. Kamuda istihdam edilen sanatçılar da, Anayasa'da 07.05.2010 tarihinde yapılan değişiklik ile toplu sözleşme yapma hakkına kavuşmuşlardır. Anayasa'nın 53. maddesinin 4. fıkrasına maddesine göre; toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilirler. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının ise kesin ve toplu sözleşme hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, toplu sözleşme hakkı grev hakkını barındırmamakta ve Hakem Kurulu kararları tarafları bağlamaktadır.

Grev hakkı, toplu müzakere sürecinin bir parçası olup iş uyuşmazlığının mücadeleci çözüm yoludur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün grev hakkını doğrudan düzenleyen bir sözleşmesi yoktur. Ancak 87 sayılı Sendika özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 3. maddesinin grev hakkını da içerdiği kabul edilmektedir. Bu madde, çalışan ve işveren örgütlerinin etkinliklerini serbestçe düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahip olduklarını öngörmektedir. Ayrıca düzenlemede, kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak her türlü müdahaleden sakınmaları hükmüne bağlanmıştır. Bu bağlamda grev hakkı sendikal özgürlük kapsamında ele alınmakta ve değerlendirilmektedir.

Ülkemizde grev hakkı anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 54. maddesine göre; toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. 6356 sayılı Kanun'da grev sürecine ilişkin ayrıntılar düzenlenmiştir. Kanundaki tanımlamaya göre grev; işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak ya da işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak ya da bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarıdır. (m.58/I). Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, 6356 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grev de kanuni grev olarak tanımlanmıştır (m.58/II). Bu tanımlama ile kanuni grevin unsurları ortaya konulmuştur.

²⁰ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/3391/2019-ocak.pdf>, E.T.: 20.02.2019.

Toplu iş uyuşmazlığının çözümü sürecinde ilk adım, toplu görüşmelerin başlamasıdır. Kanuna göre; taraflardan biri, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağıracaktır (m.46/I). Bu bağlamda yetkili olmayan bir işçi sendikasının bu görüşmelerde taraf olması söz konusu olamayacaktır. Yetkinin tespiti konusunda ise kanundaki öngörülen yolun izlenmesi gerekmektedir. Buna göre; toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister (m.42/I). Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiği takdirde başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir (m.42/II).

Toplu görüşme sürecinin sonunda bir anlaşmaya varılması halinde düzenlenen olan toplu iş sözleşmesi taraflarca imzalanır. Diğer ihtimal ise tarafların anlaşmamaya varamamasıdır. Kanuna göre; toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği halde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse ya da taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirecektir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşeceği belirtilmiştir (m.49). Bu şekilde uyuşmazlığın tespiti gerçekleşmiş olacaktır. Bundan sonraki aşama ise arabuluculuk aşamasıdır.

Uyuşmazlık yazısını alan görevli makam ise, altı iş günü içinde taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa resen, resmi listede bir arabulucu görevlendirir. Tarafların resmi arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları halinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilebilecektir. Arabulucu bu noktada, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve önerilerde bulunur. Arabulucunun görev süresi kendisine yapılacak bildirimden itibaren on beş gündür ve bu süre tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilir ve görevli makama bildirilir. Arabulucu, bu süreçte anlaşma sağladığı takdirde taraflar arasında toplu iş sözleşmesi imzalanacaktır. Ancak arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanamamışsa, arabulucu üç iş günü içinde ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve görevli makama tevdi eder. Görevli makam, tutanağı en geç üç iş günü içinde taraflara tebliğ eder (m.50). Bu aşamadan sonra grev kararının alınması ve uygulanması bakımından Kanunda bazı süreler öngörülmüştür. Buna göre; grev kararı söz konusu uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren, işçi sendikası tarafından altmış gün içinde alınabilecek ve bu süre içerisinde, altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilecektir (m.60/I).

Bu çerçevede grev yoluna gidilebilmesi için yukarıda belirtilen aşamalardan geçilmesi gerekmektedir. Bu aşamalarda ise, işçi tarafını temsilen yetkili işçi sendikası yer alacaktır. Bu çerçevede bir sanatçı sendikasının söz konusu aşamalardan geçerek grev kararı alabilmesi için, öncelikle *yetkili* işçi sendikası statüsünde olması gerekmektedir. Geçmişten günümüze kadar gelinen süreç içinde, sanatçı sendikalarının çalışma koşulları bağlamında bazı hak talepleriyle ilgili eylemlilikleri söz konusu olmuştur. Ancak, Kanunda koşulları belirlendiği şekilde bir grev henüz gerçekleşmemiştir.

4. SONUÇ

Sanatçıların toplu iş hukukuna ilişkin hakları bakımından, yukarıda üzerinde durulduğu üzere ülkemizdeki işkolu sendikacılığı sistemi ile sanatçılar açısından toplu iş sözleşmeleri yoluyla iş ilişkilerine yönelik koruyucu tedbirler alınması neredeyse imkânsız görünmektedir. Zira sanatçı sendikalarının toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin baraj sınırlarını aşmaları bir yana, alandaki sendikalaşma oranının çok düşük seviyede kalması sebebiyle temsil kabiliyetleri oldukça yetersiz düzeydedir. Bu durumun; sanatsal alana ilişkin sendikal mücadele tarihinin köklü sayılabilecek nitelikte olmaması, sendikal faaliyetlerin iş ilişkileri bağlamında yaşanan sorunlara çözüm üretme konusunda yetersiz kalması, işini kaybetme korkusunun sendika üyeliği ve sendikal faaliyetler bakımından ortaya çıkardığı olumsuz etki, mesleki sorunlara ilişkin farkındalığın düşük olması gibi birçok sebebi bulunmaktadır. Bu sorunların aşılması, şüphesiz zaman ve emek gerektiren bir süreçle söz konusu olabilecektir. Ancak, mevcut durumda sanatçıların sendikal hakları ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakları bakımından yaşadıkları sorunların çözümü için de bazı adımların atılması gerekmektedir. Bu çerçevede; sanatçı örgütlenme yapısına daha uygun olan meslek sendikalarının kurulabilmesi, sektörel temelli toplu iş sözleşmesi yapılması imkânının yaratılması ve bunun ulusal ölçekte uygulanması bakımından teşmil kurumunun etkinleştirilmesi gibi temel bazı tedbirlerin alınması, sanatçıların toplu iş hukuku haklarına ulaşmaları konusunda katkı sağlayacaktır. Bu önerilerin hayata geçirilmesi ise ülkemizde toplu iş ilişkileri konusunda temel düzenleme olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda bazı değişikliklerin yapılmasını ya da konuya ilişkin özel nitelikteki hukuki düzenlemelerin oluşturulmasını gerektirmektedir.

Ülkemizdeki toplu iş hukuku sistemine ilişkin üzerinde durulan bu adımların atılmaması halinde ise en azından sanatçıların mevcut toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin baraj sisteminden muaf tutularak işçi ve işveren tarafları ile bağımsız ve tarafsız bir kurulun katılımıyla, üçlü müzakere yoluyla sanatçıların iş ilişkileri konusunda toplu pazarlık yolunun açılması gerekmektedir. Müzake-

reler neticesinde, sanatçı-işveren ilişkileri bakımından asgari standartları ortaya koyan bağlayıcı anlaşma metinleri yoluyla, bireysel iş sözleşmelerine yön verilmesi mümkündür. Müzakere tarafı olacak sanatçı örgütü; sendika ya da birlik gibi alana ilişkin en fazla temsil kabiliyetine sahip sanatçı örgütü olabilir. Bu noktada, ağır baraj sınırı yerine “en fazla üyeye sahip olma” ölçütü üzerinden yetki belirlenmesinin yapılması uygun olacaktır. Böyle bir sistem, toplu iş mevzuatımız bakımından klasik anlamda bir toplu pazarlık olarak nitelendirilmesinde, sanatçı sorunlarının kolektif düzeyde müzakere edilmesi bakımından katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Emine Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013.
- Esra Atalay, Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, S.6(2).
- Kübra Doğan Yenisey, Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2013, S.39, <http://www.calismatoplum.org/sayi39/yenisey.pdf>, E.T.: 13.11.2017.
- Metin Kutsal, İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2013, S.29.
- Mukadder Çakır Aydın (Ed.), *Sanatlar ve Toplumsal Etkileşim: Sanat ve Sosyoloji İlişkisi Üzerine*, İstanbul, E Yayınları, 2009.
- Nejat Kutup, İnternet ve Sanat, Yeni Medya ve net.art, *XII. Akademik Bilişim Konferansı*'nda sunulmuş bildiri, 2010.

İnternet Kaynakları

- <https://biruni.tuik.gov.tr/DIESS/SiniflamaSatirListeAction.do?surumId=210&kod=265&ustKod=26&seviye=1&detay=E&turId=null&turAdi=null&satirId=2687661>, E.T.: 20.07.2018.
- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, E.T.: 10.08.2018.
- <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>, E.T.: 10.08.2018.
- <http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyanname.pdf>, E.T.: 12.09.2018.
- https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm, E.T.: 16.11.2018.
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/11/20121107-1.htm>, E.T.: 16.11.2018.
- <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/3391/2019-ocak.pdf>, E.T.: 20.02.2019.
- https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1245/2018_temmuzistatistikleri_tebliğ.pdf, E.T.: 10.09.2018.

Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler^(*)

Legal Opportunities for Guarantee of the Payment of Rent

Dr. Öğr. Üyesi **Hayriye ŞEN DOĞRAMACI^(**)**

Öz

Kişileri sözleşme ilişkisine taraf olmaya yönelten sebepler birbirinden farklı olsa da sözleşenlerin ortak amacı alacağının yerinde, zamanında özetle gereği gibi ifasını temin etmektir. Bu durum büyük ölçüde borçlunun davranışı ile ilgili bir durumdur. Böyle olmakla birlikte kanun koyucu alacaklıya da borcun gereği gibi ifasını sağlamaya yönelik bir takım hukuki imkanlar bahsetmiştir. Sözü edilen hukuki imkanlardan bir kısmı henüz borca aykırılık gerçekleşmeden alınabilecek önlemlerdir. Bir kısmı ise borca aykırılığa kanun koyucunun bağlamış olduğu hukuki sonuçlardır. Borca aykırılık henüz gerçekleşmeden bunu önlemeye yönelik hukuki çarelere başvurmak alacaklı bakımından daha elverişlidir.

Yukarıda sözü edilen değerlendirmeler her türlü sözleşme için geçerlidir. Kira sözleşmesinde kiraya veren bakımından kira bedelinin zamanında ve tam olarak ifası önem taşır. Kira sözleşmesinde borçlanılan edimin gereği gibi ifasına yönelik hukuki çare olarak, kiracının güvence vermesinden, kiraya verene tanınan hapis hakkından söz edebilir. Bunun yanı sıra burada sayılanlar sınırlı olmamakla birlikte kefalet sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ve banka teminat mektuplarından da aynı amaca ulaşmak için yararlanılabilir.

Anahtar Kelimeler

Teminat, Kira Sözleşmesi, Kira Bedeli, Hapis Hakkı, Kefalet Sözleşmesi.

Summary

Although the reasons that lead people to become a party to the contractual relationship are different from each other, the common aim of the contracting parties is to ensure that they will perform properly and in a timely manner. This is principally related to the behavior of the debtor. Nevertheless, the lawmaker has granted the creditor a number of legal possibilities to ensure the proper performance of the debt. Some of the aforementioned legal opportunities are the measures that can be taken before the debt is in breach. Some of them are the legal consequences of the non-performance that Lawmaker specified. It is more convenient for the creditor to resort to legal remedies to prevent this before the breach of debt occurs.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 24.10.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 24.10.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 30.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 24.10.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 30.10.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: hayriyes@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9186-4407>.



The above-mentioned evaluations are acceptable to all types of contracts. In the tenancy contract, it is important for the less or that tenant pay the rental price on time and in full. As a legal remedy for the proper performance of the loan owed in the tenancy agreement these can be mentioned: less or may use the right of retention and the tenant may provide assurances. In addition to these, but not limited to, the bail agreement, commitment contract of the third party's act and bank guarantee letters can be used to serve the same purpose.

Keywords

Guarantee, Rental Contract, Rent, Right of Retention, Contract of Bailment.

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, tarihsel süreç içerisinde her dönem sıklıkla uygulanan sözleşmelerden biri olmuştur. Roma hukukunun *Locatio Conductio*'su, günümüzün ihtiyaçları doğrultusunda gelişip değişmiştir. Modern hukuk düzenlerinde ve bu kapsamda ülkemizde, kira sözleşmesi dolayısıyla taraflar arasında yaşanması olası problemlerin birçoğu Kanunlarla ayrıntılı biçimde düzenlemeye konu edilmiştir. Ancak değişen ihtiyaçlar karşısında soyut ve genel nitelikteki kanunların zaman zaman yetersiz kaldığı bilinen bir gerçektir.

Kira sözleşmesi ile ilgili sorunların bir bölümünü kira bedeli ve kira bedelinin ifası oluşturur. Türk Borçlar Kanununda kira bedelinin ne şekilde belirleneceğine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Ancak belirlenen kira bedelinin, belirlenen zamanda ifası, çoğu zaman kiracının ödeme gücüne ve sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirme konusunda ne denli titiz olduğuna bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri içerisinde en geniş anlamıyla kira bedelinin gereği gibi ifasını temine yönelik hükümlere oldukça sınırlı biçimde yer verilmiştir. Esasen bu konuda ayrıntılı bir düzenlemeye de gerek olmadığı söylenebilir. Borcun gereği gibi ifasını temine yönelik hükümler ve bu hükümlere aykırı davranılmasının sonuçları Türk Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Durum böyle olmakla birlikte bir sözleşme ilişkisindeki yükümlülüklerden birinin sıklıkla ihlal edilmeye başlanması, kişileri söz konusu problemin giderilmesi konusunda hukuki çareler aramaya yöneltir. Uygulamada da sıklıkla kira bedelinin zamanında veya hiç ödenmemesi nedeniyle bu soruna bir çözüm aranmış, çözüm olarak kira sözleşmesinin konuya ilişkin hükümlerinden kimi zaman ise Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda düzenlenen teminat sözleşmelerinden yararlanılmıştır.

1. KİRA BEDELİNİ TEMİNAT ALTINA ALMAYI GEREKTİREN SEBEPLER

Kullandırma borcu doğuran sözleşmelerden biri olan kira sözleşmesinde kiracının önemli borçlarından biri kararlaştırılan kira bedelini ödemektir. Kiraya

veren, kira bedelini elde etmek amacıyla bu sözleşmeye taraf olmaktadır. Bu nedenle kira bedelinin zamanında ve tam olarak ifasının kiraya veren için önemi tartışılmaz.

Türk Borçlar Kanununda kira bedelinin ödenmemesi halinde başvurulabilecek çeşitli hukuki çarelere yer verilmiştir. Bu hususta borca aykırılık meydana geldikten sonrasını düzenleyen hükümlerin yanı sıra, henüz borca aykırılık gerçekleşmeden diğer bir ifade ile kira bedelinin zamanında ve tam olarak ödeneceğinin belli olmadığı aşamada kira bedelinin ödenmesini teminat altına alan hükümlerde mevcuttur. Örneğin Türk Borçlar Kanununun 347. maddesi anılan hükümlerden biridir. Türk Borçlar Kanununun 347. maddesi dışında Türk Medeni Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda yer alan alacağı teminat altına almayı konu edinen hukuki olanaklardan da kira bedelinin ödenmesini temin etmek amacıyla yararlanılabilir.

Kira bedelinin teminat altına alınmasındaki amaç aslında tüm teminat sözleşmelerininkiyle aynıdır. Borca aykırılığı, borca aykırılık gerçekleşmeden önlemektir. Gerçekten de borca aykırılığı önlemeye yönelik hukuki çareler, alacaklıya borca aykırılık gerçekleştiikten sonra başvurulacak tazmin olanaklarından daha elverişli bir konum sağlar. Sözü edilen elverişli konum kimi zaman alacaklının ispat yükünden kurtulması, kimi zaman ise tazminat kapsamının borca aykırılığa kıyasla daha geniş kapsamlı hükmedilmesi görünümünde ortaya çıkabilir.

2. TEMİNAT KAVRAMI VE TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ

Bir borç ilişkisinde alacağı teminat altına almak için birden çok imkandan yararlanılabilir. Bu konuda ilk akla gelen hiç şüphesiz teminat sözleşmeleridir. Doktrinde teminat sözleşmeleri en geniş anlamıyla bir kimsenin bir başkasına ait riski üzerine aldığı sözleşmeler şeklinde tanımlanır.¹ Teminat sözleşmeleri ile üstlenilen risk, malvarlığı ile ilgili bir zararın ortaya çıkması olasılığıdır.²

¹ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2015, s.10; Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s.26; Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.11; Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.1; Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2009, s.4; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s.10; Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959, s.4; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.28.

² Barlas, 1986, a.g.k., s.26; Develioğlu, 2009, a.g.k., s.11; Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963, s.9; Özen, 2012, a.g.k., s.1; Tandoğan, 1959, a.g.k., s.4; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.10; Yenice, 2004, a.g.k., s.4.



Teminat sözleşmeleri aynı veya kişisel teminat sözleşmeleri şeklinde ikiye ayrılarak incelenir. Aynı teminat sözleşmelerinde risk meydana geldiğinde ortaya çıkan malvarlığı zararı, teminat teşkil eden eşyanın aynından karşılanır.³ Kişisel teminat sözleşmeleri söz konusu olduğunda ise, alacaklı risk gerçekleştiğinde teminat borçlusunun kişisel sorumluluğuna başvurulur.⁴ Aynı teminat sözleşmeleri, teminatın konusu bakımından taşınır, taşınmaz, alacak, ticari işletme rehni, maden cevherleri rehni, motorlu taşıt rehni görünümünde ortaya çıkabilir. Aynı teminat sözleşmeleri gibi kişisel teminat sözleşmeleri de çeşitlilik gösterir. Kişisel teminat sözleşmesi denilince akla ilk olarak bu grubun tipik örneğini oluşturan kefalet sözleşmesi gelir. Kefalet sözleşmesi ile benzer amaca hizmet eden ancak kefalet sözleşmesinden farklı olarak kanuni tipte bir sözleşme olmayan garanti sözleşmesi ile doktrinde garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak nitelendirilen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi⁵ bu grupta yer alır. Yukarıda anılan sözleşmelerin yanı sıra, sigorta sözleşmesi, itibar emri, akreditifte kişisel teminat borcu doğuran sözleşmeler arasında yer alır.

Kira bedelinin ödenmesini temin etmek amacıyla kiraya verenin yararlanabileceği pek çok imkandan söz edilebilir. Bunlardan bir kısmı Türk Borçlar Kanununun 342. maddesinde hüküm altına alınan kiracının güvence vermesi ile hapis hakkıdır. Kira sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer alan bu düzenlemelerin dışında kira bedelinin ödenmesini teminat altına almanın yolu, kefalet, üçüncü kişinin fiilini üstlenme gibi genel teminat sözleşmeleri hatta kredi sözleşmesi⁶ bile olabilir.

³ Özen, 2012, a.g.k., s.2; Develioğlu, 2009, a.g.k., s.13; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2017, s.22.

⁴ Barlas, 1986, a.g.k., s.26; Develioğlu, 2009, a.g.k., s.13; Eren, 2017b, a.g.k., s.22; Aynı (nesnel) ve kişisel teminat sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, 2012, a.g.k., s.1-6.

⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2017, s.1178; Erol Cansel/Çağlar Özel, *Türk Hukukunda Ceza Koşulu*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013, dergipark.org.tr, s.715; Develioğlu, 2009, a.g.k., s.13; Mustafa Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.414; Melek Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.20; Resioğlu, 1964, a.g.k., s.17-18; Tandoğan, 1959, a.g.k., s.47-48.

⁶ Taşınmaz kirası sözleşmelerinde kira bedelinin ödenmesinin teminini sağlayan bir diğer yöntem bazı bankaların uygulaması sonucunda ortaya çıkmıştır. Anılan banka uygulaması Vakıfbank'ın "Kiram Güvende Sistemi" olarak isimlendirilmiştir. Kiram Güvende Sistemi ile kira sözleşmesi süresince kira ödemelerinin herhangi bir şarta bağlanmadan garanti altına alınacağı ifade edilmektedir. Anılan sistemle kira garantisi yalnızca konut kirası sözleşmeleri için ve 12 ay süre ile sınırlı olarak tanınmıştır. Sistemin işleyişi şu şekildedir. Kiracı ile ev sahibi, kira sözleşmesi, DASK poliçesi ve tapu ile birlikte bankaya başvurur. Kiracı ve ev sahibine vadesiz mevduat hesabı açılır. Kiracının hesabına kredi limiti tanımlanır. Kira ödemeleri, kiracı hesabından her ay düzenli olarak ev sahibi hesabına aktarılır. Kiracı aylık kira tutarlarını ödemesi de banka, kiracının kredi limitinden ev sahibi hesabına kira tutarını aktarır.

Ev sahibi isterse kirasını aylık olarak, isterse de bir yıllık kira bedelini peşin olarak alabilir. www.vakifbank.com.tr. 19.09.2019. Kredi sözleşmesiyle kural olarak krediden yararlanana kre-

Yukarıda sözü edilen sözleşmelerin yanı sıra, ceza koşulu da kararlaştırılan edimin ifasını temine yöneliktir.⁷ Türk Borçlar Kanununda ceza koşulunun, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda veya borcun kararlaştırılan yerde veya zamanda ifa edilememesi halinde ödenmesinin istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Ceza koşulu bazen ifası istenilen edime alternatif olarak talep edilebilen seçimlik ceza koşulu görünümünde,⁸ bazen ise ifası talep edilecek edimle birlikte istenebilen ifaya eklenen ceza koşulu görünümünde ortaya çıkabilecektir.⁹ Her iki ceza koşulunda da amaç, borca aykırılık halinde borçludan istenebilecekleri belirli hale getirerek borca aykırı davranışın önüne geçmektir.¹⁰

3. TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 342. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE KİRACININ GÜVENCE VERMESİ

Taraflar, kira sözleşmesinin kuruluşu sırasında veya daha sonraki bir dönemde¹¹ kiracının kira bedeli, yan giderler ve kira sözleşmesinin devamı süresince kiralayana verdiği zararların karşılığını teşkil üzere güvence vermesi konusunda anlaşabilirler.¹² Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflar böyle bir güvence verilmesini taşınır, taşınmaz, hasılat kirası farketmeksizin her tür kira sözleşmesi için kararlaştırabilir. Yine taraflar kararlaştırılacak teminatın türü bakımından da serbesttir.

diyi kullanma zorunluğu getirilemez. Ancak kira bedelini güvence altına alan bankacılık sisteminde kiracı tarafından kira bedeli ödenmediğinde, ödenmeyen kısmın kiracının kredili hesabından karşılanacağı ve ödemenin kiralayana hesabına aktarılacağı ifade edilmiştir. Bu uygulama ile kiracı, kira bedelini ödeyemediğinde kendisine tanınan krediyi kullanmak zorunda bırakılmıştır.

⁷ Cansel/Özel, 2013, a.g.k., s.714; Eren, 2017a, a.g.k., s.1206; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin, de Gruyter Lehrbuch, 2006, s.87; Rolf Knütel, *Verfallsbereinigung*, Nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, Acp., 1975, s.54; Oğuzman/Öz, a.g.k., s.530; Hubert Blank (hrsgb), *Schmidt-Futterer Mietrecht*, München, C.H. Beck Verlag, 2019, Rn.3-4.

⁸ Cansel/Özel, 2013, a.g.k., s.720; Eren, 2017a, a.g.k., s.1208; Fikentscher/Heinemann, 2006, a.g.k., s.87; Oğuzman/Öz, a.g.k., s.540; Knütel, 1975, a.g.k., s.51.

⁹ Cansel/Özel, 2013, a.g.k., s.720; Eren, 2017a, a.g.k., s.1209; Fikentscher/Heinemann, 2006, a.g.k., s.87; Oğuzman/Öz, a.g.k., s.541; Knütel, 1975, a.g.k., s.51.

¹⁰ Cansel/Özel, 2013, a.g.k., s.715; Eren, 2017a, a.g.k., s.1208; Oğuzman/Öz, a.g.k., s.530; Knütel, 1975, a.g.k., s.44-45.

¹¹ Nihal Ural Çınar, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s.410; Blank, 2019, a.g.k., Rn.46.

¹² Murat Aydoğdu, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu, (TBK 342), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.14, S.1, s.4; Eren, 2017b, a.g.k., s.401; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.409; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.239; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.314; Zevkililer/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.318.

Kiracının güvence verme borcu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 342. maddesinde düzenlenmiştir.¹³ Anılan hükümle kiracının güvence verme yükümlülüğü yalnızca konut ve çatılı işyeri kiralari ile sınırlı olarak öngörülmüştür. Hükümle getirilen tek sınır kapsam bakımından değildir. Güvence teşkil edecek miktarın üst sınırı ve güvencenin türü de TBK m.342 ile hüküm altına alınmıştır. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, “Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz”. Kiracının güvence verme borcunu üç aylık kira bedeli ile sınırlayan bu hüküm, kiracı lehine bir hükümdür. Doktrinde kiracının güvence verme borcunun miktar itibariyle sınırlandırılması konut kiralari bakımından zayıfların korunması gerekçesi ile isabetli bulunmaktadır.¹⁴ Bununla birlikte çatılı işyeri kiracılarının aynı hüküm kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olmadığı savunulmaktadır.¹⁵

TBK m.342 hükmü konut ve işyeri kiralalarında güvence olarak ancak para veya kıymetli evrakın gösterilmesi halinde uygulanabilir. Anılan hüküm şöyledir. “Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı, kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatırır, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo eder. Banka, güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir”. Şu halde güvence para cinsinden gösterilmişse, kiracı adına vadeli bir hesaba yatırılacak, kıymetli evrak ise bankaya depo edilecektir. Güvenceye karşılık gelen para her ne kadar bankada kiracı adına bir hesaba yatırılacaksa da, kiracının bu hesapta bulunan para üzerinde tek başına tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.¹⁶ Diğer bir ifadeyle kiracının tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Banka kiracı tarafından yatırılan bu güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir.

¹³ Gündelik dilde depozito olarak ifade edilen kiracının güvence parası vermesi yönündeki düzenlemenin Alman hukukunda kiraya verenin haklarını güvence altına almada önemli bir rolü olduğu kabul edilir. Alman hukukunda söz konusu husus BGB § 551’de düzenleme altına alınmıştır: Fikentischer/Heinemann, 2006, a.g.k., s.513; Benzer bir düzenleme OR Art.257e Abs.2’de düzenleme altına alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanununun anılan maddesinde kiracının güvence isteme hakkı yalnızca konut kirası ile sınırlı olarak tanınmış, çatılı işyerleri madde kapsamı dışında bırakılmıştır.

¹⁴ Eren, 2017b, a.g.k., s.401; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.410, 418; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.315.

¹⁵ Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.419.

¹⁶ Aydoğdu, 2013, a.g.k., s.25; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.423; Gümüş, 2017, a.g.k., s.241; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Band I die Einzelnen Vertragsverhältnisse Art.184-318 OR Stämpfli Verlag AG, 2012, s.190; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.319; Blank, 2019, a.g.k., Rn.2; C. Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.319; Zevkililer/Gökayla, 2016, a.g.k., s.320.

TBK m.342’de düzenlenen “güvence borcunun” kapsamında nelerin yer aldığı doktrinde tartışmalıdır. Bizim çalışmamız açısından konuyu netleştirmek gerekirse, ödenmemiş kira bedellerinin de güvence borcu kapsamında tahsilinin istenip istenemeyeceğini belirlemek önem taşır. Doktrinde bu konuda hakim olan görüş, güvencenin kiraya verenin kira ilişkisinden doğan bütün alacaklarının teminatı olduğu yönündedir.¹⁷ Bu görüşten hareketle güvencenin kira bedelinin ödenmesinin de teminatını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

4. HAPİS HAKKI

Yasal rehin türlerinden biri olan hapis hakkı,¹⁸ kiraya verenin kira alacağını teminat altına alma amacıyla başvurulabilecek hukuki çarelerden biridir. Hapis hakkı¹⁹ genel olarak Türk Medeni Kanununun 950 vd. maddelerinde düzenlemiştir. Hüküm şu şekildedir. “Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir”. Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur”.

Hapis hakkına ilişkin genel hüküm niteliğindeki bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi hapis hakkının konusunu yalnızca taşınırlar ve kıymetli evrak oluşturur.²⁰ Ancak buradan hareketle her tür taşınır ve kıymetli evrakın hapis hakkına konu teşkil edeceğini söylemek isabetli olmaz. Öncelikle hapis hakkına konu

¹⁷ Aydoğdu, 2013, a.g.k., s.7; Aral/Ayrancı, 2015, a.g.k., s.312; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.412; Eren, 2017b, a.g.k., s.409; Gümüş, 2017, a.g.k., s.242; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I.*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.284; Koller, 2012, a.g.k., s.190; Blank, 2019, a.g.k., Rn.38; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.316; Zevkliler/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.318.

¹⁸ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Beta Kitabevi, 2018, s.858; Erol Cansel, *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961, s.26; Heinz Hausheer/Dieter Zobl, *BK Berner Kommentar Band/Nr.IV/2/5/2. Stämpfli Verlag AG. K.S.*, 1996, 129; Karl Oftinger/Rolf Bär, *ZK Zürcher Kommentar Band/Nr.IV/2c*, Berlin, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1981, s.337; Mustafa Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s.1043; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.661.

¹⁹ Hapis hakkı kavramının dogmatik temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sotirios Kotronis, *Die Sicherheitsleistung im Privatrecht - eine Rechtsdogmatische und Rechtsvergleichende Untersuchung zum Deutschen und Schweizerischen Privatrecht*, Berlin, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s.29 vd.

²⁰ Cansel, 1961, a.g.k., s.37; Hausheer/Zobl, 1996, a.g.k., s.126; Oftinger/Bär, 1981, a.g.k., s.339-340; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1043; Sirmen, 2016, a.g.k., s.661; Zevkliler/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.300.

teşkil edecek taşınır ve kıymetli evrak kural olarak borçluya ait olmalı²¹ ve alacaklı taşınır mal ve kıymetli evraka borçlunun rızasıyla zilyet bulunmalıdır.²² Bundan başka alacaklının zilyetliğindeki taşınır veya kıymetli evrakla, alacak arasında bir bağlantı bulunmalıdır.²³ Eşyanın niteliği gereği böyle bir bağlantının bulunup bulunmadığı dürüstlük kuralına göre saptanacaktır. Doktrinde, borç yerine getirilmeden alacaklıdan borçluya ait bulunan zilyetliğindeki taşınır malları veya kıymetli evrakı geri istemenin dürüstlük kuralına aykırı düşeceği hallerde alacak ile alacaklının zilyetliğinde bulunan taşınır ve kıymetli evrak arasında böyle bir bağ olduğunun kabul edilebileceği ileri sürülmüştür.²⁴

Alacaklı hapis hakkından muaccel alacağının teminatını teşkil etmek için yararlanabilir. Henüz muaccel olmamış alacakların hapis hakkı ile teminat altına alınması kural olarak mümkün değildir.²⁵

Hapis hakkını düzenleyen TMK m.950'de öngörülen koşullar gerçekleştiğinde alacaklının hapis hakkına sahip olduğu kabul edilir. Alacaklı kendisine tanınan bu hak sayesinde hakka konu taşınır veya kıymetli evrak üzerinde hem alıkoyma hem de paraya çevirtme yetkisine sahip olur.

Son olarak eklemek gerekir ki alacaklı yalnızca alacağını karşılamaya yetecek miktarda taşınır mal veya kıymetli evrak üzerinde hapis hakkına sahiptir.²⁶

Hapis hakkına ilişkin Türk Medeni Kanununda yer alan genel nitelikteki düzenlemenin yanı sıra, hapis hakkı, Türk Medeni Kanununun bazı maddelerinde, Türk Borçlar Kanununun Özel Hükümleri kısmında, Türk Ticaret Kanununda ve Avukatlık Kanununda özel olarak ayrıca hüküm altına alınmıştır.²⁷ Özel

²¹ Alacaklı kendisine borçlu tarafından teslim edilmiş üçüncü kişiye ait taşınır üzerinde de TMK 988-990 hükümleri gereği iyiniyeti korunduğu oranda hapis hakkından yararlanabilir: Cansel, 1961, a.g.k., s.46; Hausheer/Zobl, 1996, a.g.k., s.130; Oftinger/Bär, 1981, a.g.k., s.343; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1045.

²² Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, a.g.k., s.859; Hausheer/Zobl, 1996, a.g.k., s.131; Oftinger/Bär, 1981, a.g.k., s.345; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1046; Sirmen, 2016, a.g.k., s.663.

²³ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, a.g.k., s.861; Oftinger/Bär, 1981, a.g.k., s.341; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1047; Sirmen, 2016, a.g.k., s.663.

²⁴ Eşya ile alacak arasında varlığı aranan bağlantı maddi irtibat, ticari irtibat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, a.g.k., s.861; Cansel, 1961, a.g.k., s.61 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1047; Sirmen, 2016, a.g.k., s.664.

²⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, a.g.k., s.860; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1046; Sirmen, 2016, a.g.k., s.662.

²⁶ Cansel, 1961, a.g.k., s.24; Zevkililer/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.302.

²⁷ TBK m.541 komisyoncunun hapis hakkı, TBK m.574 ardiyecinin hapis hakkı, TBK m.336 kirala-yanın hapis hakkı, TBK m.580 işletenlere bırakılan eşya veya hayvanlar üzerinde hapis hakkı, TBK 509 vekilin hapis hakkı, TBK m.520/II simsarın hapis hakkı, TTK m.119 acentenin hapis hakkı, TTK m.891,892,893 taşıyıcının hapis hakkı, TBK m.923 taşıma işleri komisyoncusunun hapis hakkı, TTK m.1315 yardım ve kurtarma masrafları ile ücretlerden dolayı alacaklının hapis hakkı, AV m.39/II avukatların hapis hakkı

nitelikteki bu düzenlemelerden²⁸ biri de TBK m.336-338 ile adi kira ve hasılat kirasında kiralayana tanınan hapis hakkıdır.²⁹

TBK m.336 vd. taşınmaz kiralarda kiraya verene hapis hakkı tanınmıştır. Anılan hükme göre, “Taşınmaz kiralarda kiraya veren, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedelinin güvencesi olmak üzere, kiralananda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar üzerinde hapis hakkına sahiptir. Kiraya verenin hapis hakkı, alt kiracının asıl kiracıya olan kira borcunu aşmamak üzere, alt kiracının kiralanana getirdiği aynı nitelikteki taşınırları da kapsar. Hapis hakkı, kiracının haczedilemeyen malları üzerinde kullanılamaz”.

TBK m.336 incelendiğinde göze çarpan ilk husus taşınmaz kiralarda hapis hakkının kira sözleşmesinden doğan her türlü alacağı değil, ödenmemiş kira bedellerini teminat altına aldığıdır.³⁰ Anılan düzenleme Türk Medeni Kanunu ile hüküm altına alınan genel hapis hakkından önemli farklılıklar içermektedir. TBK m.336’da, ... kiraya verenin işlemiş bir yıllık işlemekte olan altı aylık kira bedelinin güvencesi olarak hapis hakkından yararlanabileceği hüküm altına alınarak yalnızca muaccel alacakların değil müeccel alacakların da hapis hakkıyla teminat altına alınabileceği kabul edilmiştir. Taşınmaz kiralarda hapis hakkına konu edilmek bakımından muaccel ve müeccel alacaklar arasında bir fark olmamakla birlikte, teminata konu teşkil edecek alacakların miktarı alacağın muaccel veya müeccel olması halinde farklı şekilde hüküm altına alınmıştır. Kanunla teminat altına alacağın miktarı bakımından getirilen bu sınır azami sınırdır. Taşınmaz kiralarda kiralayana hapis hakkı alacağını karşılamaya yetecek kadar mal üzerinde tanınmıştır.³¹

Taşınmaz kiralarda hapis hakkına konu edilecek taşınırların hangi niteliklere sahip olması gerektiği de kanununda sınırlı biçimde sayılmıştır. Taşınmaz kiralarda kiraya verene bu hak, taşınmazın süslenmesi, döşenmesi, ondan yararlanılmasını konu edinen taşınırlar üzerinde tanınmıştır. Bunlara, masa, televizyon, tablo gibi şeyler örnek verilebilir.³² Hapis hakkına konu eşya ile kiralanın arasında belirli bir devamlılık ilişkisi bulunmalıdır. Kiraya veren kira-

²⁸ Türk hukukunda hapis hakkı kavramının kökeni Roma Hukukuna dayanır. Cauton Roma’da Preatorların Stipulaitoları sonucu gelişim göstermiştir: Kotronis, 2016, a.g.k., s.30.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2018, a.g.k., s.1052.

³⁰ Eren, 2017b, a.g.k., s.371; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.175; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.279.

³¹ Cansel, 1961, a.g.k., s.161; Fikentischer/Heinemann, 2006, a.g.k., s.511; C. Huguenin. (2012). *Obligationenrecht - allgemeiner und besonderer teil*. Schultess, s.816; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.279; Zevkliler/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.301.

³² Gümüş, 2017, a.g.k., s.253; Eren, 2017b, a.g.k., s.371; Huguneinen, 2012, a.g.k., s.816; Koller, 2012, a.g.k., s.270; Tandoğan, 2008, a.g.k., s.176.

cıya ait taşınır- lar üzerinde hapis hakkına sahiptir.³³ Böyle olmakla birlikte kiraya veren iyiniyetli olmak şartıyla kiralananda bulunan üçüncü kişiye ait taşınır- lar üzerinde de hapis hakkından yararlanabilir.³⁴ Burada belirtilenlerin dışında kiracıya ait haczedilemeyen taşınır- lar da hapis hakkına konu edilemez.

Hapis hakkının kapsamında kira bedeli ile yan giderler yer alır.³⁵

5. KEFALET SÖZLEŞMESİ

Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi, uygulamada teminat amacıyla en sık başvuru- lan sözleşmelerden biridir. Kira sözleşmelerinde de özellikle kira alacağını teminat altına almak amacıyla sıklıkla kefalet sözleşmesinden yararlanıldığı bilinmektedir.³⁶ Kefalet sözleşmesi TBK m.581’de şu şekilde tanımlanmıştır: “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir”. TBK m.582’de kefalet sözleşmesinin koşulları düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında kefalet sözleşmesinin mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Kefalet sözleşmesinin konusunu bir başkasının borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından sorumluluk oluşturur. Bu nedenle, kefilin böyle bir sorumluluk altına girmeden önce borçlunun ödeme gücü ve sözleşmenin koşulları hakkında iyice düşünerek sözleşmeye taraf olması önem taşır. Türk Borçlar Kanununun 583. maddesinde kefalet sözleşmesinin şekli konusunda ayrıntılı hükümler sevk edilerek yukarıda sözü edilen amaca ulaşılması hedeflenmiştir. TBK m.583 hükmü şu şekildedir. “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz”.

³³ Aral/Ayrancı, 2015, a.g.k., s.313; Eren, 2017b, a.g.k., s.372; Huguneinen, 2012, a.g.k., s.816; Koller, 2012, a.g.k., s.271.

³⁴ Aral/Ayrancı, 2015, a.g.k., s.314; Gümüş, 2017, a.g.k., s.254; Eren, 2017b, a.g.k., s.372; Fikentscher/Heinemann, 2006, a.g.k., s.512; Huguneinen, 2012, a.g.k., s.816; Koller, 2012, a.g.k., s.271.

³⁵ Eren, 2017b, a.g.k., s.373.

³⁶ Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.431.

TBK m.583'ü takip eden ve "Eşin Rızası" başlığını taşıyan 584. madde "Şekil" başlığını taşıyan bir önceki madde ile aynı amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. TBK m.584'ün uygulama alanı yalnızca gerçek kişilerin taraf olduğu kefalet sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır. Anılan hükme göre, "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır".

Türk Borçlar Kanununda kefalet sözleşmeleri, adi, müteselsil, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet şeklinde beş farklı gruplara ayrılarak düzenlenmiştir.

Kira sözleşmelerinde başta kira bedeli olmak üzere, kiracının, kira sözleşmesinden doğan diğer borçlarını teminat altına almak için kefalet sözleşmesinden yararlanılabilir. Değerlendirmeyi kira bedeli ile sınırlı olarak yaptığımız için bundan sonraki açıklamalarımız kira bedeli çerçevesinde olacaktır. Kira sözleşmesinden doğan bedel alacağının kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilmesi için öncelikle geçerli bir kira sözleşmesinin varlığına ihtiyaç vardır. Kefalet sözleşmesini karakterize eden özelliklerden biri kefaletin fer'i³⁷ nitelikte olmasıdır. Bu nedenle her ne kadar kefalet sözleşmesi asıl borca kaynaklık eden kira sözleşmesinden bağımsız, ondan ayrı bir sözleşme olsa da, kefalet sözleşmesi kira sözleşmesinin geçerli olmaması halinde sonuç doğurmayacaktır.³⁸

Kefaleti karakterize eden bir diğer özellik kefaletin tali olmasıdır. Bu nedenle adi kefaletle teminat altına alınan borcun ödenmemesi halinde kefile başvurulmadan önce asıl borçluya başvurulması gerekir.³⁹ TBK m.585'te hüküm altına alınan adi kefalette, kefilin sorumluluğu düzenlenirken talilik ilkesinin esas alındığı görülür. Anılan hükmün ilk cümlesi bu yargıyı destekler niteliktedir. "Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefile başvuramaz".

³⁷ TBK m.582/II ile asıl borcun geçerliliği ilkesine istisna getirilmiştir. Kişisel güvence veren kimse, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilişkin kanun hükümlerine göre sorumlu olur; Aral/Ayrancı, 2015, a.g.k., s.474; Barlas, 1986, a.g.k., s.34; Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*, Makalelerim C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.378; Develioğlu, 2009, a.g.k., s.105; Eren, 2017b, a.g.k., s.770; Gümüş, 2017, a.g.k., s.473; Yavuz/Acar/Özen, 2018, a.g.k., s.776; Zevkliler/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.701. Fer'iğin istisnaları için bkz. Özen, 2012, a.g.k., s.96 vd.; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1964, 3 vd.; Cevdet Yavuz, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği, Türleri, *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 2004, C.12, S.1-2, s.22.

³⁸ Aral/Ayrancı, 2015, a.g.k., s.474; Develioğlu, 2009, a.g.k., s.105; Eren, 2017b, a.g.k., s.770; Fikentischer/Heinemann, 2006, a.g.k., s.671; Stadler Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB Rn.14-19, C.H. Beck, 2018; Stephan Weth, *Bürgschaft und Garantie auf Erstes Anfordern*, Acp, Mohr-Siebeck, 1989, s.318; Huguenin, 2012, a.g.k., s.985; Yavuz, 2004, a.g.k., s.22; Zevkliler/Gökyayla, 2016, a.g.k., s.701.

³⁹ Barlas, 2008, a.g.k., s.378; Barlas, 1986, a.g.k., s.30; Eren, 2017b, a.g.k., s.770; Gümüş, 2017, a.g.k., s.475; Fikentischer/Heinemann, 2006, a.g.k., s.673; Reisoğlu, 1964, a.g.k., s.6; Özen, 2012, a.g.k., s.295; Yavuz, 2004, a.g.k., s.23.

Uygulamada kira bedelinin ödenmesini teminat altına almak için kefile başvurulmak istendiğinde çoğu zaman müteselsil kefalet tercih edilmektedir. Mütesel kefalette adi kefaletin aksine kefaletin taliliğinden söz edilmez. Bu nedenle kira bedeli ödenmediğinde kiraya veren, kiracıya başvurmasına gerek olmaksızın kefile başvurabilir. Müteselsil kefalet TBK m.586'da hüküm altına alınmıştır. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, "Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir".

Müteselsil kefaletten söz edilebilmesi için kefilin müteselsilen borç altına girme iradesinin açıkça anlaşılabilir olması gerekir.⁴⁰

Uygulamada kira sözleşmelerinden doğan alacakları teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmelerinin kimi zaman ayrı bir sözleşme şeklinde yapılmadan kira sözleşmesinin altına kefil tarafından imzalanması suretiyle yapıldığı bilinmektedir. Ancak Türk Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümleri karşısında bu şekilde yapılan kefalet sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Bu nedenle kira bedelini teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmelerinin nitelikli yazılı şekle uyularak yapılması, gerçek kişi tarafından verilen kefaletlerde eşinin yazılı rızasının alınması gerekir.

6. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME

Bir kişinin, üçüncü bir kişinin belirli bir fiilde bulanacağı konusunda sözleşmenin karşı tarafına garanti vermesi üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye vücut verir.⁴¹ Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bu yönüyle Türk Borçlar Kanununun özel hükümleri içerisinde düzenlenen teminat sözleşmelerinden ayrılır. Böyle olmakla birlikte üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumundan da diğerleri gibi bir edimi teminat altına almak için yararlanılabilir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme TBK m.128'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir. "Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür." Üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden söz edilebilme için ilk olarak bir kişinin bir başkasının fiilini üstlenmesi gerekir.⁴² Bunun

⁴⁰ Eren, 2017b, a.g.k., s.776; Gümüş, 2017, a.g.k., s.511; Yavuz, 2004, a.g.k., s.34.

⁴¹ Hermann Becker, *BK Berner Kommentar Band/Nr.VI/1Aufgabe 2. Stämpfli Verlag AG*, 1945, s.571; Eren, 2017a, a.g.k., s.1177; Sevgi Kayak, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.141-143; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.411; Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliği konusunda doktrindeki farklı görüşler hakkında bkz. Yüce, 2007, a.g.k., s.20-22.

⁴² Becker, 1945, a.g.k., s.571; Eren, 2017a, a.g.k., s.118; Kayak, 2010, a.g.k., s.144; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.412; Yüce, 2007, a.g.k., s.25.

için üstlenen kişi üstlenme iradesine sahip olmalı ve üstlenmede ciddi olmalıdır.⁴³ Fiili üstlenilen gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.⁴⁴ Üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği sırada belirli olması şart değildir. Belirsiz bir kişinin fiili de üstlenilebilir.⁴⁵ Üstlenilen edim geçerlilik şekline tabi de olsa üçüncü kişinin taahhüdü herhangi bir geçerlilik şeklinde tabi değildir.⁴⁶

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bu bakımdan geçerliliği sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin kurallara tabidir. Bu anlamda örneğin sözleşmenin tarafları ehil değil, üstlenilen edim hukuka veya ahlaka aykırı ise sözleşme kesin hükümsüzdür. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak bir gerçek kişinin üçüncü kişinin fiilini üstlenmesi halinde bu sözleşme teminat amacıyla yapılmışsa TBK m.603 hükmü dolayısıyla üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, gerçek kişilerin taraf olduğu, diğer kişisel güvence verme borcu doğuran sözleşmeler gibi yazılı geçerlilik koşuluna tabi tutulacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, üstlenenin borcu, tazminat borcudur. Fiili üstlenilen karşı tarafa üstlendiği borcu ifa etmediğinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenenin tazminat borcu kendiliğinden doğar.⁴⁷

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır.⁴⁸ Doktrinde çoğunluğun görüşü, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin⁴⁹ bir türü olduğu yönündedir.⁵⁰

Kira sözleşmelerinde kira bedelini teminat altına almak için diğer hukuki imkanların yanı sıra üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde de yararlanmak mümkündür. Uygulamada kira bedelini teminat altına almak için üçüncü kişinin

⁴³ Becker, 1945, a.g.k., s.571; Eren, 2017a, a.g.k., s.1181; Kayak, 2010, a.g.k., s.144; Yüce, 2007, a.g.k., s.25 vd.

⁴⁴ Eren, 2017a, a.g.k., s.1181; Kayak, 2010, a.g.k., s.161; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.420; Reisoğlu, 1964, a.g.k., s.50; Yüce, 2007, a.g.k., s.29.

⁴⁵ Eren, 2017a, a.g.k., s.1181; Kayak, 2010, a.g.k., s.161; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.420; Reisoğlu, 1964, a.g.k., s.50; Yüce, 2007, a.g.k., s.30.

⁴⁶ Eren, 2017a, a.g.k., s.1181; Reisoğlu, 1964, a.g.k., s.141-142; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.422; Yüce, 2007, a.g.k., s.60.

⁴⁷ Eren, 2017a, a.g.k., s.1183; Kayak, 2010, a.g.k., s.246; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.416; Yüce, 2007, a.g.k., s.88.

⁴⁸ Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında farklı görüşler için bkz. Kayak, 2010, a.g.k., s.41-63; Yüce, 2007, a.g.k., s.7-11.

⁴⁹ Garanti sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dr. Rudolf Stammler, *Der garantievertrag, Eine Civilistische Abhandlung*, Acp, 69. Bd., H.1, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1886. s.1-141; Reisoğlu, 1964, a.g.k.; Tandoğan, *Garanti Sözleşmesi*, 1959.

⁵⁰ Eren, 2017a, a.g.k., s.1177; Kayak, 2010, a.g.k., s.144; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.414; Tandoğan, 1959, a.g.k., s.45

fiilini üstlenme sözleşmesinden yararlanılmasına daha çok emlak komisyoncusunun kira sözleşmesinin ödeneceği yönünde verdiği garanti görünümünde karşımıza çıkmaktadır. Emlak komisyoncularının bu taahhüdü kira sözleşmesinden bağımsızdır. Taahhütte bulunan bu sayede kira bedelinin ödenmesini üçüncü kişiye garanti etmektedir. Kiracı kira bedelini ödemediğinde taahhütte bulunan onun yerine geçerek kira bedelinin ödenmesinden sorumlu olmayacak, kiraya verenin bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

7. BANKA TEMİNAT MEKTUBU

Konut kiralarında kira bedelinin ödenmesini teminat altına almak için çoğunlukla kefalet veya üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden yararlanılır. Ancak iş yeri kirası veya gemi kirası gibi kira bedelinin daha yüksek belirlendiği kira sözleşmelerinde, kira bedelini teminat altına almak için çoğunlukla banka teminat mektubundan yararlanıldığı görülmektedir.⁵¹

Banka teminat mektubu ile banka, lehdarın talebi doğrultusunda sözleşmenin diğer tarafına borçlunun edimini gereği ifa edeceğini, borçlunun edimini hiç veya gereği ifa etmemesi halinde uğranılacak zararı kendisinin gidereceğini taahhüt etmektedir.⁵² Söz konusu ilişkide, banka, muhatap ve lehdar yer alır. Banka muhataba yönelen taahhüdü karşıladığında bir komisyon alacağına hak kazanır. Bunun yanı sıra ödeme halinde lehdara rücu ederken, lehdarın ödemekten kaçınması riskini gidermek için ondan karşı -garanti⁵³ alır.⁵⁴

Banka teminat mektuplarında garanti edilen fiil farklılık göstereceğinden tek tip teminat mektubundan söz etmek mümkün değildir.⁵⁵ Teminat mektubu verilirken belirli şekle ve içeriğe de uyma zorunluluğu da bulunmamaktadır.⁵⁶ Böyle olmakla birlikte bankaların alacaklarını teminat altına alma gereksinimleri nedeniyle ödeme talebinin yazılı yapıldığı görülmektedir.⁵⁷

⁵¹ Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.453; Beat Kleiner/Kaspar Landolt/Dominique Gemperli, *Die Garantie unter Besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s.125.

⁵² Nami Barlas, *Banka Teminat Mektupları*, Makalelerim C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.32; Barlas, 1986, a.g.k., s.7; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.453; Kayak, 2010, a.g.k., s.240; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.413.

⁵³ Banka tarafından karşı-garanti alınmadığı hallerde banka teminat mektupları bakımından rücu sorunun çözümlenmesinde iki çözüm yolu belirlenmiştir. Bu durumda doktrinde rücu talebinin hukuki dayanağı sebepsiz zenginleşmeye teşkil edebileceği gibi vekaletsiz iş görmeye de dayandırılabilir. İleri süren görüşler yer alır: Ayıntılı bilgi için bkz. Barlas, 1986, a.g.k., s.79 vd.

⁵⁴ Barlas, 1986, a.g.k., s.7; Barlas, 2008, a.g.k., s.32; Gümüş, 2017, a.g.k., s.581; Reisoğlu, 1963, a.g.k., s.96; Yenice, 2009, a.g.k., s.113.

⁵⁵ N. Barlas, 1986, a.g.k., s.8; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.457; Kleiner/Landolt/Gemperli, 2016, a.g.k., s.122; Reisoğlu, 1963, a.g.k., s.92.

⁵⁶ Barlas, 1986, a.g.k., s.53; Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.456.

⁵⁷ Barlas, 1986, a.g.k., s.63.

Banka teminat mektupları aracılığıyla banka ve muhatap arasında bir sözleşme ilişkisi doğar. Muhatap ve banka arasında kurulduğu kabul edilen sözleşme, amacı itibariyle kefalet sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi gibi teminat sözleşmeleri grubunda yer alır.⁵⁸ Bu tespit dışında Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Tartışma çoğunlukla banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmakla birlikte,⁵⁹ bu konudaki baskın görüş banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesinin özel bir türü⁶⁰ olduğu şeklindedir.⁶¹

Teminat mektubu ile kira bedelini teminat altına alabilmek için tarafların tacir olması veya aralarında ticari bir ilişkinin bulunması şart değildir.⁶² Banka teminat mektupları kıymetli evrak niteliği taşımaz.⁶³

8. KİRA SİGORTASI

Kira bedelini teminat altına alma amacıyla başvuru hukuki olanaklardan biri de kira sigortasıdır. Kira sigortası sigorta şirketleri tarafından, kira sözleşmesinin kurulması sırasında kiracıya yöneltilen kefil gösterme veya banka teminat mektubu getirme taleplerine alternatif olarak sunulmuştur.

Kira sigortası, Türk Ticaret Kanununda düzenlenmemiştir. Böyle olmakla birlikte ihtiyaçların yarattığı bir sigorta ürünü olarak son yıllarda ülkemizde de uygulanmaya başlamıştır. Sigortaya başvurma sıklığı ülkemizde henüz beklenen düzeyde olmasa da⁶⁴ ürün çeşitliliği ile sigortaya başvurma oranın gün geçtikçe arttığı görülmektedir.⁶⁵

⁵⁸ Barlas, 1986, a.g.k., s.26; Barlas, 2008, a.g.k., s.33.

⁵⁹ Doktrinde bu çerçevede yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, 1986, a.g.k., s.26 vd.; Barlas, 2008, a.g.k., s.33-37; Kayak, 2010, a.g.k., s.241-245; Reisoğlu, 1963, a.g.k., s.93 vd.

⁶⁰ Doktrindeki bazı yazarlara göre, teminat mektuplarının tamamının garanti veya tamamının kefalet niteliği taşıması zorunlu değildir. Banka teminat mektuplarının çoğu kefalet niteliğindedir. Fakat adı geçen mektuplar garanti niteliği taşıyacak şekilde veya karma nitelikte de verilebilir; Barlas, 2008, a.g.k., s.31; Barlas, 1986, a.g.k., s.44. Kleiner/Landolt/Gemperli, 2016, a.g.k., s.122; Oğuzman/Öz, 2017, a.g.k., s.413; Tandoğan, 1959, a.g.k., s.32.

⁶¹ Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.453; Barlas, 2008, a.g.k., s.35; Fikentischer/Heinemann, 2006, a.g.k., s.675.

⁶² Ural Çınar, 2014, a.g.k., s.455.

⁶³ Barlas, 1986, a.g.k., s.9; Barlas, 2008, a.g.k., s.31; Gümüş, 2017, a.g.k., s.582; Kayak, 2010, a.g.k., s.245.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Merve Kayaköy Taş, Dünya Sigorta Pazarında Türkiye'nin Yeri, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.14, S.12.

⁶⁵ Türkiye'de sigortacılığa ilişkin ilk düzenleme olarak 1864 tarihli Ticaret'i Bahriye Kanunu'nun 11. Maddesi gösterilmektedir. Sabit primli sigorta uygulamalarının 14. yüzyılda İtalya'da uygulanmaya başladığı ve onu izleyen yıllarda İspanya, Fransa, Portekiz, Hollanda'da sigortacılık faaliyetlerine yer verilmiş olması gerçeği karşısında ülkemizde sigortacılık uygulamalarına geç kalındığı söylenebilir. Sigortanın ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emine Yazıcıoğlu/Zehra Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s.1-4.

Sigorta, doktrinde, ekonomik sonuçlar doğuran aynı veya benzer nitelikteki risklerin sigortacının yaptığı bir organizasyon dahilinde, riskten etkilenenlere dağıtılması şeklinde tanımlanır.⁶⁶ Sigorta tanımında iki husus öne çıkmaktadır. Bunlar, risk ile riskin gerçekleşmesi halinde ödenecek olan sigorta tazminatıdır. Risk, en genel anlamıyla istenilmeyen sonuç doğurmaya elverişli olay şeklinde ifade edilir.⁶⁷ Ancak sigorta hukuku bakımından sigorta ile teminat altına alınan risk, burada sözünü ettiğimiz gibi geniş anlamda kullanılmamıştır. TTK m.1401'den anlaşılacağı gibi sigorta ile teminat altına alınan riskin iktisadi sonuca ilişkin olması beklenir.⁶⁸ Kira sigortası ile teminat altına alınan risk, kira bedelinin ödenmemesidir.

Sigorta türleri açısından değerlendirdiğimizde kira sigortası, borç ödeme sigortası grubunda nitelendirilebilir. Borç Ödeme Sigortası Genel Şartları A1'de borç ödeme sigortasının konusu şu şekilde ifade edilmiştir. "Bu sigorta ile sigortacı, işsiz kalma ya da kaza veya hastalık nedeniyle geçici iş göremezlik hâllerinin gerçekleşmesi sonucu sigortalının poliçede belirtilen ve sözleşmeye istinaden yapması gereken ödemelerini azami tazminat tutarı ve süresi ile sınırlı olmak üzere teminat altına alır". Anılan düzenleme uyarınca, yukarıda sayılan sebeplerle kira bedelinin ödenmemesi halinde sigorta sözleşmesinde belirtilen süre ve tazminat miktarı oranında kira bedeli teminat altına alınmış olacaktır. Kira bedelinin teminat altına alınmasını gerektiren sebepler, işsiz kalma, hastalık veya geçici iş göremezlik şeklinde sayılmıştır. Yukarıda sayılan sonuçlardan herhangi birine yol açan başkaca sebepler de, ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilebilir.⁶⁹ Şartname ile sözleşmeye dayanılarak ödenecek sigorta tazminatının süresi ve miktarı da sınırlandırılmıştır. Uygulamada kira sigortası ile bir yıllık kira bedelinin sigorta ettirildiği görülmektedir. Sigorta şirketleri bunun karşılığında sigorta ettirenden kira aylık bedelinin %65'i oranında sigorta primi almaya hak kazanır.⁷⁰

⁶⁶ Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018. s.1; Mertol Can, *Türk Sigorta Hukuku C.I*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018. s.13; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, 2019, a.g.k., s.1.

⁶⁷ Bozkurt, 2019, a.g.k., s.40; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, 2019, a.g.k., s.5.

⁶⁸ Bozkurt, 2019, a.g.k., s.41; Risk kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can, 2018, a.g.k., s.5-10; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, 2019, a.g.k., s.5-10.

⁶⁹ Bkz. Borç Ödeme Genel Şartları, A.4 Ek Sözleşme ile Teminat Kapsamına Dahil Edilebilecek Hâller: Türkiye Sigorta Birliği: <https://www.tsb.org.tr>, E.T.: 19.09.2019.

⁷⁰ Kira sigortası uygulamaları hakkında bkz. Trink kira sigortası, ray sigorta, <http://www.sigortagundem.com>, E.T.: 20.09.2019.

Kira sigortası ile kira bedelinin yanı sıra kira bedelini elde etmek için yapılan hukuki masraflar, aidat masrafları, ödenmemiş faturalarda teminat altına alınır.⁷¹

SONUÇ

Kullandırma borcu doğuran sözleşmelerin tipik örneğini oluşturan kira sözleşmesi, aynı grupta yer alan kullandırma ödücü ve tüketim ödücü sözleşmelerinden ivazlı olması bakımından ayrılır. Kira sözleşmesinde kira bedeli, kiraya verenin kira konusu şeyin kullanımını belirli veya belirsiz bir süre için kiracıya bırakmasının karşılığını oluşturur. Kira bedeli, her tür kira sözleşmesi bakımından önem taşımakla birlikte bu çalışmada taşınmaz kiralarda özellikle konut ve çatılı iş yeri kiralarda kira bedelinin ödenmesini sağlamaya yönelik hukuki çarelerden söz edilmiştir. Anılan hukuki çarelerden bir kısmı kira sözleşmesine ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir. Bunlar kiracının güvence verme borcu ile kiralayana tanınan hapis hakkıdır.

Kira sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer alan iki düzenlemenin dışında kiraya verenin kira bedelini teminat altına almasının bir başka yolu teminat sözleşmelerinden yararlanmaktır. Uygulamada kiraya verenlerin kira bedelini garanti altına almak amacıyla en sık başvurdukları sözleşme kefalet sözleşmesidir. Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesiyle kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde onun yerine geçerek borçlunun borcunu ödemeyi üstlenir. Kefilin borcu fer'i bir borçtur. Bu nedenle kefaletin geçerliliğinden söz edilebilmesi için geçerli bir kira sözleşmesinin varlığına ihtiyaç vardır. Kefalet sözleşmesini karakterize eden ikinci özellik kefaletin talilidir. Taraflarca farklı şekilde kararlaştırılmadığı sürece alacaklı borcun ödenmesini ilk olarak asıl borçludan ister. Asıl borçludan alacağını alamayan alacaklı ancak bu halde kefile başvurabilir. Kira bedelini teminat altına almak için kiraya verenin başvurabileceği diğer hukuk olanaklar, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinden veya banka teminat mektubundan yararlanmaktır. Borçlar Kanununun Genel Hükümler kısmında düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde bir kişi üçüncü bir kişinin belirli bir fiili yerine getireceğini taahhüt eder. Taahhüt eden, taahhüt edilen fiil yerine getirilmezse üçüncü kişinin uğradığı zararı tazmin etmeyi borçlanır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi bağımsız olması bakımından kefalet sözleşmesinden ayrılır. Hukuki niteliği çok tartışmalı olan banka teminat mektupları, yukarıda sözünü ettiğimiz diğer iki sözleşme gibi teminat sözleşmeleri grubunda yer alır. Banka teminat mektuplarını diğer teminat sözleşmelerinden ayıran husus, burada teminat gös-

⁷¹ <https://www.hesapkurdu.com/konut-kredisi/rehber/kira-sigortasi>, E.T.: 20.09.2019.



teren tarafın diğerk bir ifadeyle riski üzerine alan tarafın büyük bir ekonomik güce sahip olan banka olmasıdır. Bu yönüyle banka teminat mektupları diğerk teminat sözleşmelerine kıyasla bir edimi garanti altına almak isteyen taraf için daha cazip görünmektedir. Ancak böyle bir kıyaslamaya giderken teminat mektubu veren bankaların çoğunlukla sözü geçen krediyi bir karşı garanti ile teminat altına aldıklarını unutmamak gerekir.

KAYNAKÇA

- Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Band I die Einzelnen Vertragsverhältnisse Art.184-318 OR Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Beat Kleiner/Kaspar Landolt/Dominique Gemperli, *Die Garantie unter Besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Cevdet Yavuz, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği, Türleri, *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 2004, C.12, S.1-2.
- Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018.
- Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schultess Verlag, 2012.
- Emine Yazıcıoğlu/Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erol Cansel, *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1961.
- Erol Cansel/Çağlar Özel, *Türk Hukukunda Ceza Koşulu*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013, dergipark.org.tr, E.T.: 19.09.2019.
- Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2015.
- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2017.
- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2017.
- Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.I/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959.
- Heinz Hausheer/Dieter Zobl, *BK Berner Kommentar Band/Nr.IV/2/5/2. Stämpfli Verlag AG*. K.S., 1996.
- Hermann Becker, *BK Berner Kommentar Band/Nr.VI/1Aufgabe 2. Stämpfli Verlag AG*, 1945.

- Hubert Blank (hrsgb), *Schmidt-Futterer Mietrecht*, München, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Beta Kitabevi, 2018.
- Karl Oftinger/Rolf Bär, *ZK Zürcher Kommentar Band/Nr.IV/2c*, Berlin, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1981.
- Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Melek Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Mertol Can, *Türk Sigorta Hukuku C.I*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Merve Kayaköy Taş, Dünya Sigorta Pazarında Türkiye'nin Yeri, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.14, S.12.
- Murat Aydoğdu, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu, (TBK 342), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.14, S.1.
- Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Mustafa Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- Mustafa Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Nami Barlas, *Banka Teminat Mektupları*, Makalelerim C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*, Makalelerim C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.
- Nihal Ural Çınar, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
- Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2009.

- Rolf Knütel, *Verfallsbereinigung*, Nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, Acp., 1975.
- Rudolf Stammler, *Der garantievertrag, Eine Civilistische Abhandlung*, Acp, 69. Bd., H.1, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1886.
- Sevgi Kayak, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963.
- Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1964.
- Sotirios Kotronis, *Die Sicherheitsleistung im Privatrecht - eine Rechtsdogmatische und Rechtsvergleichende Untersuchung zum Deutschen und Schweizerischen Privatrecht*, Berlin, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Stadler Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB Rn.14-19, C.H. Beck, 2018.
- Stephan Weth, *Bürgschaft und Garantie auf Erstes Anfordern*, Acp, Mohr-Siebeck, 1989.
- Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin, de Gruyter Lehrbuch, 2006.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Avukatın Yükümlülük ve Sorumlulukları^(*)

The Duties of Attorneys-At-Law Arising Out of the Law on the
Protection of Personal Data

Dr. Öğr. Üyesi **Nilüfer BORAN GÜNEYSU^(**)**
Öğr. Gör. Av. **Burak MEMİŞ^(***)**

Öz

Bu çalışmada, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31.05.2019 tarihinde verdiği karar temel alınarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında avukatın yükümlülükleri incelenecektir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Nisan 2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Avukatlar, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile bağlıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun üçüncü bölümünde hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir. Avukatlar, diğer yükümlülükleri yanında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında yükümlülüklere de tabidir. Avukatın bu yükümlülüklere aykırı hareket etmesi halinde hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Veri, Avukatlık, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi, Avukatın Yükümlülükleri.

Abstract

In this paper, it is the authors' objective to analyze responsibilities arising out of the Law no.6698 on the Protection of Personal Data for the attorneys-at-law. The main crux of the analysis will be a decision rendered by the Board of the Protection of Personal Data dated 05.31.2019. The Law no.6698 entered into force after it was published at the Official Gazette no.29677 in April 2016. The 3rd Chapter of the Law contains stipulations as to rights and duties within its own framework. Among others, attorney-at-law are also bound by the Law no.6698, which means they, too, have to observe those duties emanating from the Law no.6698. In case of a violation of one or more of these duties on behalf of an attorney-at-law; legal, criminal and/or disciplinary liability may arise.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 21.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 22.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 27.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 31.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 17.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: nboran@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3268-3331>.

(***) Kütahya Sağlık Bilimleri Üniversitesi, Bilgi İşlem Daire Başkanlığı,
E-posta: burakmemiss@gmail.com.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3985-210X>.



Keywords

Personal Data, The Vocation of Attorney-At-Law, The Law No.6698 on the Protection of Personal Data, The Board of the Protection of Personal Data, Data Controller Information System, The Duties of Attorneys-At-Law.

1. GİRİŞ

20. yüzyılın ikinci yarısıyla birlikte teknolojide yaşanan gelişmeler hızlanmış ve bu gelişmeler, teknolojinin insan hayatının her alanında yer alması sonucunu doğurmuştur. 1946 yılında, bilgisayarın atası olarak da adlandırılan ENIAC ile bilgisayar, hayatımıza girmeye başlamıştır. 1969 yılında ise California Üniversitesi ile Stanford Araştırma Enstitüsü arasında ARPANET adı verilen bir veri ağı kurulmuş ve bu veri ağı bizi İnternet ile tanıştırmıştır. Teknolojide yaşanan bu gelişmeler, insan hayatını kolaylaştırmakla birlikte pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlardan birisi, kişisel verilerin bilinçsiz bir şekilde paylaşılmasıdır. Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü veri olarak (KVKK m.3/1/d) tanımlanmaktadır.¹ Kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.² Kişisel veriler, bir kimsenin ekonomik durumu, eğitim durumu ve kimliğine ilişkin olabileceği gibi, sağlık durumu, cinsel hayatı ve etnik kökenine ilişkin olarak da karşımıza çıkabilecektir.

Teknolojide yaşanan gelişmelerle birlikte kişisel veriler, hızlı ve kolay bir şekilde işlenmeye³ başlamıştır. Bu durum ise, temel hak ve özgürlükler bağla-

¹ Kişisel veri kavramının ayrıntılı tanımları için bkz S. Hilal Üçüncü, *Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, İstanbul, 2019, s.6-7.

² "... Son yıllarda özellikle bilişim ve iletişim teknolojilerinin çok hızlı gelişmesi, kişisel verilerin daha da kolay toplanmasına, işlenmesine, paylaşılmasına ve depolanmasına imkân sağlamıştır. Bu durum kişisel verilerin korunması kavramının önemini her geçen gün daha da artırmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının temel amacı, bireyin özel yaşamının gizliliğinin güvence altına alınması yoluyla kişiyi korumaktır. Bilgi toplumunda giderek önemli bir konu hâline gelen kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin demokratik bir hukuk devletinde özgür iradesiyle kendi yaşamını bizzat düzenleyebilmesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özgür bireylerden oluşan bir toplum düzeninin oluşturulması, ancak bireyin kişisel verilerine ilişkin hakkının korunmasıyla mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan "mahremiyet hakkı", bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilmesi şeklindeki hukuki çıkarlarını da içermektedir. Zira bireyin kendisine ait herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere başkalarının ulaşmaması kısacası kişisel verilerinin mahrem kalması konusunda hukuki menfaati bulunmaktadır (G. Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması*, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s.182). Kişisel verilerin korunmasının sağlanması ile birlikte özel hayatının gizliliği korunmuş olacaktır..." HGK, 6.11.2018, E.2017/4-1340, K.2018/1622 (<http://www.kazanci.com>, E.T. 30.09.2019).

³ 6698 sayılı KVKK madde 3/1 (e) Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi,

mında kişisel verilerin korunması sonucunu doğurmuştur. Kişisel verilerin korunması hukukunun doğumuna ise;

- Teknolojik gelişmeler,
- Çeşitli örgütlerce kişisel verilere duyulan gereksinim ve
- Gözetim teknolojilerindeki⁴ gelişmeler nedeniyle duyulan kaygıların sebep olduğunu söylemek doğru olacaktır.⁵

Bu çalışmanın hazırlanmasına, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun ("Kurul") 31.05.2019 tarihinde verdiği karar neden olmuştur. Karar; "İlgili kişinin, şahsına ait telefon numaralarına gönderilen ve kendisine ait olmayan içerik barındıran kısa mesaj (SMS) nedeniyle veri sorumlusuna başvurduğu; veri sorumlusu tarafından verilen cevapta, bu gönderimin personel hatasından kaynaklandığı ve başka bir aboneye ait giriş yapılırken 1 rakam hatası sonucunda ilgili kişiye SMS gönderildiği tespit edilerek yanlışlığın derhal düzeltildiğinin belirtildiği; ancak, kendisine gönderilen SMS'te kişisel verileri yer alan kişinin yeğeni olduğunu ve yeğenin telefon numarası ile kendisine ait telefon numarasının 1 rakam değişikliği/yanlışlığı ile karıştırılmasının mümkün olmadığını belirterek veri sorumlusu hakkında gereğinin yapılmasını talep ettiği başvurusunun incelenmesi neticesinde, gerek bir şirketler grubuna borçlu olduğu belirtilen ve şikâyetçinin yeğeni olduğu anlaşılan şahsa ait ad, soyad ve hizmet numarasının şikâyetçiye ait hatta gönderilmesi, gerekse şikâyetçiye ait telefon numarasının, Kanunda düzenlenen işleme şartlarından herhangi birine dayanmadan işlenmesi şeklindeki tek bir harekete bağlı iki farklı veri işleme faaliyeti sonucunda Kanunun 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen "Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek" yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılan veri sorumlusu avukat hakkında, Kanunun 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir"⁶ şeklindedir.

Köklü bir geçmişe sahip olan avukatlık mesleğinin değişen koşul ve şartlara uyum sağlaması gerekir. Avukatların da değişen koşul ve şartları dikkate alarak kendilerini yenilemeleri zorunludur. Savunma hakkı ve hak arama özgür-

yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem olarak tanımlanmaktadır.

⁴ Gözetim teknolojisi, belirli bilgileri elde etmek için; bir kişi, nesne veya yerin izlenmesi kapsamında kullanılan teknolojileri ifade etmektedir.

⁵ Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, 2010, s.21.

⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 31.05.2019, 2019/166 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5497/2019-166>).

lüğünün önemli bir unsuru olan avukatların, kişisel veri ve kişisel verilerin korunmasına duyarsız kalması mümkün değildir. Hatta avukatlar bakımından kişisel veri, bunların korunması, işlenmesi veya imhası gibi konular kanunî olarak bağlayıcı niteliktedir.

Avukatlık Kanunu'nun 46'ncı maddesinin ikinci fıkrasında vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisinin verilmeyeceği belirtilerek açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay 14'üncü Ceza Dairesi, bir kişinin sırf avukat olmasının müdafî veya vekile tanınan tüm haklardan yararlanması anlamına gelmeyeceğini; aksi düşüncenin kabulünün her avukatın istediği soruşturma dosyasını inceleyebileceği anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bu durumun **kişisel verilerin korunması** ilkelerine aykırı olması nedeniyle kabul edilemez olduğunu belirtmektedir.⁷

Kişisel veri ve bunların korunması Türkiye bakımından yeni sayılabilecek bir konudur. Bu nedenle, kişisel veri kavramının avukatlık mesleğine yansımaları da yeni konulardan biridir. Bu çalışmada avukatlık mesleği, kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmektedir. Çalışmada değinilen avukatın yükümlülükleri, hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu gibi konuların her biri ayrı çalışma konusu olabilecek kadar geniş ve kapsamlıdır. Ancak çalışmada ilgili konular, kişisel verilerin korunması ışığında genel olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır. İlerleyen zamanlarda Kurul ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararları ışığında bu konuya ilişkin kapsamlı değerlendirmeler yapılacaktır. Bu çalışmada amacımız, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun avukatlık mesleğine getirdiği yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ihlalinin sonuçlarına ilişkin genel bir tablo çizmektir.

2. KİŞİSEL VERİ VE KİŞİSEL VERİNİN KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ

Teknolojide yaşanan gelişmelerle birlikte, 1900'lü yılların ikinci yarısı ile birlikte kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak hukuksal düzenlemeler ardına ortaya çıkmaya başlamıştır. Kişisel verilerin korunması, temelde verilerin değil, bu veriler ile ilişkili olan kişilerin korunmasını amaçlamaktadır.⁸ Bu nedenle; kişisel verilerin korunması hukukunun ortaya çıkmasının nedeninin bireyin yani verilere sahip olan gerçek kişinin korunması olduğu anlaşılmaktadır.⁹

⁷ Yargıtay 14. CD, 6.5.2019, E.2018/10198, K.2019/9443 (<http://www.kazanci.com>, E.T.: 30.09.2019).

⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular. (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Sikca-Sorulan-Sorular> E.T.: 18.09.2019).

⁹ Eric Claes/Anthony Duff /Serge Gutwirth, *Privacy and Criminal Law*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s.77.

Kişisel verilerin korunması ile ilgili ilk uluslararası düzenlemeler¹⁰ olarak karışımıza 1948 yılında yayımlanmış olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹¹ ve 1950 yılında imzalanıp 1953 yılında yürürlüğe girmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹² çıkmaktadır. Sözleşme'nin 8'inci maddesinde özel yaşamın gizliliği hakkı düzenlenmiş olup maddenin birinci fıkrasında herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu belirtilmiş; maddenin ikinci fıkrası bu hakkın kullanılmasına kamu otoritesinin müdahalesinin hangi durumlarda söz konusu olabileceğini düzenlemiştir.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü kişisel verilerin korunmasının uluslararası alanda gündeme taşıyan ilk örgüt olmuştur.¹³ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından yayımlanan "*Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler*"in 2'nci bölümünde yer alan 8 ilke ile birlikte kişisel veri işleme faaliyetleri sırasında dikkat edilmesi gereken hususlar ortaya konmuştur.¹⁴

Avrupa Konseyi tarafından kişisel verilerin korunması alanında yapılan en önemli çalışma ise 1981 yılında kabul edilmiş olan 108 sayılı "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"dir.¹⁵ Sözleşme'nin konu ve amacı 1'inci maddede düzenlenmiş olup her bir tarafın ülkesinde, uyuşuğu veya ikamet yeri ne olursa olsun her gerçek kişinin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendisiyle ilgili kişisel verilerinin otomatik işleme tabi tutulması karşısında özel hayata saygı hakkını güvence altına almaktır. Verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeler ise Sözleşme'nin 2'nci bölümünde düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği bünyesinde kişisel verilerin korunması alanında yapılmış olan ilk ve en önemli çalışmalardan birisi 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı *Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi*¹⁶

¹⁰ Kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası düzenlemeler için bkz. Doğan Kılıç, "*Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması*", AÜHFD, 2012, 61(3), s.1106-1130. Üçüncü, a.g.e., s.106-123.

¹¹ http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf, E.T.: 10.08.2019.

¹² https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, E.T.: 10.08.2019.

¹³ Stewart Room, *Data Protection and Compliance in Context*, The British Computer Society Publishing and Information Product, Swindon, United Kingdom 2007, s.10.

¹⁴ <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf>, E.T.: 10.08.2019.

¹⁵ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>, E.T.: 10.08.2019.

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=en>, E.T.: 10.08.2019.

(“**Direktif**”)dir. Direktif’in 2’nci maddesinde veri işleme sistemlerinin; insana hizmet etmek amacıyla tasarlanacağı belirtilmiş olup gerçek kişilerin milliyetlerine veya ikametgâhlarına bakılmaksızın, başta kişisel mahremiyet olmak üzere, temel haklarını ve özgürlüklerini koruyacağı ifade edilmiştir. Üye devletler, kişisel verileri, *Adil ve Yasal İşleme, Amaç ile Sınırlılık, İlgililik ve Orantılılık, Doğruluk ve Güncellik ve Süreyle Sınırlılık* ilkelerine uygun olarak işleyebileceklerdir.

Avrupa Birliği tarafından, kişisel verilerin korunması alanındaki düzenlemelerin güncellenmesi ve yeni dijital dünya ile daha uyumlu hale getirilmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmiş ve bu zorunluluğun sonucu olarak 24 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Regülasyonu¹⁷ (“**GDPR**”) yürürlüğe girmiştir.¹⁸ GDPR’ın uygulanmaya başlama tarihi olarak ise, 25 Mayıs 2018 kabul edilmiştir. GDPR, Direktif’i yürürlükten kaldırmış olup bireylerin kişisel verilerin korunması alanındaki haklarını güçlendirmiş, bu alandaki hukuksal düzenlemeleri yeni dijital dünya ile daha uyumlu hale getirmiş ve Direktif’te yer almamış olan veri taşınabilirliği¹⁹ gibi yeni kavramları düzenlemiştir.

2.1. Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması

2.1.1. Genel Olarak

Türkiye, Direktif’i imzalayan ilk ülkelerden birisi olmasına rağmen Türkiye’de uzun bir süre kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki bir düzenleme yapılmamıştır. Kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk hukuki düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda²⁰ karşımıza çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun dokuzuncu bölümünde *özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar* düzenlenmiş olup; bu bölümün 135 ilâ 140’ncü maddelerinde kişisel verilerin korunmasına yönelik hükümler yer almaktadır.

Kişisel verilerin korunması hakkının Anayasal temelleri bulunmaktadır. Kişi dokunulmazlığı, kişinin maddî ve manevî varlığı (Ana. m.17), özel hayatın gizliliği (Ana. m.20), konut dokunulmazlığı (Ana. m.21), haberleşme hürriyeti (Ana. m.22), din ve vicdan hürriyeti (Ana. m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti

¹⁷ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5419_2016_INIT&from=EN, E.T.: 10.08.2019.

¹⁸ http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf, E.T.: 10.08.2019.

¹⁹ <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/right-to-data-portability/>, E.T. 10.08.2019.

²⁰ RG, T.12/10/2004, S.25611.

(Ana. m.25) ile düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (Ana. m.26) kişisel verilerin korunması ile yakından ilgilidir.²¹ İlgili hükümlerin dışında kişisel veriler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20'nci maddesine 5892 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²² ile bir fıkra eklenerek, *özel hayatın gizliliği ve korunması* kapsamında Anayasal bir güvenceye kavuşmuştur. Söz konusu düzenleme ile herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunması hakkına sahip olmuştur. Aynı zamanda bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsamaktadır. Bu düzenleme ile kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilecektir.

2.1.2. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Türkiye'de kişisel verilerin korunmasına yönelik özel bir kanun çıkarmak için ilk kez 1989 yılında bir komisyon oluşturulmuş olup bu komisyon henüz çalışmalarını tamamlayamadan dağılmıştır.²³ İlerleyen yıllarda da kişisel verilerin korunması için hazırlanmış olan kanun tasarıları çeşitli nedenlerle kanunlaşmamıştır. Nihayet 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ("KVKK" veya "**Kanun**"), 24 Mart 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 7 Nisan 2016 tarih, 29677 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.²⁴ KVKK'nın 1'inci maddesinde ifade edildiği üzere; bu kanun ile kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmaktadır. KVKK'nın kapsamı, 2'nci maddede düzenlenmiştir. Bu kapsamın, GDPR ile uyumlu olduğu görülmektedir. Buna göre Kanun; kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacaktır.

²¹ Üçüncü, *a.g.e.*, s.123; Kılıç, *a.g.m.*, s.1131-1132.

²² <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html>, E.T.: 10.08.2019.

²³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı (<https://kvkk.gov.tr/yayinlar/ANAYASAL%20B%4%B0R%20HAK%20OLARAK%20K%4%B0%20C5%9E%4%B0SEL%20VER%4%B0LER%4%B0N%20KORUNMASINI%20C4%B0STEME%20HAKKI.pdf>), E.T.: 18.09.2019).

²⁴ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, E.T.: 11.08.2019.



Kişisel veriler, gerçek veya tüzel kişiler tarafından toplanmaktadır. Öncelikle devlet olmak üzere özel hukuk tüzel kişileri, bankalar, sivil toplum örgütleri kişisel verileri işlemektedir. Gerçek kişi olarak ise sıklıkla doktor, noter ve avukatların kişisel verileri değerlendirdikleri görülmektedir.²⁵ Çalışmamız, avukat ve kişisel verilen korunması çerçevesinde hazırlanmıştır. Bu noktada avukatlık mesleğinin ne olduğu ve kişisel verilerle ilişkisinin bilinmesi gerekir. Avukatlık, “hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde, hukukî konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi bağımsız savunma adına kuramsal görev yapan kişi” olarak tanımlanmaktadır.²⁶ Bilindiği üzere avukat, yaptığı iş ve hukukî konum itibarıyla müvekkiline en yakın kişidir. Avukat, müvekkilinin kişisel verileri ve hatta sırlarına vakıf olmaktadır. KVKK’nın 2’nci maddesi dikkate alındığında, avukatın bu kanun kapsamında olduğu açıktır. Bu nedenle KVKK’nın düzenlediği yükümlülük ve sorumluluklar avukatlar bakımından geçerlidir.

2.1.3. KVKK’da Yer Alan Temel Kavramlar

Kişisel verilerin korunması konusunun değerlendirilmesinde öncelikle bazı kavramların değerlendirilmesi gerekir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel kavramlar, Kanun’un 3’üncü maddesinde yer almaktadır. Karşımıza çıkan ilk kavram, *kişisel veridir* (KVKK m.3/1/d); ve bu kavram, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda kişisel veri; isim, soy isim, doğum yeri ve doğum tarihi gibi kişinin kesin teşhisini sağlayan bilgiler olabileceği gibi, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de olabilecektir.²⁷ Kanun’un gerekçe kısmında, bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesi olarak ifade edilmiştir.

Avukatlar, yaptıkları işin niteliği gereği müvekkilinin kişisel verisi ve hatta sırlarına dahi vakıf olmaktadır. Bilindiği üzere, avukatın sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları’nda²⁸ sır saklama yükümlülüğüne ilişkin kurallar söz konusudur. Avukatlık Kanunu’nun 36’ncı maddesi gereğince avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık

²⁵ Kılıç, *a.g.m.*, s.1093.

²⁶ Semih Güner, *Avukatlık Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2011, s.102. Benzer tanımlar için bkz. M. Refik Korkusuz/M. Halit Korkusuz, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Bursa, 2014, s.3-4.

²⁷ Kişisel verilerin korunması kanunu tasarı ve adalet raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, E.T.: 11.08.2019.

²⁸ Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları için bkz. (http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf, E.T.: 18.09.2019).

görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Meslek Kuralları'nın 37'nci maddesi ise, "avukat meslek sırrı ile bağlıdır" şeklindedir. Sır kavramı, "sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkası tarafından daha önce bilinmeyen husus" olarak tanımlanmaktadır.²⁹ Kişisel veri kavramının unsurlarından biri olan bilgi, kişinin adı, soyadı, fiziksel özellikleri gibi alenî bilgileri de, kredi kartı şifresi, e-mal adresinin şifresi gibi gizli bilgileri de içermektedir.³⁰ Bu noktada kişisel veri kavramının, sır kavramından daha geniş olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin kişinin kimlik bilgileri, sır niteliğinde değildir; ancak kişisel veri niteliğindedir. KVKK avukata, sır saklama yükümlülüğünden daha geniş ve kapsamlı bir yükümlülük getirmektedir.

Diğer bir önemli kavram olan *ilgili kişi* ise (KVKK m.3/1/ç), kişisel verisi işlenen gerçek kişi olarak ifade edilmektedir. Kanun'da *kişisel verilerin işlenmesi* geniş bir şekilde tanımlanmış olup (KVKK m.3/1/e) kişisel veri üzerinde gerçekleştirilen her türlü faaliyeti kapsamaktadır. Bu faaliyetler ise; kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleşen her türlü işlemi kapsamaktadır. Kişisel verilerin elde edilmesinden imha edilmesine kadar olan süreçte gerçekleştirilen her türlü faaliyet, KVKK kapsamında kişisel verilerin işlenmesi sayılmaktadır.³¹

KVKK ilgili kişiyi, kişisel verisi işlenen gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu Kanun gereğince tüzel kişiler, ilgili kişi kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak avukatların müvekkilleri gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Tüzel kişiler, KVKK kapsamında kabul edilmemektedir. Fakat tüzel kişinin irtibat ya da iletişim halinde olan kişisi, gerçek kişi olacağı için bu kişi KVKK kapsamındadır. Tüzel kişi müvekkillerin kişisel verilerinin işlenmesi, korunması veya ihlali halinde KVKK hükümleri değil, Avukatlık Kanunu'nun sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hükümleri dikkate alınacaktır. Ancak tüzel kişi müvekkilin irtibat veya iletişim halinde olan kişisi bir gerçek kişi ise KVKK hükümleri uygulanacaktır.

²⁹ Güner, *a.g.e.*, s.476; Korkusuz/Korkusuz, *a.g.e.*, s.192-194; Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Mesleği*, İzmir, 2012, s.499-518.

³⁰ Üçüncü, *a.g.e.*, s.9. Kişisel veri kavramının unsurları için bkz. Üçüncü, *a.g.e.*, s.8-15.

³¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, İş Dünyası İçin Kişisel Verilerin Korunması Kanununa Uyum Kılavuzu, (<https://www.atso.org.tr/yukleme/dosya/9cb823475cb3cc4a6c911fffc2cf6c83.pdf>, E.T.: 11.08.2019).

Kanun'da yer alan diğer önemli kavramlar ise; *veri sorumlusu* (KVKK m.3/1/1), *veri işleyen* (KVKK m.3/1/ğ) ve *açık rızadır* (KVKK m.3/1/a). Veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi ise, veri işleyen olarak tanımlanmıştır. Bir gerçek veya tüzel kişi; hem veri sorumlusu hem de veri işleyen olarak karşımıza çıkabilecektir. Bir muhasebe şirketi kendi personeliyle ilgili tuttuğu verilere ilişkin olarak veri sorumlusu, müşterisi olan şirketlere ilişkin tuttuğu veriler bakımından ise veri işleyen olarak kabul edilecektir.³²

Bağımsız çalışan avukat, veri sorumlusu niteliğindedir. Avukat ortaklığının varlığı halinde durumun değerlendirilmesi gerekir. Tüzel kişiliği olmayan ve aynı büroda birlikte çalışma, Avukatlık Kanunu'nun 44'üncü maddesinin A bendinde düzenlenmiştir. Buna göre; aynı baroya kayıtlı birden çok avukatı meslekî faaliyetlerini yürütmek üzere bir araya gelerek bir büroda çalışmalarını yürütebilir.³³ Bu durumda, avukatların tamamı veri sorumlusu niteliğindedir. Tüzel kişiliği olan avukat ortaklığı,³⁴ 44'üncü maddenin B bendinde düzenlenmiştir. Buna göre avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. Öğretide bu tür avukat ortaklığının kendine özgü kuralları olan, tüzel kişiliğe haiz bir adı ortaklık olduğu ifade edilmektedir.³⁵ Tüzel kişiliği olan avukat ortaklığında tüzel kişilik veri sorumlusu niteliğindedir.

Açık rıza, "*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*" olarak tanımlanmış ve Kanun'un gerekçesinde bu tanımın, Direktif dikkate alınarak düzenlendiği belirtilmiştir. Açık rızanın geçerli olması için belirli bir konuya ilişkin ve o konuyla sınırlı olması gerekmektedir. Kişisel verinin değişen amaçlar kapsamında işlenmesi durumunda ise, açık rızanın tekrar alınması gerekecektir. Bilgilendirmenin, mutlaka veri işleme faaliyetinden önce yapılması ve ilgi kişinin vermiş olduğu rızanın sonuçları üzerinde tam bir bilgi sahibi olması gerekir. Kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve ken-

³² Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlu ve Veri İşleyen, (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/f63e88cd-e060-4424-b4b5-f6413c602060.pdf> E.T.: 11.08.2019).

³³ Güner, *a.g.e.*, s.768-769.

³⁴ Avukat ortaklığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Asuman Turanboy, *Avukatlık Ortaklığı*, AÜHFD, 2001, C.50, S.4, s.41 vd.; Sungurtekin-Özkan, *a.g.e.*, s.173-201.

³⁵ Güner, *a.g.e.*, s.769; Huriye Kubilay, "Avukatlık Kanununun Avukatlık Ortaklığına İlişkin Hüküm Eleştirisi", <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/2242/kubilay8.pdf?sequence=1>, E.T.: 12.08.2019, *a.g.m.*, s.154; Turanboy, *a.g.m.*, s.52.

di kararı olması halinde geçerlilik kazanacak olan açık rıza; cebir, tehdit, hata ve hile gibi iradeyi sakatlayan hallerde sakatlanacaktır.³⁶ Açık rıza, kişisel veri işleme faaliyetleri açısından bir hukuka uygunluk sebebi olarak Kanun'da yer almaktadır.

Veri kayıt sistemi (KVKK m.3/I/h) ise, elektronik yahut fiziki ortamda oluşturulabilen, kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemini ifade etmektedir. Bu sistemler; fiziki ya da elektronik olarak karşımıza çıkabilmektedir.

28 Ekim 2017 tarihli ve 30224 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te³⁷ ("**Yönetmelik**") yer alan *ilgili kullanıcı* (Yönetmelik m.4/I/b) ise; verilerin teknik olarak depolanması, korunması ve yedeklenmesinden sorumlu olan kişi ya da birim hariç olmak üzere veri sorumlusu organizasyonu içerisinde veya veri sorumlusundan aldığı yetki ve talimat doğrultusunda kişisel verileri işleyen kişileri ifade etmektedir.

Yönetmelikte yer alan bir diğer önemli kavram olan *imha* (Yönetmelik m.4/I/c) ise; kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesini ifade etmektedir. Kişisel verilerin silinmesi; kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde ve tekrar kullanılamaz hale getirme işlemi olarak tanımlanmıştır. Kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirme işlemi ise kişisel verilerin yok edilmesi olarak tanımlanmıştır. Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi ise; kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirme işlemi olarak tanımlanmıştır. Veri sorumlusu; kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesiyle ilgili gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür. Kanunda yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin şartların tamamının ortadan kalkması durumunda kişisel veriler re'sen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hale getirilir.

³⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMS/Files/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf>, E.T.: 11.08.2019.

³⁷ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171028-10.htm>, E.T.: 11.08.2019.

3. KVKK KAPSAMINDA VERİ SORUMLUSUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1. Genel Olarak

KVKK'nın üçüncü bölümünde hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir. KVKK ve ilgili mevzuat kapsamında veri sorumlusunun yerine getirmesi gereken pek çok yükümlülük bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları da avukata birçok yükümlülük öngörmektedir. Bu yükümlülükler; avukatlık mesleğinin icrasına yönelik yükümlülükler, meslek örgütüne yönelik yükümlülükler veya iş sahibine yönelik yükümlülükler gibi başlıklar halinde incelenmektedir.³⁸ Ancak avukatın yükümlülükleri sadece Avukatlık Kanunu ile sınırlı değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu veya Hukuk Muhakemesi Kanunu gibi çeşitli kanunlarda da avukat için hak, borç ve yükümlülükler öngörülmektedir. Bu anlamda avukat, KVKK ile bağlıdır ve KVKK avukata yeni yükümlülükler getirmektedir.

3.2. Aydınlatma Yükümlülüğü

KVKK gereğince en temel yükümlülüklerden biri, Kanun'un 10'uncu maddesinde yer alan *aydınlatma yükümlülüğüdür*. Kanun'un 10'uncu maddesine göre veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile KVKK'nın 11'inci maddesinde yer alan haklar konusunda ilgili kişiye bilgi vermekle yükümlüdür. İlgili kişinin açık rızasına veya KVKK'da yer alan diğer işleme şartlarına bağlı olarak kişisel veri işlendiği her durumda sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortam kullanılmak suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir.³⁹ Kişisel verinin ilk elde edilmesi esnasında doğrudan ilgili kişinin aydınlatılması gerekmekte olup, kişisel verilerin doğrudan ilgili kişiden elde edilmemesi halinde; kişisel verilerin elde edilmesinden itibaren makul bir süre içerisinde veya kişisel veriler ilgili kişi ile iletişim amacıyla kullanılacaksa ilk iletişim kurulması esnasında ya da kişisel veriler aktarılacaksa en geç, kişisel verilerin ilk kez aktarımının yapılacağı esnada aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü, özen yükümlülüğünün altında ve doğruluk ve onur içinde görev yapma yükümlülüğünün alt başlığında değerlendirilmek-

³⁸ Avukatın yükümlülüklerine ilişkin bkz. Güner, *a.g.e.*, s.433 vd.; Korkusuz/Korkusuz, *a.g.e.*, s.145 vd.; Sungurtekin-Özkan, *a.g.e.*, s.379 vd.

³⁹ Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde uyulacak usul ve esaslar hakkındaki tebliğ için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-5.htm>, E.T.: 11.08.2019.

tedir. Bu yükümlülük, avukatın işin alımında ve devamında, işin niteliğinden kaynaklanan tüm güçlük ve sakıncalardan iş sahibini bilgilendirmesi olarak ifade edilmektedir.⁴⁰ KVKK kapsamındaki aydınlatma yükümlülüğü, avukatın özen yükümlülüğünün bir görünümüdür. Ancak burada aydınlatma yükümlülüğünün konusu, işin niteliğinden kaynaklanan güçlük ve sakıncalar değildir. KVKK kapsamındaki aydınlatma yükümlülüğü, iş sahibinin kişisel verilerinin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, kişisel veri toplamının yöntemi ve hukuki sebebine yöneliktir.

3.3. Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler

Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler ise; KVKK'nın 12'inci maddesinde düzenlenmiş olup veri sorumlusu; kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamakla yükümlüdür. Kişisel verilerin, veri sorumlusu adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi halinde veri sorumlusunun müşterek sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Veri sorumlusunun denetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre veri sorumlusu; kendi kurum veya kuruluşunda, KVKK hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır. Ayrıca, veri sorumlusu ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri KVKK hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük, görevden ayrılınması durumunda da devam etmektedir. KVKK'nın 12'inci maddesinin 5'inci fıkrası veri sorumlusuna bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre veri sorumlusu; işlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi halinde, bu durumu en kısa sürede ilgili kişiye ve Kurul'a bildirir. Bu hükümde yer alan "en kısa sürede" ifadesi Kurul'un Kişisel Veri İhlali Bildirim Usul ve Esaslarına İlişkin 24.01.2019 Tarih ve 2019/10 Sayılı kararı⁴¹ ile 72 saat olarak yorumlanmasına karar verilmiştir.

Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler (KVKK m.12), avukatın özen yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilebilir. KVKK gereğince avukat, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamakla yükümlüdür. Avukatın veri güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranışı, KVKK'nın 12'nci maddesi ve avukatın özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31.05.2019 tarihinde verdiği kararda da,

⁴⁰ Güner, a.g.e., s.456-457.

⁴¹ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5362/Veri-Ihlali-Bildirimi>, E.T.: 11.08.2019.

şikâyetçiye ait telefon numarasının, Kanunda düzenlenen işleme şartlarından herhangi birine dayanmadan işlenmesi şeklindeki tek bir harekete bağlı iki farklı veri işleme faaliyetinin bulunduğu ifade edilmiştir. Veri sorumlusu avukat hakkında, “kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek” yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, KVKK’nın 18’inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında 50.000 TL idari para cezasına hükmedilmiştir.

3.4. İlgili Kişiler Tarafından Yapılan Başvuruların Cevaplanması ve Kurul Kararlarının Yerine Getirilmesi Yükümlülüğü

KVKK’nın 13’üncü maddesine göre ilgili kişi; Kanun’un uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak ve Kurul’un belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletebilecektir. 10.03.2018 Tarih ve 30356 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olan Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ’in (“**Tebliğ**”)⁴² 5’inci maddesinde başvuru usulleri yer almakta olup, ilgili kişi, KVKK’nın 11’inci maddesinde yer alan taleplerini yazılı olarak veya kayıtlı elektronik posta adresi, güvenli elektronik imza, mobil imza ya da ilgili kişi tarafından veri sorumlusuna daha önce bildirilen ve veri sorumlusunun sisteminde kayıtlı bulunan elektronik posta adresini kullanmak suretiyle veya başvuru amacına yönelik geliştirilmiş bir yazılım ya da uygulama vasıtasıyla veri sorumlusuna iletebilecektir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında başvuruda bulunması zorunlu unsurlar yer almaktadır.

Tebliğ’in 6’ncı maddesinin beşinci fıkrasına göre veri sorumlusu; başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç 30 gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırarak olup, işlemin ayrıca bir maliyet gerektirmesi halinde, Tebliğ’in 7’nci maddesine göre ilgili kişiden ücret talep edebilecektir. Veri sorumlusunun, ilgili kişinin taleplerini doğru, eksiksiz, en kısa sürede ve en geç 30 gün içerisinde cevap vermesi ya da gerekçesini açıklayarak reddetmesi gerekecektir. İlgili kişi, veri sorumlusunca yapılan başvurunun reddedilmesi veya verilen cevabın yetersiz olması hallerinde 30 gün içinde, başvuruya süresinde cevap verilmemesi hallerinde ise başvuru tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Kurul’a şikâyet başvurusunda bulunabilecektir.

KVKK gereğince avukatın da, başvuruları cevaplama ve kurul kararlarını yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Çalışmamızın temeli olan 31.05.2019 tarihli kararda, şikâyetçinin kendisine ait olmayan içerik barındıran kısa mesaj (SMS) nedeniyle veri sorumlusuna başvurduğu ve veri sorumlusu avukatın cevap verdiği görülmektedir. Avukat tarafından verilen cevapta, bu

⁴² <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-6.htm>, E.T.: 11.08.2019.

gönderimin personel hatasından kaynaklandığı ve başka bir aboneye ait giriş yapılırken 1 rakam hatası sonucunda ilgili kişiye SMS gönderildiği tespit edilerek yanlışlığın derhal düzeltildiğinin belirtilmiştir. İlgili kararda avukat, ilgili kişi tarafından yapılan başvuruyu cevaplandırma yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Ancak veri sorumlusu avukat, KVKK'nın 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen "Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek" yükümlülüğüne aykırı hareket etmiştir.

3.5. Veri Sorumluları Siciline Kaydolma Yükümlülüğü

KVKK'nın 16'ncı maddesine göre kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişi veri sorumlusu, kişisel veri işlemeye başlamadan önce kural olarak Veri Sorumluları Sicili'ne ("VERBİS") kaydolması gerekir. VERBİS'e kayıt tarihleri, 19.07.2018 Tarihli ve 2018/88 Sayılı Kurul kararı⁴³ ile belirlenmiştir. Ancak, Kanun'un 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurul tarafından belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, VERBİS'e kayıt zorunluluğuna istisna getirilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu objektif kriterler ise; 30.12.2017 tarihli ve 30286 Sayılı Resmi Gazete yayımlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik⁴⁴ ("Sicil Yönetmeliği") ile belirlenmiştir. Kurul tarafından verilmiş olan kararlar⁴⁵ ile VERBİS'e kayıt yükümlülüğünden muaf olan veri sorumluları belirlenmiştir. Söz konusu kararlarda yer alan veri sorumluları, sadece VERBİS'e kayıt yükümlülüğünden muaf tutulmuş olup, KVKK'da yer alan diğer yükümlülükleri yerine getirmek durumundadırlar. Ayrıca, Kanun'un 28'inci maddesinde belirtilen faaliyetleri gerçekleştiren veri sorumlularının da VERBİS'e kayıt yükümlülüğü bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında yer alan veri sorumluları KVKK hükümlerinden tamamen muaf olmakta; ikinci fıkrasında yer alan veri sorumluları ise kısmen KVKK hükümlerinden kısmen muaf tutulmuşlardır. VERBİS'e kaydedilen bilgilerde değişiklik olması halinde, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren 7 gün içinde VERBİS üzerinden gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Kanunda Kurula, sicile kayıt zorunluluğuna istisna getirme yetkisi verilmiştir. Söz konusu istisnanın uygulanmasında; işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin Kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma

⁴³ <https://kvkk.gov.tr/lcerik/5272/2018-88>, E.T.: 12.08.2019.

⁴⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171230-7.htm>, E.T.: 12.08.2019.

⁴⁵ <https://kvkk.gov.tr/lcerik/4233/2018-32>; <https://www.kvkk.gov.tr/lcerik/5269/2018-68>; <https://kvkk.gov.tr/lcerik/5270/2018-75>; <https://kvkk.gov.tr/lcerik/5271/2018-87>, E.T.: 12.08.2019.

durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmaktadır. Veri Sorumluları Siciline Kayıt Yükümlülüğünden İstisna Tutulacak Veri Sorumluları” ile ilgili Kurul’un 02/04/2018 Tarihli ve 2018/32 Sayılı Kararı yayınlamıştır. Buna göre, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren avukatlar, VERBİS’e kayıt yükümlülüğünden muaf tutulmuştur.

Avukatların kural olarak, VERBİS’e kayıt yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴⁶ Ancak avukatların VERBİS’e kayıt yükümlülüğünün bulunmaması, KVKK’da düzenlenen diğer yükümlülüklerden de muaf oldukları anlamına gelmemektedir.

3.6. Kişisel Veri İşleme Envanteri ile Kişisel Veri Saklama ve İmha Politikası Hazırlama Yükümlülüğü

Yönetmelik gereğince veri sorumlularının; kişisel veri işleme envanteri ile kişisel veri saklama⁴⁷ ve imha politikası hazırlama yükümlülükleri bulunmaktadır. Kişisel veri envanteri; iş süreçlerine bağlı gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetlerini; işleme amaçları ve hukuki sebebi, veri kategorisi, aktarılan alıcı grubu ve ilgili kişi grubu, saklama süresi, yurt dışına aktarım ve alınan veri güvenliği tedbirleri içeren bir rapor olup, Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından Kişisel Veri İşleme Envanteri Hazırlama Rehberi⁴⁸ yayımlanmıştır.

Kişisel veri saklama ve imha politikası ise; veri sorumlularının, kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi belirleme işlemi ile silme, yok etme ve anonim hale getirme işlemi için dayanak yaptıkları politikayı ifade etmektedir. Bu kapsamda; Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından, VER-

⁴⁶ “... 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 16’ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “*Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.*” hükmü ile 30 Aralık 2017 tarih ve 30286 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin “İstisna Kriterleri” başlıklı 16’ncı maddesi göz önünde bulundurularak; Arbulucular bakımından Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğüne istisna getirilmesine ve Kararın Resmi Gazete ile Kurumun internet sayfasında yayımlanmasına oy birliği ile karar verilmiştir...” (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5270/2018-75>, E.T.: 12.08.2019).

⁴⁷ “... Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17/6/2015 tarihli ve E.2014/4-56, K.2015/1679 Sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: ‘... Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır...’” Yargıtay 19. CD, 11.3.2019, E.2018/8285, K.2019/5447 (<http://www.kazanci.com> E.T.: 30.09.2019).

⁴⁸ <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/224af10e-ff71-4cc9-9e18-c6c142f8da05.pdf>, E.T.: 12.08.2019.

BİS'e kayıtlı yükümlü olan veri sorumlularına kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlama konusunda örnek ve yardımcı olmak üzere KVKK Kişisel Veri Saklama ve İmha Politikası⁴⁹ hazırlanmıştır. Sicile kayıt olma konusundaki yükümlülük; kişisel verilerin işlenmesi faaliyetleri bakımından açıklık sağlanması ve veri sorumlularının mevzuata uyumlu hareket etmeleri konusunda daha güvenli bir ortam oluşturulması amacını taşımaktadır.

Avukatlık Kanunu gereğince avukat, üzerine aldığı her iş veya yazılı görüşüne başvuru bir konu hakkında düzenli dosya tutmak zorundadır (Av.K. m.52/I). Avukatın tutacağı dosyayı dilediği gibi düzenleme ve istediği bilgileri toplayıp dosyasına koyma hakkı bulunmaktadır.⁵⁰ Avukatın belge ve dosya saklama yükümlülüğü, vekâletin sona ermesinden itibaren 3 yıl sonra dolmaktadır (Av.K. m.39/I). Ancak avukat üç yıllık süre dolmadan önce, evrakı geri almasını iş sahibine yazı ile bildirmesi ve bildirim tarihinden itibaren 3 ay beklemesi halinde yükümlülük kendiliğinden ortadan kalkacaktır.⁵¹ Avukatlık Kanunu gereğince, dosya tutma ve saklama yükümlülüğü, verilen belge ve dava dosyası ile sınırlıdır. KVKK gereğince kişisel veri, bunları saklanması veya yok edilmesi, Avukatlık Kanunu'ndan daha geniş şekilde düzenlenmiştir. Bu anlamda KVKK, avukata daha kapsamlı ve ayrıntılı bir sorumluluk yüklemektedir. Avukat ve avukat ortaklığında verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği bir kayıt sistemi bulunuyorsa, ilgili kullanıcı kavramı da dikkate değerdir.

4. KVKK'YA AYKIRILIK HALİNDE SORUMLULUK

4.1. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Düzenlenmiş Suçlar

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hukuka aykırılıkları, suçlar ve kabahatler olarak iki ayrı başlık altında ele almak gerekecektir. Kanun'un 17'nci maddesine göre; kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁵² 135 ilâ 140'ıncı maddelerinde yer alan hükümler uygulanacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 135'inci maddesinin birinci fıkrasında; "*Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*" hükmü yer almaktadır. Kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 135'inci maddede belirtilen suçun oluşması için yeterli olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, suçun özel nitelikli hali düzenlenmiş olup, birinci fıkra uyarınca verilecek olan

⁴⁹ <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a556b331-4910-4a77-9794-83cba2ba74e1.pdf>, E.T.: 12.08.2019.

⁵⁰ Güner, a.g.e., s.504.

⁵¹ Güner, a.g.e., s.506.

⁵² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, E.T.: 12.08.2019.



ceza yarı oranında arttırılacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 136'ncı maddesine göre; *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*. Söz konusu suç tipinin oluşabilmesi için; kişisel verilerin, hukuka aykırı bir şekilde, verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekecektir. Türk Ceza Kanunu'nun 137'nci maddesine göre; madde 135 ve 136'da düzenlenen suçların, *kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında arttırılır*. Türk Ceza Kanunu'nun 138'inci maddesine göre; *Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir. Türk Ceza Kanunu'nda genel olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, ele geçirilmesi, bir başkasına verilmesi, yayılması ve yok edilmemesi eylemlerini suç olarak sıralamakta ve nitelikli hallerin somut olayda mevcut olması durumunda verilecek cezaları arttırmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hukuka aykırılık avukat tarafından gerçekleştirilmişse, Türk Ceza Kanunu'nun 137'nci maddesine göre verilecek cezanın yarı oranında artırılması gerekir*.

4.2. KVKK'da Düzenlenmiş Kabahatler

KVKK'nın 18'inci maddesinde kabahatler düzenlenmektedir. Veri sorumluları; aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediklerinde 5.000 Türk Lirasından 100.000 Türk Lirasına kadar, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde 15.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmediklerinde 25.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar ve VERBİS'e kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmeleri durumunda ise 20.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar idari para cezası ile karşılaşacaklardır.

KVKK'nın gerekçesinde belirtildiği üzere⁵³; idari para cezalarının alt ve üst sınırları arasındaki makas bilinçli olarak geniş tutulmuştur. Kurul karar verirken kabahatler hususunda genel kanun niteliğinde olan 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunu dikkate alacaktır.

İdari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacaktır. KVKK'nın 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre ise; kabahat olarak düzenlenen eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile

⁵³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, E.T.: 12.08.2019.

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi halinde, Kurul'un yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacak ve yapılan işlemin sonucu Kurul'a bildirilecektir.

KVKK aykırı hareket edilmesi halinde Kişisel Verilerin Korunması Kurulu, avukatı para cezasına mahkûm edecektir. Çalışmanın temelini, Kurul'un 2019 yılında verdiği karar oluşturmaktadır. Karar, kişiye gönderilen ve kendisine ait olmayan içerik barındıran kısa mesaj nedeniyle veri sorumlusu niteliğindeki avukat hakkında, 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına yöneliktir. Kanunun 12'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen "Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek" yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılan veri sorumlusu avukat hakkında, Kanunun 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.⁵⁴ Bu karar, KVKK'da düzenlenen yükümlülüklerin ihlali halinde avukat aleyhine para cezasına hükmedilmesine ilişkin ilk karar olması bakımından önem arz etmektedir.

4.3. Avukatlık Kanunu Kapsamında Sorumluluk

Avukatın KVKK aykırı hareket etmesi halinde ilgili kanun hükümleri gereğince çeşitli yaptırımlara tâbi olması gerekir. Ayrıca KVKK hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde Avukatlık Kanunu hükümleri gereğince sorumluluk söz konusu olacaktır. Avukatlık, kamu hizmeti niteliğinde serbest meslektir (Av.K. m.1). Kamusal bir faaliyet niteliğinde olan avukatlık, devlet garantili bir meslekî faaliyettir.⁵⁵ Avukatın, Avukatlık Kanunu ve Meslek Kurallarına aykırı davranması veya yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır.⁵⁶

Avukatlık Kanunu'nun 134'üncü maddesinde avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kuralları uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla meslekî çalışma ve görevini yapmayan veya görevlerinin gerektiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında disiplin denetiminin yapılacağı düzenlenmiştir.⁵⁷ Disiplin yargılamasına konu eylem ve davranışlar; avukatlık onuruna

⁵⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 31.05.2019, 2019/166 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5497/2019-166>).

⁵⁵ Cenk Akil, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, 2(1), s.13.

⁵⁶ Korkusuz/Korkusuz, s.195 vd.; Sungurtekin-Özkan, s.602-607.

⁵⁷ Güner, a.g.e., s.697.

uymayan eylem ve davranışlar, meslekî düzen ve geleneklerine uymayan eylem ve davranışlar, meslekî çalışmada görevin yapılması ile ilgili sorumluluklar ile görevin gerektirdiği dürüstlüğe uygun davranışlar şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁸

Kanımızca KVKK kapsamında kişisel verilerin korunması, işlenmesi veya ihlali halinde avukatın görevin getirdiği dürüstlüğe uygun davranmaması söz konusudur. Avukatın temel yükümlülüklerinden biri, mesleğin dürüstlükle icrasıdır. Avukatlık mesleğinin doğruluk ve özenle⁵⁹ icra edilmesi gerekir.⁶⁰ Avukatlar özen⁶¹ ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.⁶² Avukat veya avukat ortaklığının KVKK aykırı hareketi, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek ve Avukatlık Kanunu hükümleri gereğince disiplin soruşturmasına da konu edilebilecektir.⁶³

KVKK aykırı hareket edilmesi halinde Kişisel Verilerin Korunması Kurulu, avukatı para cezasına mahkûm edecektir. Ancak kişisel verileri ihlal edilen müvekkil ve üçüncü kişilerin zararın tazmini Kurul kararı ile sağlanmamaktadır. Müvekkilin veya üçüncü kişilerin zararın tazmini bakımından avukatın hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır. Müvekkilin kişisel verilerinin ihlali halinde, avukatla müvekkil arasındaki avukatlık sözleşmesine dayanarak avukatın hukuki sorumluluğu yoluna gidilebilir.⁶⁴ Avukatın hukuki sorumluluğu için akdin ihlali, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı aranmaktadır. Avukatın hukuki sorumluluğunun doğması için, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükle-

⁵⁸ Güner, *a.g.e.*, s.700-701.

⁵⁹ Avukatın özen yükümlülüğüne ilişkin bkz. Akil, *a.g.m.*, s.11 vd.; Veysel Başpınar, Avukatın Özen Borcu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.XII, S.1-2, s.39 vd.; Güner, *Özen*, *a.g.m.*, s.557 vd.

⁶⁰ Güner, *a.g.e.*, s.701.

⁶¹ Özen kavramı için bkz. Başpınar, *a.g.m.*, s.40-42.

⁶² Güner, *Özen*, *a.g.m.*, s.562-563.

⁶³ "... Şikâyetli avukat hakkında, "... 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/137 Esas sayılı dosyasında 'kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme veya yayma suçu'ndan yargılanan sanık A.Ö.'nin yargılama sürecinde verdiği ifadelerden şikâyetli avukatın 5237 sayılı TCK madde 136 ve devamında düzenlenen 'verileri hukuka aykırı şekilde verme ve yayma suçu'nu işlediğinin tespit edildiği, bunu 327 DİSİPLİN KURULU KARARLARI gerçekleştirirken avukatlık mesleğinin sağladığı güvenden faydalandığının anlaşıldığı, şikâyetlinin bu yolla edindiği belgeyi haber yaptırdığı, bu haber üzerine pek çok sayıda televizyon programı yapıldığı ve durumun kamuoyunda hukuka aykırı bir zemindeymiş gibi gösterildiği, şikâyetçinin zarar gördüğü" iddiası üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir..." TBB Disiplin Kurulu, 08.09.2016, 400/610 (<http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/599.pdf>, E.T. 30.09.2019).

⁶⁴ Özen yükümlülüğünün ihlali halinde hukukî sorumluluk için bkz. Zarife Şenocak, *Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları*, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, s.20-23.

rin ihlal edilmesi gerekir. Bu yükümlülükler kapsamına özen ve sadakat yükümlülüğü de dâhildir.⁶⁵ Özen ve sadakat yükümlülüğün ihlali halinde hukuki sorumluluğun ilk şartı gerçekleşmiş olacaktır. Kişisel verilerin işlenmesi, korunması veya imhasında hukuka aykırılık, özen ve sadakat yükümlülüğün ihlali niteliğindedir. Kusur, avukatın müvekkile karşı hukuki sorumluluğunun diğer şartıdır. Avukatın kusurlu davranışı, kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁶⁶ Öğretide avukatın hukuki sorumluluğunda kastın çok sık görülmediği, genellikle avukatın ihmali davranışlarının bulunduğu ifade edilmektedir. Ancak avukatın pek hafif kusur dahi, onu sorumluluktan kurtarmamaktadır.⁶⁷ Öğretide, avukatın mesleğini özenle yerine getirmesi, vekilin özenle hareket etmiş sayılması için tedbirli ve basiretli davranması gerektiği ifade edilmektedir. Özen yükümlülüğü gereğince, avukatın hafif kusurundan dahi sorumlu olması gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁸ Yargı kararlarında da kamu hizmeti icra eden avukatın hukuki bilgi ve deneyimleri ile adalet yararına çözüme ulaştırma yükümlülüğünün vekilin sorumluluğunu arttırdığı belirtilmektedir.⁶⁹ Hukuki sorumluluğun diğer şartları zarar ve nedensellik bağıdır. Akdî sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zararın ortaya çıkması gerekir. Zarar, genellikle maddi zarar şeklinde ortaya çıkmakla⁷⁰ birlikte manevi zarar şeklinde de görülebilir. Zarar ile avukatın akdî yükümlülüğün ihlali arasında uygun illiyet bağının olması gerekir. Akdî yükümlülüğün ihlali, genel hayat tecrübelerine göre zararı meydana getirmeye elverişli olmalıdır.⁷¹ Zarar, genellikle maddi zarar olarak ortaya çıkmaktadır; ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddesinde şartları taşınması halinde manevi zarar da talep edilebilir. Manevi tazminat için; kişilik haklarına hukuka aykırı bir tecavüz, kusur, zarar ve uygun illiyet bağının varlığı aranmaktadır.⁷² Öğretide, "avukatın kişisel haklara saldırı ile müvekkilinin sırlarını açığa vurması ve onu küçültücü bir konuma düşürmesi" halinde manevi tazminat istenebileceği ifade edilmektedir.⁷³ KVKK hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde, kişilik haklarının zedeleneceği açıktır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere,⁷⁴ kişisel veri ve sır kavramları birbirinden farklıdır. Kişisel veri kavramı,

⁶⁵ Şenocak, *a.g.m.*, s.8-29.

⁶⁶ Şenocak, *a.g.m.*, s.29.

⁶⁷ Güner, *a.g.e.*, s.645.

⁶⁸ Güner, *a.g.e.*, s.635.

⁶⁹ 4. HD, 23.111970, 2497/8629 (Güner, *a.g.e.*, s.635, dn.9).

⁷⁰ Şenocak, *a.g.m.*, s.29-30.

⁷¹ Şenocak, *a.g.m.*, s.30-31.

⁷² Korkusuz/Korkusuz, *a.g.e.*, s.203.

⁷³ Korkusuz/Korkusuz, *a.g.e.*, s.203.

⁷⁴ Bkz. Yuk.2.1.3. KVKK'da Yer Alan Temel Kavramlar.

sır kavramından daha geniştir ve kişinin adı-soyadı gibi aleni bilgileri de kapsamaktadır. Avukatın KVKK hükümlerine aykırı davranışı, aynı zamanda sır saklama yükümlülüğünün ihlali sonucunu da doğurabilecektir. Bu durumda avukatın KVKK ile sır saklama yükümlülüğü kapsamında Avukatlık Kanunu (Av.K. m.36) ve Meslek Kurallarını (m.37) ihlali söz konusu olacaktır. Avukatın KVKK aykırı davranışı, maddi tazminata neden olabileceği gibi genellikle manevi tazminata neden olacaktır.

Avukatla sözleşme ilişki içinde olmayan üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ihlali halinde sözleşmeye aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerinin dikkate alınması gerekir.⁷⁵ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, üçüncü kişiye haksız yere haciz ihbarnamesi gönderilmesini disiplin suçu olarak değerlendirmiş ve kınama cezasına hükmetmiştir.⁷⁶ Kanımızca üçüncü kişiye haksız olarak haciz ihbarnamesi gönderilmesi, KVKK'ya aykırılık teşkil etmektedir. Avukatın haksız haciz ihbarnamesi göndermesi durumunda, disiplin ve hukuki sorumluluğunun yanında KVKK gereğince de sorumluluğu bulunmaktadır.

⁷⁵ Avukatın haksız fiil sorumluluğu için bkz. Güner, *a.g.e.*, s.637-638.

⁷⁶ "... Avukatlık Yasasının 34. maddesi "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler" Avukatlık Yasası'nın 134. maddesi "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğü uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesi "Avukat mesleki çalışmasını ve kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür" Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4. maddesi "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." hükümlerini amirdir. İcra İflas Yasası 89/1. maddede düzenlenen birinci haciz ihbarnamesi üçüncü şahıslardaki gerçek alacakların tahsili amaçlı düzenlenmiştir. Her ne kadar itiraz mümkün ise de, yukarıda görüldüğü üzere birçok yaşlı insan İcra Müdürlüğü'ne giderek beyanda bulunmak zorunda kalmış, Şikâyetli avukatın da kabulü ile Şikâyetçi yakınlarına gönderilmek suretiyle taciz amaçlı kullanılmıştır. Yasal hakların taciz amaçlı kullanılması asla kabul edilemez. Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, eylem Avukatlık Yasası 34, 134 ve TBB Meslek Kuralları 3, 4. maddelere aykırı olmakla cezaların şahsiliği ilkesi de gözetilerek takiple ilgili tüm işlemlerin Şikâyetli avukat K.A. tarafından yapıldığı sabit olmakla Avukat K.A.'a disiplin cezası tayini, Avukat B.G. hakkındaki disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararında onanması gerekmiştir. Sonuç olarak Şikâyetçi Z.E.K.'nın itirazının kısmen kabulü ile ... Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin 03.06.2013 gün ve 2012/D.548 Esas 2013/306 Karar sayılı kararının Avukat B.G. yönünden hakkında verilen "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına ilişkin" kararın ONANMASINA, Avukat K.A. hakkına ise "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararın KALDIRILARAK, Şikâyetli avukat K.A.'ın "KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA", katılanların oyçokluğu ile karar verildi..." TBB Disiplin Kurulu Kararı, 24.01.2014, E.2003/650, K.2004/50 (<http://eski3.barobirlik.org.tr/DisiplinKarari561.tbb>).

SONUÇ

Anayasası'nın 20'nci maddesine 5892 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile bir fıkra eklenerek, *özel hayatın gizliliği ve korunması* kapsamında Anayasal bir güveneye kavuşmuştur. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 24 Mart 2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilmiş olup; 7 Nisan 2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylelikle kişisel verilerin korunması, kanuni bir dayanağa kavuşmuştur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre (KVKK m.2); kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacaktır. Bu nedenle KVKK'nın düzenlediği yükümlülük ve sorumluluklar avukatlar bakımından geçerlidir. Kişisel Verilerin Korunması Kurul'un 31.05.2019 tarihinde verdiği karar, kişiye gönderilen ve kendisine ait olmayan içerik barındıran kısa mesaj nedeniyle veri sorumlusu niteliğindeki avukat hakkında, 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına yöneliktir. Bu karar, avukatla KVKK arasındaki ilişkiyi açıkça göstermektedir.

KVKK'nın üçüncü bölümünde hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları da avukata birçok yükümlülük öngörmektedir. Ancak avukatın yükümlülükleri sadece Avukatlık Kanunu ile sınırlı değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu veya Hukuk Muhakemesi Kanunu gibi çeşitli kanunlarda da avukat için hak, borç ve yükümlülükler öngörülmektedir. Bu anlamda avukat, KVKK ile bağlıdır ve bu kanun avukata yeni yükümlülükler getirmektedir.

KVKK aykırı hareket edilmesi halinde Kişisel Verilerin Korunması Kurulu, avukatı para cezasına mahkûm edecektir. Ancak avukatın sorumluluğu, sadece KVKK ile sınırlı değildir. Avukat veya avukat ortaklığının KVKK aykırı hareket, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek ve Avukatlık Kanunu hükümleri gereğince disiplin soruşturmasına da konu edilebilecektir. Müvekkilin veya üçüncü kişilerin zararın tazmini bakımından avukatın hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır. Müvekkilin kişisel verilerinin ihlali halinde, avukatla müvekkil arasındaki avukatlık sözleşmesine dayanarak avukatın hukuki sorumluluğu yoluna gidilebilir.

Avukatla sözleşme ilişki içinde olmayan üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ihlali halinde sözleşmeye aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun, üçüncü kişiye haksız yere haciz ihbarnamesi gön-

derilmesini disiplin suçu olarak değerlendirerek kınama cezası verildiği bilinmektedir. Kanımızca üçüncü kişiye haksız olarak haciz ihbarnamesi gönderilmesi, KVKK'na aykırılık teşkil etmektedir. Avukatın haksız haciz ihbarnamesi göndermesi durumunda, disiplin ve hukuki sorumluluğunun yanında KVKK gereğince de sorumluluğu bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Asuman Turanboy, *Avukatlık Ortaklığı*, AÜHFD, 2001, C.50, S.4.
- Cenk Akil, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, 2(1).
- Doğan Kılıç, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, *AÜHFD*, 2012, 61(3).
- Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Eric Claes/Anthony Duff /Serge Gutwirth, *Privacy and Criminal Law*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006.
- G. Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması*, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Huriye Kubilay, Avukatlık Kanununun Avukatlık Ortaklıklarına İlişkin Hükümün Eleştirisi, <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/2242/kubilay8.pdf?sequence=1>, E.T.: 12.08.2019.
- M. Refik Korkusuz/M. Halit Korkusuz, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Bursa, 2014.
- Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Mesleği*, İzmir, 2012.
- S. Hilal Üçüncü, *Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, İstanbul, 2019.
- Semih Güner, Avukatın Özen Yükümlülüğü, *TBB Dergisi*, 2002, S.2, (Özen).
- Semih Güner, *Avukatlık Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2011.
- Stewart Room, *Data Protection & Compliance in Context*, The British Computer Society, 2007.
- Veysel Başpınar, Avukatın Özen Borcu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.XII, S.1-2.
- Zarife Şenocak, *Avukatın Akdî Sorumluluğunun Şartları*, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2.

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Karar ve İşlemlerine Karşı Pay Sahiplerinin Korunması Yolları^(*),^(**)

Procedures to Protect Shareholders Against Resolutions and Transactions of Board of Directors of Joint Stock Company

Dr. Öğr. Üyesi **Hediye BAHAR SAYIN**^(***)

Öz

Yönetim kurulu, anonim şirketin temsil ve idare organıdır. Bu organ sıfatıyla alacağı kararlar, yapacağı işlemler sebebiyle mevcut/müstakbel pay sahiplerinin, şirketin ve alacaklıların hukuki durumları doğrudan veya dolaylı şekilde etkilenir. Pay sahiplerine, yönetim kurulunun karar ve işlemlerine karşı, haklarını koruyacak etkili araçların hukuki düzenlemeler vasıtasıyla oluşturulması şirket içi uyumsuzlukların azaltılmasına, pay sahiplerinin şirket yönetimine katılmalarına katkı sağlayabileceği gibi şirketin denetlenmesine de hizmet eder. Bu çalışmada, yönetim kurulu karar ve işlemlerine karşı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında getirilen başvuru yolları başta olmak üzere nitelik ve içerik olarak ilgili karar ve işlemlere karşı başvuruda önem arz eden diğer yollar ele alınmış olup her biri ayrı inceleme konusu olan bu hukuki yollar çalışma başlığı çerçevesi ile sınırlı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Pay Sahibi, Karar, İşlem.

Abstract

The board of directors is the representative and administrative body of a joint stock company. The legal status of current/future shareholders, company, and creditors are directly or indirectly affected by the resolutions to be taken and the transactions to be carried out by this body. The creation of effective tools to protect shareholders' rights against the resolutions and transactions of the board of directors through legal arrangements may contribute to the participation of shareholders in the management of the company and reduction of internal disputes as well as help the audit of the company. In this study, the legal remedies against the resolutions and transactions of the board of directors were discussed with those introduced within the scope of the Turkish Commercial Code numbered 6102 being in the lead and these legal remedies, each of which is a subject of study, were examined limited to the title of the study.

Keywords

Joint Stock Company, Board of Directors, Shareholder, Resolutions, Transaction.

(*) Çalışmanın özü yazarın "*Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*" başlıklı tez çalışmasına dayanmakta olup, konu makale hazırlığı sırasında genişletilmiş ve güncellenmiştir.

(**) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 05.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 07.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 29.09.2019.

(***) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: hediye@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5175-8987>.



GİRİŞ

Türk hukukunda anonim şirket yönetim kurulu, şirketin iki zorunlu organından biri olup, yönetim ve temsille görevlidir. Bu görevler kural olarak kurulca icra edilir. Kurul halinde faaliyet, yönetim kurulunun kurul organ¹ olmasının bir gereğidir. Yönetim kurulu belirli sayıda üyeden oluşan ve sürekli faaliyet gösteren bir organdır. Yönetim kurulunun organ sıfatını kazanması, üyelerin Kanun'da ve anasözleşmede yer alan niteliklere sahip olmasına bağlıdır. Anonim şirket yönetim kurulu, faaliyetlerinin büyük bir kısmını alacağı kararlar ile gerçekleştirir. Kararların geçerliliği için yönetim kurulunun usulüne göre oluşmuş, toplantıların usulüne göre yapılmış ve kararların yine usulüne göre alınmış olması gerekir. Usulüne uygun toplanmış yönetim kurulunun usulüne uygun şekilde alacağı kararlar veya yapacağı işlemler dahî pay sahiplerinin, şirketin, alacaklıların çıkarlarını ihlal edecek nitelik taşıyabilir. Çalışmanın kapsamının genişlemesine sebep olacağı gerekçesi ile yönetim kurulunun oluşumu ve karar alması konularına burada yer verilmemiş, pay sahiplerinin korunması açısından yönetim kurulu karar ve işlemlerine karşı başvurulabilecek hukuki yollar, çalışma konusunun çerçevesi olarak belirlenmiştir. Kurul karar ve işlemlerine karşı, pay sahibi haklarının korunmasına yardımcı olan pek çok hukuki yol mevcuttur. Bu çalışmada, kendimizce önemli bulduğumuz başvuru yollarının yarar ve sakıncaları inceleme altına alınmıştır.

1. KARARIN GERİ ALINMASI

Yönetim kurulu kararları, üçüncü kişilere veya pay sahiplerine açıklanmadığı ve bu kişiler lehine hak doğmadığı sürece bizzat yönetim kurulu tarafından değiştirilebilir veya geri alınabilir. Özellikle sakat bir yönetim kurulu kararı mevcut ise kurul üyelerinin kararın geri alınması talebinde bulunması mümkündür. Bu amaçla, toplantı başkanından kurulun gecikmeksizin toplantıya çağırılması talep edilebilir.² Yönetim kurulu kararları üçüncü kişilere veya ortaklara açıklanmamış veya bu kişiler lehine hak doğmamış olması ihtimallerinde yönetim kurulu kararına sadece yönetim kurulu üyelerinin itirazda bulunması mümkündür.³ Kararın üçüncü kişilere veya ortaklara açıklanmış veya bu kişiler lehine hak doğmuş olması ihtimallerinde ise ilgililerin veya pay sahiplerinin diğer hukuki yollara başvurması gerekir. Kararların üçüncü kişilere veya ortaklara açıklanmamış veya bu kişiler lehine hak doğmamış olması ihtimallerinde, kurul

¹ TTK m.359/1'de yönetim kurulunun bir veya daha fazla kişiden oluşabileceğinin düzenlenmesi, yönetim kurulunun kurul niteliğini zedelemes (TTK m.359/1 gerekçe).

² Mirjam Rhein, *Nichtigkeit von VR-Beschlüssen*, Zürich, Schulthess Verlag, 2001, s.279.

³ Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler*, İstanbul, Eğitim Yayınevi, 1978, s.598.

kararının geri alınması usulü, yönetim kurulu kararları karşısında pay sahiplerini korumada etkili bir yol olarak kullanılabilir. Ancak şirket içi menfaat ihtilaflarının mevcut olması ve bunun kurula yansması olasılığında, söz konusu hukuki yol vasıtasıyla üyelerin iradi olarak yönetim kurulu kararını değiştirmesi veya kararı ortadan kaldırması ihtimali düşüktür.

2. GENEL KURULA İTİRAZ

Bir organın aldığı kararın daha üst bir organ tarafından denetlenmesi yolu anonim şirketlerde de başvurulabilir. Dolayısıyla, yönetim kurulunun aldığı kararların şirketin diğer zorunlu organı genel kurulda görüşülmesi ve görüşme sonucuna göre hukuki tedbirlerin alınması, yönetim kurulu kararlarına karşı başvurulabilecek bir yol olarak düşünülebilir.⁴

6102 sayılı TTK'da organlar arası ilişkiyi düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak Kanun'da yönetim kurulunun ve genel kurulun devredilmez görev ve yetkilerine yer verilir. TTK'nın 374'üncü ve 375'inci maddelerinin gerekçelerinde, genel kurulun üst organ niteliğinin reddedildiği ve organlar arası işlevler ayrılığı ilkesinin⁵ benimsendiği vurgulanır.⁶ Bu bağlamda, genel kurul üst organ niteliğine sahip olmadığı söylenebilir. TTK'da pay sahiplerinin haklarının korunması açısından bir üst organa ihtiyaç da yoktur. Nitekim, kanunda açık şekilde yönetim kurulu kararlarının butlanı hallerine sınırlı sayıda olmamak üzere yer verildiği (TTK m.391), bu düzenlemeye ek olarak kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketlerde (TTK m.460/5) ve kolaylaştırılmış birleşmelerde (TTK m.192/2) iptal sebepleri açık şekilde düzenlendiği göz önüne alındığında, pay sahiplerinin haklarının korunması için genel kurula itiraz yoluna başvurulmasına çoğu zaman ihtiyaç da yoktur.

⁴ Zühtü Aytaç, "Kayıtlı Sermayeli Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu", Prof. E. Hirsch Hatırasına Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s.283.

⁵ İşlevler ayrılığı; her organın kendisine bırakılan alanda, kendisine tanınan işleve bağlı olarak verilen devredilmez ve devredilebilir yetkileri kullanması, bir organın diğerinin görev alanına müdahale edememesi, işlevlerini ve görevlerini başkasına devredememesi, diğer organların yetkilerini onlardan alamaması ve diğer organları bağlayacak şekilde talimat verememesidir. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.215.

⁶ Necla Akdağ Güney, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s.5; Tekinalp, *a.g.e.*, s.215. Organlar arasındaki ilişkinin eşitlik ilkesi olduğu yönünde görüş için bkz. Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s.459.

3. BUTLANIN TESPİTİ DAVASI

TTK m.391’de yönetim kurulu kararlarının butlanı halleri sınırlı sayıda olmamak üzere ayrı ayrı düzenlenir. Doktrinde, Kanun’da yönetim kurulu kararlarının butlanı hallerine yer verilmesinin eksik, fakat isabetli olduğu⁷ hatta düzenlemenin yerinde olmadığı şeklinde eleştiriler de mevcuttur.⁸

TTK m.391 gereği, özellikle; eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlar batıl kabul edilir. Hükmün amacı, pay sahiplerine kurulun işlem ve kararlarına karşı dava açma olanağını tanımak, iptal edilebilir kararlar ile batıl kararlar arasındaki farka açıklık getirmek ve *pay sahibi haklarının güçlenmesini* sağlamaktır.

TTK m.391’de butlan sebepleri sayılırken “özellikle” ifadesine yer verildiği vurgulanmalıdır. Madde gerekçesinde ise “*Hüküm bâtil kararları örnek gösterme yöntemi ile belirlemektedir*” “*Hükümde, en çok rastlanılan bâtil kararlar örneklerle (sayım yoluyla) gösterilmiştir*” ifadelerine yer verilir. Doktrinde de butlan sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı, madde dışında kalıp, nitelikçe maddedeki butlan sebeplerine benzeyen⁹ veya BK m.27 sebebiyle ortaya çıkacak butlan hallerinin mevcut olduğu kabul edilir.¹⁰ Bu bağlamda, yönetim kurulu kararlarının butlanı hallerinin oldukça geniş bir yelpazeye sahip olduğu söyle-

⁷ Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2016, s.279; Erdoğan Moroğlu, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2016, s.196. Fakat yazara göre yönetim kurulu kararlarının yokluğuna açıkça değinilmemiş olması eksiklik teşkil etmektedir. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 7. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2014, s.212 vd.

⁸ Teoman’a göre, kanun koyucunun yönetim kurulu kararlarının iptali konusunda tamamen susup, butlan hususunu düzenlemesi, doğru değildir. Ömer Teoman, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, Tüm Makalelerim C.III: 2002-2010, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.259 vd. Moroğlu’na göre ise, eşit işlem ilkesine aykırı kararların genel kurul açısından iptal edilebilirliğe, yönetim kurulu açısından butlana sebep olması isabetli değildir. Moroğlu, (2014), s.213 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hediye Bahar Sayın *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2017, s.208 vd.; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s.226 vd.; İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C.II, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s.515; Güzin Üçışık/Aydın, Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.I*, Ankara, Adalet Yayınevi 2013, s.445; Tekinalp, a.g.e., s.274.

¹⁰ Bahar Sayın, a.g.e., s.208 vd.; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, a.g.e., s.515; Bahtiyar, a.g.e., s.226; Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Ankara, Yetkin, 2015, s.61 vd.

nebilir. Bu durum, kurul karar ve işlemlerine karşı açılacak dava sayısında artışa sebep olabilecek niteliktedir. Açılan butlan davaları organ faaliyetlerinin kilitlenmesine de sebebiyet verebilir. Pay sahiplerine, şirket organın karar ve işlemlerine karşı başvuru yolları sağlanmak suretiyle pay sahiplerinin haklarının güçlendirilmesi amaçlanırken, organın fiilen çalışmaması durumu ile karşılaşılması ihtimalinin mevcut olduğu vurgulanmalıdır.

4. YÖNETİM KURULU KARARLARININ İPTALİ

TTK m.391'in gerekçesinde de “*Yönetim kurulu kararları iptal edilemez...*” ifadesine yer verilir. Ancak incelendiğinde TTK’da istisnai bazı hallerde yönetim kurulu kararlarının iptali düzenlemesi ile karşılaşılır.

A. Kayıtlı Sermaye Sisteminin Kabulü Halinde Yönetim Kurulu Kararlarının İptali

Kayıtlı sermaye sistemine tabi şirketlerde ilk veya değiştirilmiş anasözleşme ile sermaye artırma, imtiyazlı veya itibari değer üzerinde pay çıkarma ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlama konusunda yönetim kuruluna yetki verilebilir (TTK m.460/1,4). Yönetim kurulunun bu konularda alacağı kararlar aleyhine TTK m.445’de yer alan sebepler ile (kanuna veya anasözleşme hükümlerine ve dürüstlük kuralına aykırılık) pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri iptal davası açabilir. Böylece TTK’da, halka kapalı şirketler açısından genel kurul kararlarının iptali sebeplerine atıf yapılarak, yönetim kurulu kararlarının iptali düzenlenir.¹¹

Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen halka açık anonim şirketlerin yönetim kurulu kararlarına karşı açılacak iptal davası ise SerPK m.18/6’da düzenlenir. Bu düzenlemede, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlere atıf yapılmakla birlikte “*yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine...*”¹² ifadesine yer verilerek kayıtlı sermaye sistemine ilişkin özel iptal sebeplerine de yer verilir. Yönetim kurulu üyeleri ve hakları ihlal edilen pay sahipleri ve SPK (SerPK m.93) bu iptal davasında davacı sıfatına sahiptir.

¹¹ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, a.g.e., s.342.

¹² Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde yönetim kurulu, sermaye artırma (SerPK m.18/2), anasözleşmede hüküm bulunması kaydı ile itibari değer üzerinde pay senedi çıkarma, imtiyazlı hisse senedi çıkarma, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını kısıtlama ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama (SerPK m.18/5) kararları aleyhine iptal davası açılabilir. Bu haller dışında, anasözleşme ile yetkilendirilmesi halinde yönetim kuruluna tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetleri ihraç konusundaki kararları (SerPK m.18/9), temettü avansı dağıtım konusundaki kararları (SerPK m.20), hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil konusundaki kararları aleyhine de iptal davası açılması mümkündür. Üçışık/Çelik, a.g.e., s.448 vd.

B. Kolaylaştırılmış Birleşmelerde Yönetim Kurulu Kararlarının İptali

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararları kural olarak genel kurul tarafından alınır (TTK m.151,173,189). Ancak TTK m.155’de sermaye şirketlerinde kolaylaştırılmış birleşmelere yer verilir. Şirketler, kolaylaştırılmış birleşme usulüne göre birleşme imkânına sahip olsalar dahi bu usulü uygulayıp uygulamamakta serbesttirler. Birleşmenin kolaylaştırılmasının temelinde, hâkimiyet ilişkisi dolayısıyla pay sahiplerinin haklarının korunması ihtiyacının bulunmaması ya da korunma ihtiyacının az olması yatar.¹³ Kolaylaştırılmış birleşmelerde birleşme kararı yönetim kurulu tarafından alınabilir.¹⁴ Yönetim kurulunun alacağı birleşme kararları aleyhine iptal davası açılması mümkündür. TTK m.192’de düzenlenen iptal davasının sebebi, TTK 134 ilâ 190. maddelerinin ihlalidir.

5. ANASÖZLEŞME İLE GERÇEKLEŞTİRİLEN DENETİM

Anasözleşme ile yönetim kurulu üzerinde genel kurula denetim yetkisi verilebilir. Yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkilerinin düzenlendiği TTK’nın 374. maddesinin gerekçesinde, genel kurulun niteliğiyle bağdaşmayan aksine yönetim kavramının kapsamında bulunduğundan şüphe edilmeyen konuların anasözleşme ile genel kurula bırakıp bırakılmayacağı tartışmalı olduğu vurgulanır. Bu kapsamda aşağıda, anasözleşme ile yönetim kurulunun yetkilerinin kısıtlanıp kısıtlanamayacağı ve yönetim kurulu kararlarının genel kurul onayına tabi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. Anasözleşme ile Yönetim Kurulunun Yetkilerinin Kısıtlanması

TTK m.375’te organlar arası işlev ayrımı yapılmış ve genel kurulun her şeye kadir olup, bütün kararları alabilme yetkisini haiz olduğuna ilişkin salt yetki teorisi reddedilmiştir (TTK m.375 gerekçe). Bu bağlamda, TTK, yönetim kurulunun bazı yetkilerini devredilmez ve vazgeçilmez olarak nitelemiştir. Dolayısıyla anasözleşme ile bu devredilmez ve vazgeçilmez yetki ve görevleri ihlal

¹³ Kürşat Göktürk, “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.27, S.1-21-2, s.652 vd.

¹⁴ Bu birleşmeler iki halde mümkündür: İlk halde yüzde yüz katılım söz konusudur. Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına sahip veya bir şirket, bir gerçek kişi veya kanun veya sözleşme dolayısı ile bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına sahiptir (TTK m.155/1). İkinci halde ise yüzde doksan katılma söz konusudur. Bu birleşmenin gerçekleşmesi için azınlıkta kalan pay sahiplerine devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan paylar verilmesi, şirket payları yanında TTK m.141’e göre şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdi bir karşılık verilmesinin önerilmiş olması veya birleşme dolayısı ile ek ödeme borcunun veya herhangi bir kişisel edim yükümlülüğünün yahut kişisel sorumluluğun doğmamış olması gerekir (TTK m.155/2). Bu birleşme türünün gerçekleşmesi için Kanun’da aranan iki şartın bir arada bulunması gerekir. Göktürk, *a.g.m.*, s.652.

edecek şekilde bir yetki sınırlaması yapılması mümkün değildir.¹⁵ Genel kurulun yetkisi, kanun ve anasözleşmede açıkça kendisine verilen işlerle sınırlıdır. Bunun dışında kalan konularda karar verme yetkisi yönetim kurulundadır.¹⁶

Kanun'un devredilmez ve vazgeçilmez olarak nitelendirmediği görev ve yetkiler konusunda anasözleşme ile sınırlama yapıp yapılamayacağı konusunda ise karşımıza emredici hükümler ilkesi çıkar. TTK m.340'da anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesi kabul edilerek, sözleşme özgürlüğü ilkesine önemli ölçüde sınırlama getirilir. TTK m.374'te ise¹⁷ açıkça yönetim kurulunun, *Kanun ve anasözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılanlar dışında*, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu belirtilir. Dolayısıyla Kanun'da belirtilen çerçevede, anasözleşme ile genel kurul yetkili kılınabilir. Ancak yönetim kurulunun yetkileri sınırlanırken, genel kurulun arızî bir organ olduğu ve ticari yaşamın sürat gerektirdiği de unutulmamalıdır.

B. Yönetim Kurulu Karar ve İşlemlerinin Genel Kurulun Onayına Tabi Olması

Genel kurul toplantılarına katılımın yoğun olduğu şirketler açısından yönetim kurulu kararlarının genel kurul onayına bağlanması, pay sahibi haklarının korunmasında etkili bir yöntem olabilir. Bu sayede pay sahipleri, kurulun atacağı her adımdan haberdar olup gereken hallerde müdahalede bulunabilir. Ancak yönetim kurulu karar ve işlemlerinin genel kurul onayına bağlanması, yetki ve görev ayrımı

¹⁵ Helvacı'ya göre, kanunun kabul ettiği organlar arası işlev ayrımı nedeniyle yönetim kurulunun organ yapısı bakımından kendine özgü görevleri, anasözleşme ile genel kurula bırakamaz. Helvacı, *a.g.m.*, s.204 vd.; Benzer görüş için bkz. Beşir Fatih Doğan, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.21. Kendigelen'e göre ise, tartışmalı hususlarda genel kurulun görev alanının anasözleşme ile düzenlenmesi mümkündür. Fakat TTK m.340'da yer alan emredici hükümler ilkesi gereği "kanunun açıkça izin vermediği" konularda anasözleşme hükmü ile getirilecek tartışmalı olan bu konulardaki düzenlemelerin geçersizliği iddia edilebilir. Kendigelen, *a.g.e.*, s.266 dpn.94. İsviçre hukukunda da yönetim kuruluna ait yetki ve görevlerin genel kurula devrinin mümkün olmadığı kabul edilir. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, Stumpfli, 1996, s.345; OR Art.716 II gereğince, şirket yönetimi, yönetim kuruluna aittir. Şirket yönetimi yönetim kurulunun sorumluluğunda olduğundan, bu sorumluluğun genel kurulca paylaşılması söz konusu olmaz. Şirket yönetimi ile ilgili olmayan konularda özellikle OR Art.698 II/6 anasözleşme veya kanunda genel kurulun karar almasının saklı tutulduğu hallerde, genel kurul karar alabilir. Yönetim kurulunun büyük yatırım kararlarının devredilmez yetki alanına girip girmediği incelendiğinde ise büyük yatırımlar aynı zamanda finansal sorumluluğu da gerektirdiğinden, şirket yönetiminin ayrılmaz parçası olup yönetim kurulunun vazgeçilmez görevlerinden olduğu sonucuna varılır. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2009, s.1649.

¹⁶ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.337.

¹⁷ TTK m.374 gerekçesinde de durum açık şekilde ifade edilmiştir: "Yönetim hakkının kapsamına giren bir iş ve/veya işlemin, esas sözleşme ile genel kurulca kullanılabilmesi için de bunun 375. maddede gösterilmiş devredilemez görev ve yetkiler içine girmemesi gerekir".

mına ilişkin hükümlerin (TTK m.375,408) ve bunun sonucu ortaya çıkan işlevler ayrılığı ilkesinin amacıyla bağdaşmaz. Doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler olduğunun altı da çizilmelidir.¹⁸ TTK m.340 hükmünün anasözleşme düzenlemesine getirdiği sınırlama bir yana, aslında yönetim kurulu kararlarının genel kurul onayına tabi tutulmasının kabulü çeşitli sorunları gündeme getirebilir. Şöyle ki, yönetim kurulunun karar ve işlemlerinin, genel kurul onayı şartına bağlanması, kurulun şirketi yönetim ve temsil yetkisini sınırlayacağı gibi bu yetki ile de bağdaşmaz. Onay gerekliliği sebebiyle genel kurulun olağanüstü toplantı sayısında artış meydana gelir. Yönetim kurulunun karar ve işlemleri genel kurulun onayına kadar askıda kalır. Genel kurul onayının ardından TTK m.446/1,a,b'de yer alan pay sahiplerinin genel kurul kararlarına karşı iptal davası açması üzerine, karara ilişkin ihtiyati tedbir alınması olanağı, kararın iptal davası sonuçlanana kadar uygulanamamasına sebebiyet verir.¹⁹ Bu nedenle, şirket faaliyetlerinde ve taahhütlerinde aksamalar meydana gelebilir. Hatta yönetim faaliyetleri kitlenebilir. Bu bağlamda, yönetim kurulu kararlarının genel kurul onayına tabi tutulmasının, pay sahiplerinin yönetimi denetlemesinde ve yönetime katılmasında etkili bir araç olsa da, yönetim ve dolayısıyla şirket faaliyetlerinde aksamalara sebep olacağı için ticari gereklere uygun olmadığı söylenebilir.

6. BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin doktrinde herkesçe kabul gören bir terim²⁰ ve tanım mevcut değildir. Ancak “Hâkim ortak ve şirketle doğrudan veya

¹⁸ Tekinalp, yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri dışında kalan tüm kararların genel kurul onayına bağlanmasının mümkün olmadığı fakat şirket malvarlığının temelini oluşturan bazı taşınır, iştirak ve fikri mülkiyet haklarının satışlarının genel kurul onayına tabi tutulabileceği görüşündedir. Tekinalp, *a.g.e.*, s.238; Helvacı'ya göre ise, yönetim kurulu kararlarının genel kurul onayına tabi tutulması, genel kurulun üst organ olarak kabulü anlamına geleceğinden, mümkün değildir. Helvacı, *a.g.m.*, s.204 vd.; Benzer görüş için bkz. Doğan, *a.g.e.*, s.21 vd.

¹⁹ Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, “Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten”, AJP, 2009, 18, s.1372.

²⁰ Farklı hukuk sistemlerinde ve kurumsal yönetim ilkelerinde bu yönetim kurulu üyelerini ifade etmek için “hiçbir menfaati olmayan”, “bağımsız”, “şirket dışından”, “icracı olmayan”, “tarafsız” kavramları kullanılır. Bağımsız yönetim kurulu üyeliği kavramının benzer kavramlardan ayrılması gerekir: Şirket dışından yönetim kurulu üyesi, bağımsızlık kıstaslarını karşılayıp karşılamadığına bakılmaksızın şirket çalışanı olmayan her üyedir. İcraçı olmayan yönetim kurulu üyesi, şirkette icraf görevi bulunmayan, şirket üst yönetiminde yer almayan üyedir. İcraçı olmayan yönetim kurulu üyesi, bağımsız yönetim kurulu üyesine göre daha genel bir kavram olup bu üye bağımsızlık kıstaslarına sahip olduğunda bağımsız yönetim kurulu üyesi sayılır. Korkut Özkorkut, *Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s.25 vd. Bir yönetim kurulu üyesinin, anonim şirket menfaat sahibi ile arasında temsil ilişkisinin söz konusu olduğu tüm durumlarda ise bağımlı yönetim kurulu üyeliği söz konusudur. İnançlı yönetim kurulu üyesi de bağımlı yönetim kurulu üyelerindedir. Fakat inançlı yönetim kurulu üyeliği, bir sözleşme ilişkisine dayanarak yönetim kurulu üyeliği görevinin, bir pay sahibinin veya üçüncü bir kişinin çıkarlarının korunması için, onun talimatları doğrultusunda yürütülmesidir. Ömer Korkut, *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.9 vd.

dolaylı menfaat ya da iş ilişkisi bulunmayan, seçimi değiştirilmesi ve maddi kaynakları şirketin ve büyük ortakların denetiminde olmayan; oylarını gereğinde ortaklar, alacaklılar, çalışanlar ve müşteriler kısaca şirketle ilgili tüm menfaat sahipleri lehine kullanma yetkisine ve görevin gerektirdiği donanıma sahip (icraî görev üstlenmemiş), etik değerleri benimsemiş tarafsız üye” şeklinde tanımlanabilir.²¹

Bağımsız yönetim kurulu üyeliği oluşturulmasının nedeni, şirket yönetiminin bağımsız kişilerce gözetim altında tutulması gereksinimidir. Yönetim kurulu üyelerinin bağımsız olması, şirket içinde yolsuzlukların meydana gelmesini önleyebileceği gibi pay sahibi haklarının korunmasına da hizmet edebilir. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu kararlarının bağımsız şekilde gözden geçirilmesini sağlayabilir ve ortaya çıkabilecek hukuka aykırı karar alma eğilimlerini azaltabilir.²² Bağımsız yönetim kurulu üyeliği kurumsal yönetim ilkelerinin bir parçasıdır. Türk hukukunda Sermaye Piyasası²³ ve Bankacılık Mevzuatında²⁴ kurumsal yönetim ve dolayısıyla bağımsız yönetim kurulu üyeliğine yer veren çeşitli düzenlemeler mevcuttur.²⁵ TTK m.1529 gereği, kurumsal yönetim ilkelerinin ve dolayısıyla bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin halka kapalı şirketlerde uygulanması ihtiyaridir.²⁶ Türkiye’de halka kapalı şirketlerin hâkim olması dolayısıyla bağımsız yönetim kurulu üyeliği kurumunun yaygın olarak uygulanma olasılığı azdır. Sadece icrada görevli veya hâkim ortaklardan oluşan yönetim kurulunun şirketi yönetmesinin şirket, alacaklılar ve pay sahipleri açısından bazı riskler barındırdığı açıktır.²⁷ Uzmanlığı ve bağımsızlığıyla şirketin ihtiyaç duyduğu konularda yol gösterebilecek, yöneticilerden hesap sorabilecek bağımsız yönetim kurulu üyelerinin pay sahipliği haklarının korunmasında önemli bir araç olduğu söylenebilir.

²¹ Ersin Çamoğlu, “Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hayri Domaniç Anısına Armağan)*, 2014, C.9, S.117-118, s.63-76. Diğer tanımlar ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Odman Boztosun, *Hukusal Açıldan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s.58 vd.; Özkorkut, a.g.e., s.33 vd.

²² Özkorkut, a.g.e., s.23.

²³ Bkz. SPK tarafından yayınlanan Kurumsal Yönetim Tebliği (RG, T.3.01.2014, S.28871) ve Tebliğ ekinde yer alan Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri (EK-1).

²⁴ Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik (RG, T.01.11.2006, S.26333).

²⁵ Sermaye piyasası mevzuatına tabi şirketlerde icracı ve icracı olmayan yönetim kurulu üyesi ayrımı vardır. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri içinde bağımsız üyelerin bulunması gerekir. İcrada görevli olmayan üyelerin bağımsız yönetim kurulu üyesi olması için Kurumsal Yönetim Tebliği EK-1’in 4.3.6. maddesinde yer alan kriterleri sağlamaları gerekir. Şirketin mali durumunu etkileyen, yaygın ve süreklilik arz eden ayrıca teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilmesine ilişkin işlemlerde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır. Onayın verilmemesi halinde muhalefet şerhinin Kamuyu Aydınlatma Platformu’nda yayınlanması gerekir. Tebliğ m.9,10,12)

²⁶ TTK m.360’da bağımsız yönetim kurulu üyeliğine “belirli grupların ve azınlığın yönetim kurulunda temsili” kapsamında dolaylı olarak yer verilir.

²⁷ Odman Boztosun, a.g.e., s.22.



7. ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLE FESHİ

TTK'daki yeni düzenleme ile azınlık pay sahiplerine²⁸ haklarının şirketçe ağır şekilde ihlali halinde, haklı sebeplerden dolayı mahkemeden şirketin feshini talep etme hakkı tanınır (TTK m.531). Bu hüküm, çoğunluğun hâkimiyeti karşısında azınlık pay sahiplerini korumayı amaçlar. Yönetim kurulu üyelerinin seçiminde kural olarak çoğunluk pay sahipleri etkilidir. Haklı sebeple fesih hakkı, çoğunluğa ve yönetime karşı ciddi bir tehdit olarak kabul edilebilir.

Haklı sebeplerin neler olduğu TTK'da tanımlanmaz.²⁹ Yönetim kurulu tarafından şirketin kötü yönetimi haklı sebep kavramı içinde değerlendirilebilir. Şirket yönetiminde yerinde olmayan kararların alınması, kâr elde etme amacı taşımayan işletme politikalarının benimsenmesi ve şirketin gereği gibi yönetilmemesi sonucunda pay sahiplerinin ve şirketle ilgili kişilerin menfaatlerinin zedelenmesi halinde “kötü yönetim” söz konusudur. Şirket idaresinde yetersiz kalan yönetim kurulunun şirket yönetimini gerçekleştirememesi ve amaca uygun olmayan kararlar alması, sermaye kaybına, şirkette yıkıma sebep oluyor ve ortakların çıkarlarının korunması başkaca hukuki yollarla mümkün olmuyor ise kötü yönetim haklı sebep olarak kabul edilip, şirketin feshine karar verilmesi gerekir.³⁰

Fesih sebebin haklı olup olmadığına takdiri elbette mahkemeye aittir. Mahkeme, sebepleri haklı bulsa bile şirketin feshine karar vermek zorunda değildir. Ayrıca mahkeme, şirketi fesih yerine fesih talebinde bulunan üyeleri şirketten çıkarma veya duruma uygun düşen, kabul edilebilir başka bir çözüme de karar verebilir (TTK m.531).³¹ Hâkime tanınan söz konusu atipik karar yetki-

²⁸ Bu hakkın kullanılabilmesi için esas sermayenin onda birine (halka açık anonim şirketlerde yirmide birine) sahip olmak gerekli ve yeterlidir. Bu oranda paya tek bir pay sahibinin sahip olması şart değildir. Birden fazla pay sahibi de bir araya gelerek söz konusu hakkı kullanabilir. Anasözleşmede bu konuda daha düşük bir oran öngörülebilir (TTK m.531 gerekçe).

²⁹ TTK m.531 gerekçesi şu şekildedir: “*Haklı sebep tanımlanmamış, haklı sebepler örnek olarak da gösterilmemiş, bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanması yargı kararlarıyla öğretiyeye bırakılmıştır. İsviçre öğretisinde, genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağırılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmıştır. Buna karşılık varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı sebep sayılmamıştır. İleri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığına karar verecek olan mahkemedir.*”

³⁰ Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.213 vd.; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 6102 Sayılı Yeni TTK Hükümlerine Göre*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.151 vd.

³¹ Rhein, a.g.e., s.286. Şöyle ki somut olayda azınlık pay sahipleri, ihlal konusu menfaatlerini genel kurul kararlarının iptali, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanının tespiti davaları, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası, bilgi alma davası gibi şirketler hukukuna özel davalar açarak veya bireysel veya azınlık haklarını kullanarak koruyabiliyorsa, öncelikle bu hukuki yollara başvurulması gerekir. Şahin, a.g.e., s.326 vd.

si, somut uyuşmazlığa uygun çözüm bulunması halinde azınlık pay sahiplerinin ihtiyaçlarını tatmin ve haklarını korumada önemli bir yoldur. Ancak davacı pay sahibinin somut uyuşmazlığa yönelik çözüm konusunda seçme hakkının bulunmaması, hâkime tanınan atıpkı karar yetkisi sebebiyle davacı pay sahibinin ortaklıktan çıkarılması ihtimali pay sahibinin istemediği sonuçlarla karşı karşıya kalması riskini de bünyesinde barındırır.³²

Haklı sebeple fesih azınlığa doğrudan doğruya mahkemeye başvurma imkânı veren yenilik doğurucu bir haktır. Azınlığa hak ihlalleri konusunda genel bir koruma sağlar. Bu koruma ortaklığın feshi yoluyla gerçekleşeceği için diğer hukuki yollar karşısında ultima ratio (son çare) niteliğindedir.³³

8. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN AZLI VE İBRASI

Şirketin kötü yönetimi, kâr kaybı, sermaye yetersizliğine dayanan haklı sebeplerin varlığı halinde yönetim kurulu üyelerinin azlı yolu ile pay sahiplerinin korunması mümkündür. Yönetim kurulu üyeler, şirket ve pay sahipleri arasındaki ilişkide güven esastır. Bu güvenin sarsılması halinde gerek gerçek kişi üyenin gerek tüzel kişi üyenin azledilmesi olanağı, şirkette tekrar güvenin oluşturulması açısından önemlidir.³⁴ Azil konusunda yetkili organ genel kurul olup, yönetim kurulu üyelerinin azlı, genel kurulun devredilmez yetkilerindedir (TTK m.408/2,b).

TTK m.364/1 gereği, anasözleşmeyle atanmış olsalar dahi gündemde ilgili maddenin bulunması veya gündemde yer alması bile *haklı bir sebebin* mevcut olması halinde, yönetim kurulu üyeleri, genel kurulca görevden alınabilir (TTK m.364/1).³⁵ Ayrıca, TTK m.413/3'e göre, haklı sebep mevcut olmasa da yönetim kurulu üyelerinin azlı ve yerlerine yenilerinin seçilmesi, finansal tabloların müzakeresi maddesi kapsamında sayılır. Bu yol, genel kurula, her olağan genel kurul

³² Şahin, *a.g.e.*, s.519.

³³ Rhein, *a.g.e.*, s.286. Şöyle ki somut olayda azınlık pay sahipleri, ihlal konusu menfaatlerini genel kurul kararlarının iptali, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanının tespiti davaları, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası, bilgi alma davası gibi şirketler hukukuna özel davalar açarak veya bireysel veya azınlık haklarını kullanarak koruyabiliyorsa, öncelikle bu hukuki yollara başvurulması gerekir. Şahin, *a.g.e.*, s.326 vd.

³⁴ Akdağ Güney, *a.g.e.*, s.61.

³⁵ Haklı sebep kavramı uygulamada çok sayıda dava açılmasına sebep olacak niteliktedir. Moroğlu, (2016), s.174; Ömer Teoman, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Tüm Makalelerim C.III: 2002-2010, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.254 vd.; Bahtiyar, *a.g.e.*, s.310 vd. İsviçre doktrininde, azınlık veya pay gruplarının belirlediği temsilcinin yönetim kurulu üyeliğinin ancak önemli sebeplerin varlığı halinde genel kurulca reddedilebileceğinden yola çıkılarak, bu üyelerin azlinin de ancak önemli sebeplere dayanması halinde mümkün olduğu yönünde görüşler vardır. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *a.g.e.*, s.284.

toplantısında yönetim kurulu üyelerini azil etme imkânı sağlar.³⁶ Üyelerin azledilmesi için azil talep eden pay sahiplerinin genel kurulda yeterli çoğunluğa sahip olmaları gerekir. Çoğunluğun sağlanamaması halinde, azil mümkün değildir. Çoğunluğu ele geçiren pay sahipleri açısından azil imkânı, yönetim kurulu üyelerine karşı ciddi bir tehdittir. Ancak üyelerin azli o zamana kadar alınmış kararlar, yapılmış işlemler konusunda pay sahiplerinin haklarının korunmasını sağlayamayacağı gibi eski üyelerin azli üzerine atanacak yeni üyelerin pay sahiplerinin haklarını ihlal etmeyeceği garantisini de taşımayacağı belirtilmelidir.³⁷

Genel kurul ayrıca yönetim kurulu üyeleri, yönetici, denetçi ve kurucuları ibra etme yetkisine sahiptir (TTK m.408/1,b; 558). İbra; aklamak, borçtan kurtarmak anlamına gelir.³⁸ Bu bağlamda ibra, aklanma, sorumluluğun mevcut olmadığının tespiti, güven tazeleme açısından önemlidir. İbra yönetimle görevli kişilerin kusurlu sevk ve idaresi dolayısıyla şirketin ortaya çıkan doğrudan zararlarını talep hakkından vazgeçilmesi anlamına gelir ve sadece şirket içi ilişkide sonuç doğurur.³⁹ Genel kurul toplantısına katılmayan, bulunup ibra aleyhine oy kullanan pay sahiplerinin uğradıkları zararlar sebebiyle dava açma hakları ise mevcuttur.⁴⁰ İbra edilmeyen üye ise şirket adına açılacak sorumluluk davası tehdidi altında olur.⁴¹ Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi açısından ibra kararları, genel kurulun yönetim kurulunu denetlemesinde önemli silahlardan biridir.⁴²

9. SORUMLULUK DAVASI

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin temel düzenleme TTK m.553/1'dir.⁴³ Buna göre, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneti-

³⁶ Finansal tablolar, yönetim kurulu üyelerinin ortaklara hesap vermesi açısından önemli belgelerdir. Bu hüküm, verilen hesaptan ortakların memnun kalmamış olması halinde, gelecek genel kurul toplantısına kadar güven duyulmayan üyeler ile çalışılmak istenmediğinin ortaklarca ortaya konulmasını sağlar. Tekinalp, a.g.e., s.235.

³⁷ Rhein, a.g.e., s.278 vd.

³⁸ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Yetkin, 2019, s.494; Pulaşlı, a.g.e., s.724.

³⁹ Hüsnü Turanlı, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta İbra", *KHÜHFD*, 2014, C.2, S.2, s.128.

⁴⁰ Pulaşlı, a.g.e., s.734; Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e., s.498.

⁴¹ Genel kurulun ibra kararı, mahkeme kanalı ile iptal edilmediği sürece başka bir genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz (TTK m.558/1). İbra kararı, ibrayı kapsayan maddi olaylara ilişkin olarak ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını ortadan kaldırır. Diğer pay sahiplerinin dava hakkı ise ibra tarihinden itibaren altı ay geçmekle düşer (TTK m.558/2).

⁴² Şaban Kayıhan, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.82.

⁴³ TTK m.553, genel sorumluluk hükmüdür. Özel sorumluluk halleri ise belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TTK m.549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TTK m.550), aynı sermayeye ve devralınacak işletme ve ayın bedellerine değer biçilmesinde yolsuzluk (TTK m.551), halktan para toplanması (TTK m.552) şeklinde sıralanabilir.

ciler ve tasfiye memurları kanundan ve anasözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini⁴⁴ kusurları ile ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve de alacaklılara karşı verdikleri zararlardan sorumludur.⁴⁵ Sorumluluğun doğması için hukuka aykırı davranış, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir.⁴⁶ Zararın doğrudan veya dolayısıyla olması mümkündür.⁴⁷ Doğrudan zararda pay sahipleri ve alacaklılar tazminatın kendilerine verilmesini isteyebilirler (TTK m.553/1). Dolayısıyla zararda ise şirketin uğradığı zararın tazmini şirketin faaliyette olduğu dönemde şirket ve pay sahiplerince istenebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep edebilir (TTK m.555/1). Dolayısıyla zararlarda, alacaklıların sorumluluk davası açma hakkı ise şirketin iflâs etmiş olmasına ve istemin iflâs idaresince öne sürülmemiş olmasına bağlıdır (TTK m.556/1,2).

Sorumluluk davası, pay sahiplerinin haklarının ihlalini doğrudan engellemez. Pay sahiplerinin haklarının doğrudan veya dolaylı şekilde ihlal edilmesi halinde, meydana gelen zararın tazmin edilmesini sağlar. Dava, yönetim kurulunca gerçekleştirilen işlem ve kararları tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırmaz. Yönetim kurulu üyelerinin yeterli mali güce sahip olmaması halinde, tazminat beklenen fayda da sağlanamaz.⁴⁸

10. DENETİM

Denetim iradesinin şirket içinden ve dışından gelmesine göre dış ve iç denetim olmak üzere ayrılması mümkündür:

A. Dış Denetim

Dış denetim, şirketin şirket dışı yetkili bazı kişi ve kurumlarca denetlenmesidir. Dış denetim, pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği

⁴⁴ Yükümlülük, kurulun görev veya yetkisi bağlamında, kanun ve anasözleşmede öngörülen yapma veya yapmama zorunluluklarını ifade eder. Yükümlülük özelliği gösteren görev ve yetkiler, şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya hizmet eder. Bu bağlamda, özensizlik ve sadakat yükümlülüğüne aykırılık, yükümlülük ihlaline örnektir. Sermayenin ve malvarlığının korunması, eşit işlem ilkesine uygun davranılması, finansal tabloların TMS'ye uygun hazırlanması, şirket internet sitesinin kanuna uygun şekilde işletilmesi ve borca batıklığın zamanında mahkemeye bildirilmesi yükümlülükler kapsamında sayılabilir. Tekinalp, *a.g.e.*, s.432.

⁴⁵ Maddede sayılan kişiler bunlarla sınırlı olmayıp, hükmün kapsamına fiili organların da dâhil edilmesi mümkündür. Tekinalp, *a.g.e.*, s.431.

⁴⁶ Şener, *a.g.e.*, s.419; Akdağ Güney, *a.g.e.*, s.292.

⁴⁷ Doğrudan zarar, şirketin, ortakların ve alacaklıların malvarlıklarında meydana gelen azalmadır. Dolayısıyla zarar ise bir kişiye yöneltilen bir fiil nedeniyle kişinin malvarlığında meydana gelen zararın başka kişi veya kişilerin malvarlığına yansımadır. Çamoğlu (2010), s.124 vd.; Akdağ Güney, *a.g.e.*, s.295 vd.

⁴⁸ Aytaç, *a.g.m.*, s.281; Özkorkut, *a.g.e.*, s.134 vd.



gibi şirket çalışanlarının, alacaklıların ve kamunun menfaatine de hizmet eder.⁴⁹ Bu denetim türünün *devlet, bağımsız denetçiler/denetim kurumları ve özel denetçi* tarafından yapılan denetim olarak üçe ayrılması mümkündür:

Devlet tarafından gerçekleştirilen denetim, Ticaret Bakanlığı⁵⁰ tarafından gerçekleştirilen denetimdir. Bakanlık, şirketleri denetlemeye⁵¹ yetkili olduğu gibi, şirketlere ilişkin ikincil düzenlemeler yapmak yetkisine de sahiptir. Bakanlıkça yayımlanan tebliğ⁵² ile belirlenecek anonim şirketlerin kuruluşu ve anasözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi tutularak, şirketlerin kuruluş ve anasözleşme değişikliklerinde kanunun emredici hükümlerine uygunluk denetimi yapılır (TTK m.333). Ayrıca kuruluş ve anasözleşme değişiklikleri izne tabi olan bu anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi bulunur (TTK m.407/3,1527/5). TTK m.210/3 uyarınca Bakanlığın, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırılık ve kanunda belirlenen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, şirketin feshini dava etme yetkisi vardır. TTK m.530/1’de ise pay sahipleri ve alacaklılar yanında Bakanlığa şirketin kanuni organlarının mevcut olmaması veya genel kurulun toplanamaması halinde, şirketin feshini talep etme yetkisi verilir.⁵³ Bütün bu düzenlemeler dikkate alındığında, devletin; anonim şirketin kuruluşundan, faaliyetini sona erdirmesine kadar olan süreçte hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirme yetkisine sahip olduğu tespit edilir. Devlet eliyle gerçekleştirilen denetim, kanuna uygunluk denetimidir. Pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının haklarının korunması açısından öneme sahiptir.

Bağımsız denetim ise şirketin bir faaliyet dönemi içinde finansal tablolarının kanuna, anasözleşmeye, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olarak hazırlanıp hazırlanamadığının; ayrıca finansal tablolar ile yönetim kurulu faaliyet raporunun uyumunun incelenmesi ve rapora bağlanmasıdır. Denetim, şirket dışı uzmanlar tarafından belirli zamanlarda gerçekleştirilir.⁵⁴ Anonim şirkette denetime ilişkin temel düzenleme TTK m.397/4 ve 5’te yer alır. TTK m.398 kapsamında, bağımsız denetime tabi olacak şirketleri belirleme yetkisi Bakanlar

⁴⁹ Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e., s.372.

⁵⁰ Diğer bakanlık, kurum ve kuruluşların da kanunda belirlenen yetki sınırları içinde şirketlere ilişkin düzenlemeler yapması mümkündür (TTK m.210/1,2).

⁵¹ Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG, T.28.08.2012, S.28395).

⁵² “Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ” (RG, T.15.11.2012, S.28468).

⁵³ Bahtiyar, a.g.e., s.369.

⁵⁴ Ayhan/ Çağlar/Özdamar, a.g.e., s.378.

Kurulu'ndadır (Cumhurbaşkanı).⁵⁵ 26.03.2018 tarih ve 2018/11597 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile denetime tabi şirketlerin kapsamı genişletilerek daha fazla şirket zorunlu bağımsız denetime tabi tutulmuştur. Kapsamın genişletilmesine rağmen pek çok şirket TTK'nın yürürlüğe girişinde amaçladığı zorunlu bağımsız denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. TTK m.397/5'e göre ise, 4. fıkra kapsamı dışında kalan şirketler (bağımsız denetime tabi olmayan) 5. fıkra hükümlerine göre denetlenir. Bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin denetimi Bakanlık tarafından hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca (Cumhurbaşkanı) çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir.⁵⁶ Bağımsız denetime tabi anonim şirketlerin denetimi TTK m.400'e göre, yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (Kamu Gözetimi Kurumu)⁵⁷ tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları, bu kişilerden oluşan sermaye şirketleri⁵⁸ tarafından gerçekleştirilir. Denetimin konusunu şirketin finansal tabloları ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu oluşturur (TTK m.402). Dolayısıyla denetçinin denetleyeceği hususlar sınırlıdır.⁵⁹ Denetime tabi olan şirketler, finansal tablolarının denetimden geçip geçmediğini, denetimden geçmiş ise denetçi görüşünü (olumlu, sınırlandırılmış olumlu, olumsuz ve görüş vermektan kaçınma) ilgili finansal tablolarda açık bir şekilde belirtmek zorundadır. Dış denetim yükümlülüğüne uyulmaması halinde, denetimden geçmemiş finansal tablolar ile şirket yönetim kurulu faaliyet raporu "düzenlenmemiş" hükmündedir, diğer bir ifade ile yok sayılır (TTK m.397/2).

TTK m.398/1'de söz konusu denetimin "kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara özgü hükümlerine uygunluğu da kapsayacağı" belirtilse de, denetçi,⁶⁰ yönetim kurulunun karar ve işlemlerinin tüm yönleri ile kanuna ve anasöz-

⁵⁵ Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Denetlenmesine İlişkin Karar için bkz. Bakanlar Kurulu 2012/4213 sayılı kararı (RG, T.23.01.2013, S.28537).

⁵⁶ Konuya ilişkin bkz. Anonim Şirketler ile Tarım ve Satış Kooperatifleri ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik Taslağı.

⁵⁷ 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı RG). Kamu Gözetimi Kurumu, bağımsız denetime, bağımsız denetim kuruluşlarına ve bağımsız denetçilere ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere "Bağımsız Denetim Yönetmeliği" çıkarmıştır (RG, T.26.12.2012, S.28509).

⁵⁸ Bağımsız denetim kurumları bir mesleki ortaklık olup, sermayedar işletmesi değildir. Bu şirketler uzman denetçi olmayan pay sahipleri tarafından kurulup işletilemez. Tekinalp, a.g.e., s.481; Şener, a.g.e., s.436.

⁵⁹ Korkut Özkorkut, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s.214.

⁶⁰ Denetimin, Kamu Gözetim Kurumu'nun belirlediği esaslar çerçevesinde, denetçilik mesleğinin gereklerine, mesleğin etik kurallarına uygun ve özenle yapılması gerekir (TTK m.398/1). Denetimin gereği gibi yapılabilmesi için denetçilerin bağımsızlığının sağlanmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilir (Bkz. TTK m.400).

leşmeye uygunluğuna ilişkin bir denetim yapamaz. Ayrıca TTK m.403/3 bağlamında, denetçi, finansal tablolar açısından yönetim kurulunun sorumlu tutulmasını gerektiren bir hususun bulunup bulunmadığını raporunda belirtir. Bu belirleme, pay sahiplerinin yönetim kurulunun sorumluluğu yoluna başvurmada yol gösterici olabilir. Ancak denetçinin yönetim kurulunun tüm faaliyetlerini inceleyip sorumluluk hallerini belirlemesi, denetçinin uzmanlık sınırlarını aşabilir.⁶¹ Bu bağlamda, kurumdan beklenen fayda elde edilemeyebilir. Mevzu bahis eksikliklere rağmen bağımsız denetim, mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin haklarının korunmasında önemli bir rol üstlenir.

TTK, özel denetimi de ayrıntılı şekilde düzenler.⁶² Her pay sahibi, pay sahipliği haklarını kullanabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma ve inceleme hakkını önceden kullanmış olmak kaydı ile belirli olayların özel denetim ile açıklığa kavuşturulmasını *gündemde yer almaya bile* genel kuruldan talep edebilir. Genel kurul talebi kabul eder ise şirket veya pay sahibi otuz gün içinde mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK m.438/1,2). Kanun koyucu, özel denetçinin mahkemece atanmasını düzenleyerek, hâkim pay sahiplerine yakın kişilerin, genel kurulca denetçi olarak atanmasının önüne geçmeyi amaçlar.

Genel kurul özel denetçi atanması talebini reddeder ise azınlık⁶³ veya payların itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir. Mahkemece özel denetçi/denetçiler atanabilmesi için; *kurucuların veya şirket organlarının kanunu ve anasözleşmeyi ihlal ettiklerinin ve şirketi zarara uğrattıklarının ikna edici şekilde*⁶⁴ ortaya konması gerekir. Mahkemenin vereceği karar kesindir (TTK m.439,440). Özel denetçi denetim faaliyeti sonunda hazırladığı raporu, şirket sırlarını koruyarak mahkemeye teslim eder. Raporun şirket sırlarını ve menfaatlerini zarara uğratacağı iddiasında bulunulur ise bu konuda mahkeme karar verir (TTK m.442).

⁶¹ S. Anlam Altay, "Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi", Köksal Bayraktar'a Armağan C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.968 vd.

⁶² Rhein'a göre, yönetim kurulu kararının şekli ve maddi içeriğine ilişkin butlan sebeplerinin mevcut olduğu konusunda somut emareler var ise pay sahipleri; yönetim kurulu kararının meydana gelmesi ve içeriğine ilişkin özel denetim talep edilebilmelidir. Çünkü yönetim kurulunun karar tutanağını açıklamasındaki sakatlık, pay sahiplerinin bilgi almasını engeller ayrıca pay sahipleri, haklarını ihlal eden kararı ancak uygulanmasından sonra öğrenirler. Rhein, a.g.e., s.285.

⁶³ Pay sahibi özel denetim talebinde bulunmuş fakat talep genel kurulca reddedilmiş ise artık tek pay sahibi değil, azınlık mahkemeye başvurabilir ve denetim talep edebilir. Bu bağlamda, özel denetimin şartları değişmiştir. Şafak Narbay, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.314 vd.

⁶⁴ Moroğlu, daha başlangıçta bu koşulun yerine getirilmesinin imkânsız olduğunu, hükmün "şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradıkları konusunda belirtilen bulunması halinde" ifadesiyle yumuşatılması gerektiğini savunur. Moroğlu, (2016), s.256.

Özel denetim, şirketin genel gidişi hakkında bilgi alma amacıyla kullanılmaz. Kurum, belirli olayların aydınlatılmasına hizmet eder. Bu bağlamda denetim kapsamında kapsamlı bir mali denetim ve bilanço incelemesi yapılmaz. Özel denetim raporunda yönetim alanında bir takım usulsüzlüklere işaret edilmesi, yöneticilerin sorumluluğu yoluna gidilmesinde temel teşkil eder. Özel denetim, sorumluluk mekanizmasının işletilmesi için değil, pay sahibinin somut bir olaya ilişkin bilgi almasına ilişkin olarak da kullanılabilir.⁶⁵ Bu açıdan, özel denetim, pay sahibinin bilgi alma hakkının bir uzantısı olarak, şirket yönetiminin denetlenmesinde ve yöneticilerin yetkilerini kötüye kullanmalarının dolaylı şekilde engellenmesinde önemli bir araçtır. Her ne kadar özel denetim talep etme hakkı tek bir pay sahibine tanınmış olsa da, talebin yerine getirilmesi için öngörülen şartlar ve azınlık olarak özel denetim isteme şartlarının daha da ağırlaştırılması, bu haktan beklenen faydanın elde edilmesini güçleştirir niteliktedir.⁶⁶

B. İç Denetim

Amaç ve kapsamının sınırlı oluşu sebebiyle bağımsız denetimin yönetim kurulunun denetiminde yeterli bir araç olmadığı söylenebilir. Bu açıdan bağımsız denetimin yanı sıra kapsamlı bir iç denetim yapılması pay sahibi haklarının korunması açısından yararlı olur.⁶⁷ İç denetim, finansal denetimden daha geniş bir kavram olmakla beraber, iç denetimin merkezinde de finansal denetim yer alır.⁶⁸ Yönetim kurulu şirketin gerektirdiği ölçüde finansal planlama için gerekli düzeni kurmakla görevlidir (TTK m.375/1.c). Finansal denetim düzeninin kurulması, şirketin iş ve işlemlerinin denetlenmesine ilişkin bir “iç-denetim” sisteminin belirlenmesidir.⁶⁹ Yönetim kurulu; iç denetimi sağlamak amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komite ve komisyonlar kurabilir (TTK m.366/2). Denetim komitesi de bu kapsamda yer alan komitelerdendir. Söz konusu komite, şirket iç kontrol ve finansal raporlama sistemini inceleyerek, yönetim-

⁶⁵ Mehmet Özdamar, *Anonim Şirketlerde Özel Denetim* (Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ed. E. Ulusoy), Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s.47.

⁶⁶ Narbay, *a.g.m.*, s.324.

⁶⁷ E. Emine Demir, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler*, Ankara, Adalet, 2016, s.98.

⁶⁸ Tekinalp, *a.g.e.*, s.244.

⁶⁹ Kayıhan, *a.g.e.*, s.30 vd. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ’de (Seri: IV, No: 56) (RG, T.30.12.2011, S.28158) yönetim kurulu bünyesinde oluşturulabilecek komiteler belirlenmiştir: Madde 4.5 -Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler: “Yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarının sağlıklı bir biçimde yerine getirilmesi için Denetimden Sorumlu Komite, Kurumsal Yönetim Komitesi, Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulur. Ancak yönetim kurulu yapılanması gereği ayrı bir Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulmaması durumunda, Kurumsal Yönetim Komitesi bu komitelerin görevlerini yerine getirir” düzenlenmesine yer verilir.

den kaynaklanan hataların tekrarlanmasının engellenmesine yardımcı olur.⁷⁰ Denetim komitesi, finansal denetim bağlamında şirket üst yönetiminin yapabileceği hileleri ve hataları önlemek, denetçilerin bağımsızlığını kuvvetlendirmek ve finansal raporlama sürecinin kalitesini artırmak başta olmak üzere son derece önemli işlevler üstlenir.⁷¹ Denetim komitesinin diğer görevleri ise yönetim ve denetçiler arasında iletişim sağlama, onlara yardımcı olma, yönetimde gerçekleştirilecek usulsüzlükleri engelleyerek pay sahiplerinin menfaatlerini koruma ve iç denetimin etkin şekilde gerçekleşmesini gözetme şeklinde sıralanabilir.⁷²

11. TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNÜN İNCELEME YETKİSİ

Ticaret siciline sadece tescil edilebilir hususlar tescil edilir. Bir hususun ticaret siciline tescil edilebilmesi, kanunun o hususun tescilini açıkça öngörmüş olmasına bağlıdır.⁷³ Sicil müdürünün inceleme yetkisi ise tescili gerekli olan hususlarla sınırlı olup, tescili gerekli olmayan hususlarda inceleme yetkisi yoktur.⁷⁴ TTK m.32'ye göre, sicil müdürü tescili talep edilen hususlarda tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını, tüzel kişilerin tescilinde özellikle şirket sözleşmesine aykırılık olup olmadığını ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunlu gördüğü hükümleri içerip içermediğini incelemekle yükümlüdür.⁷⁵ Ayrıca tescil edilen hususların gerçeği tam olarak yansıtıp yansıtmadığı ve kamu düzenine aykırılık taşıyıp taşımadığı da incelenmelidir (TTK m.32/3). Anonim şirketlerin kuruluş ve anasözleşme değişikliklerinde Bakanlığın inceleme yetkisinin İzne Tabi Şir. Tebliğ'inde belirlenen şirketlerle sınırlandırılmış olması (TTK m.333), sicil müdürün inceleme yetkisinin önemini artırmaktadır.⁷⁶

⁷⁰ Tekinalp, *a.g.e.*, s.226; Demir, *a.g.e.*, s.98.

⁷¹ Demir, *a.g.e.*, s.103.

⁷² Aytaç Köksal, *Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, İstanbul, Beta, s.141 vd.

⁷³ Ömer Teoman, "Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.II, İstanbul, XII Levha, 2010, s.1701; Bahtiyar, *a.g.e.*, s.175; Çelik, *a.g.e.*, s.32.

⁷⁴ Korkut, (2012), s.174.

⁷⁵ Nitekim Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararı mevcuttur: Davaya konu olan olayda üç kişiden oluşan anonim şirket yönetim kurulu iki üye ile toplanarak, üçüncü üyenin görevden alınip, yetkilerinin paylaşılmasına karar vermiş ve karar Ticaret Sicili'ne tescil edilmiştir. Davacı, usul ve yasaya aykırı kararın tescili ve ilanı işleminin iptalini talep etmiştir. Yargıtay, eTK m.36 gereğince, tescil, tadil, terkin talepleri üzerine sicil memurluğunca verilecek karara tebliğinden itibaren her ilgilinin mahkemeye itirazda bulunabileceğini vurgulamış, üç kişilik yönetim kurulunda toplantı yeter sayısını oluşturmadan karar aldığını, ayrıca yönetim kurulunun, yönetim kurulu üyesini azletme yetkisi olmadığını tespit etmiş, ticaret siciline yapılmış olan tescil ve ilan işleminin iptaline karar vermiştir. Karar için bkz. Y. 11. HD. 28.11.1985 T., 5890 E. ve 7155 K. *Batider*, S.13, C.1, s.158 vd.

⁷⁶ Aytekin Çelik, "Anonim Ortaklıkların Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliklerinde Bakanlığın İzin Yetkisinin Sınırlandırılması Karşısında Sicil Memurunun İnceleme Yetkisi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005, C.4, S.8, s.32.

TTK'da yetkilendirilen hallerde ticaret siciline tescil ve ilan işlemleri yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir (TTK m.455,471). Sicil müdürünün incelemesi sonucunda tescili talep edilen bir anasözleşme hükmünün veya organ kararının emredici hükümlere aykırılığının tespiti halinde, tescil talebinin reddedilmesi gerekir.⁷⁷ Red sadece kurul kararı veya anasözleşme değişikliklerinde değil, kanuna ve anasözleşmeye ayrılığın mevzu bahis olduğu her talepte gündeme gelir. Doktrinde sicil müdürünün batıl ve yoklukla malul genel kurul kararlarının tescil talebini reddetmesi gerektiği kabul edilir.⁷⁸ TTK'nın çeşitli maddelerinde tescili gerekli yönetim kurulu karar ve işlemleri düzenlenir.⁷⁹ Kanaatimizce, sicil müdürünün genel kurul kararlarına ilişkin tutumunu batıl veya yoklukla malul olan tescile tabi yönetim kurulu kararları⁸⁰ açısından da sergilemesi gerekir. Yönetim kurulunun ortaklık işlerini kural olarak karar almak suretiyle icra eder. Tescili gerekli yönetim kurulu kararları oldukça sınırlı olduğundan, yönetim kurulu kararlarına karşı başvuru yolu olarak sicil müdürünün denetim fonksiyonunun sınırlı olduğu söylenebilir.

⁷⁷ Karasu, a.g.e., s.97; Korkut, (2012), s.174.

⁷⁸ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), a.g.e., s.432; Moroğlu, (2014), s.359; M. Emin Bilge, *Ticaret Sicili*, İstanbul, Beta, 1999, s.61 vd.; Ömer Teoman, "Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.II, İstanbul, XII Levha, 2010, s.1706; Aksi görüş için bkz. Oğuz İmregün, *Ticaret Hukununun Genel İlkeleri*, İstanbul, Yasa Yayınevi, 1989, s.76 dpn.10; Aksi görüş için bkz. Çelik, a.g.e., s.43; Teoman, (2010b), s.1706.

⁷⁹ Yeni pay alma esaslarının belirlenmesi kararının tescil ve ilanı (TTK m.461/3), kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artışına ilişkin yönetim kurulu kararının tescili (TTK m.456/2,5), müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz olanların atama ve azillerinin tescili (TTK m.373,375), hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararın tescil ve ilanı (TTK m.486), sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış usulde birleşmesine ilişkin yönetim kurulu kararının tescili (TTK m.155 ve 156).

⁸⁰ Nitekim Yargıtay'da bu hususu vurgulamıştır: "6102 sayılı TTK'nın 32. maddesi uyarınca Ticaret Sicil Memuru tescili talep edilen hususların şirket anasözleşmesine ve kanuna uygunluğunu ressen denetlemek zorundadır... Ticaret Sicil Memuru tescili istenilen hususun; kanuna ve ana sözleşmeye uygunluğunun denetimi yanında gerçeğe uygunluğunu ve kamu düzenine aykırı olup olmadığını da ressen denetlemelidir. Yapılacak denetim neticesinde çözümü bir mahkeme kararına bağlı bulunan veya sicil müdürü tarafından kesin olarak tescilinde duraksanan hususlar, ilgililerin istemi üzerine TTK'nın 32/4. maddesi uyarınca geçici olarak tescil olunabilmektedir. Dosya kapsamında alınan bilirkişi raporlarında açıklandığı üzere; davacının tescil başvurusunun reddine dair davalı Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün ret kararının gerekçesi somut olaya uygun değildir. Ancak; TTK'nın 34. maddesi uyarınca açılan bir davada mahkemece; Ticaret Sicil Müdürlüğü kararı veya gerekçesiyle bağlı ve sınırlı bir inceleme yapılmayıp tescili istenilen kararın hukuka, anasözleşmeye ve gerçek duruma uygun olup olmadığı ressen denetlenmelidir. Mahkemece alınan bilirkişi raporlarıyla tescili istenilen yönetim kurulu kararının şirket anasözleşmesine ve TTK'nın 390. maddesine aykırı hükümler içerdiği tespit edilmiştir. Tescili istenen yönetim kurulu kararının bir bütün olduğu, şirket anasözleşmesine ve kanuna aykırı kısımların haricinde kısmi tescilinin mümkün olmadığı gözetildiğinde; şirket anasözleşmesine ve kanunun emredici hükümlerine aykırı hükümler içeren ve TTK'nın 32/4. maddesi uyarınca geçici tescil koşullarını taşımayan yönetim kurulu kararının tesciline dair talebin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir". Y. 11. HD. 30.03.2015 T., 2014/18997 E. ve 2015/4363 K. sayılı kararı. <http://www.kanunum.com>, E.T.: 06.03.2017.

12. EDA DAVASI

Yönetim kurulu, pay sahiplerinin kanunla tespit edilmiş haklarını ihlal ediyor ise ilgili bir eda davasıyla ileri sürüp, dava konusunun ifasını talep edebilir.⁸¹ Her pay sahibi, kanun ve anasözleşmede öngörülen haklarının yerine getirilmesi için şirkete karşı dava açma hakkına sahiptir. İsviçre doktrininde pay sahiplerinin çeşitli taleplerinin eda davasına konu olacağı kabul edilir: Pay sahipleri; pay senetlerinin kendilerine tevdiini, kanuna ve anasözleşmeye uygun pay devirlerinin pay defterine kaydını, kâr payı ve tasfiye bakiyesinin ödenmesini, genel kurulun olağan ve olağanüstü toplanmasını ve şirket zararlarının tazminini talep edebilir. Yönetim kurulunun bu talepleri reddetmesi halinde, pay sahibi, şirkete karşı eda davası açabilir.⁸² Yine pay sahiplerinin açabileceği eda davaları yönetim kurulu faaliyet raporunun ilanı, bilgi alma ve denetleme hakkının kullanılması konusuna ilişkin olabilir.⁸³

Yönetim kurulu karar ve işlemlerine karşı eda hükmü alınması, ilgililerin hak taleplerini doğrudan karşılar. Fakat yönetim kurulu kararlarına karşı eda davası açılması ancak ifası gerekli konulardaki kararlara karşı mümkündür.⁸⁴ Kararın uygulanması ise kazanılmış hak ve iyiniyet ilkelerini gündeme getirebileceği gibi şirkete karşı dava açılması da uyuşmazlığın çözümünü güçleştirebilir.⁸⁵ Bu açıdan eda davasının, yönetim kurulu kararlarına karşı pay sahiplerinin haklarının korunmasına yardımcı hukuki yollardan biri olsa da, etkili bir yol olmadığı söylenebilir.

13. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL

Pay sahiplerinin yönetimde temsilini sağlayan yöntemler grup imtiyazı ve birikimli oy olarak sıralanabilir. Bu yöntemler vasıtasıyla küçük pay sahiplerinin yönetime katılması, kendini çıkarlarını savunması ve şirket yönetimini dolaylı da olsa denetlemesi sağlanabilir. Yönetimde temsil, kurul karar ve işlemlerine sonradan başvuru yapılması yerine kurulun tüm pay sahiplerinin ve şirket çıkarlarını koruyacak nitelikte oluşturulmasına ve bu doğrultuda işlem yapmasına hizmet ederek, sonradan meydana gelecek uyuşmazlıkları engellemede bir yöntem olarak düşünülebilir.

⁸¹ François Kohler, *Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft*, Bern, Stämpfli & Cie, 1950, 96.

⁸² Kohler, *a.g.e.*, s.94

⁸³ Rhein, *a.g.e.*, s.282 vd.

⁸⁴ Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1996, s.133; Aytaç, *a.g.e.*, s.285; Kayıtlı sermaye sisteminde pay sahiplerinin haklarının korunması açısından aynı yönde görüş için bkz. Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, İstanbul, Beta, 1996, s.174.

⁸⁵ Aytaç, *a.g.e.*, s.285.

A. Grup İmtiyazı

TTK m.360 gereği, anasözleşmede öngörülmesi şartı ile belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azınlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu bağlamda, kanun koyucunun grup hakkı öngördüğü söylenebilir.⁸⁶ Grup imtiyazı yaratılması yoluyla yönetim kurulu üyelerinin çoğunluk pay sahipleri tarafından değil, diğer ortaklar tarafından seçilmesi imkânı sağlanır.⁸⁷ Bu hakkın doğumu için anasözleşmeyle ilgili pay sahiplerine temsil imtiyazının tanınması gerekir. Bu imkân, pay sahiplerinin çoğunluk gücü karşısında korunması yollarından biri olarak kabul edilmekle birlikte yönetimin iş ve işlemlerine karşı pay sahiplerinin korunması yollarından biri olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Pay gruplarına, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanımak suretiyle şirket çıkarlarını gözetecek olan oyda imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulundaki temsilcisi, gerektiğinde kendi takdir hakkına binaen ait olduğu grubun menfaatlerini savunacağından, grup imtiyazı, ilgili grubun menfaatlerinin diğer yönetim kurulu üyeleri karşısından korunmasında etkili bir yol olabilir. Ancak ilgili yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulundaki hak ve yükümlülüklerini, şirket çıkarlarını ve sadakat yükümlülüğünü dikkate alarak kullanmak zorunda olduğu gibi ilgili grubun söz konusu üyeye bağlayıcı talimat verebilmesi de mümkün değildir.⁸⁸ Grup imtiyazı, yönetim kurulu işlemlerine karşı pay sahiplerinin haklarının korunmasında bir başvuru yolu olduğu açık olmakla birlikte ilgililerin haklarının korunmasındaki etkisi tartışmalıdır.

B. Birikimli Oy

TTK m.434'de, pay sahibinin oy hakkına ilişkin temel esaslar düzenlendikten sonra Bakanlığın halka açık olmayan anonim şirketlerde de birikimli oyu tebliğ⁸⁹ ile düzenleyebileceği belirtilir. Birikimli oy, küçük pay sahiplerinin yönetime katılmasını sağlayan bir yöntemdir. Anasözleşmede düzenleme olması kaydıyla genel kurul toplantılarında, birikimli oy sisteminin uygulanması yoluyla azınlığın da belirli sayıda yönetim kurulu üyesini seçebilmesine imkân tanı-

⁸⁶ Grup hakkı özel hukuki durumu bulunan pay sahiplerince oluşturulan gruba sağlanan haklardır. Ayhan/Çağlar/Özdamar, *a.g.e.*, s.427. Yönetim kurulunda temsil imtiyazıdır. İmtiyazların paya bağlı olmasına ilişkin ilkenin istisnasını grup imtiyazı oluşturur. Şener, *a.g.e.*, s.554.

⁸⁷ Şener, *a.g.e.*, s.176. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınabileceği gruplar; belirli pay grupları, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve azınlık olmak üzere üçe ayrılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetim Katılma Yöntemleri", *USAD*, 2016, C.9, S.43, s.1913.

⁸⁸ Bilge Aytuğar, "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", *AHBVÜ*, 2019, C.XXIII, S.1, s.95 vd.

⁸⁹ Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (RG, T.29.08.2012, S.28396).

nır. Bu sistemde, pay sahipleri tercih ettiği yönetim kurulu üyeleri için kaç oy kullanacağını belirtir. Pay sahipleri oylarının yönetim kurulu üye sayısı ile çarpımı kadar oy kullanır.⁹⁰ Birikimli oy yöntemiyle genel kurulda oy gücü zayıf olan ve korunmaya muhtaç bir konumda bulunan küçük pay sahipleri, yönetim kurulunda temsil edilme imkânı ile birlikte bir veya iki üyenin seçilmesini sağlayarak, en azından şirket faaliyetleri hakkında daha fazla bilgi sahibi olma ve böylece yönetimi daha etkin bir şekilde denetleme imkânı bulur. Birikimli oy, pay sahiplerinin yönetim kurulu işlem ve kararlarına karşı bir başvuru yolu olmayıp, işlem ve kararların oluşması safhasında pay sahiplerinin daha fazla söz sahibi olmasını sağlamaktadır. Azınlığın yönetimde temsili; kötü yönetimin önlenmesinde, yönetim performansının artırılmasında önem arz eder.⁹¹

SONUÇ

Yönetim kurulu karar ve işlemlerine karşı başvurulabilecek çeşitli hukuki yollar mevcuttur. Kurulun aldığı belirli kararlara karşı butlanın tespiti, yokluk ve bazı hallerde iptal davası açılması mümkündür. Yine kurulun yaptığı işlemler dolayısıyla sorumluluk, eda ve şirketin haklı sebeple feshi davaları açılabilir. Azil ve ibra, bağımsız denetim yoluyla kurul karar ve işlemleri üzerinde kısmen de olsa denetim sağlanabilir. Ayrıca pay sahiplerinin yönetimde temsiline yer verilerek, karar ve işlemlerin pay sahipleri ve şirket çıkarları doğrultusunda oluşmasına katkıda bulunulabilir. Ancak söz konusu kurumlardan her birinin aynı zamanda kendi içlerinde eksiklikler, handikaplar barındırdığı da görülmektedir. Sadece bu yollar vasıtasıyla pay sahiplerinin, alacaklıların ve şirketin haklarının tam anlamı ile korunması da mümkün olmayabilir. Süreç içerisinde yeni başvuru yollarına ihtiyaç duyulabileceği görülmektedir.

⁹⁰ Şener, *a.g.e.*, s.508.

⁹¹ Karasu, *a.g.m.*, s.1910.

KAYNAKÇA

- Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2016.
- Ayşe Odman Boztosun, *Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013.
- Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Aytaç Köksal, *Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, İstanbul, Beta.
- Aytekin Çelik, “Anonim Ortaklıkların Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliklerinde Bakanlığın İzin Yetkisinin Sınırlandırılması Karşısında Sicil Memurunun İnceleme Yetkisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005, C.4, S.8, s.27-49.
- Beşir Fatih Doğan, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Bilge Aytuğar, “Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, *AHBVÜ*, 2019, C.XXIII, S.1, s.93-126.
- E. Emine Demir, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler*, Ankara, Adalet, 2016.
- Erdoğan Moroğlu, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2016, (Anılış: 2016)
- Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 7. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2014, (Anılış: 2014)
- Ersin Çamoğlu, “Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hayri Domanıç Anısına Armağan)*, 2014, C.9, S.117-118, s.63-76.
- François Kohler, *Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft*, Bern, Stämpfli & Cie, 1950.
- Güzin Üçışık/Aydın, Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, C.I, Ankara, Adalet Yayınevi 2013.
- Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiow/Karin Wiedmer, “Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten”, *AJP*, 2009, 18, s.1359-1388.
- Hayri Domanıç, *Anonim Şirketler*, İstanbul, Eğitim Yayınevi, 1978.
- Hediye BAHAR Sayın *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2017.

- Hüsni Turanlı, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta İbra”, *KHÜHFD*, 2014, C.2, S.2, s.101-135.
- İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C.II, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Korkut Özkorkut, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1996.
- Korkut Özkorkut, *Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Kürşat Göktürk, “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.27, S.1-2, s.631-662.
- M. Emin Bilge, *Ticaret Sicili*, İstanbul, Beta, 1999.
- Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, İstanbul, Beta, 1996.
- Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.
- Mehmet Helvacı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler”, *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri/Uluslararası Konferans* (Ed. K. Özkorkut), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s.179-269.
- Mehmet Özdamar, *Anonim Şirketlerde Özel Denetim* (Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ed. E. Ulusoy), Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s.45-73.
- Mirjam Rhein, *Nichtigkeit von VR-Beschlüssen*, Zürich, Schulthess Verlag, 2001.
- Necla Akdağ Güney, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, 6102 Sayılı Yeni TTK Hükümlerine Göre*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuz İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, İstanbul, Yasa Yayınevi, 1989.
- Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Ömer Korkut, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı*, Adana, Karahan Kitapevi, 2012, (Anılış: 2012).

- Ömer Korkut, *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, (Anılış: 2007).
- Ömer Teoman, “Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, İstanbul, XII Levha, 2010, s.1701-1706, (Anılış: 2010b).
- Ömer Teoman, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Tüm Makalelerim C.III: 2002-2010, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.250-264, (Anılış: 2010a).
- Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2009.
- Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, Stumpfli, 1996.
- Rauf Karasu, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetim Katılma Yöntemleri”, *USAD*, 2016, C.9, S.43, s.1909-1916.
- Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Ankara, Yetkin, 2015.
- Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Yetkin, 2019.
- S. Anlam Altay, “Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, Köksal Bayraktar’a Armağan C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.963-987.
- Şaban Kayıhan, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.
- Şafak Narbay, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Zühtü Aytaç, “Kayıtlı Sermayeli Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu”, Prof. E. Hirsch Hatırasına Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s.261-289.

Suç Siyaseti Tercihleriyle İtalyan Ceza Hukukunda Trafikte Öldürme Suçu^(*)

The Crime of Vehicular Manslaughter in Italian Criminal Law
With Criminal Politics

Dr. Öğr. Üyesi **Ozan Ercan TAŞKIN**^(**)

Öz

İtalya'da 1990'lı yıllardan itibaren, uyuşturucu madde ve/veya alkol tesiri altındayken ölüm ve yaralanmayla sonuçlanan trafik kazalarına yol açan failere yönelik olmak üzere müeyyide sisteminin katılaştırılmasını talep eden kamuoyu tepkisi bulunmaktaydı. Söz konusu tepkiler öncelikle uygulamada karşılık bulmuştu. 2011'den itibaren, trafik kurallarının ağır şekilde ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanmalarda, suçun manevi unsuru, (bilinçli) taksir yerine dolaylı kast üzerinden belirlenmeye başlamıştır. Nihayetinde İtalyan kanun koyucu, 2016 yılında İtalyan Ceza Kanunu'nun 589bis maddesinde yaptığı düzenlemeyle, ilk kez, trafikte öldürmeyi (*omicidio stradale*) yeni ve bağımsız bir suç olarak mevzuata dâhil etmiştir. İtalyan kanun koyucu, taksirle işlenen bir suç, sembolik bir tercihle, madde başlığında taksir kavramına yer vermeksizin başlıklandırmıştır. Bu düzenleme beraberinde, suçun manevi unsurunun tayini sorununun, cezada orantılılık ilkesine kadar dogmatik ceza hukuku ve ceza siyaseti alanına ait tartışmaları da getirmiştir.

Anahtar Kelimeler

Taksir, Bilinçli Taksir, Olası Kast, Suç Siyaseti, Cezai Popülizm.

Abstract

Since 1990's there has been a public reaction in Italy to demand the strengthening of the sanctions system for perpetrators of traffic accidents resulting in death and injury while under the effect of drugs and / or alcohol. The result of the reactions was primarily reflected in the enforcement. Since 2011, in cases of death or injury resulting from severe violations of the traffic rules, the subjective elements of the offense have been determined by probable intent instead of (conscious) recklessness. Finally, the Italian legislator amended the regulation of article 589bis of the Italian Penal Code in 2016 and, for the first time, vehicular homicide (*omicidio stradale*) was regulated as a new and independent crime. The Italian legislator, as a symbolic choice, named the offence which is committed with negligence, without including the concept of negligence in the title of the article. This amendment has brought about the discussions of dogmatic criminal law

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 16.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 02.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 02.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: oetaskin@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7497-2318>.



and criminal politics from the question of the determination of the subjective elements of offense to the principle of proportionality in punishment.

Keywords

Negligence, Conscious Negligence, Probable Intent, Criminal Politics, Penal Populism.

1. GİRİŞ

Dünyanın birçok ülkesine benzer şekilde 1990'lı yılların sonlarından itibaren İtalya'da da,¹ uyuşturucu madde ve/veya alkol tesiri altındayken ölüm ve yaralanmayla sonuçlanan trafik kazalarına yol açan faillere yönelik olmak üzere müeyyide sisteminin katılaştırılmasını talep eden toplumsal tepki bulunmaktaydı ve durum sosyal alarm olarak adlandırılıyordu.² Bu tepki ve talep karşısında İtalyan kanun koyucu, İtalyan Ceza Kanunu'nun (İCK) 589bis maddesinde, 23 Mart 2016 tarih ve 41 numaralı kanunla yaptığı düzenlemeyle ilk kez trafikte öldürme (taksirle)- (*omicidio stradale*) yeni ve bağımsız bir suç³ olarak mevzuata dâhil oldu.⁴

¹ Daha eski tartışmalar için bkz, Eleonora Addante, "Vox populi vox Dei? L'omicidio Stradale: una Riforma Figlia del Tempo Attuale", *Archivio Penale*, 2017, S.2, s.3.

² Alessandro Cecero, *I Nuovi Reati di Omicidio e Lesioni Stradali tra Vecchie Questioni e Nuovi Scenari Applicativi*, Tesi di laurea magistrale, Università di Pisa, (<https://etd.adm.unipi.it/etd-03292017-091226>) E.T.: 07.07.2019, s.95; Henüz karayolları konusunda kamuoyunda güçlü bir tepkinin olmadığı 2001 yılında Avrupa Birliği tarafından, trafik davranış kurallarına yönelik "2010 Yılına Kadar Avrupa Ulaşım Politikası" adıyla ilk "beyaz kitap" yayınlandı. Öncelikli hedef olarak tüm üye devletler arasında karayolunda meydana gelen trafik kazalarında ölüm sayısının yarıya indirilmesi gösterildi. Bkz. Giuseppe Losappio, "Dei Nuovi Delitti di Omicidio e Lesioni Stradali", *Diritto Penale Contemporaneo*, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/LOSAPPPIO_2017a.pdf, E.T.: 25.06.2019, s.4; Elena Fabbri, "Il Delitto di Omicidio e Lesioni Personali Stradali: Dalla Riforma alle Problematiche Applicative", *Il Foro Malatestiano*, Fascicolo n.1/2017 www.ilforomalatestiano.it, E.T.: 10.07.2019, s.1.

³ Bazı Avrupa ülkelerinde trafikte öldürme suçu düzenlenmiştir. İngiltere'de fiil, taksirden ayrı değerlendirilir. Almanya'da trafikte öldürme veya yaralama taksir kalıpları içinde değerlendiriliyor olsa da, bu sonuçlar ortaya çıkmamış olsa bile bazı trafik kurallarının ihlali durumunda hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vergallo G. Montanari/E. Marinelli/N.M. di Luca/V. Masotti/R. Cecchi/S. Zaami, "Italian Law on the Vehicular Homicide: Medical Legal Issues and Comparative Analysis", *La Clinica Terapeutica*, 168, S.3, s.215-216.

⁴ Gianluca Ruggiero, *L'omicidio Stradale*, in *I Reati di Omicidio tra Teoria e Prassi*, A cura di: Adelmo Manna/Vito Plantamura, IUS Pisa University Press, Torino 2017, s.49; Enrico Mario Ambrosetti, "Omicidio Stradale", *Responsabilità civile e previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, 2016, S.81/5, s.1785; Matteo Oreco, "La Fattispecie di Omicidio Stradale", *Diritto.it: Il portale giuridico online per i professionisti*, <https://www.diritto.it/la-fattispecie-omicidio-stradale>, E.T.: 30.06.2019, s.1; Değişikliğe yönelik gerekçede şu ifadelerle yer verilmiştir: "Bu öneriyle, tahammül edilemez düzeyde sorunlara yol açan bir boşluğu doldurma niyetindeyiz. Hayat hakkını veya vücut bütünlüğünü koruma amacıyla, failin psikolojik haline karşılık gelen müeyyide, suç ve ceza arasında olması gereken ölçülülük kriteri noktasında ihtiyaca cevap vermemektedir. Cezanın caydırıcılığı açısından derhal uygulanabilirliği kadar miktarı da önemlidir. Tercihlerinin, bir anlamda davranışlarının tehlikeliliğinin farkında olan kişilerin suça neden olmaları halinde, kişide var olan psikolojik halin hakkaniyetli bir şekilde tanımlanması gerekir. Zira iradi şekilde yapılan tercih, neredeyse kaçınılmaz olarak sonuçlarını da beraberinde getirmektedir". Bkz Oreco, a.g.m., s.1; Söz konusu düzenlemenin "plastik bir müdahale" olduğu yorumu için bkz. Addante, a.g.m., s.7.

Sembolik bir tercihle madde başlığının “trafikte öldürme” olarak seçilmesi dikkat çekicidir. Madde başlığında taksir anılmamıştır. İtalyan kanun koyucunun trafikte öldürmeyi kastla taksir arasında üçüncü bir tür “*tertum genus*” manevi unsur olarak tanımlaması gerektiği dahi ifade edilmiştir.⁵ İtalyan öğretisinin bir kısmı, olası kastla bilinçli taksir arasında yer alacak, Anglosakson hukuk sistemlerinde örneğin İngiltere’de olan “*recklessness*”⁶ benzeri üçüncü bir tür manevi unsur tipinin ceza sahasına dâhil olması gerektiğini savunmuştur. Onlara göre, kast alanının doğrudan kastla sınırlandırılıp, riski üstlenmekten kaynaklanan sorumluluğu ayrı tür olarak tanımlamak gerekir. Diğerlerine göre, kastla taksir arasında üçüncü bir türü oluşturmak ne ceza hukuku sistematiğine uyar, ne de kusurluluğun bu zor sahasına bir çözüm getirir.⁷

İCK’deki bu düzenlemeyle birlikte eş zamanlı olarak İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da değişiklikler yapılmıştır.⁸ Bu çalışmada İtalya ceza hukuku düzenlemesinde özel taksir hali olarak düzenlenmiş olan suç, maddi ceza hukuku boyutuyla ele alınacaktır.

Belirtmek gerekir ki, İCK m.590bis ve İCK m.590ter’de düzenlenmiş olan trafikte yaralama suçlarıyla, İCK m.589bis’de düzenlenmiş olan trafikte öldürme suçunun kapsamı aynıdır. Trafikte öldürme suçunu düzenleyen İCK 589bis ile trafikte yaralama suçunu düzenleyen 590bis arasındaki fark ceza miktarlarının yaralama suçlarında daha hafif şekilde düzenlenmesinden ibarettir.

2. DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ İTALYA UYGULAMASI VE SUÇUN MANEVİ UNSURU TARTIŞMALARI

2010 yılı sonlarında kadar,⁹ İtalyan Yüksek Mahkemesi, *a priori* olarak trafik kazasına yol açan failerin cezai sorumluluklarının olası kast başlığında değerlendirildi-

⁵ Fabbri, *a.g.m.*, s.3; *Tertum Genus*, iki bilinen ve tanımlanmış şeyle bağlantılı fakat her ikisinden de farklı olan, bilinmeyen veya tanımlanamayan şeyi ifade etmek üzere kullanılan Latince kavramdır.

⁶ İngilizcede “*negligence*” taksir kavramına karşılık kullanılırken, kişinin olası riskin farkında olmasına rağmen, neticenin gerçekleşme olasılığına kayıtsız kalması, pervasızca hareket etmesi durumu, taksir ve kast kavramları dışında “*recklessness*” kavramıyla açıklanır. Bilinçli taksirle, “*recklessness*” kavramları arasındaki fark için bkz. bkz. Dan W. Morkel, “*On the Distinction Between Recklessness and Conscious Negligence*”, *American Journal of Comparative Law*, 1982, S.30/2, s.325vd.

⁷ Tüm tartışmalar için bkz. Laura D’amico, “*La Struttura dell’Omicidio Stradale tra Tipicità Debole, Colpevolezza Intermittente e Diritto Penale Simbolico*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, S.5, s.105 vd.

⁸ İCK m.589bis düzenlemesiyle birlikte İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da bir dizi değişiklik yapılmıştır. Örneğin ileride açıklayacağımız İCK m.589bis’in ikinci ve üçüncü fıkralarındaki haller söz konusu olduğunda suçüstü hallerinde tutuklama mecburiyetinin bulunması bunlardan biridir. Bkz. Addante, *a.g.m.* s.24.

⁹ Fabbri, *a.g.m.*, s.2.

rilmesine karşı çıkıyordu. Örneğin ilk derece mahkemesinin sürücünün, ehliyetsiz, aşırı süratli ve iki kırmızı ışıkta durmaksızın geçerek ve kendilerine yeşil ışık yanan yayalara çarpıp, ölümlerine yol açmasında ibaret olayda İCK m.575 uyarınca olası kastla insan öldürmekten dolayı mahkûm etmesini, İtalyan Yüksek Mahkemesi, manevi unsurun bilinçli taksir üzerinden belirlenmesi gerektiği düşüncesiyle bozmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, kanun veya kurala uymamak ve neticeyi öngörmekle, neticeyi istemek birbirlerinden farklı şeylerdir. Neticenin öngörülmüş olması, soyut olarak gerçekleştirilebilirliğinin kabulü, failin olası kastına işaret etmez; fail kendinden emin olarak gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle hareket etmişse neticeyi istemiş olduğundan söz edilemez. Neticenin, davranışın bir sonucu olarak ortaya çıkmış olması yeterli değildir. Somut olay noktasında, failin faaliyette bulunduğu anda neticeyi tasavvur etmiş olması halinde, neticenin gerçekleşeceğine yönelik riski kabul etmiş olduğu kabul edilir ve ancak bu durumda olası kasttan söz edilebilir.¹⁰

Daha evvelinde, neredeyse herhangi bir tartışmanın konusu edilmeksizin¹¹ ölümlü trafik kazalarını taksir başlığında ele alma eğilimi, 2011 yılından itibaren değişmeye başlamıştır. Bu içtihat değişikliğinin kırılma anı olarak, Başkent Roma'da gerçekleşen bir kazaya işaret edilir: Fail, çalıntı bir minibüsle, polisten kaçmak amacıyla yoğun trafiğin olduğu bir bölgede, aracını hiç yavaşlatmaksızın 100 km/h'yi aşan bir hızla, trafik ışıklarına riayet etmeksizin bir dizi kavşaktan geçmiş ve neticesinde otomobile çarparak bir kişinin ölümüne iki kişinin de ağır şekilde yaralanmasına yol açmıştır. İtalyan Yüksek Mahkemesi uzun ve tartışmalı bir yargılama süreci sonucunda olası kastla ölüme neden olma tespiti yapmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, failin ortaya koyduğu davranışlar, neticenin ortaya çıkması bakımından kesin olmamakla birlikte ciddi şekilde ihtimal oluşturmaktadır. Ortaya çıkan neticenin davranıştan kaynaklanması olağan kabul edilmelidir. Kişinin, bu neticeyi öngörebilmesine (hesaplayabilmesine) rağmen davranışından vazgeçmemesi ve bu davranışın yol açmasını umduğu avantajlardan feragat etmemesi, bir anlamda "malijetü ne olursa olsun"¹² demek suretiyle davranması halinde ortaya çıkan neticeden olası kastla sorumlu olması gerekir.¹³

¹⁰ İtalyan Yüksek Mahkemesinin 18 Şubat 2010 ve 11222 sayılı kararı için bkz. Oreco, *a.g.m.*, s.1; Yüksek mahkeme aynı kararında olası kastla, bilinçli taksir arasındaki sınırın belirsiz olduğuna işaret etmiştir. Ortaya konulan delillere, genel kurallara bakılmak suretiyle ve her türlü makul şüphenin ötesine geçilerek manevi unsurun belirlenmesi gerekir. Bu konuda güçlük yaşanması söz konusu olduğunda; şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca mahkûmiyet hükmü olası kastla insan öldürmeden değil bilinçli taksir üzerinden kurulmalıdır. bkz. Oreco, *a.g.m.*, s.2.

¹¹ Kasıtlı sorumluluk hali, motorlu araç sürücüsünün mağduru öldürmek için aracı bir silah gibi kullanması halinde söz konusu olabilir. Bkz. Addante, *a.g.m.* s.10.

¹² Bkz. Fabbri, *a.g.m.*, s.2; Addante, *a.g.m.* s.21.

¹³ Motorlu araç sürücüsünün uyuşturucu madde ve alkol tesiri altındayken ölümlü kazaya yol açmasına yönelmiş toplumsal tepki, İtalyan yasama organından önce, uygulamada karşılık bulmuştur. 2000'li yılların başlarından itibaren, öncelikle ilk derece mahkemeleri devamında İtalyan

2011-2014 yılları arasında ölümlü sonuçlanan trafik kazalarında, suçun manevi unsurunun belirlenmesi bakımından çok sayıda olası kast tespitine rastlanmaktadır. İtalyan uygulaması ölümlü sonuçlanana trafik kazalarında üç ana sınıflandırma yapmıştır. Bunlardan ilk başlık, sürücünün, yoğun sarhoşluk ve/veya uyuşturucu madde ya da psiko trop madde kullanımının yol açtığı ağır bir kontrolsüzlük halinde olması neticesinde kaza yapmasıdır. İkincisi sürücünün polis kontrolünden kaçarken kaza yapması ve son olarak üçüncü sınıflandırmaysa, trafik kurallarının olağanüstü ihlalinin yol açtığı ölümlü trafik kazalarıdır. Örneğin yoğun trafiğin olduğu bir bölgede araba yarışı yapan sürücünün, ölümlü kazaya neden olması gibi.¹⁴

Uygulamanın, ölümlü sonuçlanan ağır trafik kazalarında suçun manevi unsurunun belirlenmesi noktasında bilinçli taksir yerine olası kast tespiti yapar hale gelmesi; hem adli hem de yasama düzeyinde giderek artan kamuoyu baskısı, “trafikte öldürme” kavramlaştırmasının İCK’ya dâhil olması tartışmalarına yol açmıştır. Ulaşılmak istenen amaçlardan tayin edici olanının, ölümlü trafik kazalarından sonra söz konusu olan bilinçli taksir ile olası kast arasında manevi unsurun doğru/kati bir şekilde tanımlanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan bilinmezlikleri, rastlantısallıkları ve yorumsallıkları gidermek olduğu kabul edilir. Nitekim söz konusu içtihat değişikliğiyle birlikte, ölümlü sonuçlanan trafik kazalarında manevi unsurunun belirlenmesi noktasında taksirin değil, olası kastın esas alınması sonucunda, kanuni düzenlemenin de bu çerçevede yapılması noktasında çok sayıda öneri de verilmiştir.¹⁵

Yüksek Mahkemesi, kazaya bağlı ortaya çıkan sonuca da bakarak meseleyi kast kapsamında ele almıştır; İtalyan Yüksek Mahkemesi 5. Dairesinin, 27 Eylül 2012, tarih ve 42973 sayılı kararı ve ayrıntılı değerlendirme için bkz., Losappio, a.g.e., s.8; Ayrıca bkz. Fabbri, a.g.m., s.2; Bu karardan kısa süre sonra İtalyan Yüksek Mahkemesi verdiği bir başka karardaki görüşüyle, kırılma kararı olarak tanımlanabilir- dolaylı kast konusundaki yorumuna istikrar kazandırmıştır: “Yağma suçu nedeniyle kaçan sanıkların, polis takibinden kurtulmak amacıyla aşırı süratli, ‘pervasızca ve aşırı tehlikeli’ bir şekilde araç kullanarak yaralanmaya yol açmalarından ibaret olayda, suçun manevi unsuru bilinçli taksir değil, olası kasttan tayin edilmelidir”. Karar için bkz. İtalyan Yüksek Mahkemesi 2. Daire, 30 Eylül 2014, Karar no, 43348, in Rivista Penale, 2014, s.1121.

¹⁴ Ambrosetti, a.g.m., s.1786; Ruggiero, a.g.e., s.50.

¹⁵ Örneğin, 2013 tarih ve 859 no.lu öneride, sarhoş halde veya uyuşturucu madde kullanmış şekilde araç kullanan kişinin cezalandırılması gerekir derken; 2014 yılında verilen başka bir teklifte ise uyuşturucu madde etkisi altında ve/veya sarhoş bir şekilde araç kullanan veya izin verilen hız sınırının iki katından fazla bir hızla araç kullanan ya da bir kazaya yol açtıktan sonra kaçan ve ölüme neden olan kişinin İtalyan Ceza Kanunu’nda 577bis maddesinde yapılacak bir düzenlemeyle olası kast başlığında cezalandırılması istenmiştir. Değişiklik önerisine yönelik öğretilerden güçlü eleştiriler gelmiştir: “Çok iyi bilindiği üzere bir davranışı kasıtlı olarak tanımlamak için hem öngörme (neticeyi tahayyül etme), davranışı ortaya koyma ve/veya sürdürme iradesi, hem de neticeye yönelik isteme iradesinin bulunması gerekir. Bunun yerine madde metni, failin kendisini iradi olarak psikofiziksel değişime sokmasını, iradi suçlu davranışını temsil etmenin ve neticenin gerçekleşme olasılığını kabul etmenin tespiti noktasında yeterli görmektedir. Kanunun bu şekilde yürürlüğe girmesi halinde, fiili olarak sebebinde serbest hareketli suç (ALIC) yaklaşımı kabul edilmiş olacaktır. Bu haldeyse manevi unsurun tespiti, örneğin kişinin kendisini sarhoş ha-

2014 yılında Yüksek Mahkeme'nin trafik kazalarının bir kısmını, olası kast başlığında ele almasına yönelik yaklaşımı, trafik kazalarıyla ilgili olmayan bir CGK kararı sonrası, tekrar tartışılır hale gelmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi CGK *Thyssenkrupp* kararına¹⁶ göre önemli olan “isteme”nin bulunması ve bunun hangi anda gerçekleştiğinin tespit edilmesidir. Bu tespitin müspetliği, taksire değil kasta işaret eder. Olası kastın varlığı ancak somut olay değerlendirmek yoluyla yapılabilir; suçun işlenmesi bakımından iradi katkı ne düzeyde ortaya çıkmış olduğuna bakılmalıdır. Yüksek Mahkeme, iradeye işaret edecek hususlar arasında, zorunlu olarak ortaya konulması gereken davranıştan ne kadar uzaklaşmış olduğuna, failin kişiliğine ve önceki deneyimlerine, kural dışı davranışın süresine ve tekrar edilip edilmediğine, ortaya çıkan fiil sonrası failin davranışlarına ve yol açtığı sonuçlarına, davranışın neticeyi gerçekleştirme olasılığına, neticenin gerçekleşmesi halinde fail için ne gibi olumsuz sonuçlar çıkabileceğine, davranışın ne tür bir yasal veya yasadışı bağlamda ortaya konulduğuna, failin neticenin gerçekleştirebileceğini tasavvur edebilmiş olsa bile yasadışı faaliyetten kaçınıp kaçınmadığına bakılması gerektiğini saymıştır.¹⁷

Thyssenkrupp kararı sonrasında mahkemeler, bir anlamda otomatik hale gelmiş olan olası kast tespiti yapmakta zorlanır hale gelmişlerdir. İlgili ölçütlerin, ölümlü trafik kazalarına uyarlanması gerekir. Buna göre, bir kişinin ortaya çıkan

*le soktuğu ana gidilerek yapılmak zorunda kalacaktır. Hâlbuki ister taksir ister kasta yönelik tespitin suçun gerçekleştiği ana göre yapılması gerekir. Bu yüzden sarhoş olup, bundan cesaretle alarak hasmını öldüren kişinin durumu, sarhoş olup aşırı hız yapan ve bir kimsenin ölümüne yol açan kişiyle karşılaştırılmaz. İlkinde kasten, ikincisinde taksirle insan öldürülmüştür”. Görüşler için bkz. Oreco, s.5-6; Söz konusu yasa değişikliği önerilerinin tamamı için bkz Dalila Mara Schiro, *Omicidio e Lesioni Personali Stradali, Estratto da: DIGESTO delle Discipline Penali*, Aggiornamento X, Diretto da Rodolfo Sacco, Utet Giuridica 2018, s.499 vd.; Yüksek Mahkeme'nin içtihat değiştirmesine, taksirli suçlarda cezaların artırılmasına ve ölümlü trafik kazalarında 2011-2016 yılları arasında ciddi oranlarda azalma olmasına rağmen, İtalyan kanun koyucunun hem de sembolik bir tercihle suçun adını “trafikte öldürme” olarak tanımlamasında cezai popülizmin etkili olduğu söylenmektedir. Trajik trafik kazası öykülerinin yazılı ve görsel basından daha fazla yer alması, cezaların yetersizliğine yönelik yapılan yönlendirici değerlendirmeler, kamuoyunun ölümlü kazalar konusundaki duyarlılığını artırdığı, bu durumunsa toplumda risk algısını etkilediği ve kanunun yeterliliğini sorgulamaya yol açtığı; suçun ihdası noktasında istatistiğin değil algının tayin edici olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Oreco, s.4; Dino Gentile Donati, *Omicidio Stradale, L.23 marzo 2016, n.41*, Giuffrè Editore, Milano 2016, s.32-33.*

¹⁶ İtalya'nın Torino kentinde Thyssenkrupp çelik fabrikasında 6 Eylül 2007 tarihinde meydana gelen yangına bağlı olarak 7 işçi ölmesi üzerine suçun manevi unsuru bağlamı yapılan tartışmalar ve İtalyan CGK kararı, manevi unsur tartışmalarında tayin edici referans olarak ele alınmaktadır. Söz konusu kararın kısa bir değerlendirmesi için bkz. Ozan Ercan Taşkın, “İşyeri 'Kazalarında' Manevi Unsurun Belirlenmesi”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2014, S.126, s.24; Söz konusu kararın, trafikte öldürme suçları bağlamında ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Antonia Menghini, *L'Omicidio Stradale Scelte di Politica Criminale e Frammentazione del Sistema*, Università degli Studi di Trento, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Trento 2016, s.165 vd.

¹⁷ İtalyan Yüksek Mahkemesi CGK, 18 Eylül 2014, karar no, 38343, Verildiği andan itibaren her türlü manevi unsur tartışmalarında muhakkak atif verile kararın tam metni için bkz. file:///C:/Users/Ozan%20Ercan%20T/Downloads/Sentenza-n.38343-Thyssenkrupp.pdf., E.T.: 10.07.2019; Ayrıca bkz. Luigi Ciampoli, “L'omicidio Stradale”, *Journal of Applied Ceremonial and Communication in Management*, 2016, S.3, s.56.

netice bakımından iradesinin ne olduğunun belirlenmesinde, sadece alkol kullanılmasına değil aynı zamanda içsel durumuna da bakılmalıdır. Alkollü kişinin fiilin gerçekleştiği anda olası kastla hareket edip etmediğinin belirlenmesinde, süjenin zararlı neticeyi öngörerek bir anlamda riski kabul ederek alkol almış olduğunun kabulü yeterli değildir. “*Bilinçli taksirle, olası kasti birbirinden ayırmak üzere, sıklıkla başvurulmuş riskin kabulü referansı terk edilmelidir. Bu kavram incelenen konu bakımından en kötüye kullanılan, içeriği belirsiz, uygulamada retorik bir ifade gibi tekrarlanan, birbirinden çok farklı çözüm gerektiren olaylarda anahtar olarak kullanılmaktadır. Riskli durumda olmak, bu durumun farkında olmak ve buna rağmen davranışı gerçekleştirmek veya ihmal etmek, akıl dışı davranmak, tehlikeye ilişkin tedbir almamak gibi tespitlerin tamamı taksire işaret eder. Bu halde hâkim şunu doğrulamak zorundadır: Fail eğer davranışı ile sonucu arasında olası sonuçları zihninde değerlendirmiş, sonuçları tartmış, ödenecek nihai bedeli ölçmüş ve tüm bunlar bakımından iradi şekilde hareket etmişse suçun gerçekleşme olasılığını kabul etmiş sayılır*”.¹⁸ O halde tek başına hızlı araç kullanmak veya ters yönde araç sürmek, olası kasta işaret edemez. Sürücünün ölüm neticesini önceden kabul ettiği anlamına gelmez. Sadece, sürücü sürüş yeteneğine bir anlamda aşırı derecede güvenmiş olabilir. Riske bağlı sorumluluk bağlamında, dikkat azlığı, iradi bilinç kaybı, umursamazlık gibi kavramlara ancak kast ile taksiri birbirlerinden ayırabilmek amacıyla başvurulabilir.¹⁹

3. SUÇUN TEMEL ŞEKLİ

İCK 589bis maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

“*Trafik kurallarına taksirle uymamak nedeniyle bir kimsenin ölümüne neden olan kişi iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.²⁰

Fıkranın açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, İtalyan kanun koyucu ölümlü trafik kazalarında temel varsayımı taksir üzerinden formüle etmiş; bir anlamda olası kast tartışmalarını sonlandırmayı amaçlamıştır. Bununla birlikte, düzenlemede suçun manevi unsuruna işaret edilmesi, somut olaylar bakımından manevi unsurun kolaylıkla belirlenmesi gibi bir sonuç doğurmamıştır.

Buradaki taksirin, “özel taksir” olduğu, genel taksirle öldürmeninse İCK m.589’da düzenlenmiş olduğu savunulmaktadır.²¹ Dolayısıyla İCK m.589 ile

¹⁸ İtalyan Yüksek Mahkemesi CGK, 18 Eylül 2014, karar no, 38343.

¹⁹ D’Amico, *a.g.m.*, s.92-93.

²⁰ Söz konusu düzenlemenin İCK mülga m.589’un neredeyse aynısı olduğu konusundaki değerlendirme için bkz. Cecero, *a.g.e.*, s.114; Menghini, *a.g.e.*, s.58.

²¹ Bkz. Ambrosetti, *a.g.m.*, s.1787.



İCK m.589bis arasında özel-genel norm ilişkisi vardır.²² O halde kişinin, mevzuatta ifadesini bulan kurallara uyması halinde de, kuşkusuz dikkat özen yükümlülüğüne uygun davranması gerekir.²³

Özel taksirden söz edilebilmesi için failde, tipik neticenin gerçekleşmesine yönelik bir irade bulunmamalı; fail yazılı davranış kurallarına uyulmamalı ve ortaya konulan davranış, nitelik ve kapsam itibarıyla tedbir kurallarına aykırı olarak tanımlanmış olmalıdır. Özel taksirin varlığının tespiti için, var olan kuralın önlemek istediği neticeyle, fail tarafından ortaya konulan davranış arasındaki ilişkiye bakılmalıdır. O halde ortaya çıkan netice, tedbir kurallarına uyulmuş olsaydı dahi gerçekleşseyse, davranışla netice arasında nedensellik tartışması yapılamaz.²⁴

Suçun temel şeklinin, trafikte taksirle ölüme neden olma şeklinde formüle edildiğinin kabulü, suçun ağırlaştırıcı nedenlerine bakıldığında da doğrulanacaktır. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa İtalyan kanun koyucu, suçun manevi unsuru yani olası kast tartışmasına girmeksizin suçun cezasını artırmıştır. Bu durumun uygulama açısından da kolaylık sağlayacağı ve çelişkili kararların önüne geçeceği düşünülebilir. Böylece ilk derece mahkemeleri bakımından pratik bir sonuç olarak, ayrıca olası kast tartışması yapmaksızın ağır cezalar verebilme imkânı doğmuştur.²⁵

4. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Trafikte insan öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenleri başlığında, sürücünün alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç kullanımına ilişkin ayrıntılı düzenleme bulunmaktadır.²⁶

İCK m.589bis'in ikinci fıkrasına göre:

*“Motorlu araç sürücüsü, 30 Nisan 1992 tarih ve 285 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 186/2-c ve 187. maddelerini ihlal edecek şekilde, alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin yol açtığı psikofiziksel bir değişimin etkisi altında ölüme neden olursa 8 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.*²⁷

²² Schiro, a.g.e., s.502; Menghini; a.g.e., s.57.

²³ İtalyan uygulamasının, kanunda özel taksirin ayrıca düzenlenmiş olması ve özel taksir tespiti yapılamamış olması durumunda, genel taksirin tespiti noktasında sorunlar yaşadığı tespiti için bkz. Oreco, a.g.m., s.6-7.

²⁴ Menghini, a.g.e., s.43 vd; Fabbri, a.g.m., s.9.

²⁵ Ruggiero, a.g.e., s.55; Fabbri, a.g.m., s.3.

²⁶ Ruggiero, a.g.e., s.57; Addante, a.g.m., s.10.

²⁷ Ayrıntı için bkz. Menghini, a.g.e., s.60.

Anılan trafik mevzuatına göre kişinin kanında litrede 1,5 gramdan fazla alkol bulunması durumunda, kaza neticesinde ölüm meydana gelmişse, hapis cezası 8 yıldan 12 yıla kadar verilebilir. Alkol ölçüm cihazının verilerinin kesin olarak kabul edilmesi halinde dahi, kandaki alkol oranıyla, insan ölümüyle sonuçlanan trafik kazası arasında nedensel bağlantının ayrıca belirlenmesi gerekir. Diğer taraftan narkotik maddeler söz konusu olduğunda, bunların bünyede ortaya çıkarmış olduğu değişimin belirlenmesi de kolay değildir. Alkolden farklı olarak uyuşturucu maddelerin, bünye tarafından özümlenme ve etki kaybetme süreleri daha uzundur. Bu nedenle bir araba kazasından günler önce uyuşturucu kullanmış ve zihinsel anlamda berrak bir kişinin kanında uyuşturucu izi bulunabilir. Bu durum da somut olayda nedensel bağlantı tartışılmalıdır.²⁸

Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin yol açtığı psikofiziksel bir değişimin etkisi altında olma durumunun ayrıca tespit edilmelidir. Hâlbuki alkol kullanımında, eşik değerlerin aşılması olması yeterlidir. İtalyan uygulamasına göre, yaya geçidinde yayaya çarparak ölümüne yol açan sürücünün kanında 50g/ml'den az miktarda, konsantrasyon kaybına, hareketleri kontrol edememeye yol açan kannabinoid uyuşturucu maddeye rastlanması cezanın İCK m.589bis'in ikinci fıkrasından verilmesi için yeterli değildir. Zira kanun koyucu, madde kullanımını yeterli görmemiş, bunun yanında kullanımın psikofiziksel değişime yol açmasını da aramıştır. Sürücünün uyuşturucu maddeyi ne zaman aldığı belli değildir. Gerek ilk olay müdahalesinde gerekse hastane sürecindeki tanıklar, sürücüde psikofiziksel anormalliğe rastlamadıklarını söylemişlerdir. İtalyan Yüksek Mahkemesine göre ceza, suçun temel şekli olan İCK m.589bis'in birinci fıkrasından verilmelidir.²⁹

İCK m.589bis'in üçüncü fıkrasına göre:

“Aynı ceza 30 Nisan 1992 tarih ve 285 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 186 bis/1-b, c, d ve 186/2-b hükümleri kapsamında olan sürücüler için de uygulanır”.

İlgili mevzuata bakıldığında meslek olarak sürücülük faaliyetini profesyonel icra eden kişiler (insan veya eşya taşıyanlar, 3,5 tonu aşan toplam ağırlıkla römork çekenler, otobüs veya diğer kara taşıtlarını sürenler) örneğin bir ticari taksi sürücüsünün kanında litrede 0,8 ila 1,5 gram arasında alkol bulunması halinde alacağı ceza 8 yıldan 12 yıla olacaktır. Böylece İtalyan kanun koyucu sürücülük mesleğini profesyonel olarak icra edenler bakımından daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. Ayrıca, sürücü hariç sekizden fazla koltuğu olan araç,

²⁸ D'Amico, a.g.m., s.97.

²⁹ İtalyan Yüksek Mahkemesinin, 03.02.2017 tarihli kararı için bkz. D'Amico, a.g.m., s.106.



kamyon ve tır sürenler de, meslek olarak şoförlük yapmıyor olsalar bile bu fıkra kapsamında değerlendirilirler.³⁰ Ancak İtalyan kanun koyucunun bu kapsamda kalan sürücülerin kanında litrede 1,5 gramdan fazla alkol bulunması halinde ayrı bir düzenleme yapmamış olması eleştirilmektedir.³¹ Bu durumda gözükten en makul çözüm, temel ceza tayininde, alt sınırın değil üst sınırın referans alınmasıdır.³²

İCK m 589bis'in dördüncü ve beşinci fıkralarına göre:

“30 Nisan 1992 tarih ve 285 sayılı Karayolları trafik Kanunu'nun 186. Maddesinin 2/b bendinde işaret edilen durum hariç olmak üzere alkollü şekilde araç kullanırken bir kimsenin ölümüne yol açan kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (dördüncü fıkra). Aynı ceza ayrıca şu hallerde uygulanır: Şehir merkezinde 70 km/h den az olmamak üzere izin verilen hız sınırının iki katından fazla süratle araç kullanan veya şehir dışı yollarda izin verilenin 50 km/h üzerinde araç kullanırken ölüme neden olunması durumunda, kırmızı ışık ihlali yapılması, geçiş önceliği kuralına uyulmaması, kavşaklarda hareket yönünün tersine araç kullanılması ve hatalı sollama yapılarak yaya veya araca çarparak ölüme neden olunması halinde” (beşinci fıkra).

İlgili fıkralara göre kanında litrede 0,8 gram ile 1,5 gram arasında alkol bulunanlarla, belirli kurallara uymaksızın araç kullananlara beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. Kanun koyucu bazı trafik kurallarının ihlalini bu kapsama almış, bunları ağır ihlal olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte zikredilen ihlallere aynı derecede ehemmiyet verilmesi eleştirilmiştir.³³ Örneğin ters yönde gitme, hatalı sollama ve aşırı hız bilinçli taksire işaret edebilirken, kırmızı ışıkta geçme basit bir dikkatsizlikten kaynaklanabilir ve bu haldeyse basit taksirden söz etmek mümkündür. Ayrıca dördüncü fıkradaki alkollü sarhoşluk haliyle, beşinci fıkradaki kural ihlali arasında bir bağlantı olmamasına rağmen, cezaların aynı belirlenmiş olması eleştirilmiştir.³⁴

Diğer bir eleştiri noktası da “özel etkiye sahip kural ihlali” tespitinin uygulamada sorunlara yol açacağıdır. Örneğin cep telefonu ile konuşurken kaza ya-

³⁰ Donati, a.g.e., s.37.

³¹ Oreco, a.g.m., s.7.

³² Alessandro Roiati, “L'Introduzione dell'Omicidio Stradale e L'Inarrestabile Ascesa del Diritto Penale della Differenziazione”, Diritto Penale Contemporaneo, 2016, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1464732087ROIATI_2016a.pdf, E.T.: 01.08.2019, s.6.

³³ Roiati, a.g.m., s.9 vd.

³⁴ Donati, a.g.e., s.38.

panın cezası nitelikli hale göre değil birinci fıkrada yer alan suçun temel şekline göre belirlenecektir. Ayrıca maddede sayılan davranışlar homojen değildir. Kanun koyucunun listeleme yapması, sayılan dışında ama daha tehlikeli olabilecek bir davranışın kapsam dışında kalmasına yol açacaktır.³⁵

İCK m 589bis'in altıncı fıkrasına göre:

“Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza sürücünün ehliyetsiz olması, ehliyetinin iptal edilmiş veya ehliyetine el konulmuş olması halinde veya zorunluk trafik sigortasının yokluğunda kaza yapılmışsa artırılır”.

İlgili fıkranın failin sorumluluğu bakımından sürücünün duruma ilişkin kayıtsızlığına kesin olarak işaret ettiği kabul edilmiştir. Ancak bu hal, her zaman trafik güvenliğiyle doğrudan ilgili değildir. Aynı şekilde anılan haller ile netice arasında daimi surette nedensellik ilişkisinin bulunduğu da söz edilemez.³⁶

İCK m 589bis'in yedinci fıkrasına göre:

“Ölüm neticesi, tek başına failin ihmali veya hareketinden kaynaklanmamışsa ceza yarı oranına kadar azaltılır”.

Bu hal, trafikte ölüme neden olma suçu bakımından tek indirim nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Netice failin hareketinin veya ihmalinin yegâne sonucu değildir. Araya başkaca nedenler, (örneğin bir diğer sürücünün veya mağdurun hatası, hava koşulları)³⁷ girmiş olmalıdır.³⁸ Burada taksirli suçlar bakımından İtalyan öğretisinde henüz tartışılmakta olan “riskin paylaşılması”³⁹ kavramı söz konusu olacak, yani birden fazla süje ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olacaktır.

İCK m 589bis'in sekizinci fıkrasına göre:

“Kişinin, trafik kazası neticesinde birden fazla insanın ölümüne veya bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına yol açması durumunda, hapis cezası on sekiz yılı aşmamak şartıyla üç katına kadar artırılır”.

Ayrıca İCK m.589ter maddesine göre kaza yapan sürücü olay yerinden kaçarsa alacağı ceza beş yıldan az olmamak üzere üçte birden, üçte iki oranına kadar artırılır.

³⁵ D'Amico, a.g.m., s.98-99.

³⁶ Losappio, a.g.m., s.16.

³⁷ D'Amico, a.g.m., s.99.

³⁸ Donati, a.g.e., s.45.

³⁹ Ayrıntılar için bkz. Ruggiero, a.g.e., s.64.

5. HAFİFLETİCİ NEDEN UYGULAMA YASAĞI VE ZAMANAŞIMI SÜRESİ

İCK m.589bis’de yapılan düzenlemeyle eş zamanlı olarak 2016 yılında İCK’ya 590quarter maddesi eklenmiştir. Buna göre İCK 589bis’in birinci ve yedinci fıkraları hariç olmak üzere diğer fıkraları ve 589ter maddesi söz konusu olduğunda, İCK madde 69’da belirtilen bir suçun işlenmesinde birden çok ağır-laştırıcı ve hafifletici neden bulunması halinde uygulamayı gösteren maddeye istisna getirilmiştir.⁴⁰ Başka bir ifadeyle hafifletici nedenler, sayılan haller söz konusu olduğunda uygulanmayacaktır. Bu durumun iki istisnası vardır: İlki, İCK m.98’de gösterilmiş olan failin yaşının 18’den küçük olmasıdır. İkincisiyse İCK m.114’de düzenlenmiş olan husustur: İtalyan ceza hukukunda taksirli suçun işlenmesinde birden fazla kişinin işbirliği yapması halinde, her bir fail suçun cezası ile cezalandırılır (İCK m.113). İCK m.114’e göreyse böyle bir suçun hazırlığında veya icrasında failin katkısı asgari düzeydeyse ceza azaltılır. O halde, trafikte öldürme suçu söz konusu olduğunda İCK m.98 ve İCK m.114’deki haller hariç olmak üzere hafifletici nedenler uygulanmayacaktır.

İCK m.157’de dava zamanaşımı sürüleri düzenlenmiştir. Buna göre suçlar-da altı yıldan kabahatlerde dört yıldan az olmamak üzere zaman aşımı süresi, işlenen suçun üst sınırı kadardır. Bu süre kesilme hallerinin varlığında en fazla dört bir oranında uzayabilir. Sanığın talebi olması halinde zamanaşımı süresinin geçmiş olması sonuç doğurmaz. Ömür boyu hapis cezası öngörülen suçlar bakımından zamanaşımı süresi söz konusu değildir. İCK m.157’nin altıncı fıkrasında diğer bazı suçlarla birlikte İCK m.589bis’in ikinci ve üçüncü fıkraları söz konusu olduğunda zamanaşımı sürelerinin ikiye katlanacağını ifade edilmektedir. Bu durumda örneğin ölümlü trafik kazasına neden olan sürücünün kanında litrede 1,5 gramdan fazla alkol bulunması durumunda dava zamanaşımı süresi 24 yıla çıkacaktır.

6. UYGULAMA VE SORUNLARI

İtalyan kanun koyucu, İCK m.589bis’de yapmış olduğu düzenlemeyle özellikle ilk derece mahkemelerinde suçun manevi unsurunun belirlenmesine yönelik farklılaşan bazen de birbirleriyle çelişen kararlarını önlemek istemiş ve meselenin taksir kalıpları içerisinde ele alınması tercih etmiştir.⁴¹ Bununla birlikte yapılan düzenleme, uygulama açısından suçun manevi unsurunun belirlenmesiyle ilgili tartışmaları bitirmiş de değildir.

⁴⁰ Fabbri, *a.g.m.*, s.15.

⁴¹ Ambrosetti, *a.g.m.*, s.1789.

Alkol miktarı noktasında bireylerin kişisel tolerans seviyeleri, cinsiyet, metabolizma farklılıkları dikkate alınmamıştır. İtalyan kanun koyucu, tüketilen alkol miktarından farklı olarak kandaki alkol miktarı ile “sarhoşluk” arasında bir korelasyon kabul etmiştir. Ancak bilindiği üzere, korelasyon, her durumda nedensellik ilişkisine işaret etmez.⁴²

İCK m.589bis’de düzenlenmiş olan trafikte öldürme suçunun, İtalya Trafik Kanunu’nun 186. ve 187. maddeleri arasındaki ilişki fikri içtima başlığında tartışmalıdır. Bir fiil hem Trafik Kanunu’nu hem de İCK m.589bis’i ihlal ediyorsa fikri içtima söz konusu olacaktır. İCK m.81’e göre, fikri içtima bulunması halinde ağır suçun cezasının üç kata kadar artırılması mümkündür. İtalyan öğretisinin savunduğu bu görüşe, İtalyan Yüksek Mahkemesi katılmamaktadır. Yüksek mahkemeye göre, iki farklı düzenlemenin korumayı amaçladığı hukuki değerler homojen değildir; yol mevzuatı trafiği düzenlemeyi amaçlarken, İCK bireyin yaşamını ve genel anlamda güvenliğini korur. Bu halde, İCK 589bis’in, kabahat türünden olan ihlali kapsamı mümkün değildir. Sarhoşluk ve psikofiziksel değişim olduğu halde motorlu araç sürmek sonucu ortaya çıkan ölüm neticesi söz konusu olduğunda, hem İCK 589bis anlamında ağırlaştırıcı neden hem de bağımsız kabahat türünden suç olacaktır.⁴³

7. DEĞERLENDİRME

İtalyan öğretisinde, bu düzenlemenin gerekliliği konusunda farklı görüşler vardır; düzenlemenin gerekli olduğunu savunanların⁴⁴ yanı sıra ağırlıklı görüş düzenlemenin cezai popülizme işaret etmekte olduğu söylenmektedir.⁴⁵ Medyanın her duruma acil cevap araması bir anlamda bitmeyen bir “daimi acillik” durumu ortaya çıkarmıştır.⁴⁶

Bu suçla öngörülen cezaların, kusur ve orantılılık ilkelerine uygun olmadığı, özellikle taksirli bir suçun faili bakımından özel önleme amacını gerçekleşmesi

⁴² D’Amico, *a.g.m.*, s.100.

⁴³ Öğreti tartışmaları ve kararlar için bkz. Donati, *a.g.e.*, s.45 vd; Oreco, *a.g.m.*, s.10.

⁴⁴ Ambrosetti, *a.g.m.*, s.1791.

⁴⁵ “TV ekranlarındaki tartışmalardan gelen adalet talepleri sonucu ortaya çıkan düzenlemenin olguya ilişkin önleyici bir stratejisi yoktur. Merkeze, fiil değil failin sosyal tehlikeliliği alınmıştır. Düzenleme bir anlamda yeni kefarete anlayışının bir yansımasıdır. Yeni kefarete anlayışına göre, ceza miktarı tayin edilirken toplumun duygusal beklentilerinin karşılanması, tatmin edilmesi gerekir. Böylece toplum mensuplarının kontrolü sağlanması noktasında da ceza dengeleyici bir işlev yüklenir. İslah amacı unutulur”. Oreco, *a.g.m.*, s.11-12; Donati, *a.g.e.*, s.34.

⁴⁶ Ceza hukuku medya ilişkisini trafikte öldürme suçu ve diğer bağlamlarda ele alan ayrıntılı çalışma için bkz. Maristella Amisano, “*Media e diritto: circolo virtuoso o vizioso?*”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2019, S.118, s.403 vd.

noktasında aşırı bulunduğu ifade edilmektedir.⁴⁷ Cezada orantılılık ilkesinden uzaklaşılmasının, tipik gerekçelendirilmesi olan “etkinlik” arayışı bu düzenlemede dikkat çeker. İCK kapsamında zaten taksir veya duruma göre olası kast başlığında çözülebilecek/çözülen suç, kamuoyu baskısıyla görünüşte boşluk olarak değerlendirilmiş ve doldurulmuştur.⁴⁸ Hâlbuki “çoğu zaman ceza hukukunda boşluk yoktur, gündelik hayatta sübjektif bir değerlendirmeye boşluk olarak görülebilen bir durum, aslında bilinçli olarak ceza hukuku dışında bırakılmış olan alandır”.⁴⁹

Değerlendirdiğimiz düzenleme, kamuoyu baskısı neticesinde toplumsal bir öfkeyi bastırmak istemiş ve bir anlamda bunda da başarılı olmuş olmakla birlikte, pratikte birçok sorun doğurmuştur. Örneğin, yorgun/hasta/dalgın bir sürücüyle, “trafik canavarı”⁵⁰ olarak adlandırılabilir bir kişiyi aynı çerçevede ele almıştır.

İtalyan kanun koyucu, suçun cezasını birçok varsayımda kasıtlı insan öldürmek suçuna yaklaştırarak bir anlamda “başlık hilesi” yapmıştır. Manevi unsurun tespiti bakımından uygulama, kast tartışması yapmak zorunda kalmaksızın, taksirden hükmü kuracak ama ceza neredeyse kasıtlı insan öldürme suçunun cezası kadar olacaktır.⁵¹

İtalyan kanun koyucu, toplum tepkisini azaltmak üzere, kendi adına maliyeti en düşük yola başvurmuş ve suç karşılığı olan cezanın artırılması yoluna gitmiştir.⁵² Birçok suçun önlenmesi bakımından mevcut ceza siyaseti tercihlerinin etkisizliğinin farkında olan kanun koyucu, gerçek anlamda suçla mücadele etmek yerine, bir anlamda kolay yolu seçerek en çok tepki alan suçlarda, “sektörel müdahalede” bulunarak ceza artırmak yoluyla sorunları öteleme yoluna gitmiştir.⁵³

İtalyan kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmak yerine, uygulamanın zaten evvelinde içtihat yoluyla gerçekleştirmek yolunda olduğu, ölümlü trafik kazalarında manevi unsurun belirlenmesinde olası kastın tayini için gerekli olan koşullar sınıflandırmasının olgunlaşmasını beklemesi isabetli olabilir ve mesele ceza dogmatığının sınırlarına tabi kalabilirdi. Böylece “trafik canavarı” olan kişilere etkili ceza verme ihtiyacı, ceza hukukunun genel kısmında karşılığını bulan temel varsayımlar üzerinden de pekâlâ giderilebilirdi.

⁴⁷ Fabbri, *a.g.m.*, s.10.

⁴⁸ D’Amico, *a.g.m.*, s.89-90.

⁴⁹ Addante, *a.g.m.*, s.29.

⁵⁰ İtalyanlar, benzer durumdaki sürücüyü “yol korsanı” (*pirato della strada*) olarak adlandırmaktadır. Bkz. Addante, *a.g.m.*, s.29.

⁵¹ D’Amico, *a.g.m.*, s.91, ayrıca bkz. s.117 vd.

⁵² Roiati, *a.g.m.*, s.18.

⁵³ Addante, *a.g.m.* s.31.

KAYNAKÇA

- Alessandro Roiati, “*L’Introduzione dell’Omicidio Stradale e L’Inarrestabile Ascesa del Diritto Penale della Differenziazione*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1464732087ROIATI_2016a.pdf, E.T.: 01.08.2019, s.1-19.
- Alessandro Cecero, *I Nuovi Reati di Omicidio e Lesioni Stradali tra Vecchie Questioni e Nuovi Scenari Applicativi*, Tesi di laurea magistrale, Università di Pisa, (<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-03292017-091226>) E.T.: 07.07.2019.
- Antonia Menghini, *L’Omicidio Stradale Scelte di Politica Criminale e Frammentazione del Sistema*, Università degli Studi di Trento, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Trento 2016.
- Dalila Mara Schiro, *Omicidio e Lesioni Personali Stradali, Estratto da: DIGESTO delle Discipline Penalistiche*, Aggiornamento X, Diretto da Rodolfo Sacco, Utet Giuridica 2018, s.497- 515.
- Dan W. Morkel, “*On the Distinction Between Recklessness and Conscious Negligence*”, *American Journal of Comparative Law*, 1982, S.30/2, s.334.
- Dino Gentile Donati, *Omicidio Stradale, L.23 marzo 2016, n.41*, Giuffrè Editore, Milano 2016.
- Elena Fabbri, “*Il Delitto di Omicidio e Lesioni Personali Stradali: Dalla Riforma alle Problematiche Applicative*”, *Il Foro Malatestiano*, Fascicolo n.1/2017 www.ilforomalatestiano.it, E.T.: 10.07.2019, s.1-12.
- Eleonora Addante, “*Vox populi vox Dei? L’omicidio Stradale: una Riforma Figlia del Tempo Attuale*”, *Archivio Penale*, 2017, S.2, s.1-32.
- Enrico Mario Ambrosetti, “*Omicidio Stradale*”, *Responsabilità civile e previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, 2016, S.81/5, s.1785-1792.
- Gianluca Ruggiero, *L’omicidio Stradale*, in *I Reati di Omicidio tra Teoria e Prassi*, A cura di: Adelmo Manna/Vito Plantamura, IUS Pisa University Press, Torino 2017.
- Giuseppe Losappio, “*Dei Nuovi Delitti di Omicidio e Lesioni Stradali*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/LOSAPPPIO_2017a.pdf, E.T.: 25.06.2019, s.1-17.
- Laura D’amico, “*La Struttura dell’Omicidio Stradale tra Tipicità Debole, Colpevolezza Intermittente e Diritto Penale Simbolico*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, S.5, s.89-124.
- Luigi Ciampoli, “*L’omicidio Stradale*”, *Journal of Applied Ceremonial and Communication in Management*, 2016, S.3, s.53-59.

- Maristella Amisano, “*Media e diritto: circolo virtuoso o vizioso?*”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2019, S.118, s.403- 438.
- Matteo Oreco, “*La Fattispecie di Omicidio Stradale*”, *Diritto.it: Il portale giuridico online per i professionisti*, <https://www.diritto.it/la-fattispecie-omicidio-stradale>, E.T.: 30.06.2019, s.1-17.
- Ozan Ercan Taşkın, “İşyeri ‘Kazalarında’ Manevi Unsurun Belirlenmesi”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2014, S.126, s.24-25.
- Vergallo G. Montanari/E. Marinelli/N. M. di Luca/V. Masotti/R. Cecchi/S. Zaami, “*Italian Law on the Vehicular Homicide: Medical Legal Issues and Comparative Analysis*”, *La Clinica Terapeutica*, 168, S.3, s.215-216.

Siyasi Kültür ile Parti İçi Demokrasi Arasındaki İlişki^(*)

The Relationship Between Political Culture and Intra-Party Democracy

Dr. Öğr. Üyesi **Ferhat USLU**^(**)
Av. **Huzeyfe KARABAY**^(***)

Öz

Siyaset, devlet işlerinin düzenlenmesi ve yürütülmesi bağlamında ortaya çıkan anlayışı ifade etmektedir. Bu anlayışın uygulamadaki temel oyuncuları, kuşkusuz siyasi partilerdir. Toplumlar, yönetim yeteneklerini siyasi partiler vasıtasıyla sergilemektedir. Siyasi partiler bu anlamda, toplumların siyasi yapısını yansıtan birer aynaları olarak kabul edilebilir. Siyasi partilerin demokrasi anlayışları, toplumdaki değişim ve gelişim süreciyle bağlantılı olarak farklılaşabilmektedir. Parti içi demokrasi de bu değişimden ve gelişimden, süregelen kültürel birikimin izlerini taşıyarak etkilenmektedir. Kültürel gelişmişlik, toplumdaki siyasi kültürün meydana getirilmesinde kendisini hissettiren bir yapıya sahiptir. Siyasi kültür, kültürel gelişmişlikle eşzamanlı yol almaktadır. Günümüzde, partiler içi demokrasinin kurumsallaştığı devletlerde siyasi kültürün, kültürel gelişmişlikle doğru orantılı olarak inkişaf gösterdiği görülmektedir. Demokrasinin, kültürün homojen dağılımı suretiyle geliştiğinden bahisle; parti içi demokrasilerin tatbikinde, siyasi kültürün ve özellikle kültürel gelişmişliğin etkileri yadsınamaz.

Anahtar Kelimeler

Kültür, Siyasi Kültür, Parti İçi Demokrasi, Siyasi Gelişmişlik, Siyasi Toplum.

Abstract

Politics expresses the understanding that arises in the context of regulation and execution of state affairs. The actors of this understanding in practice are undoubtedly political parties. Societies demonstrate their governance capabilities through political parties. In this respect, parties can be considered as mirrors of societies. The conceptions of democracy of political parties differ in connection with the process of change and development in society. Intra-party democracy is also affected by this change and development by bearing the traces of ongoing cultural accumulation. Cultural development has a structure that makes itself felt in the formation of political culture in

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 19.12.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 19.12.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 23.12.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 19.12.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 23.12.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: anayasa.hukuku@hotmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7052-3961>.

(***) Kırıkkale Belediyesi,
E-posta: hkarabayy@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7640-187X>.



society. Political culture moves along with cultural development. Today, it is seen that in countries where democracy within the parties is at a good level, political culture develops in direct proportion to cultural development. But that democracy develops through the homogeneous distribution of culture; in the implementation of intra-party democracies, the effects of political culture and in particular cultural development will not be denied.

Keywords

Culture, Political Culture, Intra-Party Democracy, Political Development, Political Society.

GİRİŞ

Siyasi kültür, günümüzde siyasi partiler hukuku ve parti içi demokrasi için son derece önemli bir unsurdur. Esasında parti içi demokrasinin gerçekleşmesinde hukuki unsurların etkisinin sınırlı olduğu; kavramın doğrudan toplumun siyasi kültürü ile ilgili olduğu söylenebilir.¹ Demokrasi kavramıyla da doğrudan ilgili olan siyasi kültür, farklı devletlerde farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Onun bu özelliği, siyasi kültürün genel bir tanımının yapılmasını engellemektedir. Kuşkusuz her devlet, kendi dinamikleri ve varoluşlarının neticesi olarak farklı kültürel geçmişi barındırdığı kadar bu geçmişten de beslenmektedir. Bir devletteki siyasi partilerde, parti içi demokrasinin mevcudiyetini tespit etmek için o ülkenin siyasi kültüründe demokrasiye verilen anlamı da bilmek gerekmektedir. Günümüzde demokratik olarak nitelendirilen devletlerde siyasi kültür, demokrasinin kurumsallaşmasını sağlamanın yanında siyasi partilerin de kurumsallaşmasında önemli roller oynamaktadır. Özellikle, kültürel gelişmişlik düzeyi yüksek olan devletlerde parti içi demokrasinin daha belirgin olduğu gözlenmektedir. Toplumsal birikimle gelişen siyasi kültür, demokrasiyi; demokrasi de parti içi demokrasiyi ayakta tutmaktadır.

Bir devlette öncelikle demokrasinin istikrara kavuşması ve kurumsallaşması, bu devleti oluşturan toplumun buna elverişli bir siyasi kültürünün bulunmasıyla sıkı sıkıya ilişkilidir.² Sönmez'in de isabetli olarak vurguladığı gibi, "Demokratik siyasal rejimle demokratik siyasal kültür arasındaki bu ilişki, parti içi demokrasi açısından da geçerlidir. Bu bağlantı, özellikle iki noktada kendisini gösterir. Öncelikle, demokratik siyasal kültüre sahip olan toplumların parti içi demokrasi olgusunu hayata geçirecek kuralları kabul etme hususunda partileri yönlendireceği belirtilmelidir. Başka bir ifade ile bir toplumun demokratik ilke ve normlara bağlılığı ne kadar fazlaysa ve seçmenler tarafından partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratikliği, partilere oy verirken dikkate alınan bir

¹ Bülent Tanör, "Siyasi Partiler Yasası", *TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi-1*, İstanbul, TÜSİAD Yayınları, 1997, s.19.

² Mehmet Tevfik Gülsoy, *Demokrasilerde Siyasi Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s.85.

ölçütse, partiler açısından da parti içi demokrasi bir o kadar önem arz eden bir ilke olarak ortaya çıkar.”³

“Siyasi Kültür ile Parti İçi Demokrasi Arasındaki İlişki” başlığını taşıyan bu çalışmamızda, öncelikle siyasi kültür ile parti içi demokrasi arasındaki ilişki ele alınacak. Daha sonra kültürel gelişmişlikle bağlantılı olarak parti içi demokrasinin siyasi kültürdeki görünümü ortaya konulacaktır. “Siyasi kültür” kavramının anlamı üzerinde durularak, siyasi kültür türleri ve ölçüleri anlatım konusu yapılacaktır. Daha sonra Türk siyasi kültüründeki gelişmelere değinilerek kültürel gelişmişlik ve parti içi demokrasi arasındaki ilişki ele alınacaktır. Son olarak da karşılaştırmalı hukukta parti içi demokrasi ve siyasi kültür konusu irdelenecektir.

1. SİYASİ KÜLTÜRE KAVRAMSAL BAKIŞ

Siyasi kültürün ne anlama geldiğine değinmeden önce, kültür kavramının üzerinde durmak yerinde olacaktır. Kültür kavramının ilk kez Roma devlet adamı ve yazar Marcus Tullius Cicero (MÖ 3 Ocak 106-MÖ 7 Aralık 43) tarafından kullanıldığı kabul edilmektedir. Anılan yazar “cultura animi” ifadesini “ruhun terbiye edilmesi ya da eğitilmesi” anlamında kullanmıştır. Kavram on yedinci yüzyılda Avrupa’da eğitim yoluyla bireylerin niteliklerinin artırılması ve onların eğitilmesi anlamıyla kullanılmıştır. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda kültür kavramı insanların sahip oldukları ortak noktalar ya da değerler anlamında kullanılmış ve ulusal idealler çerçevesinde tartışılmıştır.⁴

Kültür, Türk Dil Kurumu’nun sözlüklerinde;

- *“Tarihsel, toplumsal gelişme süreci içinde yaratılan bütün maddi ve manevi değerler ile bunları yaratmada, sonraki nesillere iletmede kullanılan, insanın doğal ve toplumsal çevresine egemenliğinin ölçüsünü gösteren araçların bütünü, hars, ekin,*
- *Bir topluma veya halk topluluğuna özgü düşünce ve sanat eserlerinin bütünü,*
- *Muhakeme, zevk ve eleştirme yeteneklerinin öğrenim ve yaşantılar yoluyla geliştirilmiş olan biçim,*
- *Bireyin kazandığı bilgi.”* şeklinde tanımlanmaktadır.⁵

³ Tevfik Sönmez Küçük, *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.334.

⁴ Wikipedia, *Culture*, (Çevrimiçi) <http://www.wikipediathefreeencyclopedia>, E.T.: 10.11.2019.

⁵ Türk Dil Kurumu, *Genel Türkçe Sözlük*, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, E.T.: 15.11.2019.

Siyaset bilimi açısından kültür, Heywood'a göre bireylerin yaşama biçimi olarak ele alınmış; kültürün biyolojik mirasın aktarımıyla değil öğrenmeyle nesilden nesle taşındığı ve uzun süredir mevcut olduğu dile getirilmiştir.⁶ Antropologların üzerinde yıllarca tartıştıkları konuların başında gelen kültür kavramı, en geniş anlamıyla, toplumun üyeleri insanlar tarafından edinilen öğrenilmiş davranış ve düşüncelerin tamamı olarak ifade edilmektedir.⁷

Antik Yunan düşüncesi, siyasi kültür kavramının ortaya çıkmasında dolaylı da olsa etkili olmuştur. Anılan kültür çevresinin düşünürleri siyasi kurumların doğuşunu, gelişimini ve yıkılışını günümüzün “sosyal psikoloji” terimleriyle izah etmeye çalışmışlardır. Perikles, Platon, Aristoteles, Machiavelli, Montesquieu, Rousseau ve Tocqueville gibi önemli düşünürler salt siyasi kültüre atıfta bulunmasalar da düşünceleriyle dolaylı olarak siyasi kültürü çağrıştırmışlardır.⁸

Günümüzdeki anlamıyla “siyasi kültür” kavramı ise İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişen siyasi tutumlar, değerler ve davranışların neticesinde ortaya çıkmıştır.⁹ İlk kez 1956 yılında Gabriel Almond tarafından kullanılan siyasi kültür, literatürde siyasi önyargılardan siyasi yöntemlere, siyaset psikolojisinden meşruluk tartışmalarına, siyasi kanaatlerden otorite simgelerine değin pek çok konuyu ihtiva eden bir kavram olarak değerlendirilmiştir.¹⁰ Almond ve Verba'ya göre siyasi kültür, bireylerin; kendilerini kuşatan siyasi sisteme karşı bir bütün olarak veya belli bir parçaya yönelik olarak geliştirdikleri sosyopsikolojik temelli etki ve tepkilerini ifade etmektedir.¹¹ Almond, siyasi kültürü kavramsallaştırırken; her siyasi sistemin, siyasi eylem için bir siyasi yönelim örüntüleri içerisinde yer aldığını öne sürer ve bunun da siyasi kültür olarak ifade edilmesinin yararlı olacağını düşünmektedir. Almond'a göre siyasi kültür kavramına ilişkin iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, bu kavramın verili bir siyasi sisteme veya topluma uymamasıdır. Siyasi yönelim örüntülerinin genellikle siyasi sistemlerin sınırlarının ötesine geçtiğine inanır. İkinci husus, si-

⁶ Andrew Heywood, *Siyaset*, (Çev. Bekir Özipek), Ankara, Adres Yayınları, 2007, s.290.

⁷ Robert H. Lavenda/Emily A. Schultz, *Kültürel Antropoloji: Temel Kavramlar*, (Çev. Dilek İşler ve Onur Hayırlı), Ankara, Doğubatı Yayınları, 2017, s.41.

⁸ Tosun'dan aktaran Tuğba Yolcu, “Türkiye’de Siyasal Kültür ve Siyasal Liderlik Anlayışının Temelleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2019, C.12, S.1, s.94.

⁹ Zafer Durdu, “Siyasal Kültür, Modern Devlet ve Demokrasinin Demokratikleştirilmesi”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2018, C.11, S.61, s.575.

¹⁰ Gözler'den aktaran Alişan Uçan, *Bir Siyasal Kültür Olarak Halkın Belediye Yönetimine Katılımı: Beylikdüzü Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s.61.

¹¹ Ali Yaşar Sarıbay/Süleyman Seyfi Öğün, *Bir Politikbilim Perspektifi*, 1. Baskı, Bursa, Asa Kitabevi, 1998, s.81.

yasi kültürün her ne kadar egemen kültür ile ilgisi bulunsa da, onunla aynı şey olmadığı gerçeğidir. Çünkü siyasi yönelim, egemen kültürün standartları ve değerleri kadar; bilinç, zihin ve dışsal durumlara uyumu da içermektedir ve de kültürden farklılaşmış bir parça olarak kendine has mutlak bir özerkliğe sahip bulunmaktadır.¹²

Kuşkusuz bütün siyasi sistemlerde, toplum üyelerinin siyasi sisteme ilişkin inançları ve tutumları olduğu gibi, siyasete ilişkin davranış kuralları da bulunur. Bunların tamamı siyasi kültürü oluşturmaktadır. “İnsanların içinde yaşadıkları toplumun yönetimiyle ilgili algı, ilgi, bilgi, değer ve eylemleri ile bunları etkileyen maddi ve manevi şartların bütünü” ifade eden siyasi kültür, aynı zamanda “bütünsel kültürün siyasal yönleri” olarak da ifade edilebilmektedir.¹³

Yücekök’e göre siyasi kültür; siyasi olaylar ve bu olaylar karşısında etkilenen kişilerin davranışları arasında bir köprü vazifesi görmektedir. Bu davranışlar da insanların olayları nasıl yorumladıklarına dayanmaktadır. Sözelimi, yeni bir Anayasa, kişilerin siyasi kültürü çerçevesinde değer kazanacaktır. Çünkü siyasi kültür incelemesi, toplum içerisinde kimin kimi etkilediğini de değerlendiren bir unsur barındırmaktadır.¹⁴

Siyasi kültür, genellikle tüm siyasi faaliyetlerin temeli olarak veya en azından siyasi faaliyetin doğasını, özelliklerini ve seviyesini belirleyen bir etken olarak görülmektedir. “Siyasi kültür” kavramı, siyasetteki tarihsel tecrübeyi, hafızayı, sosyal toplulukları ve bireyleri, onların yönelimlerini, becerilerini ve siyasi davranışlarını içermektedir. Bu deneyimin özeti, iç ve dış politikadaki yönelimleri ve tercihleri anlamlandırmaya yardımcı olmaktadır.¹⁵

Ayata ve Gölgeioğlu Klujs’ın verdiği bilgilere göre, Batı’da sosyal bilimler alanında siyasi kültür yaklaşımının gelişmesi, Karl Marks’ın sınıfsal temelli çözümlerinin yerine toplumdaki dinsel inanç ve kültürel değerleri çalışmalarında odak noktası yapan Max Weber ve Emile Durkheim gibi öncü yazarların katkılarıyla olmuştur. Siyasi kurumların ve eylemlerin de siyasi kültür olgusundan beslendiği fikri ise, anılan yazarlardan sonra çalışmalar yapan Amerikalı

¹² Almond’dan aktaran Durdu, *a.g.m.*, s.575.

¹³ Özer Ozankaya, “Prof. Dr. İnan Özer’in Siyasal Kültür, Demokrasi ve Demokratik Değerler Adlı Makalesinin Değerlendirilmesi”, (Çevrimiçi) <http://www.angelfire.com/oz/sosyo/siyasalkultur.htm>, E.T.: 29.07.2019.

¹⁴ Ahmet N. Yücekök, *Siyasetin Toplumsal Tabanı (Siyaset Sosyolojisi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1987, s.17.

¹⁵ Indian Electronic Theses and Dissertations, *Theoretical Orientation and Review of Past Studies*, (Çevrimiçi), https://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/50445/12/12_chapter%202.pdf, p.37, E.T.: 21.10.2019.

yazar Talcott Parsons'ın katkısıyla ortaya çıkmıştır. Parsons'a göre; bireylerin eylemlerinin güdüleyicileri, amaçları, araçları ve sınırları büyük ölçüde kültürel unsurlar ve kültürel sistem tarafından belirlenmektedir. Birey fiillerinin ayırıcı özelliği, onun aslında kültürel bir fiil olmasıdır. Bundan dolayı sosyal sistemdeki etkileşimler, kültürel sistemden etkilenerek olur ve bu ikisi birbirini etkilemeyi sürdürür.¹⁶

2. SİYASİ KÜLTÜR TÜRLERİ

Siyasi kültür kavramının fitilini ateşleyen Gabriel Almond'a göre kültürün üç yönünden söz edilebilir.

- Birincisi: siyasi sistem hakkında sahip olunan bilgilerden oluşan “tanıma yönü”,
- İkincisi: lider ve kurumlara yönelen kişisel bir bağlılığa dayanan “duygu yönü”,
- Üçüncüsü: siyasi olaylar üzerinde varılan değer yargılarını içeren “yargı yönü”dür.

Bu üç yönü kullanarak yapılan sınıflandırmayla, ortaya siyasi kültür türleri çıkmıştır. Bu türler, yöresel siyasi kültür; uyrukluk siyasi kültürü ve katılımcı siyasi kültür biçiminde ifade edilmektedir.¹⁷

A. Yöresel Siyasi Kültür

Yöresel tipteki siyasi kültür ulus düzeyinde değerlendirildiğinde, bu kültür; köy, klan, soy ve bölge gibi siyasi kültürlerin birbirine eklenmesinden meydana gelen, yani gerçek anlamda ulusal bir kültürün bulunmadığı bir kültür tipinin varlığına işaret etmektedir. Türdeş toplulukları bir araya getiren yeni kurulmuş birçok devlette yöresel siyasi kültürle karşılaşmak mümkündür. Bunun yanında bazı eski ve gelişmiş devlette de bu türden bir siyasi kültürün izine rastlanabilmektedir. Örneğin; Amerikan yöreselliği çoğu zaman, yöresel bir siyasi kültür biçiminde kendisini hissettirmektedir. Almond bununla ilgili olarak, Missisipili beyazların; zencilerin ve beyazların aynı okulda okumalarına gösterdikleri tavrı örnek vermektedir.¹⁸

¹⁶ Ayşe Ayata/Özlem Gölgelioğlu Klujs, “Siyasi Kültür”, *Siyaset Sosyolojisi*, (Haz: Feride Acar / Hasan Faruk Uslu), Ankara, Dipnot Yayınevi, 2016, s.299-301.

¹⁷ Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi*, (Çev. Şirin Tekeli), İstanbul, Varlık Yayınları, 1982, s.130.

¹⁸ Duverger, *a.g.e.*, s.130-131.

Yöresel siyasi kültürde, Almond tarafından üçe ayrılarak incelenen; siyasi kültürdeki bilişsel, duygusal ve değerlendirici öğelerin düzeyi sifıra yakınken; siyasi yapının da bu türde merkezi olmadığı görülmektedir.¹⁹

B. Uyruluk Siyasi Kültürü

Uyruluk siyasi kültüründe birey, yöresel siyasi kültürün aksine, ulusal siyasi sistemin yapısını anlamlandırabilen ve bu yapının bir parçası olduğunu hissedebilen bir konuma sahiptir.²⁰ Uyruluk siyasi kültüründe sistemin üyeleri, onun varlığının bilgisinde olmalarına karşı, ona karşı pasif bir yöneliş içerisindeyler. Sistemden birtakım hizmetler beklemekte veya vergilerin artmasından korkmaktadırlar; ama sistemin işleyişi üzerinde önemli bir değişiklik yapabileceklerine dair inançları neredeyse yoktur. Yani sistem, bir bakıma onların dışındadır.²¹

Uyruluk siyasi kültüründe; siyasi kültürdeki bilişsel, duygusal ve değerlendirici öğeler, sisteme etkinin farkında olmasına rağmen; sisteme karşı edilgen düzeydedir. Siyasi yapıda ise merkezîyetçilik ve yönlendirme egemendir.²²

C. Katılımcı Siyasi Kültür

Katılımcı siyasi kültürde birey, siyasi sistemin çıktılarının yanı sıra girdileriyle de yoğun bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Siyasi yapıya katılım için fırsatları değerlendirme yeteneğini kendisinde gören birey, siyasi etkinliğini gösterme arzusuna da sahiptir.²³ Bu süreçte bireyler tarafından değişik yollar kullanmak suretiyle (seçimlerle, gösterilerle, dileklerle gibi) sistemin işleyişi üzerinde bir etki oluşturulabileceği kanaati güçlenmektedir.²⁴

Katılımcı siyasi kültürde; siyasi kültürdeki bilişsel, duygusal ve değerlendirici öğeler, siyasi alan içinde etkin bir düzeydedir. Siyasi yapı açısından ise demokratik bir yapının bulunduğu söylenebilir.²⁵

3. SİYASİ KÜLTÜR VE ÖLÇÜLERİ

Siyasi kültürün ölçüleri; milli özdeşleşme, kişinin vatandaşlarıyla özdeşleşmesi, iktidar uygulaması ve karar alma süreci olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁹ Esat Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, İstanbul, Der Yayınları, 1995, s.202.

²⁰ Esra Akay, *Siyasal Toplumsallaşma, Siyasal Kültür ve Siyasal Katılım Arasındaki İlişkinin Kavramsal Analizi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.72-73.

²¹ Duverger, a.g.e., s.131.

²² Çam, a.g.e., s.202.

²³ Kemal, Görmez, *Kent ve Siyaset*, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi Yayınları, 1997, s.31.

²⁴ Duverger, a.g.e., s.131.

²⁵ Çam, a.g.e., s.202.

A. Milli Özdeşleşme

Toplumun fertlerinin kendilerini ulus devletin birer üyesi saymaması ve devletlerine bağlılık hissetmemesi, siyasi gelişimin sancılı ve gergin olmasına sebebiyet verebilmektedir. Çağdaşlaşan ve bilhassa kitle haberleşme araçlarının yoğun bir şekilde kullanıldığı devletlerde, milli özdeşleşmenin yeterli düzeyde olmaması kimi sorunlara neden olabilecektir. Böyle bir durumda toplumu oluşturan bireyler ulusal sorunlar karşısında kaygısız ve ilgisiz kalacaklar, kendilerini bölgesel çevreleri dışında sorumlu hissetmeyeceklerdir ki bu hâlde ulusun içine düştüğü herhangi bir kriz, halkta en küçük bir tepki oluşturmayabilecektir. Yücekök'e göre; kabile, etnik grup bağlılığı (ulusal düzeyin altındaki bağlılıklar ulusal düzeyin altındaki kültürlere bağlılıktır) ulusal özdeşleşmeyi sekteye uğratmaktadır. Bu durum genellikle kapalı pazar ekonomilerinin, ilkel teknolojinin ve ulusal düzeyde iş bölümü yokluğunun güçlendirdiği ayrı diller, değişik kast çıkarları ve ayrı dinler yüzünden meydana gelmektedir. Bazen de egemen sınıfların bazı grupları kendi milletlerinden saymamaları neticesinde ulusal özdeşleşme yerini iç çekişmelere bırakmakta; ulusal düzeyin altındaki yapıya bağlılık, ulusal devlete olan bağlılıkla çatışmaktadır.²⁶

B. Kişinin Vatandaşlarıyla Özdeşleşmesi

Vatandaş özdeşleşmesinde; toplumdaki bireylerin, toplumun diğer bireylerine güven duymadıkları önem arz etmektedir. Birbirine güvenmeyen toplumlarda, güvenmedikleri bireylere iktidarı bırakmak istemeyen grupların davranışlarında hırçınlık göze çarpmaktadır. Etiyopya'daki "Amhara Kültürü"nü aile haricindeki herkesten kuşku duymayı öğütlemesi, bu toplumda vatandaş özdeşleşmesinin önünü kesmektedir. Buna karşılık İngiliz toplumunda, kişisel ilişkilerin gelişiminin sonucu olarak vatandaş özdeşleşmesinin tam manasıyla gerçekleştiği görülmekte; Fransız toplumunda ise ulusal özdeşleşme gerçekleşmesine rağmen; vatandaş özdeşleşmesinin gerçekleşmediği bilinmektedir.²⁷

C. İktidar Uygulaması

Katılımcı siyasi kültürde birey, ulusal düzeyde siyasi sistemi algılamakta ve aktif bir role sahip olduğunun bilinciyle davranmaktadır. Siyasi sistemin işleyişinden ve alınan kararlardan etkilenen ve bu süreci etkileyebilme olanağına sahip olan birey, iktidar uygulamalarından da hâliyle etkilenmektedir.²⁸

²⁶ Yücekök, a.g.e., s.21.

²⁷ Yücekök, a.g.e., s.22.

²⁸ Akay, a.g.e., s.78-79.

Yücekök'e göre birey, devletin sorunlar karşısında ne yapması gerektiğini düşünebiliyorsa; o zaman, o toplumun siyasi kültürünün oturmuş ve sağlam bir kültür olduğunu söylemek yerinde olacaktır; çünkü bu düşüncede birey, çıkarlarını ulusal düzeyde görebilen ve yalnızca bununla yetinmeyip o çıkarları elde etmek için hangi siyasi yolların zorlanması gerektiğini de kavrayabilen bir kültürün üyesi olduğunun bilincindedir.²⁹

D. Karar Alma Süreci

Siyasi katılma yokluğu, halkın taleplerinin karar alma organlarına ulaşması sonucunu doğurmaktadır. Siyasi kararların nasıl alındığıyla ilgilenmeyen toplumlar, siyasi süreçte kendilerinin nasıl bir rol edindiğini de bilmemekte; sadece hükümet uygulamalarının yararına odaklanmaktadır. Kendilerini değişik nedenlerle güçsüz ve etkisiz gören toplum üyeleri, bu sebeple merkezi kurumlara uzak kalmaktadır.³⁰

4. TÜRK SİYASİ KÜLTÜRÜNDEKİ GELİŞMELER

Türk siyasi kültürü tarihsel açıdan; Anadolu'ya yerleşen Türklerin kavmî özellikleri, İslam uygarlığı ve Türklerin Anadolu ve Rumeli'den edindikleri deneyimlerin sonucu olarak gelişim göstermiştir.³¹

Eski Türklerde, siyasi kültürün temelini teşkil eden egemenlik anlayışının, ilahi kökenli olduğu söylenebilir. Hunlarda, Göktürklerde ve Uygurlarda iktidar, hana doğrudan doğruya yaratıcıdan tarafından verilmektedir.³² İslamiyet'in Türk toplumlarında yayılmasıyla birlikte bu inanç da önemini yitirmeye başlamıştır. Mumcu'ya göre; Orta Asya'nın egemenlik anlayışıyla İslamiyet'in kuramsal egemenlik anlayışı uyuşmamaktadır. İslamiyet'te, egemenliğini hiç kimseye paylaşmayan Allah'ın varlığından bu sonuç çıkmaktadır. Kur'an-ı Kerim'deki ifadeler, (Devlet Başkanı sıfatını da haiz olan) Hz. Muhammed zamanında başlayan, dört halife devrinde de süren hükümdarlık ilân etmeme tavrı, halifenin seçimle iş başına gelmesi ve hükümdarların yöneticilik yetkisini halifeden devralmaları bu kuramsal anlayışın delili sayılabilmektedir.³³

Türk siyasi kültürünün temel özelliklerinin belirtilmesi bakımından, Osmanlı Devleti'ne ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Niray ve Deniz'e göre;

²⁹ Yücekök, *a.g.e.*, s.23.

³⁰ Yücekök, *a.g.e.*, s.23.

³¹ Erol Güngör, *Kültür Değişmesi ve Milliyetçilik*, İstanbul, Ötüken Yayınları, 1986, s.107.

³² Ahmet, Mumcu, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Egemenlik Kavramı ve Gelişmesi*, Ankara, TBMM Yayınları, 1985, s.33.

³³ Mumcu, *a.g.e.*, s.40-42.

Türk siyasi kültüründe derin izler bırakan Osmanlı Devleti'nin, siyasi kültürünün oluşumu açısından birtakım özellikler taşıdığı belirtilmektedir. Bu özellikler şöyle sıralanabilir:³⁴

- Batı'da demokrasiyi ortaya çıkaracak olan çağdaşlaşma büyük ölçüde sermaye birikiminin sonucu olarak ortaya çıkarken, Osmanlı Devleti'nde sermaye birikimini sağlayacak koşullar oluşmamıştı.
- Batı'da meydana gelen gelişmelere, Osmanlı Devleti ayak uyduramamış, Batı'da ortaya çıkan Liberalizm, Milliyetçilik ve ulus kavramları yerine, devleti düşüğü durumdan kurtarmak ve tekrar eski gücüne kavuşturmak adına bazı siyasi akımlar ortaya çıkmıştır.
- Batı demokrasisini gerçekleştiren şehirli nüfus, Osmanlı Devleti'nde nitelik ve nicelik olarak yeterli miktarda olmamıştır.
- Türkiye'de siyasi kültürün oluşması Avrupa'dan çok sonraları olmuştur. Egemenlik ilahi bir güç olarak görülmekte ve devlet, padişah ve tebaa olarak ayrılmaktaydı.
- Anayasacılık hareketleri Batı Devletleriyle kıyaslandığında, çok geç ve sınırlı bir çerçevede gerçekleşmiştir.³⁵

Siyasi kültür açısından Osmanlı Devleti'nde on altıncı yüzyılın ikinci yarısından on dokuzuncu yüzyılın ilk yıllarına kadar olan dönem; merkezi yönetimden, yarı feodal yönetime doğru bir geçiş olarak ifade edilmektedir. Bu değişimle, çevrenin daha çok özerklik kazandığı iddia edilmektedir. Ayrıca on dokuzuncu yüzyılda yapılan düzenlemelerle merkezde ve çevrede kurulan konseyler bu değişimin önemli özellikleri olarak değerlendirilmektedir.³⁶ Osmanlı Devleti'nde devletin kurumsallaşmasının artmasıyla birlikte merkezîyetçi bürokratik yapıdaki bir gelenek kendisini göstermiş, bu gelenekle birlikte merkeziyete karşı olabilecek güç odaklarına hiçbir şekilde izin verilmemiştir.³⁷ Bunun sonucu olarak, sivil toplum olarak nitelendirilebilecek lonca, ahi, ayan gibi teşkilatların dahi devlete organik bağlarla bağlanmış toplumda muhalefet yapmaya

³⁴ Niray ve Deniz'den aktaran Fatma Okur Çakıcı, "Osmanlı'dan Türkiye'ye Siyasal Miras: Türk Siyasal Kültürü Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2016, C.1, S.2, s.9-10.

³⁵ Kuşkusuz "Anayasacılık hareketleri" kavramından devlet iktidarını sınırlandırılması düşüncesini barındıran, temel hak ve özgürlüklerin korunması mekanizmaları üzerinde duran "Anayasacılık düşüncesi" kastedilmektedir. Bu anlamda Osmanlı-Türk Anayasaları içinde Anayasacılık düşüncesine uygun yapılan ilk anayasanın 1961 Anayasası olduğu söylenebilir.

³⁶ Metin Heper, *Türkiye'nin Siyasal Hayatı*, İstanbul, Doğan Kitap, 2011, s.15.

³⁷ Ömer Çaha, *Aşkın Devletten Sivil Topluma*, İstanbul, Gendaş Kültür, 2000, s.150.

girişemedikleri gözlenmiştir. Osmanlı Devleti'nde sivil toplum kültürünün gelişmemesinde bu gibi durumların etkisi de görülebilmektedir.³⁸

Osmanlı Devleti'nin tarih sahnesinden çekilmesi ve anılan devletin kültür coğrafyasının bir kısmında Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla beraber yönetim biçiminde esaslı değişiklikler gerçekleşmiştir. Yönetim biçimindeki değişikliğe rağmen, Coşkun'a göre; Türkiye'nin kültür, dil ve gelenekler açısından farklı kesimleri bir arada tutan ve bu kesimlerin beraberce yaşadığı bir ülke olması sebebiyle güçlü bir nüfus kaynaşması yaşamış olduğu ifade edilmektedir.³⁹ Bu kaynaşmanın neticesi olarak Osmanlı Devleti'nden kalan siyasi kültür mirasının Cumhuriyet döneminde de hissedildiğini söylemekte yarar vardır. Uzun bir dönem tek partili bir siyasi hayatın etkili olması ve gerçek anlamda ve istikrarlı çok partili siyasi hayata 1946 yılına gelinceye kadar geçilememesi de bu açıdan değerlendirilebilir.⁴⁰

Türkiye'de 14 Mayıs 1950 tarihli seçimler Demokrat Parti'nin iktidarı Cumhuriyet Halk Partisi'nden devralmasıyla birlikte devlete ağırlık veren yönetim şekli, topluma ağırlık veren bir siyasi sisteme kanalize edilmiştir. Bu dönemde Türkiye'deki demokratik rejimin biçimlenmesinde ve yönelimin farklılaştırılmasında, Demokrat Parti önemli bir rol üstlenmiştir.⁴¹ 1950'den sonra askeri darbenin yapıldığı 27 Mayıs 1960 tarihine gelinceye kadar geçen sürede Türk siyasi kültüründe devletçiliği savunan kesim ile liberal düşünceye sahip gelenekçi muhafazakârlar arasında iki ayrı zıt yapının varlığı göze çarpmaktadır.⁴² 1960'lı yıllardan itibaren ise bu siyasi ayrılık sağ ve sol hareketlerin, 1970'li yıllarda dahi devam edecek şekilde birbirleriyle çatışması biçiminde kendisini göstermiştir.⁴³ Türkiye'de 1980 sonrası dönemde siyasi kültürün, toplumsal ve siyasi hakların tanımında ve insan haklarının biçimlendirilmesinde devletin önceliğinin ve soyutluğunun bulunduğu fikriyle bir zemine oturtulmaya çalışıldığı görülmüştür.⁴⁴ 1983 yılından sonraysa; dönemin iktidar partisi olan Anavatan Partisi'nin etkisiyle devletçi anlayıştan uzaklaşan liberal politikaların siyasette kendisini hissettirdiği göze çarpmaktadır.⁴⁵ Günümüz Türkiye'sinde ise siyasi kültürün; 2002 yılında iktidara gelen ve hâlihazırda bunu sürdüren,

³⁸ Okur Çakıcı, *a.g.m.*, s.11.

³⁹ Burhanettin, Coşkun, "Türk Kamu Yönetimi Perspektifinde Soğuk Savaş Sonrası Oluşan Yeni Tehditler", *Alternatif Politika*, 2017, C.9, S.1, s.122.

⁴⁰ Yolcu, *a.g.m.*, s.100.

⁴¹ Zafer Durdu, *Türkiye'de Siyasal Kültürü Anlamak*, Ankara, Kadim Yayınları, 2013, s.114-117.

⁴² Niray ve Deniz'den aktaran Okur Çakıcı, *a.g.m.*, s.11.

⁴³ Nilüfer Göle, "80 Sonrası Politik Kültür", *Türk Siyasal Hayatı*, 5. Baskı, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu / Ali Yaşar Sarıbay), Ankara, Sentez Yayınları, 2014, s.560.

⁴⁴ Çaha, *a.g.e.*, s.239.

⁴⁵ Okur Çakıcı, *a.g.m.*, s.12.

geleneksel Türk kültürünü ve İslam geleneğini temel alarak batılılaşma fikrine sıcak bakan Adalet ve Kalkınma Partisi ile şekillendiğini söylemek yerinde olacaktır.⁴⁶

5. KÜLTÜREL GELİŞMİŞLİK İLE PARTİ İÇİ DEMOKRASİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 68. maddesinde siyasi partilerin, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu vurgulanmıştır. Anılan hüküm siyasi partilerin ilk kez anayasallaştığı 1961 Anayasası'nda da bulunmaktadır (md.56/3). Bu bakımdan Anayasa tarafından demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olarak nitelendirilen siyasi partilerin, parti içi demokrasiyi de içlerinde sağlamış olmaları beklenebilir. Tuncay parti içi demokrasiyi, “*Siyasi partilerin örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması; demokratik örgüt yapısının kurularak lider teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tepeye oluşturulması süreci*”⁴⁷ şeklinde ifade etmiştir. Yanık'a göre parti içi demokrasi, “*Partinin iç işlerinde demokrasi ilkelerinin uygulanması*”nı ifade etmektedir.⁴⁸ “Partinin iç işleri” kavramı, partinin hukuksal düzenlemeleri, örgütlenmesi, yönetimi, parti içi seçim usulleri, liderin tutum ve davranış biçimi, üyelerin siyasi kültürü, mesleki statüleri ve gelir düzeyleri gibi birtakım verileri içermektedir.⁴⁹

Parti içi demokrasi, “demokrasi”ye önemli anlam yükleyen devletlerde kendisini daha çok göstermektedir. Demokrasinin geliştiği ya da kurumsallaştığı devletlerde, kültürel gelişmişlikle parti içi demokrasi olgusunun birbirini tamamladığı gözlenmektedir. Bu nitelikte toplumlarda, toplumun siyasi kültürü partilere de olduğu gibi yansımaktadır. Demokratik ilkelere uzak olan ve demokrasi kültürüne sahip olmayan toplumlarda ise siyasi partilerin işleyişinde de antidemokratik kuralların hüküm sürdüğüne rastlanılmaktadır. “Parti içi demokrasinin yokluğu”, “liderler sultanı” gibi söylemlerin, siyasi kültüründe demokrasinin yeterince gelişmemiş olduğu devletlerde sıklıkla tekrarlandığı göze çarpmaktadır.⁵⁰

⁴⁶ Fuller'den aktaran Okur Çakıcı, *a.g.m.*, s.12-13.

⁴⁷ Suavi Tuncay, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1996, s.52.

⁴⁸ Murat, Yanık, *Parti İçi Demokrasi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s.103.

⁴⁹ Ali Fuat Gökçe, “Siyasi Partilerde Parti İçi Demokrasi ve Disiplin Algısı: Türkiye”, *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi / Journal of Academic Researches and Studies*, 2013, S.9, s.74.

⁵⁰ Gökçe, *a.g.m.*, s.74-75.

Günümüz dünyasında kültürel gelişmişliği yüksek olan Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre Konfederasyonu gibi devletlerde demokrasinin kendiliğinden, siyasi sistemin evrimi ile ortaya çıktığı, bu şekilde istikrar bulunduğu ve pekiştiği söylenmektedir. Yine bahsedilen ülkeler gibi bir kültürel gelişmişliğe sahip Federal Almanya Cumhuriyeti, İtalya Cumhuriyeti ve Japonya'da ise demokrasinin İkinci Dünya Savaşı sonrasında çok özel çabalar neticesinde ve tabiri caizse yapay bir zeminde işgal kuvvetleri marifetiyle hayata geçirildiği, zamanla istikrar bulup pekiştiği kabul edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'ne bu kıyaslama açısından bakılırsa; Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre Konfederasyonu'ndaki gibi demokrasinin kendiliğinden ve siyasi sistemin evrimi ile ortaya çıktığı söylenemeyecektir. Demokratik kültürün oluşmasını Türkiye'de yaşanan sancılı süreçler, özellikle 27 Mayıs 1960, 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 tarihlerindeki askeri darbeler hep engellemiştir.⁵¹

Batı demokrasilerindeki kültürel gelişmişlikten bahisle bu ülkelerdeki parti içi demokrasi kavramına daha yakından bakıldığında; Federal Almanya Cumhuriyeti ve İspanya Krallığı Anayasalarında, bu kavramın siyasi partiler tarafından uyulması gereken bir ilke olarak tanımlandığı göze çarpmaktadır. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, partilerin iç düzenlerinin demokratik olması gerektiğini ve bu konuda ayrıntıların düzenlenmesi hususunda parlamentonun yasa yapma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. 29 Aralık 1978 tarihli İspanya Krallığı Anayasası da tıpkı Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası gibi partilerin iç düzenlerinin ve çalışma şekillerinin demokratik kurallara uygun olarak düzenlenmesi gerektiğinden bahsetmekte; Federal Almanya Cumhuriyeti'nden farklı olarak parlamentoya parti iç düzenleriyle ilgili kanun yapma yetkisi tanımamaktadır. Bunun nedeni, İspanya Krallığı Siyasi Partiler Kanunu'nun 4 Aralık 1978 tarihinde, yani İspanya Krallığı Anayasası yürürlüğe girmeden önce çıkarılmış olmasına bağlanabilir.⁵²

Federal Almanya Cumhuriyeti ve İspanya Krallığı Anayasalarında parti içi düzen ve işleyişlerine doğrudan bir atfa rastlanmaktayken; İtalya Cumhuriyeti gibi ülkelerde ise dolaylı yoldan, anayasadaki belli başlı maddelerle bu ilkeye göndermeler olduğu görülmektedir. Faşist ideolojiye sahip yönetim sonrası kabul edilen 1947 İtalyan Cumhuriyeti Anayasası, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından çıkarılan demokratik niteliklere sahip Anayasalara örnektir. Anayasadan hareketli parti içi demokrasinin tespiti ise birtakım zorluklar barındırmaktadır. İtalya Cumhuriyeti'nde ayrıca ve özel bir siyasi partiler kanununun olmaması da bu zorluğun

⁵¹ Ersin Kalaycıoğlu, "Türkiye'de Demokrasi'nin Pekişmesi: Bir Siyasal Kültür Sorunu", s.4, <http://research.sabanciuniv.edu/8882/>, 22.10.2019.

⁵² Bkz.: Tevfik Sönmez Küçük, *Parti İçi Demokrasi*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.129-135.

nedenleri arasında gösterilebilmektedir.⁵³ 1958 Fransa Cumhuriyeti Anayasası'nda da sarıh bir parti içi demokrasi ifadesi yer almamakta ve fakat Anayasanın 4. maddesinin; siyasi partiler ile siyasi grupların milli egemenlik ve demokrasinin temel ilkelerini dikkate almasını emretmesinden hareketle parti içi demokrasiye bir gönderme olduğu varsayılmaktadır. Yine Helen Cumhuriyeti'nde (Yunanistan) de benzer şekilde 1974 Anayasası'nda bulunan bazı maddelerden çıkarımlarla parti içi demokrasi kavramı şekillenmektedir. Yunanistan'ın müstakil bir siyasi partiler kanununun olmaması, parti içi demokrasi kavramının siyasi partilerle ilgili başka kanunlardaki düzenlemeler temelinde açıklanmaya çalışılmasına yol açmaktadır.⁵⁴

Fransa ve Helen Cumhuriyetleri gibi parti içi düzenleriyle ilgili somut açıklamalara Anayasalarında yer vermeyen, Anayasadaki bazı hükümlerden yapılan çıkarımlarla parti içi demokrasi kavramının içeriğini doldurmaya çalışan bir devlet olarak da Portekiz Cumhuriyeti anılabilir. 1976 Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nın 51. maddesindeki; partilerin, şeffaflık, demokratik örgütlenme ve demokratik yönetim ile bütün üyelerin katılımı ilkeleriyle yönetileceğine dair hükümlerden parti içi demokrasiye yapılan atfa ulaşmak mümkün gözükmektedir.⁵⁵

Yukarıda verilen örnekler yanında; kültürel anlamda gelişmişliğini tamamlamamış ve çağdaş dünyaya ayak uyduramamış demokratik nitelikleri haiz olmayan devletlerdeki siyasi partilerin ya da demokratik sayılabilecek rejimlerde demokrasi hoşgörüsüyle faaliyette bulunan ve otoriter veya totaliter rejim kurma düşüncesini taşıyan siyasi partilerin varlığı, parti içi demokrasinin gelişmesine bir katkı sunmamaktadır. Özellikle demokrasinin amaç olmadığı bu siyasi partilerde parti içi düzenlerinin ve işleyişlerinin demokrasiyle bağdaşacak şekilde oluşturulması düşünülemez.⁵⁶ Bu sebeple kültürel gelişmişliğin, demokrasi bilinciyle birlikte hareket ettiği toplumlarda parti içi demokrasi kavramının da yerleştiğini söylemek yerinde olacaktır.

6. KİMİ DEVLETLERDE PARTİ İÇİ DEMOKRASİ VE SİYASİ KÜLTÜR

Siyasi kültürün parti içi demokrasiye etkisi, temel olarak demokratik siyasi kültürle ilişkilendirilmektedir. Demokratik siyasi kültür, demokrasinin tanımlayıcı niteliklerine ve zorunlu şartlarına bağlılıkla belirginleşmektedir. Demokratik siyasi sistemin sahip olması gereken değerler, demokratik siyasi kültürün ön koşulu ve belirleyicisi olmaktadır.⁵⁷

⁵³ Küçük, a.g.e., s.137.

⁵⁴ Küçük, a.g.e., s.139.

⁵⁵ Küçük, a.g.e., s.141-142.

⁵⁶ Mehmet Tevfik Gülsoy, *Demokrasilerde Siyasi Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s.71.

⁵⁷ Gülsoy, a.g.e., s.85.

Demokratik siyasi kültür, kuşkusuz demokratik topluma bağlıdır. Plattner'in ifadesiyle, "*Demokrasi geniş halk kütlelerinin gözünde cazip olmasına rağmen; özellikle eğitilmiş bir nüfusa, önemli bir orta sınıfa ve demokratik bir kültüre sahip olmayan yoksul ülkelerde sürdürülmesi kolay bir hükümet şekli değildir. Son on beş yılın olayları, demokrasinin ancak zengin batı ülkelerinde sürdürülebileceği görüşünü yıkmıştır; ama demokrasinin bugün bütün dünyada kısa zamanda kurulabileceğini bekleyen yersiz bir iyimserliğe de vücut vermemelidir.*"⁵⁸ Yine Lipset, 1950'li yıllarda demokrasinin çağdaşlaşma, ekonomik gelişme, meşruluk ve hoşgörüyü meydana getiren etkenlerle ilişkisini ortaya koymaya çalışmıştır.⁵⁹ "Üçüncü Dalga" isimli çalışmasında Huntington ise, demokrasiye yeni geçen ülkelerin geleceğinden duyduğu endişeyle, demokratik bir siyasi kültürün geliştirilmesini zorunlu görmektedir.⁶⁰ Dahl da poliarşi⁶¹ için

⁵⁸ Marc F. Plattner, "Demokrasi Anı", *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s.61.

⁵⁹ Seymour Martin Lipset, *Siyasal İnsan*, (Çev. Mete Tunçay), Ankara, Teori Yayınları, 1986, s.25.

⁶⁰ Huntington'dan aktaran Gülsoy, a.g.e., s.86.

⁶¹ Dahl'e göre 20. yüzyıla kadar genel oy kullanma hakkı demokratik ve cumhuriyetçi idareler tarafından hem teoride hem de pratikte reddedilmişti. Genel oy kullanma hakkı, modern demokrasiyi ilk demokrasilerden ayıran en belirgin özelliktir. Dahl bu bölümde "*Poliarşi*" kelimesini kullanmaktadır. Modern temsili demokratik yönetim kurumları bir bütün olarak ele alındığında tarihsel açıdan eşsiz olduğu için bunlara yeni bir ad vermek gerektiği. Bu yüzden, bu modern geniş ölçekli demokratik hükümete kimi zaman *poliarşik demokrasi* denir. Poliarşi kelimesi Yunanca "çok" ve "yönetmek" anlamına gelen kelimelerden meydana gelmiş olup, tek kişinin yönetiminden, yani monarşiden ya da bir azınlığın yönetmesinden, yani oligarşi veya aristokrasiden farklı olarak, "*çok kişinin yönetmesi*" demektir.

Daha açık olarak söylemek gerekirse, *poliarşik demokrasi* yukarıda bahsedilen altı demokratik kuruma sahip olan bir politik sistemdir. Bu sistem, yalnızca sınırlı oy kullanma hakkına sahip olan değil, aynı zamanda siyasi partilerin varlığı, mevcut hükümeti etkilemek veya ona muhalefet etmek amacıyla politik örgütler, düzenli çıkar grupları kurma hakkı vs. gibi poliarşik demokrasinin en temel özelliklerinden de mahrum olan eski demokrasilerden ve cumhuriyetlerden de farklıdır. Dahl, bugün genel olarak demokratik olduğu ifade edilen ülkelerde bunların altısının da bulunduğunu belirtmektedir. Yazara göre demokratik bir yönetim için mutlaka ihtiyaç duyulan siyasi kurumlar, birimin büyüklüğüne bağlıdır. Yukarıda bahsedilen altı kurum, ülkeleri idare edenken gerekli oldukları için ortaya çıkmışlardır, yoksa daha küçük birimler için değil. *Poliarşik demokrasi*, bir ulus devletin veya ülkenin büyük ölçeğinde demokratik idaredir.

Dahl, eğer hükümetin en tepedeki yetkilileri gündemi belirleme ve izlenecek politikaları kabul etme işini vatandaşların isteklerinden bağımsız olarak yaparlarsa bu ihtiyaçların karşılanamayacağını savunmaktadır. Tek kabul edilebilir çözüm, ne kadar kusurlu olsa da, vatandaşların en tepedeki memurları seçmeleri ve gelecek seçimlerde onları görevden uzaklaştırarak, yaptıklarından sorumlu tutmalarıdır.

Yazar, her vatandaşın oy vermek için eşit ve etkin şansı olması gerektiğini ve her oyun eşit sayılmasının zaruri olduğunu vurgulamaktadır. Eğer oy vermede eşitlik sağlanacaksa seçimlerin özgür ve adil olarak yapılması gerekmektedir. İfade özgürlüğü, vatandaşların siyasi hayata etkin olarak katılması için gerekli bir husustur. Vatandaşların, hükümetin kontrolü altında bulunmayan veya başka bir grup ya da görüş tarafından yönetilmeyen alternatif bilgi kaynaklarına erişimlerinin gereklidir. Siyasi partiler gibi bağımsız kurumlar vatandaşlık eğitiminin ve aynı zamanda aydınlanmanın kaynağıdır. Vatandaşlara yalnızca bilgi değil, tartışma, görüşme ve siyasi yetenek kazanma olanakları da sağlarlar. Dahl'a göre pek çok ülkede hedef poliarşik demokrasi seviyesine erişecek kadar demokratikleşmektedir. Fakat daha eski demokrasilerde yaşayanları bekleyen sorun, poliarşik demokrasinin de ötesinde bir demokrasiyi nasıl gerçekleştirecekleridir.

elverişli; ancak yeterli olmayan toplumu “modern, dinamik ve çoğulcu” olarak ifade etmiştir.⁶²

Toplumun demokratik olmasının önemi, sahip olduğu demokratik siyasi sistemi yaşatabilmesiyle kendisini göstermektedir. Birbirlerinden hukuki olarak ayrı yapı-

Dahl, poliarsşik demokrasinin kurumlarının büyük ölçekli bir sistemde, özellikle bir ülkede, devlet yönetimini demokratikleştirmek için kaçınılmaz olduğunu düşünmektedir. Yazar, demokrasi kelimesini ortaya çıkaran ve ilk kullananların Yunanlılar olduğunu söylemekte ve Atina'nın demokrasiyle yönetildiğini reddetmenin, Wright kardeşlerin keşfettiği şeyin, bugünkü uçaklara pek benzediği için bir uçak olmadığını söylemeye benzediğini düşünmektedir.

Yazar bu bölümde “*Zaman ve Sayılar Kuralı*” adlandırdığı bir formül ortaya koymaktadır. Bu formüle göre; *demokratik bir birimde ne kadar çok vatandaş varsa, hükümet kararlarına direkt olarak katılabilecek vatandaşların sayısı da o kadar az olur ve o kadar çok kişinin başkalarına yetki vermesi gerekir.* Poliarsşik demokraside, vatandaşların hükümetlerinin hareketleri ve kararları üzerinde etkili olabilmelerine yardımcı olan kurumların yanında demokratik olmayan bir durum da vardır: *politik ve bürokratik seçkinlerin pazarlığı.* Seçkinlerin pazarlığı, demokratik kurumlar ve süreçler tarafından belirlenen sınırlar arasında gerçekleşmektedir. Bu sınırlar genellikle çok serbest olup, halkın katılımı ve kontrolü çok güçlü değildir. Burada, politik ve bürokratik seçkinlerin karar verme yetkileri çok geniştir. Seçkinler tarafından yapılan pazarlığın kendi karşılıklı hesapları ve dengeler sistemi bulunmaktadır. Seçilmiş temsilciler anlaşma sürecine ne kadar dâhil olurlarsa, halkın istekleri, hedefleri ve değerleri de hükümet kararlarına o kadar katılımda bulunur. Yazara göre demokratik ülkelerde siyasi ve bürokratik seçkinler güçlüdür, sıradan vatandaşların olabileceğinden çok daha güçlüdür, ama despot değildirler.” Sina Kısacık, “Kitap Özeti: Roberth Dahl'dan “Demokrasi Üzerine”, (Çevrimiçi) <http://politikaakademisi.org/2013/02/19/kitap-ozeti-roberth-dahldan-demokrasi-uzerine/>, E. T.: 19.12.2019.

⁶² Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Ankara, Türk Siyasi İlimler Derneği - Türk Demokrasi Vakfı Ortak Yayını, 1993, s.318. Dahl'e göre; “Demokratikleşmeyi çeşitli geniş tarihsel değişimden oluştuğunu düşünmek kolay olacaktır. Birinci aşama, Hegemonyaların ve yarışmacı oligarşilerin yakın-çoğulculuğa dönüşümüdür. Bu, on dokuzuncu yüzyılda batı dünyasının esas olarak üzerinde çalıştığı bir konuydu. İkinci aşamada, yakın-poliarsşinin tam poliarsşiye dönüşümüdür. Bu otuz yıl içinde Avrupa'da gerçekleşti ve buna bağlı olarak geçen yüzyılın sonunda ve Birinci Dünya Savaşında yayıldı. Üçüncü aşama da tam poliarsşinin daha da demokratikleşmesidir. Belki bu tarihi aşama İkinci Dünya Savaşıyla kesilen Demokratik Sosyal devletin Büyük Buhrandan sonra başlayan hızlı gelişmesine bağlı olarak tarihlendirilebilir, bu aşama 1960 ların sonunda değişik sosyal geleneklerin demokratikleşmesi için özellikle gençler arasında yükselen değerlere bağlı olarak kendisini yenilemiş benzerdir... Bazı okuyucular poliarsşi kavramını demokrasiye alternatif olarak gösterilmesine kesinlikle karşı olacaklardır. Fakat burada önemli olan demokrasinin ideal bir sistem olması ile idealin mükemmel olmayan bir çeşidi olarak dikkate alınan kuramsal sözleşme olması arasındaki ayrımı kavramaktır, tecrübeler gösteriyor ki ben de buna inanıyorum, aynı kavram her ikisi için kullanıldığında analizlerde gereksiz karmaşaya ve konu dışında anlamsız argümanların ortaya çıkmasına neden olmaktadır! Ters köşedeki hegemonya belki çok uygun bir kavram olmayabilir, fakat burada ben bu kavramı hiyerarşik, tekelci, kesinlikçi, otokratik, despot, otoriter, totaliter kavramlarından daha uygun buldum, yönetim için yarışma şansında kullandığım “mücadele normal İngilizce kullanımındaki anlamıyla kullandım. İngilizce’de mücadele bir şeyi tartışmayı, çekişmeyi dava etmeyi konu eden yarışma anlamında kullanılmıştır. Bu tartışma, meydan okuma ve yarışma kavramlarının en güzel eşanlamlısıdır. Bununla birlikte kavram yardımcısı bana ilk kez Bertrand de Jouvenel’in “Means of Contestation, (Mücadelenin anlamı) “Government and Opposition I (January 1966): 155-74. adlı eserinde önerilmiştir. Jouvenel’in kullanımı da benimkisi gibidir, Fransızca anlamındaki orijinal haliyle debat, itiraz, conflict, muhalefet. Bu günlüğün aynı baskısında, bununla birlikte Ghita Ionescu (Bazı Tek eyaletli ülkelerde kontrol ve Mücadele) da kavramı yakın fakat daha genel anlamda “sistem karşıtı, radikal zeminde temel ve kesin muhalefet talep eden, düşünce ve ideolojinin farklılıkları” (s.241) kullandığından daha sınırlandırılmış bir kavram ortaya çıkmaktadır, sanıyorum ki bu anlamı Jouvenel sadece makalesinde kullanmıştır.” Robert A. Dahl, “Poliarsşi”, Çev: Memduh Aslan, (Çevrimiçi) <http://www.canaktan.org/politika/demokrasi/makaleler/poliarsi.htm>, 19 Aralık 2019.

landırılmış olan demokrasinin kurumları (yasama, yürütme, yargı) ile siyasi partileri ve gönüllü kuruluşları fiilen oluşturmak; bunun yanında genel oy, dilekçe verme, toplantı ve gösteri yapma hakları gibi hakları hukuk düzenine uyarlamak çok da zor değildir. Geleneksel rejime sahip birkaç ülkeyle sosyalist ülkeler haricinde diğer ülkeler bu kurumları zaman zaman oluşturmuş ve gerekli hukuki düzenlemeleri de yapmışlardır; fakat pek çok ülkede bu demokrasi girişimlerinin kısa bir vakit sonra dikta rejimi veya askeri rejim tarafından rafa kaldırıldığı görülmüştür.⁶³ Bu durumun ekonomik ve kültürel etkenlerden kaynaklandığı da söylenebilir. Örneğin; Latin Amerika ülkelerindeki siyasi topluluklar, ABD siyasi sistemindeki gibi işlememektedir. Nitekim bu ülkelerde günümüzde dahi meşru iktidarların darbelerle karşılaşma ihtimali mevcuttur. Buradan hareketle Lipset, zengin ve Protestan milletlerin demokrasilerinin geliştiği yönünde bir kanaate varmıştır.⁶⁴ Yine Katolik ve yoksul ülkelerde demokrasilerin akamete uğradığı, Protestanlık ve İngiliz geçmişinin etkisiyle yerleşen kültürel etkenlerin demokrasinin vücut bulmasında etkili olduğu savunulmuştur.⁶⁵ Örneğin; Kanada'nın Quebec eyaleti, 1960'lı yıllara kadar Katolik ve Fransızca konuşan, demokratik haklar lehindeki şartlardan yoksun bir görüntü çizmiştir; ancak ülkenin İngilizce konuşan ve Protestan olan kısmında, demokratik güvencelere sahip ve çok partili hayatta yaşayan bir toplumun varlığı göze çarpmaktadır.⁶⁶

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; demokrasinin istikrarlı olması için, bu istikrarı sağlama niyetinde olan bir siyasi kültürün topluma yerleşmiş olması gerekmektedir; çünkü demokrasi, kendi kendine işleyen bir mekanizma değildir.⁶⁷ Demokrasinin ve özelden parti içi demokrasinin oluşturulmasında ve geliştirilmesinde; hoşgörü, başkalarına itimat, siyasi kurumlara olan güven, etkinlik duygusu, siyasi ilgi, siyasi bilgi ve siyasete katılma eğilimlerinin siyasi kültüre yerleşmiş olması gerekmektedir.⁶⁸

Siyasi kültürün, siyasi partiler bakımından bağımsız bir değişken olarak ortaya çıktığı söylenebilmektedir. Siyasi kültür bağlamında her ülke için kendine has farklı özelliklerin bulunması ve bunun, ülkelerin geçirdiği tarihsel gelişim süreçleriyle ilişkili olması, ülkelerdeki siyasi kültürü de buna bağlı olarak şekillendirmiştir.⁶⁹ Tarihsel gelişim süreci, siyasi kültür bakımından bilhassa partile-

⁶³ Gülsoy, a.g.e., s.86.

⁶⁴ Seymour Martin Lipset, "Siyasal Kültürün Merkeziliği", *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, (Çev. Levent Köker), Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s.171-172.

⁶⁵ Gülsoy, a.g.e., s.87.

⁶⁶ Lipset, a.g.m., s.172.

⁶⁷ Gülsoy, a.g.e., s.88.

⁶⁸ Ersin Kalaycıoğlu, "Türkiye'de Siyasal Kültür ve Demokrasi", *Türkiye'de Demokratik Siyasal Kültür*, Ankara, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, 1995, s.51-52.

⁶⁹ Nüket Turgut, *Siyasal Muhalefet*, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984, s.92.

rin kökenlerinin incelenmesinde önem arz etmektedir. Partilerin kökenlerindeki özellikler, partilerin sonraki yapılarını ve davranışlarını da belirlemektedir.⁷⁰ Özbudun'a göre; siyasi partilerin sosyalleşme, devşirme ve menfaatleri birleştirme fonksiyonlarını yerine getiriş tarzları, bir yandan onların iç niteliklerine; öte yandan da içinde faaliyette buldukları siyasi ve sosyal çevrenin mahiyetine bağlıdır. Toplum ve onun siyasi kültürü parti fonksiyonlarını belirleyebileceği gibi, partilerin fonksiyonları da toplumun ve kültürün değişmesinde etken olmaktadır. Yani burada tek yönlü bir ilişkinin değil, karşılıklı bir etkileşimin olduğundan söz edilebilmektedir.⁷¹

Siyasi partilerin en önemli işlevlerinden birisi menfaatlerin birleştirilmesidir. Bu bakımdan siyasi kültürü parçalanmış bir toplumda uzlaşma kültürünün yerleşmediğinden bahisle menfaatlerin birleştirilmesi çok da mümkün görünmemektedir. Bu durumda siyasi sistemin önemli kararlar alabilme yeteneği ciddi manada zayıflamaktadır. Buna ilişkin verilebilecek en iyi örnek İtalya'dır. İtalya'nın tarihsel gelişim sürecinin sonucu olarak değerler ve inançlara bakımından birbirinden ayrılmış siyasi partilerin mevcudiyeti göze çarpmaktadır.⁷² Siyasi kültürdeki ayrılıkların bir nedeni olarak da liberal değerlerin ya da kapitalist kültürün toplumsal yapıya yerleşmiş olup olmaması gösterilebilir. Liberal değerlerin ya da kapitalist kültürün topluma yerleşme ve yaygınlık kazanma derecesi ne kadar yüksekse; muhalif düşüncelerin ve partilerin etkinliklerinin de o kadar azalacağı belirtilmektedir. Bu hususta Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri örneklerinde, liberal değerlerin ya da kapitalist kültürün yaygın ve hâkim rolü, bu ülkeleri Fransa ve İtalya Cumhuriyetlerinden ayırmaktadır.⁷³

Siyasi partilerin bir diğer işlevi, siyasal sosyalleşme olarak adlandırılan, siyasi hayattaki rollerin öğrenilmesi, siyasi kültürün benimsenmesi ve idame ettirilmesi sürecidir. Siyasi partiler marifetiyle, siyasi sisteme çok sayıda insanın katılması, bu insanların siyasi sistemle güçlü ve sürekli bir ilişki içerisine girmesine olanak sağlamaktadır.⁷⁴ Bu işlevin iki yönü bulunmaktadır. İlki, mevcut siyasi kültürün pekiştirilmesi, diğeri ise bu kültürün değiştirilmesi suretiyle değerlerin ve inançların oluşturulmasıdır.⁷⁵ Almond ve Powell'a göre; her toplum, siyasetle halkını sosyalleştirmenin yollarına sahiptir. Bununla beraber,

⁷⁰ Gülsoy, a.g.e., s.89.

⁷¹ Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.109.

⁷² Özbudun, a.g.e., s.94-95.

⁷³ Turgut, a.g.e., s.92.

⁷⁴ Gülsoy, a.g.e., s.91.

⁷⁵ Özbudun, a.g.e., s.108.

siyasi partiler tarafından sosyalizasyon⁷⁶ rolü çok farklı oynanmaktadır. Bu hususta, yönedikleri amaca göre siyasi partileri üçe ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, yarışmacı bir parti sistemine has olup, yasama organında azami sandalye kazanmak için çalışmayı teşvik eden temsilci partilerdir. Britanya Muhafazakar Partisi, Hindistan Kongre Partisi, Fransa Komünist Partisi, Almanya Sosyal Demokrat Partisi ve iki Amerikan partisi (Demokrat Parti ve Cumhuriyetçi Parti) bu sınıfta yer almaktadır. Bu tip partiler ya sık sık iktidar olmakta ya da önemli muhalefet partisi olarak varlıklarını sürdürmektedir. İkinci grupta ulusal partiler bulunmaktadır. Tanzanya Afrika Ulusal Birliği (TANU) bu gruba girmektedir. Üçüncü gruba ise, mobilize veya entegre edici partiler girmektedir. Meksika Birleşik Devletleri'ndeki Kurumsal Devrimci Parti, Çin Komünist Partisi ve Sovyetler Birliği Komünist Partisi bu grupta değerlendirilebilir. Bu partiler, rejim liderlerinin amaçları etrafında halkı mobilize etmekte; baskıcı yarışmaya ve monopol olmaya yönelmektedirler. Burada Sovyetler Birliği Komünist Partisi'nin (SSCB dağılmadan önce) ve Çin Komünist Partisi'nin siyasi arenada monopol olduğunu ve bu ülkelerde başka siyasi hareketlerin oluşmasına müsaade etmediklerini belirtmekte de fayda vardır.⁷⁷

Demokratik sistemlerde siyasi kültür daha yerleşik ve de daha istikrarlı olduğundan, siyasi partiler de genellikle bu kültürün geliştirilmesi yönünde eğilim göstermektedir. Bunun istisnası olarak ise Fransa Cumhuriyeti örneği verilebilir. Fransa Cumhuriyeti'nde her kültür grubunun alt kesiminin ayrı siyasi partilerle temsili söz konusudur. Fransa Cumhuriyeti açısından; mevcut değer ve inanç kalıplarının partiler tarafından pekiştirilmesi, kültürel bölünmelerin daha hızlı gerçekleşmesine sebep olabilecektir. Siyasi kültürün türdeş olduğu toplumlardaysa mevcut kültürü pekiştirmek daha kolay görünmektedir. Örneğin; ulusal bütünleşmede Amerika Birleşik Devletleri'ndeki siyasi partilerinin oynadığı rol genellikle olumlu olmaktadır.⁷⁸

⁷⁶ "Sosyalizasyon (Toplumsallaşma) bir ferden (duruma göre bir grubun) üyesi olduğu veya olacağı grup ya da toplumun kültür, değer ve normlarını öğrenerek o toplumun aktif bir üyesi haline gelmesidir. Baska bir tanıma göre toplum hayatına hazırlanma sürecidir. Bu arada değer ve norm kurallarına değinmekte fayda vardır. Sosyalizasyon aynı toplumda bulunan bireyler arasında sosyal kontrol oluşturur. Diğer anlamıyla sosyalizasyon, toplumdaki düzeni sağlayan küçük grupların bireyin sosyal bir varlık haline gelmesine sağladığı katkıdır." Sosyalizasyon Nedir?, (Çevrimiçi) <http://sosyalizasyon.nedir.org/>, E.T.: 23.12.2019. Sosyalizasyon kavramı, özellikle antropoloji, sosyoloji ve sosyal psikolojinin çalışma alanlarında sıklıkla kullanılmaktadır. Anılan disiplinlerin sosyalizasyon kavramına yükledikleri anlam, bireyin toplumun işlevsel bir üyesi olabilmesi için gerekli bilgi, beceri ve motivasyonu ifade etmektedir. Bkz.: Margaret E. Hardy/Mary Ellen Conway, *Role Theory Perspective for Health Professionals*, Prentice Hall, Second Edition, USA, 1988, p.73-80.

⁷⁷ Almond ve Powell'dan aktaran Gülsoy, a.g.e., s.91-92.

⁷⁸ Özbudun, a.g.e., s.108-109.

Toplumdaki kültürün, çatışma ya da uzlaşma eğiliminin bulunmaması, partilerin içinde veya dışında sergileyecekleri tutumu ve benimseyecekleri stratejiyi belirlemektedir. Uzlaşmayı benimseyen siyasi kültür, ılımlı ve iş birlikçi bir siyasi çerçeve meydana getirmekte ve ödünçü bir tavır takınmaktadır. İsveç Krallığı, Belçika Krallığı ve Hollanda Krallığı gibi devletlerde bu kültürel özellik kendisini göstermektedir. Bilhassa Hollanda Krallığı'nda, toplumdaki sosyal bölünmeleri yansıtmalarına rağmen partiler, önemli sayılabilecek sorunların derinleşmesine fırsat vermemekte, ılımlı yaklaşımı yeğlemektedirler.⁷⁹

SONUÇ

Tarihsel ve toplumsal gelişme süreci içinde oluşturulan maddi ve manevi değerler ile bunları oluşturmada, sonraki nesillere aktarmada kullanılan, insanın doğal ve toplumsal çevresine egemenliğinin ölçüsünü gösteren araçların bütünü ifade eden siyasi kültür, toplumların siyasi yapısını değerlendirmemiz açısından bizlere önemli veriler sunmaktadır. Siyasi kültüre yerleşen davranışlar, şüphesiz siyasi partilerin topluma yansıttıkları davranışlarının temeli olmaktadır. Bu davranış, parti içindeki tutumu da izah etmemiz bakımından önem arz etmektedir. Siyasi kültür nasıl davranmaya müsaade ediyorsa; parti içinde de o tarz bir idarenin kendisini göstermesi kaçınılmaz olmaktadır.

Siyasi kültür, toplumdan topluma farklılık barındırmakla beraber genel olarak; yöresel siyasi kültür, uyruklu siyasi kültürü ve katılımcı siyasi kültür biçiminde sınıflandırılmaktadır. Partilerin, bu sınıflandırmalardan hangisinin içinde bulunduğuna göre şekil aldığı ifade edilebilir. Siyasi kültürün ölçüleri ise; milli özdeşleşme, kişinin vatandaşlarıyla özdeşleşmesi, iktidar uygulaması ve karar alma süreci olarak tasnif edilmektedir. Toplumun siyasi kültürdeki reaksiyonunu, siyasi kültürün ölçülerinin değerlendirilmesi hususunda önemli bir faktör olarak ele almak gerekmektedir.

Türk siyasi kültürüne bakacak olursak; siyasi kültürün, Anadolu'ya yerleşen Türklerin kavmi özelliklerinden, İslam uygarlığından ve Türklerin Anadolu ve Rumeli'den edindikleri deneyimlerin sonucundan etkilendiği görülecektir. Osmanlı Devleti'ndeki siyasi kültürün, Osmanlı Devleti'nin yıkılması ve yerine Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla beraber yönetim biçiminde değişiklik gerçekleşmesiyle farklı bir boyuta taşındığı söylenebilir. Cumhuriyetin ilanı ile Osmanlı Devleti'ndeki monarşik yapı, devletçi bir yönetim sistemine evrilmiştir. Bu yönetim şeklinin de 1950 yılında Demokrat Parti'nin iktidarı ele almasıyla devlete ağırlık veren yönetim şekline, topluma ağırlık veren bir siyasi sisteme dönüşmüştür.

⁷⁹ Gülsoy, a.g.e., s.93.

Çalışmamızda incelediğimiz konulardan biri olan kültürel gelişmişlik - parti içi demokrasi ilişkisine baktığımızda, kültürel gelişmişliğin parti içi demokrasiyle pozitif ilişkisi göze çarpmaktadır. Bu nedenle siyasi kültür değerlendirilken, kültürel gelişmişlikten ayrı olarak ele alınmamalıdır. Kültürel gelişmişlik, siyasi kültürün oluşmasında ve demokrasinin gelişmesinde önemli katkılar sunmuştur. Günümüzde kültürel gelişmişliği yüksek olan ülkelerde siyasi kültürün de yerleşmiş olduğunu ve bunun demokrasinin gelişmesine imkân sağladığını belirtmek gerekmektedir. Siyasi kültür bakımından birtakım farklar barındırsalar da gelişmiş Batı ülkelerinde demokrasinin kendiliğinden, siyasi sistemin evrimi ile ortaya çıktığı, bu şekilde istikrar bulduğu ve pekiştiği belirtilebilir. Bunun parti içi demokrasiye de katkısı olmuş, gerek anayasalarda gerekse diğer yasalarda yapılan düzenlemelerle parti içi demokrasi iç hukuktaki yerini almıştır. Bu bakımdan kültürel anlamda gelişmişliğini tamamlayamamış ve modern dünyaya ayak uyduramamış demokratik olmayan ülkelerde parti içi demokrasinin, bir kavramdan öteye geçemeyeceğini söylemekte fayda vardır.

Diğer taraftan, farklı ülkelerde parti içi demokrasi - siyasi kültür ilişkisi irdelendiğinde, siyasi partilerin; devlet, siyasal sistem, anayasal normlar ve otorite gibi hususlarda gerek toplumdaki siyasi kültürden gerekse alt kültürlerden etkilendikleri ve bunun sonucu olarak da parti içi demokrasilerini işlettikleri görülmektedir. Parti içi demokrasilerin, demokratik siyasi sistemin içerisinde kendisini daha fazla hissettirdiğini söylemek de doğru olmaktadır. Demokratik sistemlerde siyasi kültür daha yerleşik ve de daha istikrarlı olduğu için, siyasi partiler bu kültürün geliştirilmesi yönünde eğilim göstermektedir.

Diğer taraftan siyasi partilerin; devlet, siyasal sistem, anayasal normlar ve otorite gibi hususlarda gerek toplumdaki siyasi kültürden gerekse alt kültürlerden etkilenmemeleri söz konusu olmamaktadır.⁸⁰ Bu, siyasi partilerin demokrasiden anladıklarının somut biçimde partilerine yansıtılmasında da önem arz etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, parti içi demokrasinin gelişmesi için, o devlette demokratik siyasi sistemin yerleşmiş olmasının önemi büyüktür. Bu bakımdan siyasi kültür-parti içi demokrasi bağlantısının birbiriyle uyum içinde hareket edebileceğinin rahatlıkla söylenebileceği kanaatindeyiz.

Son olarak, Erdoğan'ın da isabetli olarak belirttiği gibi,⁸¹ siyasi partiler günümüzde hala birçok devlette geniş toplum kesimleri için siyasal katılmanın başlıca araçları konumundadırlar. Özellikle Türkiye'de, siyasi partilerin kolektif ifade araçları olarak güvence altında olmaları bireyler için çok önemlidir. Ül-

⁸⁰ Gülsoy, a.g.e., s.94.

⁸¹ Mustafa Erdoğan, "Siyasi Partiler, Devlet ve Demokrasi", *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar 2001, s.60.

kemizde bireylerin başka alanlarda özgür tartışma ve kamu siyasetine ilişkin önerilerde bulunma imkânları zaman zaman çağdaş demokratik sistemlerle karşılaştırıldığında oldukça sınırlı olabilmektedir. Bu durum da ülkemizde siyasi partilerin adeta “kurtarılmış bölgeler” gibi işlev görmelerine neden olmaktadır. Erdoğan’ın bu çıkarımlarından, “parti içi demokrasi”nin siyasi partilerin kurumsallaşması bakımından önemli olduğu kadar bireylerin başka alanlarda özgür tartışma ve kamu siyasalarına ilişkin önerilerde bulunma temel hakları bakımından da hayati rol oynadığı sonucuna varabiliriz.

KAYNAKÇA

- Ahmet N. Yücekök, *Siyasetin Toplumsal Tabanı (Siyaset Sosyolojisi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1987.
- Ahmet, Mumcu, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Egemenlik Kavramı ve Gelişmesi*, Ankara, TBMM Yayınları, 1985.
- Ali Fuat Gökçe, "Siyasi Partilerde Parti İçi Demokrasi ve Disiplin Algısı: Türkiye", *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi / Journal of Academic Researches and Studies*, 2013, S.9.
- Ali Yaşar Sarıbay/Süleyman Seyfi Ögün, *Bir Politikbilim Perspektifi*, 1. Baskı, Bursa, Asa Kitabevi, 1998.
- Alişan Uçan, *Bir Siyasal Kültür Olarak Halkın Belediye Yönetimine Katılımı: Beylikdüzü Örneği*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Andrew Heywood, *Siyaset*, (Çev. Bekir Özipek), Ankara, Adres Yayınları, 2007.
- Ayşe Ayata/Özlem Gölgelioglu Klujs, "Siyasi Kültür", *Siyaset Sosyolojisi*, (Haz: Feride Acar / Hasan Faruk Uslu), Ankara, Dipnot Yayınevi, 2016.
- Burhanettin, Coşkun, "Türk Kamu Yönetimi Perspektifinde Soğuk Savaş Sonrası Oluşan Yeni Tehditler", *Alternatif Politika*, 2017, C.9, S.1.
- Bülent Tanör, "Siyasi Partiler Yasası", *TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi-1*, İstanbul, TÜSİAD Yayınları, 1997, s.19
- Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- Erol Güngör, *Kültür Değişmesi ve Milliyetçilik*, İstanbul, Ötüken Yayınları, 1986.
- Ersin Kalaycıoğlu, "Türkiye'de Demokrasi'nin Pekişmesi: Bir Siyasal Kültür Sorunu", (Çevrimiçi) <http://research.sabanciuniv.edu/8882/>, E.T.: 22.10.2019.
- Ersin Kalaycıoğlu, "Türkiye'de Siyasal Kültür ve Demokrasi", *Türkiye'de Demokratik Siyasal Kültür*, Ankara, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, 1995.
- Esat Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, İstanbul, Der Yayınları, 1995.
- Esra Akay, *Siyasal Toplumsallaşma, Siyasal Kültür ve Siyasal Katılım Arasındaki İlişkinin Kavramsal Analizi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Fatma Okur Çakıcı, "Osmanlı'dan Türkiye'ye Siyasal Miras: Türk Siyasal Kültürü Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2016, C.1, S.2.
- Kemal, Görmez, *Kent ve Siyaset*, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi Yayınları, 1997.

- Marc F. Plattner, “Demokrasi Anı”, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.
- Margaret E. Hardy/Mary Ellen Conway, *Role Theory Perspective for Health Professionals*, Prentic Hall, Second Edition, USA, 1988, p.73-80.
- Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi*, (Çev. Şirin Tekeli), İstanbul, Varlık Yayınları, 1982.
- Mehmet Tevfik Gülsoy, *Demokrasilerde Siyasi Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000.
- Metin Heper, *Türkiye'nin Siyasal Hayatı*, İstanbul, Doğan Kitap, 2011.
- Murat, Yanık, *Parti İçi Demokrasi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- Mustafa Erdoğan, “Siyasi Partiler, Devlet ve Demokrasi”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar 2001, s.59-66.
- Nilüfer Göle, “80 Sonrası Politik Kültür”, *Türk Siyasal Hayatı*, 5. Baskı, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu / Ali Yaşar Sarıbay), Ankara, Sentez Yayınları, 2014.
- Nükhet Turgut, *Siyasal Muhalefet*, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984.
- Ömer Çaha, *Aşkın Devletten Sivil Topluma*, İstanbul, Gendaş Kültür, 2000.
- Özer Ozankaya, “Prof. Dr. İnan Özer’in Siyasal Kültür, Demokrasi ve Demokratik Değerler Adlı Makalesinin Değerlendirilmesi”, (Çevrimiçi) <http://www.angelfire.com/oz/sosyo/siyasalkultur.htm>, E.T.: 29.07.2019.
- Robert A. Dahl, “Poliarşi”, Çev: Memduh Aslan, (Çevrimiçi) <http://www.canaktan.org/politika/demokrasi/makaleler/poliarsi.htm>, E.T.: 19.12.2019.
- Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Ankara, Türk Siyasal İlimler Derneği - Türk Demokrasi Vakfı Ortak Yayını, 1993.
- Robert H. Lavenda/Emily A. Schultz, *Kültürel Antropoloji: Temel Kavramlar*, (Çev. Dilek İşler ve Onur Hayırlı), Ankara, Doğubatu Yayınları, 2017.
- Seymour Martin Lipset, “Siyasal Kültürün Merkeziliği”, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, (Çev. Levent Köker), Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.
- Seymour Martin Lipset, *Siyasal İnsan*, (Çev. Mete Tunçay), Ankara, Teori Yayınları, 1986.
- Sina Kısacık, “Kitap Özeti: Robert Dahl’dan “Demokrasi Üzerine”, (Çevrimiçi) <http://politikaakademisi.org/2013/02/19/kitap-ozeti-roberth-dahldan-demokrasi-uzerine/>, E.T.: 19.12.2019.

Suavi Tuncay, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1996.

Tevfik Sönmez Küçük, *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Tuğba Yolcu, “Türkiye’de Siyasal Kültür ve Siyasal Liderlik Anlayışının Temelleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2019, C.12, S.1.

Zafer Durdu, “Siyasal Kültür, Modern Devlet ve Demokrasinin Demokratikleştirilmesi”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2018, C.11, S.61.

Zafer Durdu, *Türkiye’de Siyasal Kültürü Anlamak*, Ankara, Kadim Yayınları, 2013.

Diğer Kaynaklar:

Indian Electronic Theses and Dissertations, *Theoretical Orientation and Review of Past Studies*, (Çevrimiçi), https://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/50445/12/12_chapter%202.pdf, E.T.: 21.10.2019.

Sosyalizasyon Nedir?, (Çevrimiçi) <http://sosyalizasyon.nedir.org/>, E.T.: 23.12.2019.

Türk Dil Kurumu, *Genel Türkçe Sözlük*, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, E.T.: 15.11.2019.

Wikipedia, *Culture*, (Çevrimiçi) <http://www.wikipediathefreeencyclopedia>, E.T.: 10.11.2019.

Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması(*)

Abolotion of Adoption Relationship to the
Turkish Civil Code

Arş. Gör. Dr. **Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN**(**)

Öz

Evlat edinme kurumuyla, evlat edinen ile evlatlık arasında kurulan ilişkinin sürekli olması, böylelikle doğal soybağı ilişkisine benzer bir ilişkinin ortaya çıkması amaçlanmaktadır. Bu süreklilik ve ilişkinin ortadan kaldırılamaması ise tam evlat edinme sisteminin taşıdığı bir özelliktir.

Türk Medeni Kanunu, mülga Kanundan farklı olarak geçerli bir şekilde kurulan evlatlık ilişkisinin sona erdirilmeyeceğini düzenlemektedir. Kan bağına dayanan soybağının tarafların anlaşması yoluyla sona erdirilmesi mümkün olmadığı gibi, evlat edinme yoluyla kurulan soybağının da sona erdirilmesi mümkün olmamaktadır. Böylelikle, tarafların keyfi olarak evlatlık ilişkisini sonlandırması önlenmektedir. Mahkeme kararıyla kurulan evlatlık ilişkisinin ancak kanunda aranan şartlarda eksiklik olması halinde, yine mahkeme tarafından kaldırılmasına imkan tanıyan bir düzenleme söz konusudur. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması başlığı altında, mülga Medeni Kanun döneminde iptal ve butlan sebepleri olarak düzenlenen haller incelenmiştir.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açan sebepler, Kanunda sınırlı olarak düzenlenmektedir. Bu sebepler, evlat edinme konusunda rızasının alınması gereken kişilerin rızalarının alınmamış olması, esasa veya usule ilişkin eksiklerin bulunmasıdır.

Anahtar Kelimeler

Evlat Edinme, Soybağı, Mahkeme Kararı, İlişkinin Kaldırılması, Kaldırılma Sebepleri.

Abstract

It is aimed with the adoption institution that the relationship established between adoptive and adopted will be continuous and so that a relationship similar to the natural ancestry relationship will emerge. This continuity and the inability to eliminate the relationship is a feature of the full adoption system.

The Civil Code in force stipulates that, in contrast to the abolished Civil Code, the adoption relationship established in a valid manner cannot be terminated. It is not possible to terminate the bloodline based lineage through the agreement of the parties, nor to terminate the lineage established through adoption. Thus, the parties are prevented from arbitrarily ending the adoption relationship. There is an legal arrangement that allows the abolition of the adoption relationship

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 02.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 04.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 17.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5099-0178>.

established by the court decision, to be abolished by the court only if the conditions required by the law are deficient. Under the title of abolition of the adoption relationship, the situations regulated as annulment and cancellation according to the abolished Civil Code were examined.

The reasons for the abolition of the adoption relationship are regulated *numerus clausus* by the Civil Code. These reasons are the lack of consent of the persons whose consent must be obtained in adoption, and deficiencies in terms of basis or procedures.

Keywords

Adoption, Relationship, Court Decision, Abolition of the Adoption, The Reasons for the Abolition of the Adoption.

1. GİRİŞ

Evlad edinmede benimsenen evlat edinen ile evlatlık arasında gerçek soybağına benzer bir ilişki kurmaktır. Dolayısıyla evlat edinme ilişkisi kurulduktan sonra kural olarak evlat edinmenin ortadan kaldırılmaması gerekmektedir.¹

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (Türk Medeni Kanunu) evlatlık ilişkisinin sona ermesini bir istisna olarak görüp; bazı şartların gerçekleşmesi halinde bu ilişkinin kaldırılabilmesini kabul etmiş ve bu durum için “evlatlık ilişkisinin kaldırılması” terimini kullanmıştır.²

743 sayılı Medeni Kanun (mülga Kanun) evlat edinme ilişkisinde evlat edinmenin yokluğunu, butlan ve iptal sebebiyle evlat edinmenin geçersizliğini kabul etmişti.³ Evlat edinmede evlatlık veya evlat edinen açısından aranan maddi şartların eksik olması durumunda butlanın varlığından söz edilirdi.⁴ Evlat edinmenin taraflarından birinin fiil ehliyetinden yoksun olması, yaşa ilişkin şartlara uyulmaması

¹ Başak, Görgeç Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C.14, S.1-2, s.354; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s.242; Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.646. Geçerli olarak kurulan evlat edinmenin ortadan kaldırılamaması doktrinde evlat edinmenin çözümezliği veya ortadan kaldırılamazlığı olarak ifade edilmektedir. İsviçre hukukunda bu durumun karşılığı olarak “*Unaufhebbarkeit*” ya da “*Unauflösigkeit*” terimleri kullanılmaktadır. Cyril Hegnauer, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Artikel 252-269c ZGB*, Bern, Art.267 Rn.18-19 ve Art.269; Mehmet Işık, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evlat Edinme*, Ankara, 2005, s.137.

² Baygın, *a.g.e.*, s.242; Görgeç, *a.g.m.*, s.355; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.646-647. Evlatlık ilişkisi sözleşme ile kurulmadığından sözleşmenin iptali anlamına gelen evlatlığın iptali yerine kaldırılması terimi kullanılmıştır. Kanunun kaldırma ile ifade etmek istediği, sadece mahkeme kararıyla kurulan evlat edinme ilişkisinin yine sadece mahkeme kararıyla ortadan kaldırılabilmesidir.

³ Işık, *a.g.e.*, s.130-131; Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1998, s.264; Ülker Gürkan, *Evlad Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemelerden Ayrı Bası*, Ankara, 1974, s.191-192; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.654; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, (Gözden geçirilmiş 2. Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.64 vd.

⁴ Ruhi, *a.g.e.*, s.64; Görgeç, *a.g.m.*, s.355; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.654-655.

olunması, evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmiş olmaları, evlat edinen kişi ya da eşlerin ayırt etme gücünün bulunmaması, evlat edinen kişinin nesebi sahih altoşunun bulunması,⁵ özel temsil yetkisi bulunmadan evlat edinme işleminin gerçekleştirilmesi butlana sebep veren haller olarak kabul edilmekteydi. Evlat edinmenin butlanını, evlat edinme işleminin tarafları, ilgililer ve savcı talep edebilirdi. Açılacak olan butlan davası için ise herhangi bir süre sınırlaması getirilmemişti.⁶

Evlat edinmenin iptali ise evlat edinme ilişkisinin doğması için rızası arananların rızasının alınmamış olması ya da alınan rızanın hata, hile, ikrah sebeplerinden biriyle sakatlanmış olması durumunda söz konusu olurdu.⁷ Butlan davasından farklı olarak, evlat edinmenin iptalini talep edebilecek kişiler bakımından bir sınırlama mevcuttu. İptal isteminde bulunabilecek olanlar, rızası alınmayan ya da rızası alınırken rızası sakatlığa uğramış olanlardı.⁸ Yine butlan davasından farklı olarak iptal davası açabilmek için getirilen bir süre sınırı vardı.⁹

Mülga Kanun döneminde geçerli olarak kurulan bir evlat edinmenin kendiliğinden sona ermesi mümkün olduğu gibi, bir mahkeme kararıyla¹⁰ ya da taraf-

⁵ “Evlatlık sözleşmesinin yapıldığı tarihte gerçekte var olup da nüfusa kaydedilmemiş bulunan sahih nesepli fûruun varlığı evlatlık sözleşmesini geçersiz kılar.” Yargıtay vermiş olduğu 10.11.1980 tarihli kararında sahih nesepli altoşu bulunan kişinin evlat edinme sözleşmesine taraf olmasının mümkün olmadığına; yapılan sözleşmenin geçersiz olduğuna oybirliğiyle karar vermiştir. Hatta kararda, sözleşmenin gerçekleştiği sırada aslında gerçekte var olan ancak nüfusta kaydı bulunmayan sahih nesepli altoşunun varlığının evlat edinme sözleşmesini geçersiz kılacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD. 10.11.1980, E.1980/7398, K.1980/7814, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-1980-7398.htm>, E.T.: 04.01.2019. Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. Yargıtay 2.HD. 13.10.2000, E.2000/10143, K.2000/12199, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2000-10143.htm>, E.T.: 04.01.2019.

⁶ Görgeç, *a.g.m.*, s.355; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.655-656; Ruhi, *a.g.e.*, s.64.

⁷ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.656; Görgeç, *a.g.m.*, s.356.

⁸ Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.264; Ruhi, *a.g.e.*, s.66; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.656. Ayırt etme gücünden yoksun evlatlığın ana ve babasının rızasının ya da vesayet altında olan evlatlık bakımından vasi ve vesayet dairelerinin rızalarının aranması gerekliydi. Bunların eksikliği halinde iptal sebebiyle dava açma hakları mevcuttu. Ayrıca belirtmek gerekir ki, alınmamış ya da hata, hile, ikrah sebeplerinden biriyle sakatlanarak alınmış bir rızaya rağmen taraflar evlat edinme işlemi ayakta tutmak istemiş olmaları da mümkündü. Böyle bir durumda ise, evlat edinen öldükten sonra onun mirasçılarının evlatlık sözleşmesinin iptali için dava açmaları dürüstlük kuralına aykırılık oluştururdu. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD. 24.11.1975, E.1975/7209, K.1975/8971. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-1975-7209.htm>, E.T.: 04.01.2019.

⁹ Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.264; Görgeç, *a.g.m.*, s.356. Aydoğdu'ya göre, evlat edinmenin iptali için, TBK'da öngörülmuş olan genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin uygulanması daha doğru olurdu. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.656. Gürkan ise, evlat edinmelerdeki iptal talepleri bakımından iptal sebebinin öğrenildiği veya ikrahın ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık sürenin uygulanması gerektiğini savunmuştur: Gürkan, *a.g.e.*, s.192.

¹⁰ Evlat edinmenin bir mahkeme kararıyla kaldırılmasına “ref” denilmekteydi. Bu husus mülga Medeni Kanununun 258. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti: “*Evlatlık mukavelesi hakkındaki kaidelere riayet şartıyla, evlatlık rabitası, iki tarafın rızasıyla her zaman kaldırılabilir. Evlatlık rabitası, muhik sebeplere istinat halinde evlatlığın ve mirasından mahrum bırakacak bir hal hususunda evlatlık edinen kimsenin talebi üzerine, hâkim tarafından dahi refedilir. Ref evlatlık rabitasının istikbale ait bütün hükümlerini izale eder ve kat'idir.*”

ların anlaşmasıyla¹¹ da ortadan kaldırılabilmesi mümkündür.¹² Evlat edinme sözleşmesi tarafların anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilirdi. Bu ortadan kaldırılmanın geçerli olması için, evlat edinenin ikametgâhındaki hâkimin izninin alınması ve noterde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına dair aralarında bir anlaşma yapmaları gerekirdi.¹³ Tarafların kendi aralarında anlaşmalarını durumunda, evlat edinen veya evlatlık hâkime başvurarak aralarındaki evlatlık ilişkisinin sona ermesini talep edebilirlerdi.¹⁴ Evlat edinenin dayandığı sebeplerle evlatlığın dayandığı başvuru sebeplerinde farklılık bulunmaktaydı. Evlatlığın evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebiyle hâkime başvurabilmesi için haklı sebebin varlığı aranmaktaydı.¹⁵ Haklı sebeplerin neler olduğu ise her somut talep bakımından hâkimin takdirine bırakılırdı.¹⁶ Evlatlık eğer küçük ya da ayırt etme

¹¹ Bu sona erme sebebi "rızaî ref" ya da "ikale" olarak olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.657; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s.379.

¹² Baygın, *a.g.e.*, s.242; Görgeç, *a.g.m.*, s.354. Evlat edinmenin kendiliğinden sona ermesi, evlat edinen ile evlatlık veya bunlardan biri ile diğerinin eşi arasında, var olan evlenme yasağına rağmen bir evlilik gerçekleşmesi halinde söz konusu olmaktadır.

¹³ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.379; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.657; Şakir Berki, *Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme*, Ankara, 1962, s.165 vd. Tarafların anlaşmasıyla evlatlık ilişkisinin kaldırılabilmesi için, hâkimden izin istenmesi ve noterde resmi senet düzenlenmesi gerekiyordu; ancak yasal temsilcinin veya vesayet dairelerinin ya da eşin izninin arandığı durumlar varsa onların da muvafakat vermesi zorunluydu. Belirtmek gerekir ki, evlat edinen evlatlığın yasal temsilcisi sıfatıyla böyle bir anlaşmayı akdedemezdi. Detaylı bilgi için bkz. Selahattin Sulhi, *Tekinay Türk Aile Hukuku*, İstanbul, 1982, s.489-490.

¹⁴ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.379-380; Tekinay, *a.g.e.*, 400 vd.; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.657 vd.; Berki, *a.g.e.*, s.164 vd.; Oğuz Sadık Aydos, Yeni Medeni Kanun'a Göre Evlat Edinme, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C.4, S.1-2, s.136; Gürkan, *a.g.e.*, s.193-194; Baygın, *a.g.e.*, s.242; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.266; Görgeç, *a.g.m.*, s.353-354.

¹⁵ Bu husus mülga Medeni Kanununun 258. maddesinde şöyle ifade edilmişti: "Evlatlık rabitası, muhik sebeplere istinad halinde evladlığın ... talebi üzerine hakim tarafından dahi ref edilebilir."

¹⁶ Örneğin evlat edinenin şerefsiz, haysiyetsiz bir hayat sürmesi, evlatlığa bakmaması, evlatlığa sarkıntılık etmesi, velayet hakkını ağır bir şekilde kötüye kullanması, evlatlığı fuhuşa ya da suç işlemeye zorlaması vb. davranışlarda bulunması. Bu konuda bkz. Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.380 vd.; Tekinay, *a.g.e.*, 491; Aydos, *a.g.m.*, s.136, dn.51; Berki, *a.g.e.*, s.171-172; Gürkan, *a.g.e.*, s.174; Işık, *a.g.e.*, s.131-132; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.265; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.660. Doktrinde evlatlığın hakimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını değil de evlat edinene ait velayet hakkının kaldırılmasını isteyip isteyemeyeceği tartışılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.02.1960 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, evladlığın, MK md.285 uyarınca bu hali haklı bir sebep olarak ileri sürüp hâkimden evladlığın refini istemesi mümkün iken bu yoldan gitmeyerek, hem evladlık bağının devamını istemesini, hem de, evlat edinenin evlatlığa karşı bütün manevi ve kanuni bağlarını yok edecek tarzda velayetin nezi'ini talep etmesini açıkça hakkın kötüye kullanılması saymıştır. Karar için bkz. Hilmi Yazıcı/Hasan Atasoy, *Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı*, No: 1019, Ankara, 1970, s.579. Feyzioğlu'na göre, evlatlığın evlat edinenin velayet hakkını ağır surette kötüye kullanması örneğinde, hem evlatlık bağının devamını istemesi hem de velayet hakkını ağır surette kötüye kullandığını iddia ettiği evlat edinenin velayet hakkının ortadan kaldırılmasını istemesi iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayan bir taleptir. Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.380. Tekinay ise, evlat edinenin böyle bir talebi varsa her durumda velayet hakkının kaldırılmasını istemesinin hakkın kötüye kullanılması sayılmayacağını ifade etmektedir. Yazara göre, evlat edinen velayet hakkını aciz sebebiyle layıkıyla yerine getirememişse, evlatlık tarafından sadece velayet hakkının kaldırılmasının talep edilmesi haklı bulunmalı ve evlatlık bağı devam ettirilerek, velayetin kaldırılmasına karar verilmelidir. Bkz. Tekinay, *a.g.e.*, s.491.

gücünden yoksun ya da kısıtlıysa, davanın açılabilmesi için kendisine bir kayyım atanması gerekirdi.¹⁷ Evlat edinen tarafından evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edildiği durumlarda, ona yüklenen ispat külfeti daha ağır olmaktadır.¹⁸ Evlat edinen ancak mirastan ıskat hallerinden¹⁹ birinin gerçekleşmiş olması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması için hâkime başvurabilirdi.²⁰ Doktrinde savunulan bir görüşe göre, mirastan ıskat sebepleri olmasa da ortada haklı bir sebep varsa, evlat edinen yine de evlatlık ilişkisinin kaldırılması için mahkemeye başvurabilmelidir.²¹ Kanaatimizce mülga Kanunda evlat edinen bakımından evlatlık ilişkisinin ref'i yani kaldırılması bakımından başvuru sebepleri sınırlı olarak gösterilmişti; ancak mirastan ıskat halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması istenebileceği de kabul edilmekteydi.²²

Butlan ve iptal başlıkları Türk Medeni Kanununda ayrıca düzenlenmemiş; evlatlık ilişkisinin kaldırılması başlığına yer verilmiştir. Bunun dışında tarafların aralarında anlaşarak ya da mahkemeye başvurarak evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasını talep hakları da kaldırılmıştır.²³

2. EVLATLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASI SEBEPLERİ

Türk Medeni Kanunu, evlat edinmede evlatlık ilişkisinin kurulmasını mahkeme kararına bağladığı için, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını hüküm altına

¹⁷ Ayırt etme gücü olan küçük veya kısıtlının bu davayı açabilmesi ve yürütebilmesi için kendisine sulh hâkimi tarafından bir kayyım atanması gerekirdi. Kayyımın ise bu davayı açıp yürütebilmesi için, kural olarak küçükün muvafakatına, sulh ve asliye mahkemesi hâkimlerinin iznine bağlıydı. Ancak evlatlık ayırt etme gücünden yoksun ise, onun muvafakatının bulunması aranmazdı. Bkz. Tekinay, *a.g.e.*, 492; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.660-661. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının dava edilmesi durumunda, davanın sonuçları malvarlığı hakları bakımından da ortaya çıkmaktaydı. Bu sebeple Yargıtay 07.12.1955 tarihinde vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında, evlat edinen tarafından açılan ref davası esnasında daha dava sonuçlanmadan evlat edinenin ölmesi durumunda, davaya mirasçılarının devam edebileceğine hükmetmişti. Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 07.12.1955 tarih ve E.1955/11 ve K.1955/24 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 15.03.2019.

¹⁸ Tekinay, *a.g.e.*, 491.

¹⁹ Mirastan ıskat halleri mülga Kanunun 457. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, mahfuz hisseli mirasçılar, murisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika ederse ya da murisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp eylerse mirastan ıskat edilebilirlerdi.

²⁰ Mülga Kanunun 258. maddesinde, "mirastan ıskat" yerine "mirastan mahrumiyet" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin tercih edilmesi ise doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. Tekinay, *a.g.e.*, 491, dn.64; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.658, dn.185; Aydos, *a.g.m.*, s.136, dn.50; Berki, *a.g.e.*, s.172-173; Gürkan, *a.g.e.*, s.194; Işık, *a.g.e.*, s.131; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.266. Mülga Medeni Kanunda, mirastan mahrumiyet halleri, mirastan ıskat sebeplerini de kapsamaktaydı ve daha ağırdı.

²¹ Berki, *a.g.e.*, s.173. Yazara göre, evlatlık, evlat edinene cinsel ilişki teklifinde ya da evlenme teklifinde bulunmuşsa, bunlar haklı sebep sayılır ve evlat edinen ref için hâkime başvurabilir.

²² Aynı yönde bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.658, dn.186.

²³ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.662; Baygın, *a.g.e.*, s.242; Görgeç, *a.g.m.*, s.356; Ruhi, *a.g.e.*, s.70.

almıştır.²⁴ Evlatlık ilişkisinin kaldırabilmesi için bazı sebeplerin varlığı aranmaktadır. Kanun bu sebepleri sınırlı şekilde sayarak, başka sebeplerle dava açılmasının önüne geçmektedir.²⁵ Artık tarafların anlaşmasıyla ya da mahkeme kararıyla (evlat edinmenin mirastan ıskat sebeplerine dayanarak; evlatlığın ise haklı sebeplerle açtığı dava sonucunda verilen karar ile) yahut evlenmeyle evlatlık ilişkisinin sona ermesinden söz edilemeyecektir. Çünkü Türk Medeni Kanunu ile evlat edinmenin de tıpkı doğal soybağında olduğu gibi evlatlık ile evlat edin arasında bir ilişki yaratması amaçlanmıştır.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına sebep olan haller; rızanın arandığı durumlarda gerekli rızanın alınmaması ile esasa veya usule ilişkin eksikliklerin bulunmasıdır.

A. Rızası Gereken Kişilerin Rızalarının Alınmaması

Evlat edinme ilişkisi kurulurken, yani mahkemece evlat edinme kararı verilirken rızası aranan kişilerin rızası alınmadan hareket edilmişse, bu durum evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶ Türk Medeni Kanununun 317. maddesi bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: “Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.”

Evlat edinmede rızası aranan ilk kişi, evlat edinilecek ayırt etme gücüne sahip olan küçüktür.²⁷ Rızası aranan kişiler arasında, evlat edinilecek olan kişinin küçük olması durumunda, onun ana ve babası da yer almaktadır.²⁸ Küçüğün vesayet altında olması durumunda ise, vasi ve vesayet dairelerinin de izin ve

²⁴ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 3. Bası. Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s.1003. Aydoğdu'ya göre, yeni Kanun, butlan ve iptal sebeplerini düzenlememiştir; ancak evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebepleri başlığı altında bu sebepleri toplamıştır. Biz de yazarın bu görüşüne katılmaktayız. Bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.662.

²⁵ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.663; Aydos, *a.g.m.*, s.136-137; Öztan, *a.g.e.*, s.1003; Ruhi, *a.g.e.*, s.68; Görgeç, *a.g.m.*, s.357; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.324-325.

²⁶ Görgeç, *a.g.m.*, s.357; Baygın, *a.g.e.*, s.243; Akıntürk/Ateş, 2016, *a.g.e.*, s.388; Öztan, *a.g.e.*, s.1004; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.670.

²⁷ Görgeç, *a.g.m.*, s.357; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.671; Baygın, *a.g.e.*, s.243-244; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku*, Ankara, Beta Basım Yayım, 2016, s.388; Dural/Ögüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.326. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası alınması gerekirken, alınmadan evlat edinme kararının verilmesini evlatlığın kesin hükümsüzlüğüne yol açan sebepler olarak inceleyen yazarlar bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ruhi, *a.g.e.*, s.64; Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)*, İstanbul, 2005, s.111. Ruhi, bu hususu hem butlan sebepleri arasında saymış hem de bir iptal sebebi olarak göstermiştir. Bkz. Ruhi, *a.g.e.*, s.64 ve 66.

²⁸ Baygın, *a.g.e.*, s.244; Cem Baygın, Evlat Edinmenin Koşulları, *AÜEHFD*, 2003, C.7, S.3-4, s.615; Işık, *a.g.e.*, s.138; Akıntürk/Ateş, 2016, *a.g.e.*, s.388; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.671; Görgeç, *a.g.m.*, s.358; Dural/Ögüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.326; Öztan, *a.g.e.*, s.1004.

onayı gerekmektedir.²⁹ Evlatlığa alınacak kişi eğer ergin veya kısıtlı ise, kendisinin de rızası aranmaktadır. Bu ihtimalde aranması gereken bir diğer rıza ise, evlat edinmenin altsoyunun bulunması halinde, onların rızasıdır.³⁰ Ergin veya kısıtlı evlatlık evli ise, eşinin de evlat edinmeye rıza göstermesi gerekir.³¹

Rızası aranan kişilerin rızasının alınmaması evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açmaktadır. Bu hukuki sonucun verilen rızaların geçersiz olması halinde de uygulanması mümkün olmalıdır.³² Türk Medeni Kanununun 310. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ana ve babanın rızası çocuğun doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden alınamaz. Bu süreye uyulmaksızın alınmış bir rıza var ise, bu rıza geçersizdir; dolayısıyla ana ve baba tarafından evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebini haklı kılmaktadır.³³ Ayrıca Kanun'un 312. maddesinin son fıkrası gereği, ana veya babanın rızasının aranmamasına ilişkin mahkeme tarafından verilen kararın, rızası aranmayacak olan kişiye yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Eğer mahkeme bu bildirim yapılmadan, dolayısıyla da rıza almadan evlat edinme kararı verirse, bu durum rızasının alınmayacağı kendisine bildirilmeyen kişi tarafından evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinin doğmasına yol açabilmektedir.³⁴

²⁹ Baygın, *a.g.e.*, s.244; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.671; Öztan, *a.g.e.*, s. 1004; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.326; Görgeç, *a.g.m.*, s.358; Işık, *a.g.e.*, s.138; Baygın, *Koşullar, a.g.m.*, s.614 vd. Ruhi'ye göre, yasal temsilci ile vesayet dairelerinin izni evlat edinme işleminin kurucu unsurları arasında yer almamaktadır. Bu yüzden vasi ve vesayet dairelerinin rızasının alınmamasını iptal sebepleri arasında ele almıştır. Ruhi, *a.g.e.*, s.66.

³⁰ Türk Medeni Kanununun ilk halinde, ergin veya kısıtlı bir kişiyi evlat edinecek olan kişinin ya da eşlerin altsoyunun bulunmaması gerekiyordu. Dolayısıyla altsoyun ergin ya da küçük olması, rıza verip vermemesi önem taşımamaktaydı. Ancak daha sonra 03.07.2005 tarihinde kabul edilen 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5399 sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla birlikte altsoyun bulunmaması şartı kaldırılmış, yerine altsoyun muvafakatinin aranması şartı getirilmiştir. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.365; Görgeç, *a.g.m.*, s.358. Doktrinde Belen, ergin veya kısıtlı bir kişinin evlat edinilmesinde altsoyun bulunmaması şartına yer vermiştir. Bkz. Belen, *a.g.e.*, s.113.

³¹ Baygın, *a.g.e.*, s.244; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.671; Görgeç, *a.g.m.*, s.358; Işık, *a.g.e.*, s.138. Ruhi, eşin rızasının bulunmaması halini bir iptal sebebi olarak görmektedir. Ona göre evli olan ergin ya da kısıtlı kişinin eşinin rızası evlat edinme işleminin kurucu unsurlarından biri değildir. O yüzden de bulunmaması bir iptal sebebi oluşturur. Ruhi, *a.g.e.*, s.66. Belen ise evli olan müstakbel evlatlığın eşinin rızası alınmadan bir evlat edinme kararı verilmişse, bunun bir kesin hükümsüzlük oluşturacağını ileri sürmektedir. Belen, *a.g.e.*, s.117.

³² Baygın, *a.g.e.*, s.244; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.671 vd.; Görgeç, *a.g.m.*, s.358-359.

³³ Baygın, *a.g.e.*, s.244; Görgeç, *a.g.m.*, s.359. Yine Kanunun 310/II maddesi gereği süresinde geri alınmış olan rızanın sanki hiç geri alınmamış gibi değerlendirildiği durumlarda da rıza geçersiz olarak kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.671.

³⁴ Görgeç, *a.g.m.*, s.359; Baygın, *a.g.e.*, s.244; Belen, *a.g.e.*, s.115 vd.; Öztan, *a.g.e.*, s.1005. Ana veya baba kendi rızalarının aranmayacağına dair mahkemece verilecek kararın yazılı olarak kendilerine bildirilmesine gerek olmadığını talep etmişlerse, daha sonra bu hususu evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebi olarak ileri süremezler. Bu durum hakkın kötüye kullanılması sayılır. Aynı yönde bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.672.

Evlat edinme kararı verilirken rızası aranan ancak rızası eksik olan kişiler, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep hakkına sahiptir.³⁵ Dolayısıyla evlat edinme kararı verildikten sonra kişinin rızası aranacak kişiler arasında yer alması, rıza eksikliği yaratmayacaktır.³⁶ Örneğin bir kısıtlıyı evlat edinen eşlerin evlat edinme kararından sonra çocuk sahibi olması durumunda, var olan altsoy muvafakatinin aranması şartı söz konusu olmayacak; onların rızası aranmayacaktır.

Evlat edinme kararı verilirken rızası aranan, ancak rızaları eksik olan kişilerin açtığı ya da açacağı evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının lehlerine sonuçlanabilmesi için, bu yönde verilecek kararın çocuğun menfaatinin ağır bir biçimde ihlal etmemesi gerekmektedir.³⁷ Dolayısıyla mahkemenin öncelikle çocuğun menfaatlerini göz önünde bulundurması ve buna göre bir değerlendirme yapması önem taşımaktadır.³⁸ Hâkim yaptığı değerlendirme sonucunda eğer çocuğun menfaatinin zedelenmeyeceğine kanaat getirmiş ise evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verecektir.³⁹

B. Esasa İlişkin Diğer Noksanlıkların Bulunması

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebeplerinden biri de rızanın yokluğu dışındaki, esasa ilişkin diğer noksanlıkların bulunmasıdır. Bu husus Türk Medeni Kanununun 318. maddesinde düzenlenmiştir. Şöyle ki, evlat edinmede esasa ilişkin diğer noksanlıklar varsa, bu noksanlıklar ilgili olan herkes ve Cumhuriyet Savcısı tarafından ileri sürülerek evlat edinme ilişkisinin kaldırılması istenebilmektedir.⁴⁰

³⁵ Görgeç, *a.g.m.*, s.361; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.672; Baygın, *a.g.e.*, s.244; Cengiz Kaya, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, İstanbul, 2009, s.85; Aydos, *a.g.m.*, s.137; Ruhi, *a.g.e.*, s.166-167; Öztan, *a.g.e.*, s.1004 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s.325 vd.; Tekinay, *a.g.e.*, 488.

³⁶ Örneğin, evlat edinen kişinin evlat edinme kararı verildiği sırada evli olmayan ergin kişinin, evlendikten sonra eşinin rızası aranmayacaktır. Bunun dışında evlat edinme kararı verilirken babası ile arasında soybağı kurulmamış olan küçüğün, karardan sonra babası tarafından tanınması halinde babanın rızasının aranması gerekmemektedir. Bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.672; Görgeç, *a.g.m.*, s.361.

³⁷ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.673.

³⁸ Ruhi, *a.g.e.*, s.66; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.674; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.326.

³⁹ Aydoğdu'ya göre, ana ve babanın çocukları, onların iradeleri dışında çalınmış, kaybolmuş ve sonradan evlatlık verilmiş ise, ana ve babanın evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını doğrudan isteme hakları olmalı ve bu doğal karşılanmalıdır. Ana ve babanın ekonomik durumlarının sonradan iyileşmesi de söz konusu ise, böyle bir durumda evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi daha yerinde olacaktır. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.676.

⁴⁰ Baygın, *a.g.e.*, s.245; Görgeç, *a.g.m.*, s.361; Belen, *a.g.e.*, s.110; Aydos, *a.g.m.*, s.137. Aydoğdu'ya göre, hukukumuz açısından esasa ilişkin noksanlıkların İsviçre hukukunda olduğu gibi önemli olması kıstası yer almamaktadır. Noksanlığın esasa ilişkin olması, evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararı verilmesi bakımından yeterli olmaktadır. Yazar haklı olarak, Kanunda esasa ilişkin eksikliklerde bu eksikliklerin önemli olması şartının aranmamasının evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasını kolaylaştırdığını savunmaktadır. Kanaatimizce mehz Kanunda yer alan bu "esasa ilişkin önemli eksiklik (*an anderen schwerwiegenden Mängeln*)" kıstası 318. maddenin ilk fıkrasına eklenmelidir.

Türk Medeni Kanunu, alınması gereken rızanın alınmaması halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılabilmesi için, bu kararın çocuğun menfaatini zedelememesi gerektiğini açıkça hükme bağlamışken, esasa ilişkin diğer noksanlıkların bulunması halinde bu hususa değinmemiştir.⁴¹

Kanun hangi durumların esasa ilişkin noksanlık oluşturduğunu zikretmemiştir; ancak evlat edinme için gereken esasa ilişkin şartlardan bu hususların olduğu rahatlıkla çıkarılabilecektir. Bunlardan ilki, evlat edinen ile evlatlık arasında kurulması gereken bakım ve eğitim ilişkisinin olmamasıdır.⁴² Bu bakım ve eğitim ilişkisinin küçüklerin evlat edinilmesinde en az bir yıldır, ergin veya kısıtlıların evlat edinilmesinde en az beş yıldır bulunması gerekmektedir. Bu sürelerin dolmamış olması da esasa ilişkin noksanlıklardan biridir.⁴³ Esasa ilişkin noksanlıklardan biri de evlat edinmenin çocuğun menfaatine aykırı olarak farklı amaçlarla yapılmasıdır.⁴⁴ Yaşlı bir kişinin evde kendisine yardım ederek ev işleriyle uğraşması için bir küçüğü evlat edinmesinde, bu evlat edinme çocuğun yararına aykırı olacağı için, aradaki evlatlık ilişkisinin kaldırılması gerekebilecektir.

Bir diğer esasa ilişkin noksanlık ise birlikte evlat edinecek olan eşlerin beş yıldan beri evli olmamaları ya da otuz yaşını doldurmamış olmalarıdır.⁴⁵ Kanun uyarınca birlikte evlat edinme sadece eşler bakımından aranan bir şarttır; dolayısıyla evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmelerine karar verilmişse, bu durum da evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin oluşturacaktır.⁴⁶ Türk Medeni Kanunu

⁴¹ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.677.

⁴² Baygın, *a.g.e.*, s.245; Görgeç, *a.g.m.*, s.362; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.678; Ruhi, *a.g.e.*, s.64; Işık, *a.g.e.*, s.139.

⁴³ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.678; Görgeç, *a.g.m.*, s.362. Evlat edinen ile evlatlık arasında bakım ve eğitim ilişkisinin gerçekleşmiş olması, aralarında bir bağ kurulması bakımından önem taşımaktadır. Çocuğun eğitimine ve bakımına hiç destek sağlamayan bir kişinin ya da eşlerin bir küçüğü evlat edinmesi, evlat edinme kurumunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın verdiği bir karar da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 2. HD, 20.04.2010, E.2009/2741, K.2010/7864 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-2741.htm&kw=birlikte+evlat+edinme#fm>, E.T.: 09.01.2019.

⁴⁴ Baygın, *a.g.e.*, s.245; Baygın, *Koşullar*, *a.g.m.*, s.598; Görgeç, *a.g.m.*, s.362; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.679.

⁴⁵ Baygın, *a.g.e.*, s.245; Baygın, *Koşullar*, *a.g.m.*, s.608; Işık, *a.g.e.*, s.139; Kaya, *a.g.e.*, s.86; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.678; Görgeç, *a.g.m.*, s.363; Belen, *a.g.e.*, s.126. Ruhi, gerek evlat edinen ile evlatlık arasında aranan asgari bakım ve eğitim şartının gerekse birlikte evlat edinen eşlerin en az beş yıldır evli olma ya da otuz yaşını doldurmuş bulunma şartının bulunmamasını bir butlan sebebi olarak görmektedir. Ruhi, *a.g.e.*, s.64. 743 sayılı mülga Kanun döneminde eşlerden birinin evlat edinmek istemesi halinde, diğer eşin ona rıza göstermesi evlat edinme işleminin gerçekleşmesi için yeterli sayılmaktaydı. Dolayısıyla eşler için belli bir süre evli olma şartı aranmaktaydı. (eMK m.255). Berki, *a.g.e.*, s.24-25; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.252; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.367; Tekinay, *a.g.e.*, s.463 ve 468.

⁴⁶ Görgeç, *a.g.m.*, s.363-364; Baygın, *Koşullar*, *a.g.e.*, 607.

bakımından eşlerin birlikte evlat edinmeleri esastır; ancak istisnai bazı hallerde eşlerden birinin tek başına evlat edinmesi mümkün olabilmektedir.⁴⁷ Tek başına evlat edinmenin şartları oluşmamasına rağmen eşlerden birinin tek başına evlat edinmesine karar verilmesi halinde de esaslı noksanlıklardan biri meydana gelmiş ve evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebi gerçekleşmiş olacaktır.⁴⁸

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına sebep olan esaslı noksanlıklardan bir diğeri de evlat edinen ile evlatlık arasında bulunması gereken yaş şartıdır. Bilindiği üzere evlat edinenin evlatlıktan en az on sekiz yaş büyük olması gerekmektedir.⁴⁹ Mahkeme bu asgari yaş farkı sağlanmaksızın evlat edinme kararı vermiş ise bu durum evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açabilecektir.⁵⁰

Küçüklerin evlat edinilmesinde, evlat edinenin altsoyu bulunuyor ise, bu evlat edinmenin onların yararlarını hakkaniyete aykırı olarak zedelememesi gerekir; bunu ihlal edecek şekilde verilen evlat edinme kararı verilmişse, evlatlık ilişkisinin kaldırılması hususu gündeme gelebilecektir.⁵¹ Ergin veya kısıtlıların evlat edinilmesinde ise evlat edinenin altsoyunun bulunmaması şartı ortadan kaldırılmış olmakla birlikte, altsoyun açık muvafakatinin aranması gerekmektedir; bu muvafakatın bulunmaması da evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin oluşturmaktadır.⁵²

Evlat edinmede aranan esasa ilişkin şartların eksik olması durumunda, artık evlat edinme bir sözleşmeyle kurulmadığı, mahkeme kararına dayandığı için evlat edinmenin butlanından söz etmek mümkün olmayacak; evlatlık ilişkisinin kaldırılmasından söz edilecektir.⁵³

⁴⁷ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.308 vd.; Aydos, *a.g.m.*, s.122; Ruhi, *a.g.e.*, s.32. Üvey evlat edinmelerde de eşlerin en az iki yıldan beri evli olmaları veya evlat edinecek eşin otuz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla eşlerden biri otuz yaşını doldurmamış ya da eşler en az iki yıldan beri evli değiller ise ve buna rağmen bir evlat edinme kararı verilmişse, bu karara karşı evlatlık ilişkisinin kaldırılması için dava açılması gerekecektir. Bu husus da esaslı noksanlıklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.678; Aydos, *a.g.m.*, s.121; Baygın, *Koşullar, a.g.m.*, s.609.

⁴⁸ Baygın, *a.g.e.*, s.245; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.678; Görgeç, *a.g.m.*, s.364.

⁴⁹ Aydoğdu, s.333 ve 678; Baygın, *Koşullar, a.g.m.*, s.606; Baygın, *a.g.e.*, s.245; Belen, *a.g.e.*, s.16, dn.29; Görgeç, *a.g.m.*, s.364.

⁵⁰ Ruhi, evlat edinen ile evlatlık arasında on sekiz yaş fark bulunmaması halini butlan başlığı altında incelemiştir. Ruhi, *a.g.e.*, s.64. Belen ise bu durumun bir eksiklik olduğunu kabul etmekle birlikte, kesin hükümsüzlük hallerinden birini oluşturacağını ileri sürmektedir. Belen, *a.g.e.*, s.112.

⁵¹ Baygın, *Koşullar, a.g.m.*, s.600; Baygın, *a.g.e.*, s.245; Görgeç, *a.g.m.*, s.362-363. Belen, bu eksikliği butlan sebepleri arasında saymaktadır. Bkz. Belen, *a.g.e.*, s.118.

⁵² Aydos, *a.g.m.*, s.127; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.364 ve 678.

⁵³ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.680-681; Baygın, *a.g.e.*, s.245. Ruhi'ye göre, evlat edinmede aranan esasa ilişkin şartların eksikliği Türk Medeni Kanunu bakımından da bir butlan sebebi oluşturur. Ruhi, *a.g.e.*, s.64-65. Belen de bu yönde görüş ileri sürmekte ve kesin hükümsüzlük halleri olarak nitelendirmektedir. Bkz. Belen, *a.g.e.*, s.106 vd.

C. Usule İlişkin Noksanlıkların Bulunması

Evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasına yol açan hususlardan biri de usule ilişkin eksikliklerin bulunmasıdır. Bu durum Türk Medeni Kanununun 318. maddesinde düzenlenmiştir. Usule ilişkin şartlar gerçekleşmemiş ya da eksik ise, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası açılabilir.⁵⁴

Usule ilişkin noksanlıklardan ilki, evlat edinmeye karar veren mahkemenin görevli ve/veya yetkili mahkeme olmamasıdır.⁵⁵ Küçüklerin evlat edinilmesinde, yetkisiz makam tarafından evlat edinmeye aracılık faaliyeti gerçekleştirilmiş ise, bu da usule ilişkin bir eksiklik olarak kabul edilmekte ve evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına sebebiyet vermektedir.⁵⁶

Küçüklerin evlat edinilmesinde ana ve babanın rızalarının alınması gerekir. Rızaların ise Kanunun ilgili maddesi uyarınca küçükün ana ve babasının yerleşim yeri mahkemesinde açıklanması ve tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.⁵⁷ Ana ve babanın rıza beyanının görevsiz ve/veya yetkisiz bir mahkemeye yapılması; ayrıca rızanın verilmesi ve geri alınmasının şekline ilişkin kurallara aykırılık olması da evlatlık ilişkisinin kaldırılması bakımından usule ilişkin noksanlıklardan kabul edilmektedir.⁵⁸

Evlat edinme kararı verirken mahkemenin evlat edinmeye ilişkin ayrıntılı ve kapsamlı bir araştırma yapması gerekmektedir.⁵⁹ Mahkemenin yapacağı bu araştırmaya ilişkin kuralların esasa mı yoksa usule mi ilişkin olduğu hususunda farklı görüşler ortaya atılmıştır.⁶⁰ Kanaatimizce, mahkemenin araştırma yapmasına yönelik kurallar, esasa ilişkindir. Çünkü hâkimin yapacağı araştırma, dinleme ve görüş alma aşamaları sonunda evlat edinme kararı verilmektedir.

⁵⁴ Görgeç, *a.g.m.*, s.365; Baygın, *a.g.e.*, s.245. Aydoğdu, usule ilişkin eksikliklerin her ne kadar hukukumuzda açıkça belirtilmemiş olsa da yargılama usulüne ilişkin olduğunu ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.681.

⁵⁵ Aydos, *a.g.m.*, s.138; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.681; Görgeç, *a.g.m.*; Kaya, *a.g.e.*, s.87; Baygın, *a.g.e.*, s.245; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328.

⁵⁶ Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzüğün 3. maddesi uyarınca aracılık faaliyetinde bulunacak yetkili makam Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'dür. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.681; Baygın, *a.g.e.*, s.245.

⁵⁷ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.212 vd.; Baygın, *a.g.e.*, s.175.

⁵⁸ Görgeç, *a.g.m.*, s.366; Aydoğdu, s.681; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.326.

⁵⁹ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.451; Işık, *a.g.e.*, s.85-86; Baygın, *a.g.e.*, s.201.

⁶⁰ Baygın, mahkemenin evlat edinme kararı verirken üstlendiği araştırma kurallarının usule ilişkin olduğunu, dolayısıyla bunlarda bir eksiklik olduğunda usule ilişkin noksanlıklar dolayısıyla evlatlık ilişkisinin kaldırılabilirliğini ifade etmektedir. Baygın, *a.g.e.*, s.245. Aynı yönde bkz. Görgeç, *a.g.m.*, s.367. Aydoğdu ise, mahkemenin araştırma yapmasına ilişkin kuralların usule değil esasa ilişkin olduğunu savunmaktadır: Aydoğdu, *a.g.e.*, s.682.

Evlât edinmede usule ilişkin eksikliklerin bulunması durumunda evlatlık ilişkisinin mutlaka ortadan kaldırılmasından söz edilemez. Kanun bu bakımdan bir kıstas getirmiştir. Türk Medeni Kanununun 315. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, usule ilişkin eksikliklerin bulunması evlatlığın çıkarını ağır biçimde zedelemeyecek ise evlatlık ilişkisi kaldırılabilir.⁶¹ Dolayısıyla usule ilişkin eksikliklerin varlığı halinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması eğer evlatlığın menfaatinin ağır biçimde zedeleyecekse evlatlık ilişkisi ortadan kaldırılamamaktadır. Ayrıca usule ilişkin eksiklikler ortadan kalkmışsa yine evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinin reddedilmesi gerekmektedir.⁶²

3. EVLATLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASI DAVASI

Evlâtlik ilişkisinin kaldırılmasında görevli olan mahkeme Aile Mahkemesi, Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde ise Asliye Hukuk Mahkemesidir.⁶³ Yetkili mahkeme ise bu hususta özel bir hüküm bulunmadığı için davalının ikametgâhındaki mahkeme olarak genel hükümlere göre belirlenmektedir.⁶⁴

Açılacak evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının hukuki niteliği, evlatlık ilişkisini yani var olan hukuki durumu ortadan kaldırdığı için, bozucu yenilik doğuran bir davadır.⁶⁵ O halde bu davanın açılabilmesi, evlat edinme kararının kesinleşmesine, dolayısıyla bu karara karşı kanun yollarına başvuru olanaklarının kalmaması gerekmektedir.⁶⁶

⁶¹ Görgeç, *a.g.m.*, s.367; Baygın, *a.g.e.*, s.246; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.682; Belen, *a.g.e.*, s.128.

⁶² İsviçre Medeni Kanunu'nda usule ilişkin eksikliklerin evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebi oluşturmayacağı kabul edilmiştir. (Zivilgesetzbuch Art.269a Abs.2). HEGNAUER, 1. TB., Art.269a, Rn.14. Öztan da tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi usule ilişkin eksikliklerin bir evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebi olmadığını ileri sürmektedir. Öztan, *a.g.e.*, s.1005. Dural/Öğüz/Gümüş de görüşü bu yöndedir: Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328.

⁶³ HUMK'un 8. maddesinin beşinci bendi uyarınca evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası bakımından mülga Medeni Kanun döneminde Asliye hukuk mahkemesi görevliydi. Türk Medeni Kanunu açısından da ilk zamanlar bu kural geçerli oldu ve Yargıtay da bu yönde kararlar verdi. Doktrinde görevli mahkemenin evlat edinme kararı veren mahkeme olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328. Aydoğdu ise, evlat edinme kararı veren mahkemenin evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında da görevli olmasının ancak yargılamanın yenilenmesi söz konusu ise gündeme geleceğini ifade etmektedir. Ancak ortada yargılamanın yenilenmesinden bahsedilemeyeceğini vurgulamaktadır. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.685.

18.01.2003 tarihinde 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun"un yürürlüğe girmesiyle, vesayet haricindeki Aile hukukuna yönelik işlerde Aile mahkemelerinin görevli olacağı hüküm altına alınmıştır. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.59

⁶⁴ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.687; Kuru, 2017, *a.g.e.*, s.67.

⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.325; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.689; Baygın, *a.g.e.*, s.247.

⁶⁶ Baygın, *a.g.e.*, s.247; Ruhi, *a.g.e.*, s.68; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328. Aydoğdu, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının, sübjektif bir hakkın bulunmaması nedeniyle çekişmesiz olarak görüleceğini, bu sebeple de davalı yani karşı taraf gösterme zorunluluğunun bulunmadığını ileri sürmektedir. Ona göre aslında ortada teknik anlamda bir dava yoktur sadece çekişmesiz yargı-

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması istemi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için rıza yokluğu sebebiyle açılacak davada, ilişkinin kaldırılması talebinde bulunacak kişiler sadece rızası alınmayanlardır.⁶⁷ Esasa ve usule ilişkin eksiklikler nedeniyle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etme hakkı ise Cumhuriyet Savcısına veya her ilgiliye tanınmıştır.⁶⁸ Bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasının bir sonucu olarak mirasçılardan evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını dava etme hakkı yoktur; onlar sadece açılmış olan davaya devam edebileceklerdir.⁶⁹ Ancak belirlenmesi gereken önemli bir husus şudur ki, esasa ve usule ilişkin diğer eksiklikler nedeniyle evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası açılması söz konusu ise, her ilgilinin bu davayı açma hakkı vardır. Bu ilgililer kapsamına mirasçılar da girmektedir. Dolayısıyla bu yöndeki dava mirasçılar tarafından ilgili sıfatıyla açılabilir.⁷⁰ O halde rıza eksikliği sebebiyle açılacak bir davada talep sahibi sadece rızası alınmayan kişidir, onun mirasçıları bu yönde bir talepte bulunamaz; ancak açılan davayı devam ettirebilirler. Açılan dava eğer esasa ya da usule ilişkin eksikliklere dayanıyorsa mirasçıların da doğrudan dava açma hakları mevcuttur.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında⁷¹ (evlatlık ilişkisinin refi) mülga Kanuna göre, evlat edinen ve evlatlık, davanın taraflarını oluşturmaktaydı; dolayısıyla onlar dışında herhangi bir kimse bu davayı açamayacağı gibi evlatlık ve evlat edinenden başkasına bu dava açılmazdı.⁷² Dolayısıyla tarafların mirasçıları bu yönde bir talep ileri sürememekteydi; ancak evlat edinen dava açmış ve dava esnasında ölmüşse mirasçıları davaya devam edebilmekteydi.⁷³ Bu miras-

lama işi vardır. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.689. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır. Yargıtay, 1993 yılında vermiş olduğu bu kararda Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün hasım olarak gösterilemeyeceğini ifade etmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 2.HD. 08.06.1993, E.1993/4132, K.1993/5816.

⁶⁷ Görgeç, *a.g.m.*, s.368; Baygın, *a.g.e.*, s.246; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.690.

⁶⁸ Baygın, *a.g.e.*, s.s.s.246; Görgeç, *a.g.m.*, s.368; Kaya, *a.g.e.*, s.87; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.690.

⁶⁹ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.381-382; Ruhi, *a.g.e.*, s.68; Baygın, *a.g.e.*, s.246; Görgeç, *a.g.m.*, s.368; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.690. Bu konuda verilmiş olan bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı mevcuttur. Kararda açıkça, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının sadece hak sahipleri tarafından açılacağı; mirasçıların ise ancak açılmış olan bir dava varsa ve hak sahibi dava açtıktan sonra ölmüşse, bu davaya devam edebilecekleri ortaya konulmuştur. Karar için bkz. YİBGK 7.12.1955 tarih E.1955/11, K.1955/24 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (E.T.: 10.01.2019).

⁷⁰ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.691-692.

⁷¹ Aydoğdu'ya göre bu aslında teknik anlamda bir dava olmadığı için, davalı ve davacı terimlerini kullanmak yerine ilgili ve karşı ilgili ifadelerini kullanmak daha yerindedir. Ancak uygulamada bu bir dava olarak nitelendirilmekte, dolayısıyla da davacı ve davalı terimleri kullanılmaktadır.

⁷² Aydoğdu, *a.g.e.*, s.699. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında "Evlatlık bağının kaldırılmasını düzenleyen Medeni Kanunun 258. maddesindeki "taraflar" tabiri ile belirtilmek istenen, evlat edinenlerle, evlatlıktır." ifadesini açıkça kullanmıştır. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD. 6.6.1995, E.1995/6026, K.1995/6691 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 10.01.2019.

⁷³ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda "Evlatlık bağının kaldırılmasını (refi) istemek münhasıran şahsa bağlı haklarındandır. Evlat edinenin sağlığında açtığı bir dava bulunmadıkça evlat edinenin mirasçıları dava açamazlar." demiştir. Dolayısıyla ancak evlat edinenin sağlığında açılmış

çılar ise tüm mirasçılar değil de, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebiyle mirastan yararlanabilecek mirasçılar olarak kabul edilmekteydi.⁷⁴

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunanlar, rızanın eksikliği sebebine dayanılıyorsa, rızası alınmamış olan kişi; esasa ilişkin diğer eksikliklere dayanılarak açılacak davada ise Cumhuriyet Savcısı veya her ilgilidir.⁷⁵ Davalı, evlat edinenin dava açması halinde evlatlıktır; evlatlığın dava açması durumunda ise evlat edinendir.⁷⁶ Cumhuriyet Savcısı veya ilgilinin dava açması halinde ise davalı hem evlat edinen hem de evlatlık olmalıdır.⁷⁷ Çünkü evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasıyla menfaatleri zedelenecek olan, ilişkinin devamında yararı bulunanlar evlat edinen ile evlatlıktır. Evlatlığın küçük olması durumunda ise, kendisine bir kayyım atanması gerekmektedir; çünkü evlat edinen aralarındaki menfaat çatışması gereği, küçük evlatlığı söz konusu davada temsil edemeyecektir.⁷⁸ Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında tarafların her davada olduğu gibi kendilerini bir avukatla temsil ettirme hak ve yetkileri bulunmaktadır. Evlat edinme talebiyle açılan davalarda Yargıtay, avukatın özel yetkili olmasını aramakta iken; evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası bakımından böyle bir özellik aramamıştır.⁷⁹ Kanaatimizce evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi kişi-

olan bir dava varsa mirasçılar bu davaya devam edebilirlerdi; aksi takdirde doğrudan bir dava açma hakları bulunmamaktaydı. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD. 22.1.1993 tarih E.1993/12639, K.1993/259 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 10.01.2019.

⁷⁴ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.700.

⁷⁵ Baygın, *a.g.e.*, s.246; Görgeç, *a.g.m.*, s.368; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.700. İlgililer kapsamına, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında maddi veya manevi bir menfaati bulunan kişiler girmektedir. Bu kişiler ise, evlat edinen ile evlatlık da dâhil olmak üzere, evlat edinilen küçüğün ana ve babası, evlat edinenin diğer çocukları, evlatlık bağı dolayısıyla evlat edinenin mirasından mahrum kalanlardır. Bkz. Baygın, *a.g.e.*, s.246.

⁷⁶ Evren Koç, HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler, *İÜHFİM*, 2015, C.73, S.1, s.384; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.700.

⁷⁷ Koç, *a.g.m.*, s.384; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.700; Baygın, *a.g.e.*, s.246.

⁷⁸ Baygın, *a.g.e.*, s.246; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.701; Görgeç, *a.g.m.*, s.368; Koç, *a.g.m.*, s.383. Öz ana ve baba da evlatlığın yasal temsilcisi sıfatıyla hareket edemezler; çünkü evlat edinmeyle birlikte onların küçük üzerindeki velayet hakkı sona ermekte, evlat edinene geçmektedir. Dolayısıyla öz ana ve baba sadece küçük olan evlatlığa bir kayyım atanmasını isteyebilirler.

⁷⁹ Koç, *a.g.m.*, s.384; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.701. Yargıtay'ın evlat edinme başvurusunda vekâletnamenin özel olması gerektiği yönünde verdiği kararda "Evlat edinme başvurusu, evlat edinenin vekili eliyle yapılmıştır. Evlat edinme münhasıran şahsa bağlı haklardan olup, müteveffa tarafından verilen vekâletnamede vekile bu hususta açık bir yetki verilmemiştir. Vekâletnamesinde "evlat edinme" hususunda yetkisi bulunmayan vekilin müvekkili adına genel dava vekâletnamesiyle yaptığı evlat edinme başvurusu, sonradan evlat edinen tarafından icazet verilmedikçe sonuç doğurmaz. Evlat edinenin davaya icazeti bulunmamaktadır. Bu bakımdan davanın reddi doğrudur." ibaresi yer almaktadır. Yargıtay 2. HD. 17.3.2004 tarih E.2004/2243, K.2004/3324, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 10.01.2019. Yargıtay eski tarihli bir kararında, evlatlık ilişkisinin refinin söz konusu olduğu davalarda vekâletnamede özel yetki bulunmasına gerek olmadığını beyan etmiştir. Karşı oy yazısında ise, bir üye "Evlat edinme ve evlatlık ilişkisinin refine ilişkin dava ve işlemleri şahsa sıkı sıkıya bağlı hukuki işlemlerden olduğunu belirtmiştir. (YHGK. nun 07/12/1955 tarihli ve 11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay 2.HD. nin 22/01/1997 tarihli 12639/259 sayılı kararı). Münhasıran şahsa bağlı hakların

ye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olduğundan, genel vekâletnameyle bu yönde bir dava açılması yine yetersiz olacak; özel yetkilendirme yapılması gerekecektir.

A. Evlatlık İlişkisinin Kaldırılmasının İstenemeyeceği Durumlar

a. Eksikliklerin Ortadan Kalkması

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının açılmasına sebep olan eksikliklerin dava sürerken ortadan kalkması halinde, evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi reddedilir.⁸⁰ Dava devam ederken eksikliklerin ortadan kalkmasına verilebilecek örneklerden ilki, küçüklerin evlat edinilmesinde aranan bir yıllık bakım ve eğitim süresinin dava devam ederken dolması gösterilebilir. Bunun dışında yine birlikte evlat edinmede beş yıllık evli olma süresinin dava devam ederken dolması ya da eşlerin otuz yaşını doldurmuş olması da eksikliklerin ortadan kalkmasının bir örneğini oluşturmaktadır. Ergin veya kısıtlı bir kişinin evlat edinilmesinde, evlat edinenin altsoyunun bu evlat edinmeye açıkça muvafakati aranmaktadır. Bu muvafakat verilmeden evlat edinme kararı verilmiş, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası da açılmışsa, bu sebeple dava devam ederken evlat edinenin altsoyu ölmüşse, artık eksiklik ortadan kalktığı için evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilemeyecektir.⁸¹

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi, evlat edinen ile evlatlık arasında bulunması gereken en az on sekiz yaş farkının bulunmamasına dayanıyor ise, evlatlık ilişkisinin kaldırılması gerekecektir. Çünkü dava devam ederken yaş farkının ortadan kalkması söz konusu olmamaktadır.⁸²

AYDOĞDU'ya⁸³ göre, eksikliklerin ortadan kalkması dolayısıyla evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi reddedilirken, hâkimin bu ilişkinin ortadan kaldı-

kullanılmasında da vekilin vekâletnamesinde özel yetkisi bulunmalıdır (Yargıtay'ın 28/01/1946 tarihli ve 45/4541 sayılı kararı, Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü 1990, C.1, S.847-848). Davacı vekilinin dosya arasındaki vekâletnamesinde bu yönde bir açıklama yoktur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 67. maddesi uyarınca davacı vekilinden usulüne uygun özel yetki taşıyan vekâletname istenmeden davaya devam ile hüküm kurulması sonuca etkili usul yanlışlığı olup, hükmün bu sebeple bozulması kanısındayım." ifadesi metinde yer almaktadır. Karar için bkz. Yargıtay 2.HD. 1.5.1997 tarih E.1997/3441, K.1997/4573, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 10.01.2019.

⁸⁰ Baygın, *a.g.e.*, s.249 vd.; Görgeç, *a.g.m.*, s.371; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.702; Belen, *a.g.e.*, s.123; Işık, *a.g.e.*, s.139; Aydos, *a.g.m.*, s.138; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328; Öztan, *a.g.e.*, s.1006.

⁸¹ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.702 vd.; Baygın, *a.g.e.*, s.249; Görgeç, *a.g.m.*, s.372.

⁸² Bu hususun tek istisnasını açılmış olan yaş düzeltme davası oluşturmaktadır. Yaş düzeltme davasıyla evlat edinen ile evlatlık arasında olması gereken en az on sekiz yaş farkı şartı sağlanmışsa, açılan evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının reddedilmesi gerekecektir. Bkz. Rona Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2005, s.235; Baygın, *a.g.e.*, s.249 vd.; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.702, dn.423.

⁸³ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.703.

rılmasının çocuğun menfaatine uygun olup olmadığını araştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü artık sebepler ortadan kalkmıştır.⁸⁴

b. Evlatlığın Menfaatinin Ağır Biçimde Zedelenmesi

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açan durumlardan rızanın eksik olması ya da usule ilişkin noksanlıkların bulunması halinde, ilişkinin ortadan kaldırılabilmesi için Kanun tarafından bir ölçüt getirilmiştir: Evlatlığın menfaatinin zedelenmemesi. O halde açılan davada hâkimin, evlatlık ilişkisinin kaldırılması yönünde karar vermeden önce, bu ilişkinin kaldırılması halinde evlatlığın yararının, Kanunun ifadesiyle menfaatinin ağır biçimde zedelenip zedelenmeyeceğini değerlendirip, ona göre bir karar vermesi gerekmektedir.⁸⁵ Dolayısıyla evlat edinme kararı verilirken alınması gerekli olan rıza alınmamış ya da usule ilişkin bazı noksanlıklar bulunmuş olsa bile, evlatlığın menfaati bu ilişkinin kaldırılmasıyla zarar görecekse, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilemeyecektir.⁸⁶

Usule ilişkin eksikliklerin bulunması nedeniyle evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinde bulunulmuşsa, burada rızanın alınmaması sebebiyle açılan davadan farklı olarak, menfaatinin ağır biçimde zedelenmemesi aranan kişinin mutlaka küçük olması gerekmektedir. Dolayısıyla evlatlık ister ergin ister küçük olsun, usule ilişkin noksanlık bulunduğu için açılan davada, ilişkinin kaldırılmasına karar verilebilmesi için, onların menfaatinin ağır biçimde zedelenmemesi aranacaktır; aksi takdirde dava reddedilecektir.⁸⁷

c. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının açılması için Kanun hak düşürücü süre öngörmüştür.⁸⁸ Bu sürenin geçip geçmediği hâkim tarafından resen kontrol edilmektedir.⁸⁹

⁸⁴ Hegnauer ise, sebeplerin ortadan kalkması başlı başına evlatlık ilişkisinin ortadan kalkması talebinin reddine yol açmaz. Bunun yanında evlatlık ilişkisinin devamının çocuğun yararına olması, yani ilişkinin ortadan kaldırılmasının onun menfaatlerini zedelemesi gerekmektedir. Hegnauer, 1. TB., Art.269a, Rn.3.

⁸⁵ Aydos, *a.g.m.*, s.137-138; Işık, *a.g.e.*, s.139; Ruhi, *a.g.e.*, s.66; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.704; Arat, 1977, *a.g.e.*, s.157; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.326; Serozan, 2005, *a.g.e.*, s.254; Kaya, *a.g.e.*, s.86; Görgeç, *a.g.m.*, s.370.

⁸⁶ İsviçre Medeni Kanununda, usule ilişkin eksikliklerin evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebi oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bizim hukukumuzda olan evlatlığın menfaatinin zedelenmemesi kıstasına da yer verilmemiştir. (ZGB Art.269a Abs.2). Ancak doktrinde Hegnauer ile Grossen, usule ilişkin eksikliklerin çocuğun yararını etkileyip etkilemediğinin, etkilemenin ne ölçüde olduğunun araştırılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Hegnauer, 1.TB., Art269a, Rn.15; Grossen, s.3.

⁸⁷ Serozan, 2005, *a.g.e.*, s.235; Belen, *a.g.e.*, s.123; Görgeç, *a.g.m.*, s.370; Işık, *a.g.e.*, s.139; Kaya, *a.g.e.*, s.87; Baygın, *a.g.e.*, s.248 vd.

⁸⁸ Görgeç, *a.g.m.*, s.372; Baygın, *a.g.e.*, s.250; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.707; Aydos, *a.g.m.*, s.138; Belen, *a.g.e.*, s.129.

Mülga Kanunda evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebiyle açılan davalar bakımından herhangi bir süre öngörülmediği için doktrinde bu konu tartışmalıydı. Bazı yazarlar, evlenmenin iptaline ilişkin mülga Kanununun 119. maddesinin kıyasen uygulanmasını ileri sürmekteydiler.⁹⁰ Bazı yazarlar ise, Türk Borçlar Kanununun 31. maddesi hükmünün uygulanması, yani yanılma ve aldatma halinde yanılma ve aldatmanın öğrenildiği; korkutma halinde ise korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl ve nihayet işlemin yapıldığı andan itibaren on yıllık sürenin uygulanması gerektiğini savunmuşlardır.⁹¹

Davanın açılması için getirilen hak düşürücü süre, sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıldır.⁹² Dolayısıyla evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinin, kaldırılma sebebinin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekmektedir.⁹³ O halde bir yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde, evlatlık

⁸⁹ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.707; Işık, *a.g.e.*, s.140.

⁹⁰ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 3. Bası. Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s.463 (Önceki Aile Hukuku); Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.264.

⁹¹ Ataay, 1957, *a.g.e.*, s.98; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.710. Kanaatimizce, ikinci görüşün uygulanması mülga Kanun dönemi bakımından daha uygun olmaktadır. Çünkü ilk görüşün savunduğu hüküm özel hüküm niteliğinde olup, ikinci görüşün savunduğu hüküm genel nitelikte bir hükümdür. Genel hüküm var iken onun uygulanması daha yerinde olurdu.

⁹² Türk Medeni Kanununun 319. maddesinde yer alan "... her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşer". ifadesi Anayasa Mahkemesi'nin 27/12/2012 tarihli ve E.: 2012/35, K.: 2012/203 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı 12/7/2013 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Beş yıllık süreye ilişkin husus iptal edilmeden önce ise bu süreye ilişkin bazı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bazı yazarlar beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle aslında evlat edinmeye Kanun tarafından örtülü olarak rıza verildiği yönünde görüş ileri sürmektedirler. Bu yazarlar için bkz. Ataay, 1957, *a.g.e.*, s.99; Gürkan, *a.g.e.*, s.192; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.708. Hak düşürücü süre olan beş yıllık sürenin geçirilmesine rağmen evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasının talep edilebilmesinin mümkün olduğu bir durum mevcuttur. Bu durum sürenin geçirilmesinin haklı sebebe dayanması halidir. Hem İsviçre hem de Türk hukukunda kabul edilen görüşe göre, eğer beş yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması haklı bir sebebe dayanıyor ise, önemli sebeplere dayanarak yaşana gecikmeyi kabul eden kuralların kıyasen evlatlık ilişkisinin kaldırılması yönünden de uygulanmasıdır. Bkz. Serozan, 2005, *a.g.e.*, s.236; Kaya, *a.g.e.*, s.88; Işık, *a.g.e.*, s.140; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.708; Hegnauer, 1.TB.; Art269b, Rn.10; Hegnauer, 1999, *a.g.e.*, s.13, 16. Böyle bir durumda Kanunun 300. ve 303. maddelerine kıyasen bir uygulamaya gidilmeli ve gecikme uygun görülerek, gecikmeyi haklı kılan sebebin ortadan kalkmasını başlayarak talep hakkı sahibine bir yıl içinde dava açma hakkı tanınmalıdır. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.709; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.329. Bazı yazarlar davacıya verilecek ek sürenin bir ay olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Görgeç, *a.g.m.*, s.373; Serozan, 2005, *a.g.e.*, s.236; Kaya, *a.g.e.*, s.88; Baygın, *a.g.e.*, s.250 vd; Belen, *a.g.e.*, s.129; Görgeç, *a.g.m.*, s.372; Baygın, *a.g.e.*, s.250; Öztan, *a.g.e.*, s.1006 vd. Aydoğdu, s.707; Işık, *a.g.e.*, s.140; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328-329. Esi Medeni Kanunda açılacak butlan davası bakımından herhangi bir süre öngörülmemiştir. Hatta tarafların kendi anlaşmalarıyla her zaman evlatlık ilişkisinin refi davası açabilecekleri kabul edilmekteydi. Bunun için ise ortada bir butlan ya da iptal sebebi olmasına gerek bulunmadığı savunulmaktaydı. Bkz. Ruhi, *a.g.e.*, s.67; Anık, 1959, *a.g.e.*, s.50.

⁹³ Ruhi, *a.g.e.*, s.65; Görgeç, *a.g.m.*, s.373; Belen, *a.g.e.*, s.129; Baygın, *a.g.e.*, s.250; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.707 vd.; Işık, *a.g.e.*, s.140; Kaya, *a.g.e.*, s.88; Serozan, 2005, *a.g.e.*, s.236; Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328.

ilişkinin kaldırılması talep edilemeyecek; var olan evlat edinme, noksanlıklarına rağmen geçerli bir evlat edinme olarak kabul edilecektir.⁹⁴

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması için öngörülen bir yıllık hak düşürücü süreyi öngören maddenin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruya ilgili maddenin iptali talep edilmiştir. Mahkeme 13.12.2017 tarihinde yapılan itirazı reddederek, maddenin Anayasayı ihlal etmediğine oybirliğiyle karar vermiştir.⁹⁵

⁹⁴ Yargıtay'ın hak düşürücü sürenin geçmesine ilişkin vermiş olduğu önemli bir karar bulunmaktadır. Buna göre "Dava, evlatlık ilişkisinin kaldırılması isteğine ilişkindir. Davanın hak düşürücü süreye geçtiği gerekçesiyle reddi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesiyle hukuken dayanağını yitirmiş olup, iptal edilen hüküm dışında evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını evlat edinme işleminin üzerinden beş yıllık hak düşürücü süreye tabi tutan başka bir yasal hüküm de bulunmadığından, işin esasını incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir." Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 11.01.2019.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, Söke 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin (Aile Mahkemesi sıfatıyla) Türk Medeni Kanunu'nun 318. maddesinin birinci fıkrası ile 319. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu yönündeki itirazını incelemiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi 13.12.2017 tarih ve 2017/167 Esas, 2017/172 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a87bd2de-28f7-4b03-afc7-f13f40074b74?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 10.01.2019. 319. maddedeki bir yıllık hak düşürücü süreye ilişkin kısmı şu şekildedir:

"B. Kanun'un 319. Maddesinin İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

27. Başvuru kararında özetle, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava açma hakkının ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırıldığı, evlatlık ilişkisinin usulüne uygun olarak kurulmasından sonra gerçekleşebilecek bazı sebeplerle ilişkisinin kaldırılmasının mümkün olması halinde dava açmak için süre sınırlaması getirilmesinin, Kanun'un 318. maddesinin birinci fıkrası için ifade edilen aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

28. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 41. maddesi yönünden de incelenmiştir.

29. İtiraz konusu kuralda, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava hakkının, ilişkisinin kaldırılmasını gerektiren sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıl geçmekle düşeceği öngörülmektedir.

30. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir.

31. Anayasa'nın 41. maddesi, ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu, eşler arasındaki eşitliğe dayandığını belirttiğinden sonra "Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." diyerek aile kurumunu özel olarak düzenlemiş ve anayasal güvenceye bağlayarak koruma altına almıştır.

32. İtiraz konusu kuralda evlatlık ilişkisinin kaldırılması için öngörülen süre, hak düşürücü nitelikte olup yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından resen dikkate alınacaktır. Bu nedenle Kanunda öngörülen süre geçmiş ise dava, hak düşürücü sürenin geçirilmesi nedeniyle reddedilecektir.

4. EVLATLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASININ DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası sonucunda verilen kaldırma kararının etkisinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Oysa mülga Kanun döneminde evlat edinmenin sona ermesi halinde bu sona ermenin ileriye etkili (*ex nunc*) olduğu 258. maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmişti.⁹⁶ Hatta bu maddenin sadece mahkeme kararına dayanan sona ermelerde değil, diğer sona erme halleri bakımından da uygulanacağı kabul edilmekteydi.⁹⁷

Türk Medeni Kanunu evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının ileriye mi yoksa geriye mi etkili olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bir görüşe göre, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin kararın sonucu ileriye

33. Kuralda öngörülen dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup kamu düzeniyle yakından ilgili bulunan soybağını ilgilendiren davalarda dava açma süresini belirleme yetkisi Anayasa'daki kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir.

34. Kanun koyucu, soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesi nedeniyle kanun koyucu, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.

35. İtiraz konusu kural ile getirilen süre sınırlaması, evlatlık ilişkisinde çocuğun, ailenin ve kurulan soybağının devamlı olarak dava tehdidi altında kalmasının engellenmesini, evlat edinme ilişkisine istikrar kazandırılmasını, aile ve çocuğun korunmasını, ailenin ve toplumun huzurunun bozulmasının önlenmesini amaçlamaktadır. Bu bakımdan itiraz konusu kural, ailenin ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete yüklenen görevin gereği olup Anayasa'nın 41. maddesine uygun bir düzenlemedir.

36. İtiraz konusu kuralda, evlatlık ilişkisinin kaldırılması için bir yıllık süre sınırlaması getirilmekle birlikte, ilişkinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesi bu sürenin başlangıcı olarak belirlenmiştir. Sürenin, sebebin öğrenilmesinden itibaren başlaması, özellikle küçük yaşta evlat edinilenlerin gerek kendilerinin ve gerek vesayet makamınca istek üzerine veya resen atanacak kayyım aracılığıyla dava açabilecekleri zamana kadar dava haklarının ve hak arama hürriyetlerinin korunmasını sağlayacak nitelikte bir düzenlemedir. Ayrıca evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden itibaren başlayan bir yıllık süre gerekli hazırlıkların yapılabilmesi ve dava hakkının kullanılabilmesi bakımından yeterli, ölçülü ve makul bir süre olup hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye erişim hakkını ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmamaktadır.

37. Öte yandan evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava hakkının bir yıl süre ile sınırlandırılması, evlat edinme ile ilgili olarak ortaya çıkacak ihtilafların bir an önce ortadan kaldırılmasını, kamu düzeniyle yakından ilgili bulunan evlatlık ilişkisinde çocuğun, ailenin ve kurulan soybağının korunmasını, ilişkiye kalıcılık ve istikrar kazandırılmasını amaçladığından ve ilişkinin sürekli dava tehdidi altında kalmasını önlediğinden, itiraz konusu kuralın gerekli, ulaşılacak istenen amaç ile orantılı ve amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğu anlaşılmaktadır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

39. Kuralın Anayasa'nın 5. ve 12. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun;

B.319. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
Karar verilmiştir.

⁹⁶ Aydos, a.g.m., s.136; Berki, a.g.e., s.169; Feyzioğlu, a.g.e., s.382; Öztan, 2000, a.g.e., s.468.

⁹⁷ Berki, a.g.e., s.169; Oğuzman/Dural, a.g.e., s.267; Tekinay, a.g.e., s.493.



etkilidir⁹⁸; diğer görüşe göre ise mahkeme kararı geriye etkilidir.⁹⁹ Kanaatimizce evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası sonucunda verilen kararın, bu kararın bozucu yenilik doğuran bir karar olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, ileriye etkili olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır. Ancak mirasçılık gibi durumlarda özel olarak kararın geriye etkili olarak uygulanması gerekliliğine inanmaktayız. İleriye etkili olması ise evlatlığın menfaatlerinin ihlalinin engellenmesi açısından önem taşımaktadır.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının kesinleşmesiyle, evlat edinen ile evlatlık arasında kurulan soybağı sona ermektedir. Soybağının sona ermesiyle ile evlat edinenin üzerinde bulunan velayet hakkı ortadan kalkmaktadır.¹⁰⁰ Böyle bir durumda otomatik olarak küçüğün velayeti öz ana ve babaya dönmeyecektir; bu yönde karar alınması gerekmektedir.¹⁰¹

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması, çocuğun soyadı üzerinde de değişiklik meydana getirmektedir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile evlat edinenin soyadını taşıyan evlatlık bu soyadını kaybederek, eski soyadına döner.¹⁰² Birlikte evlat edinmenin söz konusu olduğu durumlarda evlatlık ilişkisinin kaldırılması halinde çocuğun soyadının bundan nasıl etkileneceği önemlidir. Mülga Kanun bakımından değerlendirildiğinde, eşlerden sadece biri için evlatlık ilişkisinin kaldırılması söz konusu olduysa, diğer eşle evlatlık arasındaki evlat edinme ilişkisi devam edeceğinden, çocuğun soyadı bu durumdan etkilenmemektedir.¹⁰³ Oysa Türk Medeni Kanununda eşler bakımından birlikte evlat edinme kabul edilmiştir; dolayısıyla evlatlık ilişkisi-

⁹⁸ Baygın, *a.g.e.*, s.251; Ruhi, *a.g.e.*, s.70; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.267; Kaya, *a.g.e.*, s.88; Işık, *a.g.e.*, s.141; Tekinay, *a.g.e.*, s.478.

⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, *a.g.e.*, s.328; Görgeç, *a.g.m.*, s.374-375. Belirtmek gerekir ki bazı yazarlar, geriye etkili olma durumunun sadece istisnai hallerde özellikle mirasa ilişkin durumlarda söz konusu olacağını; onun dışında kararın ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmektedir. Bkz. Belen, *a.g.e.*, s.130.

¹⁰⁰ Görgeç, *a.g.m.*, s.375; Baygın, *a.g.e.*, s.251 vd.; Işık, *a.g.e.*, s.141; Kaya, *a.g.e.*, s.89; Ruhi, *a.g.e.*, s.70; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.725. Mülga Medeni Kanun döneminde evlat edinme ilişkisinin sona ermesiyle, evlat edinen ile evlatlık arasındaki hısımlık ile velayetin de sona erdiği kabul edilmekteydi. Bkz. Berki, *a.g.e.*, s.169; Gürkan, *a.g.e.*, s.196; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.267; Öztan, 2000, *a.g.e.*, s.468; Ruhi, *a.g.e.*, s.70-71. Hatta Yargıtay 10.11.1954 tarihinde vermiş olduğu bir İçtihatı Birleştirme Kararıyla velayet hakkının sona ereceğini; küçüğe bir vasi atanması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. YIBGK 10.11.1954 tarih ve E.1954/17, K.1954/24 sayılı karar. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T.: 11.01.2019.

¹⁰¹ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.725 vd.; Ruhi, *a.g.e.*, s.70; Serozan, 2005, *a.g.e.*, s.237; Işık, *a.g.e.*, s.141; Kaya, *a.g.e.*, s.89; Görgeç, *a.g.m.*, s.375; Baygın, *a.g.e.*, s.252.

¹⁰² 743 sayılı mülga Medeni Kanun döneminde de evlat edinme sözleşmesinin ister kazai ref'i ister tarafların anlaşmasıyla ref'i halinde evlatlık, evlat edinenin soyadını kullanmaya devam edemez ve eski soyadını geri alırdı. Akıntürk/Ateş 2016, *a.g.e.*, s.389; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.728; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.267; Baygın, *a.g.e.*, s.252; Görgeç, *a.g.m.*, s.376; Gürkan, *a.g.e.*, s.196; Işık, *a.g.e.*, s.141; Kaya, *a.g.e.*, s.89; Öztan, *a.g.e.*, s.1007; Tekinay, *a.g.e.*, s.494.

¹⁰³ Berki, *a.g.e.*, s.166-167; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.729.

nin kaldırılması her iki eş için de geçerli olmaktadır.¹⁰⁴ Ama belirtmek gerekir ki sadece eşlerden birinin, istisnai durumlarda, evlatlık ilişkisinin kaldırılması için talepte bulunması ve bu talep sonucunda o eş bakımından evlatlık ilişkisinin kaldırılması söz konusu olmuş ise, evlatlık evlat edinmeyle kazandığı soyadını korumaya devam edecektir.¹⁰⁵ Kanaatimizce, ister tek başına evlat edinme ister birlikte evlat edinme olsun, eğer çocuğun evlat edinmeyle kazandığı soyadını kullanma yönünde bir talebi var ve bu durum onun yararına ise, evlatlık ilişkisi kaldırılmış olsa bile, çocuk soyadını taşımaya devam edebilmelidir.¹⁰⁶

Evlat edinme kararının verilmesiyle evlat edinen, eğer evlatlığa (evlatlığın küçük olması halinde) yeni bir ad vermiş ise, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasıyla evlatlığın adı kendiliğinden ortadan kalkmamakta; evlatlığın adının haklı sebeplerle değiştirilmesini mahkemeden talep etmesi gerekmektedir.¹⁰⁷

Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının yarattığı bir diğer sonuç ya da etki de mirasçılığa ilişkindir. Evlatlık ve altsoyu, evlat edinme kararı ile evlat edinene mirasçı olurlar. Ancak verilen evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının kesinleşmesiyle mirasçılık sıfatları sona erer.¹⁰⁸ Mülga Kanun döneminde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmesine rağmen, mirasa ilişkin istisna getirilmiş ve bu kararın geriye yürüyeceği kabul edilmiştir. Çünkü evlat edinenin hayattayken açtığı evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının aslında evlatlığı mirastan iskat etmek istediği anlamını taşıdığı ileri sürülmekteydi.¹⁰⁹ Türk Medeni Kanunu bakımından, mirasçılar, ilgili sıfatıyla evlat edinenin ölümünden sonra evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası açabilmektedirler. Dolayısıyla miras açısından verilen kararın geriye etkili olması, bu davanın açılmasından sonra evlat edinenin ölmesi durumunda ancak söz konusu olabilecektir.¹¹⁰

Evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasıyla, her ne kadar Türk Medeni Kanununda açık bir hüküm olmasa da, evlat edinen ile evlatlık arasındaki evlenme yasağının kalkması kabul edilmektedir.¹¹¹ Çünkü evlat edinen ile evlatlık arasındaki soybağı, yani hısımlık kaldırma kararı ile birlikte sona ermektedir.

¹⁰⁴ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.729.

¹⁰⁵ Görgeç, *a.g.m.*, s.376; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.729.

¹⁰⁶ Bu hususta Alman hukukunda yasal bir düzenleme mevcuttur. Hukukumuzda da bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi çocuğun yararına olacaktır.

¹⁰⁷ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.729; Görgeç, *a.g.m.*, s.376.

¹⁰⁸ Gürkan, *a.g.e.*, s.196; Öztan, *a.g.e.*, s.1007; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.731; Görgeç, *a.g.m.*, s.376; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.267; Tekinay, *a.g.e.*, s.493; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.382.

¹⁰⁹ Görgeç, *a.g.m.*, s.376; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.731; Ruhi, *a.g.e.*, s.68; Tekinay, *a.g.e.*, s.493.; Işık s.141; Kaya, *a.g.e.*, s. 89; Baygın, *a.g.e.*, s.253.

¹¹⁰ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.732.

¹¹¹ Aydoğdu, *a.g.e.*, s.734. Mülga Medeni Kanun döneminde evlat edinme ilişkisinin sona ermesiyle kesin olmayan evlenme yasağının da ortadan kalkacağı kabul edilmişti. Bkz. Gürkan, *a.g.e.*, s.190 ve 196; Oğuzman/Dural, *a.g.e.*, s.267; Öztan, 2000, *a.g.e.*, s.468; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.382.

Evlad edinme bağının kaldırılmasının evlatlığın vatandaşlığı üzerinde nasıl bir etki yaratacağına ilişkin mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının, evlatlığın daha önce kazanmış olduğu Türk vatandaşlığının sona ermesine neden olmayacağı kabul edilmektedir.¹¹² Türk Vatandaşlık Kanununun 23 ila 35. maddeleri arasında, Türk vatandaşlığının kaybı düzenlenmiştir. Bu kısımda evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının, evlatlığın kazanmış olduğu Türk vatandaşlığının kaybına yol açacağı yönünde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, evlat edinmeyle Türk vatandaşlığını kazanan küçüğün, ilgili Kanun uyarınca, seçme hakkını kullanmak suretiyle, ergin olmasından itibaren üç yıl içinde Türk vatandaşlığından kendi isteğiyle ayrılması mümkündür.¹¹³

Evlad edinme ilişkisinin kaldırılması kararı kesinleştikten sonra evlat edinilmiş olan kişinin artık bir başka kişi ya da eşler tarafından yeniden evlat edinilmesi mümkündür; ancak önceden onu evlat edinen kişiler tarafından tekrar evlat edinip edinilemeyeceği hususu önemlidir. Mülga Kanun döneminde açık bir şekilde evlatlık bağının ortadan kalkmasıyla evlat edinen kişi ya da eşlerin eski evlatlıklarını yeniden evlat edinemeyecekleri kabul edilmişti.¹¹⁴ Türk Medeni Kanunu açısından ise böyle bir sınırlayıcı hüküm bulunmadığı için bu tarz bir evlat edinmenin önünün açık olduğu ileri sürülebilir.¹¹⁵

Evlad edinme bağının mahkeme kararıyla kaldırılması halinde, tarafların diğer aile hukuku kurumlarında olduğu gibi manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği çok açık değildir. Ancak boşanmada olduğu gibi evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında da manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁶ Kanaatimizce, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yol açan sebeplerin manevi tazminat istenmesinin şartlarını oluşturması halinde, manevi tazminat istenmesi mümkün olmalıdır.¹¹⁷

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması hakkında verilen karar, kesinleştikten sonra nüfus müdürlüğüne bildirilmekte ve nüfusa tescil edilmektedir.¹¹⁸

¹¹² Detaylı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, 1991, *a.g.e.*93.

¹¹³ Tiryakioğlu, 1991, *a.g.e.*, s.93, 97; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.732-733.

¹¹⁴ Gürkan, *a.g.e.*, s.196; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.735.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Aydoğdu, *a.g.e.*, s.735; Ruhi, *a.g.e.*, s.70.

¹¹⁶ Ruhi, *a.g.e.*, s.71; Öztan, 2000, *a.g.e.*, s.468; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.734.

¹¹⁷ Aynı yönde görüş bildiren Aydoğdu'ya göre, genel hükümlere gidilerek, kişilik hakkının korunması çerçevesinde gerek maddi gerekse manevi tazminat isteminde bulunulmasında bir sakınca bulunmamaktadır; yeter ki evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebepleri aynı zamanda tazminatların koşullarını oluşturacak durumda olsun: Aydoğdu, *a.g.e.*, s.735.

¹¹⁸ Baygın, *a.g.e.*, s.253; Aydoğdu, *a.g.e.*, s.732; Öztan, *a.g.e.*, s.1007; Akıntürk/Ateş, 2016, *a.g.e.*, s.389.

SONUÇ

Evlatlık ilişkisinin doğal soybağında olduğu gibi, evlat edinme kararının kesinleşmesinden sonra ortadan kaldırılamaması gerekir. Bu durum ise tam evlat edinme ilkesinin bir gereği ve sonucudur. Ancak Kanunda öngörülen bazı istisnai hallerde, mahkeme evlat edinme kararına dayalı olarak kurulan evlatlık ilişkisinin kaldırılması mümkündür.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebepleri, esasa ve usule ilişkin olmak üzere ikiye ayrılır. Bu sebeplerden ilki, rızası alınması gereken kişinin rızasının alınmaması ve diğeri ise, esasa ilişkin diğer eksikliklerin bulunmasıdır. Kanunda anılan bu sebepler sınırlı şekilde sayıldığı için, bunların dışında başka bir sebebe dayanılarak evlatlık ilişkisinin kaldırılması talep edilemez. Dolayısıyla tarafların anlaşmasıyla veya haklı sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle evlatlığın ve mirastan çıkarmayı gerektiren durumlarda evlat edinenin talebine dayanılarak yahut evlenmeyle kendiliğinden evlatlık ilişkisinin sona ermesi mümkün değildir. Çünkü evlat edinmeyle kurulan ilişkinin kan bağına dayanan ve süreklilik içeren soybağına benzetilmek istenmiştir. Dolayısıyla tam evlat edinme ilkesinin bir görünümü ve uzantısı olmaktadır.

Rızanın eksikliği sebebi dışında, evlat edinmenin esasına ilişkin diğer eksikliklerin bulunması da ilişkinin kaldırılması sebebidir. Ancak diğer eksiklikler Kanunda açıkça ve somut olarak ifade edilmemektedir. Diğer eksiklikler, yasal hükümlerde aranan yasal koşullar olarak kabul edilir. Evlat edinme yargılaması aşamasında ortaya çıkan eksiklikler usule ilişkin eksiklikler olarak adlandırılır. Usule ilişkin eksiklikler ortadan kalkar veya evlatlık ilişkisinin kaldırılması, evlatlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecekse, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilemez.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması dava yoluyla istenir. Açılacak dava da hak düşürücü süreye tabidir. Bu süre sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıldır. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararının kesinleşmesiyle birlikte, evlat edinmenin taraflar üzerinde doğurduğu hak ve yükümlükler sona erer. Kural olarak bu karar ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Dolayısıyla geçmişte birbirlerine verdikleri hediye, nafaka veya bakım masrafları geri istenemez.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması yönündeki karar, kesinleştikten sonra nüfus kütüğüne bildirilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması kararı, daha önce evlat edinme kararının işlenmiş olduğu aile ve doğum kütüklerine işlenir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, (Gözden geçirilmiş 2. Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Başak, Görgeç Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C.14, S.1-2, s.353-379.
- Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 3. Bası. Ankara, Turhan Kitabevi, 2000.
- Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Cem Baygın, Evlat Edinmenin Koşulları, *AÜEHFD*, 2003, C.7, S.3-4, s.591-626.
- Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010.
- Cengiz Kaya, *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, İstanbul, 2009.
- Cyril Hegnauer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, *Artikel 252-269c ZGB*, Bern.
- Evren Koç, HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler, *İÜHFMD*, 2015, C.73, S.1, s.363-388.
- Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.
- Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)*, İstanbul, 2005.
- Hilmi Yazıcı/Hasan Atasoy, *Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı*, No: 1019, Ankara, 1970.
- Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1998.
- Mehmet Işık, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evlat Edinme*, Ankara, 2005.
- Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Oğuz Sadık Aydos, Yeni Medeni Kanun’a Göre Evlat Edinme, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C.4, S.1-2, s.117-141.
- Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2005.

Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul, 1982.

Şakir Berki, *Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme*, Ankara, 1962.

Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku*, Ankara, Beta Basım Yayım, 2016.

Ülker Gürkan, *Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemelerden Ayrı Bası*, Ankara, 1974.



Temsilde Adalet İlkesi Açısından Genel Seçimlerde İttifak^(*)

Alliance in General Elections in Terms of the
Principle of Justice in Representation

Arş. Gör. **Furkan ÇIRKIN**^(**)

Öz

Türkiye’de parlamento seçimlerinde 1961’den beri d’Hondt sistemi uygulanmaktadır. Ayrıca parlamento seçimlerinde ulusal düzeyde uygulanan yüzde onluk seçim barajı mevcuttur. Ülkemizde uygulanan barajlı d’Hondt sistemi, büyük partiler lehine sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Ulusal düzeyde uygulanan yüzde onluk seçim barajı da küçük partilerin parlamentoya girmesini engelle-yerek büyük partilerin aşırı temsil elde etmesini sağlamaktadır. Bu nedenle ülkemizde genel seçim sonuçlarıyla parlamento aritmetiği arasında bir adaletsizlik ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde uzun yıllar boyunca temsilde adaletin sağlanamadığı bir parlamento yapısı ortaya çıkmıştır. Buna karşılık “İttifak Yasası” olarak bilinen yeni düzenlemeden sonraki ilk seçimler olan 24 Haziran 2018 seçimleri sonucunda parlamentoda temsilde adaletin neredeyse tam olarak sağlandığı görülmektedir. “İttifak Yasası” yüzde ondan daha az oya sahip küçük partilerin parlamentoya girmesinin önünü açmaktadır. Bu nedenle ittifak kurumu, ilk etapta temsilde adalet açısından olumlu bir düzenlememiş gibi görünmektedir. Buna karşılık ittifak kurumunun büyük ittifakların d’Hondt sisteminden faydalanarak daha fazla aşırı temsil elde etmesi ve ittifak içinde bulunmayan küçük partilerin adaletsizliğe uğrayabilmesi gibi olumsuz sonuçları da olabilecektir. Sonuç olarak bu makalede ittifak kurumunun temsilde adalet ilkesi açısından gerçekte nasıl bir anlam ifade ettiği inceleme altına alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İttifak, Parlamento Seçimleri, Genel Seçimler, Temsilde Adalet İlkesi, D’hondt Sistemi.

Abstract

In Turkey, the d’Hondt system is applied in the parliamentary elections since 1961. There is also ten percent national election threshold in parliamentary elections. In Turkey, the d’Hondt system generally benefits to large parties. In addition, ten percent national election threshold provides environment for overrepresentation of large parties by prevents small parties from entering parliament. For these reasons, an injustice occurs between the results of the general elections and the arithmetic of parliament. Justice in representation hasn’t provided for many years in Turkey.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 30.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 26.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 31.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 06.09.2019.

(**) Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı,
E-posta: cirkinfurkan@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3293-9525>.



On the other hand, as a result of 24 June 2018 election which is the first elections following the new regulation known as the "Alliance Law", justice in representation in parliament is almost fully achieved. The alliance paves the way to enter parliament for small parties which has got under ten percent of vote to. Therefore, at first view, the alliance seems to be a positive regulation in terms of justice of representation. On the other hands, the alliance causes large parties in large alliances gain more overrepresentation by using of advantages of the d'Hondt system. And in the new election system, small parties which isn't in any alliance can't enter the parliament, so the "Alliance Law" causes to injustice between parties within an alliance and not within an alliance. As a result, this article examines what the alliance actually means in terms of the principle of justice in representation.

Keywords

Alliance, Parliamentary Elections, General Elections, Justice in Representation, D'hondt System.

GİRİŞ

"İttifak Yasası" olarak bilinen 7102 sayılı "Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹ ile artık siyasi partilerin parlamento seçimlerine ittifak yaparak girebilmeleri serbest kılınmıştır. Buna göre iki veya daha fazla siyasi parti aralarında ittifak yaparak seçime girebilecektir ve bu partilerin seçim çevrelerindeki oyları birlikte sayılacaktır. Toplam alınan oy miktarına göre ittifak, seçim çevrelerinden temsilcilik kazanacak ve bu toplam temsilcilikler daha sonra ittifak içindeki partilere d'Hondt sistemi ile dağıtılacaktır. Ayrıca ittifak içindeki partiler, tek başlarına ne kadar oy almış olurlarsa olsunlar ittifakın toplam oyu ulusal seçim barajını geçerse parlamentoya girmeye hak kazanacaktır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sonrasında getirilen "İttifak Yasası"ndan önce ülkemizde siyasi partilerin seçim ittifakı yapmaları yasal değildi. Her ne kadar ülkemizde seçim sonrası koalisyon hükümetlerine oldukça aşına olsak da seçim ittifakları yasak olduğu için uygulamada pek fazla görülmemekteydi. Fakat yine de açık bir şekilde olmasa da farklı parti listelerinden aday olmak ve başka parti lehine seçime girmeme kararı almak gibi yöntemlerle uygulamada seçim ittifakları görülmekteydi. Dünya genelinde ise birçok ülkede seçim ittifakları görülmektedir. Şimdi "ittifak"ın kavramsal çerçevesi çizildikten ve seçim ittifaklarının dünya genelindeki ve Türkiye tarihindeki uygulamalarına değinildikten sonra bu makalenin asıl konusu olan "İttifak Yasası"nın temsilde adalete etkilerine geçilecektir.

Siyasi partilerin belirli bir amaç için birlikte hareket etmeleri en temelde seçim öncesi ittifaklar ve seçim sonrası koalisyonlar şeklinde karşımıza çıkmakta-

¹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180316-28.htm>, E.T.: 25.08.2019.

dır. Seçim öncesi ittifaklar, en az iki siyasi partinin seçimden alınabilecek oy miktarını ve faydayı en üst düzeye çıkarabilmek amacıyla seçim öncesinde bir araya gelmeleri şeklinde tanımlanabilir. Seçim sonrası koalisyonlar ise seçim sonuçlarına göre en az iki siyasi partinin parlamentoda veya hükümette birlikte çalışmaları konusunda anlaşmaları anlamına gelmektedir.² Seçim ittifakları, genellikle seçim sistemine göre stratejik bir hamle olarak karşımıza çıkmaktadır ve siyasi partilerin seçimlerden en yüksek faydayı sağlamak amacıyla kaynaklarını birleştirmelerini tanımlamaktadır.³ Seçim sonrası koalisyonlar ise parlamentoda yer alan partilerin bir hükümet kurmaya yönelik siyasi işbirlikleridir.⁴ Genellikle bir siyasi partinin parlamentoda hükümet kurmak için yeterli çoğunluğa sahip olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.⁵ Bu makalenin konusuyla ilgili olan kısım seçim ittifaklarıdır. Literatürde nispi temsil sisteminin olmadığı seçim sistemlerinin partileri seçim ittifaklarına daha çok zorladığı kabul edilmektedir.⁶ Ayrıca yüksek seçim barajının uygulanması da küçük partileri seçim ittifaklarına zorlamaktadır.⁷ Dolayısıyla seçim ittifakları genellikle adaletsiz-orantısız seçim sistemlerinde görülmektedir. Parti sisteminin kutuplaşmış olması da seçim ittifaklarına ortam hazırlamaktadır. Bu atmosferler içinde karşımıza çıkan seçim ittifakları, genellikle ideolojik olarak uyum sağlayabilen partiler arasında görülmektedir.⁸

Seçim ittifaklarının farklı türleri bulunmaktadır. Örneğin; seçimler öncesi ve sonrasında beraber çalışılacağını bildiren bir açıklamayla seçim ittifakları kurulabilir. Ya da seçim ittifakları ortak bir çatı altında seçimlere girme veya ortak bir liste altında aday belirleme şeklinde karşımıza çıkabilir. Bunun yanı sıra seçim ittifakları, partilerin seçim sonrasında hükümeti birlikte kuracaklarını duyurmaları ya da bu ittifakı yasalaştırarak tek bir liste altında seçime girmeleri ile de mümkün olmaktadır. Seçim ittifaklarında görülen başka bir yöntem ise bir partinin diğer parti ya da partiler lehine bazı bölgelerdeki seçimlerden çekilme kararı alması ve bunu kamuoyuna açıklamasıdır.⁹

² Denis Kadima "An Introduction to the Politics of Party Alliances and Coalitions in Socially-Divided Africa", *Journal of African Elections*, 2014, C.13, S.1, s.2.

³ The National Democratic Institute and the Oslo Center for Peace and Human Rights, *Coalitions: A Guide for Political Parties*, 2015, s.14.

⁴ A. Ersoy Kontacı, "Siyasi İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik Bir Analiz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, C.28, S.123, s.34.

⁵ The National Democratic Institute and the Oslo Center for Peace and Human Rights, *a.g.e.*, s.15.

⁶ Sona Nadenichek Golder, *The Logic of Pre-Electoral Coalition Formation*, Columbus, The Ohio State University Press, 2006, s.12 vd.

⁷ Kadima, *a.g.m.*, s.10.

⁸ Golder, *a.g.m.*, s.9.

⁹ Nebi Miş/Hazal Duran, "Seçim İttifakları", *SETA Analiz*, 2018, S.232, s.8.

Uygulanan seçim sisteminin doğası ve karakteri siyasi partilerin seçim ittifakı yapma eğilimlerini belirlemektedir.¹⁰ Örneğin; İngiltere’de uygulanan dar bölge tek turlu basit çoğunluk seçim sistemi küçük partilerin büyük bir partiye ya da kendi aralarında ittifak yapmasını zorunlu kılmaktadır. Avam Kamarası seçimlerinde uygulanan dar bölge tek turlu basit çoğunluk sisteminde seçmenler, oylarını en büyük iki partiden birine değil de üçüncü bir partiye verdikleri takdirde bu oyların israf edilmiş olduğunu görmektedir. Dolayısıyla seçmenler, en büyük düşmanlarının kazanmasına engel olabilmek için büyük iki partiden ehven-i şer olanı tercih etmektedir.¹¹ Küçük siyasi partiler de bu durumu büyük iki partiden biriyle ittifak yapmak suretiyle kullanabilmektedir. Kısaca küçük partilerin büyük bir parti etrafında birleştiği seçim ittifakları ortaya çıkabilmektedir.¹² Yine dar bölge tek turlu basit çoğunluk sisteminde küçük partilerin güçlerini bir ittifak adayında birleştirmemeleri hâlinde, yani aralarındaki bölünmeden kaynaklı olarak, o bölgedeki çoğunluğun desteklemediği bir aday seçimi kazanabilmektedir.¹³ Dolayısıyla küçük siyasi partiler, bu durumu aralarında ittifak yaparak aşmayı deneyebilmektedir. Yani çoğunluğun istemediği bir adayın seçilmesi yerine azınlıkta kalan küçük partiler ittifak yaparak aralarından birinin adayını seçtirebilmektedir. Bu seçim ittifakları, siyasi partilerin aralarında yaptıkları adaylık sözleşmeleriyle ortaya çıkmaktadır.¹⁴ Örneğin; 1992 seçimlerinde bu şekilde küçük partilerin ittifakı aday göstermeleri sayesinde İngiltere genelinde yirmi aday seçtirilebilmiştir.¹⁵

Amerika Birleşik Devletlerinde iki parti sistemi hâkim olduğu için üçüncü bir partinin etkinliği görülmemektedir. Bu nedenle açık bir şekilde parti ittifakları da karşımıza çıkmamaktadır. Ancak başkanlık ve Kongre seçimlerinde pek şansları bulunmayan küçük siyasi partiler sosyal, kültürel ve politik değişiklik isteklerini uygulatabilmek için çaba göstermektedir.¹⁶ Amerika Birleşik Devlet-

¹⁰ Kadima, *a.g.m.*, s.10.

¹¹ Maurice Duverger, *Siyasi Partiler*, Çev. Ergun Özbudun, 2. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1974, s.300; İngiltere’de Avam Kamarasına baktığımız zaman, en büyük iki partinin yüzde doksandan fazla temsil oranına sahip olduğu görülmektedir. Robert Blackburn, *The Electoral System in Britain*, New York, Macmillan, 1995, s.215.

¹² Miş/Duran, *a.g.m.*, s.11.

¹³ Enid Lakeman/James D. Lambert, *Voting in Democracies: A Study of Majority and Proportional Electoral Systems*, London, Faber and Faber Publishing, 1955, s.34 vd.

¹⁴ Miş/Duran, *a.g.m.*, s.11.

¹⁵ Rıza Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri: Parlamenter, Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Konkordanz Yönetim Sistemleri*, 2. Baskı, Bursa, Dora Yayınevi, 2015, s.42.

¹⁶ Amerika Birleşik Devletlerinde Yeşil Parti, Reform Partisi ve Anayasa Partisi gibi başkanlık seçimlerinde oldukça aktif olan siyasi partiler mevcuttur. Robert Longley, “The Important Role of US Third Parties”, (Çevrimiçi) <https://www.thoughtco.com/importance-of-us-third-political-parties-3320141>, E.T.: 14.09.2019.

lerinde uygulanan başkanlık seçimlerinde bir eyalette en çok oyu alan aday, o eyaletin seçiciler kuruluna yollayacağı ikinci seçmenlerin tamamını kazanmaktadır.¹⁷ Kazananın her şeyi aldığı bu sistem, adil bir temsil esasıyla değil de ufak bir farkla bile olsa çoğunluğun hangi tarafta olduğuna göre işlemektedir.¹⁸ Bu seçim sistemi nedeniyle adaylar, çok sayıda ikinci seçmenin seçiciler kuruluna gönderildiği ve partiler arası oy farkının birbirine çok yakın olduğu eyaletlere yoğunlaşmaktadır.¹⁹ Yoğunlaşılacak bu eyaletlerde etkili olabilecek küçük partilerle yapılan pazarlıklar ve seçim öncesinde küçük partilerle yapılan ittifaklar büyük önem arz edebilmektedir. Yine iki parti sisteminin mevcut olduğu Amerika Birleşik Devletlerinde Kongre yapısı incelendiği zaman içinde farklı görüşleri barındıran iki büyük partiden oluşan bir kongreyle karşılaşmaktadır.²⁰ Parlamenteoya iki büyük partinin hâkim olması üzerinde hem tek turlu dar bölge basit çoğunluk seçim sistemi hem de en büyük ödülün başkanlık makamı olduğu başkanlık hükümet sistemi etkilidir.²¹ Fakat gevşek parti disiplini ve önseçim bu iki partinin kendi içlerinde farklı görüşleri barındırmasına ortam sağlamaktadır. Aslında gizli veya açık seçim ittifaklarıyla küçük partilerin bu büyük iki parti içinde kendilerine yer bulabildikleri ve siyasi isteklerini parlamenteoya taşıyabildikleri söylenebilir.

Fransa'da parlamento seçimlerinde iki turlu dar bölge çoğunluk seçim sistemi uygulanmaktadır. Bu seçimlerde birinci tur, yakın siyasi eğilimlere sahip siyasi partiler arasında bir ön seçim gibi görülmektedir. Bu partiler, birinci turda en yüksek oyu alan aday etrafında ittifak yapmaktadır. Daha düşük oy alan adaylar, ikinci turda kendi siyasi eğilimlerine yakın bir ismin seçilebilmesi için o kişinin lehine adaylıktan çekilerek seçim ittifakı yapmaktadır.²² Fransa'da siyasi partiler arasında görülen bu uzlaşma ihtiyacı nedeniyle zamanla seçim öncesi ittifaklar da görülmeye başlamıştır. Ayrıca Fransa'da uygulanan iki turlu

¹⁷ Nelson W. Polsby/Aaron Wildavsky/Steven E.Schier/David A. Hopkins, *Presidential Elections: Strategies and Structures of American Politics*, 13. Baskı, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 2012, s.51.

¹⁸ Alexander S. Belenky, *Who will be the Next President?: A Guide to the U.S. Presidential Election System*, 2. Baskı, y.y., Springer International Publishing, 2016, s.76 vd.

¹⁹ Paul Allen Beck/Frank J. Sorauf, *Party Politics in America*, 7. Baskı, New York, Harper Collins, 1992, s.310.

²⁰ Fakat bu durum küçük partilerin Amerika Birleşik Devletlerinde küçük partilerin olmadığı anlamına gelmemektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde esas olarak iki parti sistemi mevcut olmakla beraber, her zaman küçük partiler de var olmuştur. Hüseyin Özcan/Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2014, s.19; Zaten iki parti sisteminden bahsedilirken, ülkede yalnızca iki tane partinin olduğu anlaşılmalıdır. İki parti sisteminin temel özelliği, var olan tüm partiler içinde iki büyük partinin siyasi yaşama egemen olmasıdır. A.e., s.50.

²¹ Beck/Sorauf, a.g.e., s.42.

²² Anne Stevens, *The Government and Politics of France*, London, Macmillan, 1992, s.170.

dar bölge çoğunluk seçim sisteminde ilk tur ile ikinci tur arasındaki sürenin çok kısa olması, siyasi partileri seçim öncesi ittifaklara itmektir. Zira iki tur arasındaki sürenin çok kısa olması nedeniyle siyasi partilerin seçim stratejilerini değiştirmeleri ve bir adayda ittifak yapmaları için yeterli süreleri bulunmamaktadır.²³

Seçim sistemlerinin yapısı gibi hükümet sistemlerinin yapısı da seçim ittifaklarına ortam hazırlayabilmektedir. Örneğin; başkanlık sistemlerinin yapısı gereği ittifakları zorladığı söylenebilir. Bu sistemlerde başkanlık seçimlerinde çoğunluğu sağlamak amacıyla genellikle birden fazla siyasi partinin bir başkan adayı üzerinde ittifak yaptıkları görülmektedir. Özellikle Latin Amerika ülkelerinde başkanlık sistemlerinin genellikle ittifak politikalarıyla bir arada yürüdüğü görülmektedir.²⁴ Hatta bu ülkelerde ittifaklara dâhil olmak, siyasette yer edinmek için bir zorunluluk haline gelmiştir. Her ne kadar bu ülkelerde çok sayıda siyasi parti bulunsun da bir müddet sonra siyasi partiler belirli bir aday etrafında ittifak oluşturmaya başlamaktadır.²⁵ Sonuç olarak başkanlık sistemlerinde başkanın seçilebilmesi için gerekli olan yüzde elli artı bir kuralı, tek bir partinin bu orana ulaşması zor olduğu için siyasi partileri ittifak yapmaya zorlamaktadır. Başkanlık seçimlerindeki bu ittifakların çoğu zaman parlamento seçimlerine de yansdığı görülmektedir.²⁶ Ayrıca herhangi bir partinin ittifak yapmaksızın başkanlığı kazanamadığı ve parlamentoda çoğunluğu elde edemediği ülkelerde tikanlıklar baş göstermektedir. Örneğin; Meksika’da 1994’ten beri en büyük üç partiden hiçbiri yüzde elli oy oranını geçmeyi başaramamıştır. Sonuçta oluşan parlamento yapısı yürütmeyi felç etmiş ve ülkeyi çıkmaza sokmuştur. Bu nedenle parlamentodaki üç parti ülkenin en önemli sorunlarını çözebilmek amacıyla “Meksika için Pakt” adı altında bir ittifak kurmuştur.²⁷ Yine “Koalisyoncu Başkanlık” olarak adlandırılan Brezilya başkanlık sisteminde başkan adayı, ittifak teklifinde bulunduğu partilere bakanlıklar vererek hem başkanlık seçimlerinde bu partilerin seçmeninden oy almakta hem de parlamentoda bir ittifak kurulmasını sağlayarak istediği yasaların geçmesini kolaylaştırmaktadır.²⁸ Böy-

²³ George Tsebelis, “Nested Games: The Cohesion of French Electoral Coalitions”, *British Journal of Political Science*, 1988, C.18, S.2, s.148.

²⁴ Marisa Kellam, “Why Pre-Electoral Coalitions in Presidential Systems”, *British Journal of Political Science*, 2017, C.47, S.2, s.391 vd.

²⁵ Bu ittifaklarda bazen ittifak içindeki siyasi partilerin isimleri seçimlerde listelenmekte bazen de ittifaka katılan partilerin ismi olmaksızın sadece başkan adayının kendi adı görünmektedir. Kellam, *a.g.m.*, s.403.

²⁶ Miş/Duran, *a.g.m.*, s.14 vd.

²⁷ The National Democratic Institute and The Oslo Center for Peace and Human Rights, *a.g.e.*, s.18.

²⁸ Miş/Duran, *a.g.m.*, s.18.

lece başkanlık seçimlerindeki ittifakların parlamento seçimlerine de ittifak şeklinde yansması sayesinde yürütmenin felç olması ve sistemin kilitlenmesi engellenmek istenmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçen Türkiye’de de başkanlık sistemi mantığının hâkim olduğu yeni hükümet sistemiyle birlikte siyasi partilerin seçim ittifakları yapmalarına izin verilmeye başlanmıştır.

Ülkemizde parlamento genel seçimlerine bakıldığında ne İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri örneğinde ne de Fransa örneğinde olduğu gibi uygulanan seçim sistemi doğasından kaynaklı bir seçim ittifakı zorunluluğu görülmemektedir. Ülkemizde nispi temsil sisteminin uygulanıyor olması nedeniyle tüm siyasi partiler tek başlarına oyları oranınca temsilcilik kazanabilmektedir. Fakat birazdan da inceleneceği üzere d’Hondt sisteminin seçim ittifaklarına belirli oranlarda fayda sağladığı söylenebilir. Buna karşılık seçim ittifakları, seçim barajının olduğu nispi temsil sistemlerinde küçük partilerin oylarının boşa gitmemesi için çok önemli fayda sağlamaktadır.²⁹ Yüzde on gibi çok yüksek bir seçim barajının mevcut olduğu ülkemizde ittifakların en önemli etkisi, küçük partilerin ittifak içinde parlamentoya girmesinde görülmektedir. Ülkemizde “İttifak Yasası” öncesinde her ne kadar siyasi partilerin seçim ittifakı yapması yasak olsa da uygulamada farklı yöntemlerle seçim ittifakları görülebilmekteydi. Bu ittifakların en önemli amacı da genellikle partilerin yüksek seçim barajını aşmasını sağlamaktı. Örneğin; 1991 seçimlerinde seçim barajı altında kalacağı düşünülen Refah Partisi ve Milliyetçi Çalışma Partisi parlamentoya girebilmek için seçim ittifakı yapmıştır. Fakat “Kutsal İttifak” olarak adlandırılan bu seçim ittifakı yasal düzenlemeler nedeniyle partilerin kurumsal kimliklerini koruyarak yapılmamıştır. Milliyetçi Çalışma Partisi, adaylarını Refah Partisi listelerinden seçimlere sokmuştur ve böylece parlamentoya girmeyi başarmıştır.³⁰ “İttifak Yasası” sonrası günümüzde ise siyasi partiler kendi kurumsal kimliklerini koruyarak ittifak çatısı altında seçimlere girebilmektedir.

1. D’HONDT SİSTEMİ VE İTTİFAK

Ülkemizde uygulanan barajlı d’Hondt sistemi, seçim çevrelerinde genellikle büyük partiler lehine sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.³¹ İttifak yasasıyla birlikte bu durum daha da adaletsiz bir hâle gelmiştir. Zira tam olarak uygulanan nispi temsil sistemlerine göre daha çok büyük partiler lehine sonuç veren d’Hondt

²⁹ Kadima, *a.g.m.*, s.10.

³⁰ Bu ve benzeri seçim ittifakları için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.gzt.com/dunya-politika/turk-siyasi-tarihindeki-siyasi-ittifaklar-3356232>, E.T.: 13.09.2019.

³¹ David M. Farrell, *Comparing Electoral Systems*, Londra, Macmillan, 1997, s.65; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s.253.



sistemi, ittifak yasasıyla birlikte büyük ittifaklar lehine daha büyük adaletsizlikler ortaya çıkarmaya başlamıştır.³² D'Hondt sistemi nedeniyle ittifak kurumu, ittifak yapan partilere yaramakta ve herhangi bir ittifak içinde bulunmayan partilere ise zarar vermektedir.³³ Kısacası ittifak yapan partiler daha fazla temsilcilik kazanmaktayken ittifak içinde bulunmayan partiler daha az temsilcilik kazanmaktadır. Bu durum, temsilde adaleti olumsuz etkilemektedir. İttifak yasasıyla getirilen değişikliğe göre 2839 sayılı kanunun 33. maddesi şu şekildedir:

“İttifakın elde edeceği milletvekili sayısının hesaplanmasında, ittifak yapan siyasi partilerin toplam oyu esas alınır. İttifakın elde ettiği toplam milletvekili sayısı, ittifak yapan siyasi partiler arasında her birinin aldığı geçerli oy sayısı esas alınarak bu maddedeki usule göre paylaşılır.”

Buna göre; ittifak yapan siyasi partilerin toplam oyu esas alınarak ittifakın kazandığı toplam milletvekilliği sayısı belirlenmekte ve bu milletvekillikleri daha sonra ittifak içindeki partilere dağıtılmaktadır. Aslında kural olarak ittifak yapan siyasi partilerden birine oy vermek gerekmektedir. Fakat oy pusulasında ittifak bloğu içine basılmış ve fakat ittifak içindeki siyasi partilerden herhangi birine verilmemiş oylar da ittifakın toplam oyuna dâhil edilmektedir. Bu ortak oylar daha sonra ittifak içindeki partilere almış oldukları oy oranına göre dağıtılmaktadır. İttifak içindeki bir siyasi parti, kendi almış oy miktarının ittifak içindeki tüm siyasi partilerin toplam oy miktarına bölünmesiyle bir katsayı elde etmektedir. Daha sonra bu katsayı ile ittifak ortak oyu çarpılmakta ve o parti ittifak ortak oyundan kendi payına düşen oyu almaktadır.³⁴

Genellikle büyük partiler lehine sonuçlar ortaya çıkaran d'Hondt sistemi, ittifaklar lehine de olumlu sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Zira birkaç siyasi partinin

³² Haluk Alkan, *Kurumsal Yaklaşım Işığında Yeni Siyasetin Analizi: Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, Ankara, Liberte Yayınları, 2018, s.147; Seçim çevrelerinde d'Hondt sistemi uygulanırken tüm ülke çapında nispi temsilin tesisi sağlanamamaktadır. Ülkemizde uygulanan d'Hondt sistemine bakıldığı zaman seçim çevrelerinde daha çok büyük partilerin avantaj sağladığı, artık milletvekilliklerini daha çok büyük partilerin elde ettiği görülmektedir. Seçim çevreleri ne kadar küçülürse nispi temsil sistemleri, temsilde adalet işlevlerini o kadar kaybetmektedir. İl esaslı seçim çevresi uygulamasının görüldüğü ülkemizde de özellikle orta ve küçük illerde d'Hondt sisteminin tam olarak adaletli bir milletvekili dağılımını sağlayamadığı görülmektedir.

³³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 21. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2017, s.504.

³⁴ Örneğin; A Partisi 120, B Partisi 40 ve A+B İttifakı 60 oy almış olsun. (Oy pusulasında A ya da B Partilerine oy verilmemiş olmasına rağmen ittifak alanı içine basılan oylar İttifakın oyu sayılacaktır.) Bu durumda; A ve B Partileri toplam 160 oy aldığı için, A Partisi $120/160=0,75$ katsayı ve B Partisi $40/160=0,25$ katsayı elde edecektir. İttifakın ortak oyu olan 60 oy, bu katsayılara göre A ve B Partilerine dağıtılacaktır. Yani 60 oyun, $60 \times 0,75=45$ oyu A Partisine ve $60 \times 0,25=15$ oyu B Partisine verilecektir. Yetkin Çınar/Türkmen Göksel, “21 Şubat 2018’de Teklif Edilen ‘İttifaklı d’Hont’ Sistemine Göre Seçim Simülasyonları”, *TEPAV Politika Notu 2018/08*, (Çevrimiçi) http://www.tepav.org.tr/upload/files/1520064504-6.21_Subat_2018_de_Teklif_Edilen_Ittifakli_d_Hondt_Sistemine_gore_Secim_Simulasyonlari.pdf, E.T.: 20.08.2019.

tek başına seçime girmesi, ittifak yaparak büyük bir şekilde seçime girmesinden daha dezavantajlıdır. Şimdi ittifakın d'Hondt sistemi içinde milletvekili dağıtımına etkisini bir örnek ile inceleyelim: Altı milletvekilinin çıkacağı ve altmış bin geçerli oyun kullanıldığı bir seçim çevresinde; A Partisi yirmi bin, B Partisi on sekiz bin, C Partisi on beş bin ve D Partisi yedi bin oy almış olsun. Bu durumda d'Hondt sistemine göre partilerin kazanacağı milletvekili sayılarını hesaplayacak olursak sonuç aşağıdaki tablodaki gibi olacaktır:

	1. Bölme	2. Bölme	3. Bölme	4. Bölme	5. Bölme	6. Bölme
A Partisi	20.000	10.000	6.666	5.000	4.000	3.333
B Partisi	18.000	9.000	6.000	4.500	3.600	3.000
C Partisi	15.000	7.500	5.000	3.750	3.000	2.500
D Partisi	7.000	3.500	2.333	1.750	1.400	1.166

Tablo I: (D'Hondt Sistemine Göre Bölme)

Sonuçta çıkan sayıları büyükten küçüğe doğru sıralayacak olursak ilk altı sayı; yirmi bin (A), on sekiz bin (B), on beş bin (C), on bin (A), dokuz bin (B) ve yedi bin beş yüz (C) şeklinde olacaktır. A Partisi iki MV, B Partisi iki MV, C Partisi iki MV ve D Partisi sıfır MV kazanacaktır.

Şimdi aynı seçime A ve D Partilerinin ittifak yaparak girdikleri durumu inceleyelim. Bu durumda milletvekillikleri dağıtılırken ittifak yapan siyasi partilerin toplam oyu esas alınacağı için tabloyu A+D İttifakı ve diğer partiler şeklinde güncellememiz ve yeni çıkan sonuca göre milletvekilliklerini dağıtmamız gerekecektir. Buna göre A ve D Partilerinden oluşan A+D İttifakı yirmi yedi bin oy almıştır ve hesaplamada yirmi yedi bin sayısı kullanılacaktır. Diğer partiler ise aynı oy sayılarıyla hesaplamaya katılacaktır.

	1. Bölme	2. Bölme	3. Bölme	4. Bölme	5. Bölme	6. Bölme
A+D İttifakı	27.000	13.500	9.000	6.750	5.400	4.500
B Partisi	18.000	9.000	6.000	4.500	3.600	3.000
C Partisi	15.000	7.500	5.000	3.750	3.000	2.500

Tablo II: (A+D İttifakına Göre D'Hondt Sisteminde Bölme)

Sonuçta çıkan sayıları büyükten küçüğe doğru sıralayacak olursak ilk altı sayı; yirmi yedi bin (A+D), on sekiz bin (B), on beş bin (C), on üç bin beş yüz (A+D), dokuz bin (B) ve dokuz bin (A+D) şeklinde olacaktır. A+D İttifakı üç MV, B Partisi iki MV ve C Partisi bir MV kazanacaktır. Partilerin bağımsız olarak girdikleri seçimde A ve D Partileri toplam iki MV çıkarmakta ve C Parti-

si iki MV çıkarmaktayken A ve D Partilerinin ittifak yaptığı seçimde A ve D Partileri toplam üç MV çıkarmakta ve C Partisi bir MV çıkarmaktadır. İttifak sayesinde ittifak yapan A ve D Partileri bir adet fazladan milletvekilliği kazanmıştır. İttifak içinde bulunmayan C Partisi ise bir adet milletvekilliği kaybetmiştir.

Şimdi aynı örnek üzerinden bu defa A ve B Partilerinin ittifak yapması halinde milletvekili dağılımının nasıl olacağını inceleyelim. İttifak yapan partilerin toplam oyu esas alınacağı için tabloyu şu şekilde oluşturmamız gerekecektir:

	1. Bölme	2. Bölme	3. Bölme	4. Bölme	5. Bölme	6. Bölme
A+B İttifakı	38.000	19.000	12.666	9.500	7.600	6.333
C Partisi	15.000	7.500	5.000	3.750	3.000	2.500
D Partisi	7.000	3.500	2.333	1.750	1.400	1.166

Tablo III: (A+B İttifakına Göre D'Hondt Sisteminde Bölme)

Sonuçta çıkan sayıları büyükten küçüğe doğru sıralayacak olursak ilk altı sayı; otuz sekiz bin (A+B), on dokuz bin (A+B), on beş bin (C), on iki bin altı yüz altmış altı (A+D), dokuz bin beş yüz (A+B) ve yedi bin altı yüz (A+B) şeklinde olacaktır. A+B İttifakı beş MV ve C Partisi bir MV kazanacaktır. İttifak sayesinde ittifak yapan A ve B Partileri kazandıkları milletvekili sayısını bir adet artırmıştır. Seçime ittifak içinde girmeyen C Partisi ise bir adet milletvekilliği kaybederek sadece bir milletvekili kazanmıştır. En çok oy alan iki parti olan A ve B Partilerinin ittifak yaptığı ihtimalde oy oranlarıyla milletvekili dağılımları arasındaki ilişki ise şu şekilde olacaktır:

	Oy Miktarı	Oy Oranı	MV Sayısı	MV Oranı
A+B İttifakı	38.000	%63,3	5	%83,3
C Partisi	15.000	%25,0	1	%16,7
D Partisi	7.000	%11,7	0	%0,00

Tablo IV: (A+B İttifaklı Seçimde D'Hondt Sistemine Göre Oy Oranı-MV Oranı)

Görüldüğü üzere; A ve B Partileri toplam yüzde altmış üçlük oy oranıyla milletvekilliklerinin yüzde seksen üçünü kazanmaktayken C ve D Partileri toplam yüzde otuz yedilik oy oranıyla milletvekilliklerinin sadece yüzde on yedisini kazanmaktadır. Temsilde adalet ilkesi açısından bakıldığında zaman oldukça adaletsiz bir sonuçla karşı karşıya kalmaktayız.

Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırmalar Merkezi'nin (BETAM) yapmış olduğu araştırma sonuçlarında ittifak yapılması halinde 7

Haziran ve 1 Kasım 2015 parlamento seçimlerinin sandalye dağılımında nasıl değişiklikler olacağı ortaya konulmuştur. Buna göre; 2015 seçimlerine Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) ile Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ittifakı yapılarak girilmiş olsa ittifak içindeki her iki parti de kazandığı milletvekili sayısını artırmaktadır. Fakat ittifak içinde seçime girmeyen Cumhuriyetçi Halk Partisi (CHP) ve Halkların Demokratik Partisi (HDP) milletvekili sayısında kayba uğramaktadır. 7 Haziran 2015 seçimlerinde AKP ve MHP toplam üç yüz otuz sekiz milletvekili kazanmıştır. Bu seçime AKP+MHP İttifakı yapılarak girilmiş olursa toplam kazanılan milletvekili sayısı üç yüz elli dörde yükselmektedir. AKP+MHP İttifakı toplam milletvekili sayısını on altı adet artırmakta ve en büyük parti olan AKP milletvekili sayısını on bir adet artırmaktadır. Buna karşılık CHP ve HDP ittifak yapmadan seçime girerse CHP'nin milletvekili sayısı on bir adet ve HDP'ninki ise beş adet azalmaktadır. Yine aynı şekilde 1 Kasım 2015 seçimlerine de seçime AKP+MHP İttifakı yapılarak girilirse AKP ve MHP'nin kazandığı toplam milletvekili sayısı üç yüz elli yediden üç yüz yetmişe yükselmektedir. Yani ittifak içindeki partiler toplam milletvekili sayısını on üç adet artırmakta ve en büyük parti olan AKP milletvekili sayısını on adet artırmaktadır. Buna karşılık seçime ittifaksız giren CHP'nin milletvekili sayısı on iki adet ve HDP'ninki ise bir adet azalmaktadır.³⁵ AKP ittifak yapması halinde her iki seçimde de on bir ve on adet fazladan milletvekili kazanmaktadır. Zaten ülkemizde genellikle büyük partiler lehine sonuçlar ortaya çıkaran d'Hondt sistemi, bu büyük partilerin ittifak yapması halinde daha da adaletsiz bir şekilde lehte sonuçlar elde etmesini sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere ittifak kurumu, ittifak yapan partilere yaramakta ve herhangi bir ittifak içinde bulunmayan partilere ise zarar vermektedir.³⁶ D'Hondt sisteminin genellikle büyük partiler lehine sonuç vermesi nedeniyle ittifak içinde olmayan partiler ittifak kurumundan olumsuz etkilenmektedir. Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere hiçbir ittifak içine girmeyen C Partisi, A ve D Partilerinin ittifak yaptığı ihtimalde de A ve B Partilerinin ittifak yaptığı ihtimalde de bir adet milletvekilliği kaybetmiştir. Bu açıdan bakıldığında ittifak kurumu temsilde adaleti olumsuz yönde etkilemektedir. Buna karşılık ittifak kurumunun milletvekilliği kazanamayacak küçük partilerin ittifak yaparak milletvekilliği kazanmasının önünü açtığını da belirtmek gerekmektedir. İttifak kurumu saye-

³⁵ Seyfettin Gürsel/Uğurcan Acar, "İttifak Kuralının Seçim Sonuçlarına Etkileri", *BETAM Araştırma Notu 18/224*, 2018, (Çevrimiçi) <https://betam.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/ArastirmaNotu224.pdf>, E.T.: 15.08.2019; Aynı şekilde; TEPAV'ın da yapmış olduğu simülasyonlarda da ittifak içindeki partiler benzer miktarlarda fazladan milletvekili kazanmaktadır. Çınar/Göksel, *a.g.m.*, s.5 vd.

³⁶ Gözler, *a.g.e.*, s.504.

sinde ittifak içine giren küçük partilerin temsil edilme ihtimalleri artmaktadır. Hatta ittifak sayesinde birbiriyle ideolojik olarak çok uzak programlara sahip siyasi partiler, kâğıt üzerinde ittifak yapabilecektir. Sırf iktidar partisinin parlamentoda çoğunluğa sahip olmasını engellemek için muhalif partiler, oy oranı yüzde ikinin altında olan marjinal partileri bile ittifak içine alıp parlamentoya sokmaya çalışabilecektir.³⁷ Bu sayede ittifak, parlamento aritmetiğinde temsilde adaletin sağlanmasına etki edebilecektir.

Küçük partilerin ittifaktan nasıl faydalanacağı konusunu örneklendirmek için yukarıdaki örnek üzerinden devam edelim. En küçük parti olan ve hiçbir milletvekilliği kazanamayan D Partisinin A Partisi ile ittifak yaparak girmiş olduğu seçimde A+D İttifakı üç milletvekili kazanmıştı. Bu üç milletvekilinin ittifak içerisinde dağıtımını da yine 2839 sayılı Kanununun 33. maddesi uyarınca d'Hondt usulüne göre yapılacaktır. A ve D Partilerinin ayrı ayrı aldıkları oy miktarları sırasıyla yirmi bin ve yedi bindi. Buna göre:

	1. Bölme	2. Bölme	3. Bölme
A Partisi	20.000	10.000	6.666
D Partisi	7.000	3.500	2.333

Tablo V: (A+D İttifakının Kendi İçinde D'Hondt Sistemine Göre Bölme)

A+D İttifakının kazanmış olduğu üç milletvekili A ve D Partileri arasında dağıtılacaktır. Yukarıdaki sayılar büyükten küçüğe doğru sıralandığında; yirmi bin (A), on bin (A) ve yedi bin (D) sayılarına milletvekilliği verilecektir. Buna göre; A Partisi iki milletvekili ve D Partisi bir milletvekili kazanacaktır. Hiçbir partinin ittifak yapmadığı sonuçlara göre en az oy alan D Partisi hiç milletvekili kazanamamaktayken ittifak içinde seçime giren D partisi bir adet milletvekili kazanmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında ittifak kurumu, ittifak içinde seçime giren partiler lehine sonuçlar doğurmaktadır. İttifak içinde seçime girmeyen partilerin ise adaletsiz bir şekilde daha az temsilcilik kazandığı görülmektedir. İttifak içinde olan ve olmayan siyasi partilere, d'Hondt sistemine göre milletvekili dağıtımını yapılırken temsilde adaletten uzaklaşmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ittifak kurumunun tek başına bir avantaj getirmediğidir. İttifak, d'Hondt sistemi sayesinde ittifak yapan partilere avantaj sağlamaktadır. Örneğin; d'Hondt sistemi yerine diğer nispi temsil sistemine sahip ülkelerde uygulanan Haare gibi sistemler uygulanırsa ittifak yapan partilerle ittifak yapmayan parti-

³⁷ Nebi Miş, "Seçim İttifakı ve Gözden Kaçmaması Gereken Bir Husus", *Türkiye Gazetesi*, 17.02.2018, (Çevrimiçi) <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/nebi-mis/600749.aspx>, E.T.: 20.08.2019.

ler arasındaki fark azalabilecektir.³⁸ Tam olarak uygulanan (ülke esası) nispi temsil sistemleri uygulanırsa o zaman ittifak yapmanın milletvekili dağılımında hiçbir etkisi olmayacaktır. Kısacası ittifaklı d'Hondt sisteminde ittifak yapan siyasi partiler temsilde avantaj sağlamaktadır. Fakat her ne kadar temsilde adalet olumsuz etkilense de d'Hondt sistemine göre dağıtım yapılırken ittifak kurumunun partilere verdiği kazanç ve zarar oldukça sınırlıdır.³⁹ Temsilde adalet ilkesi açısından asıl önemli konu ise ittifak içindeki partinin (ittifak toplamda barajı aşmışsa) barajı aşmış sayılması ve ittifak içinde olmayan partinin (ülke genelinde yüzde on oranında oy alamamışsa) parlamento dışı kalmasıdır. Şimdi ittifak ile yüzde on seçim barajının bu ilişkisi incelenecektir.

2. YÜZDE ON SEÇİM BARAJI VE İTTİFAK

Parlamento seçimlerinde ittifak kurumunun sağladığı temel fayda, normalde seçim barajını geçemeyen partilerin girdikleri ittifak sayesinde seçim barajı engeliyle karşılaşmaksızın parlamentoya girebilmesidir.⁴⁰ Tabii ki bu durumun gerçekleşmesi, ittifakın toplamda yüzde ondan fazla oy kazanmış olmasına bağlıdır. Temsilde adalet ilkesi açısından yüzde on seçim barajının ittifak oylarıyla ve parti tüzel kişiliği korunarak aşılabiliyor olması, ilk bakışta olumlu bir özellik gibi görünmektedir. Böylece yüzde on seçim barajı ittifak sayesinde aşılabılır kılınmaktadır.⁴¹ Küçük partilerin ittifak yaparak parlamentoya girebiliyor olmaları, demokrasiyi “çoğulcu” kılmanın bir yolu olarak okunabilir. Böylece küçük partiler sistem dışına itilmemiş olacaktır.⁴² İttifak yasasıyla getirilen değişikliğe göre 2839 sayılı kanunun 33. madde hükmü şu şekildedir:

“Seçim ittifakı yapılması halinde, yüzde onluk barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli oyların toplamı esas alınır ve bu siyasi partiler için ayrıca baraj hesaplaması yapılmaz”.

Temsilde adalet, partilerin almış oldukları oy oranları ile kazandıkları sandalye sayısının orantılı olmasıdır.⁴³ Temsilde adaletten bahsederken belki de en

³⁸ Çınar/Göksel, *a.g.m.*, s.8 vd.

³⁹ Fakat parlamentodaki çoğunluk, referandum ve anayasal çoğunluk gibi kritik eşiklerde, ittifakın sağlayacağı ilave milletvekilleri belirleyici rolde olabilir. Gürsel/Acar, *a.g.m.*

⁴⁰ Gözler, *a.g.e.*, s.502; Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve ‘Seçim İttifakı’ Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, S.1, s.20; Kadima, *a.g.m.*, s.10.

⁴¹ Alkan, *a.g.e.*, s.146 vd.

⁴² Levent Gönenc, “Seçim İttifakları”, (Çevrimiçi) <https://www.tepav.org.tr/tr/blog/s/5909/Secim-Ittifaklari>, E.T.: 12.09.2019.

⁴³ Nihat Bulut, “Temsilde Adalet Yönetimde İstikrar İkilemi Bağlamında 22 Temmuz 2007 Seçimleri”, (Çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/makaleler/nbulut-2.htm>, E.T.: 21.08.2019.

önemli mesele, hemen hemen aynı oy oranına sahip iki partiden birinin kayda değer miktarda milletvekili kazanmasına rağmen diğerinin parlamentoya bile girememesidir. İşte bu durum, tam da yüzde onluk seçim barajı ile ittifak kurumunun ilişkisinden doğmaktadır. Örneğin; A Partisi toplam oyu yüzde onu geçen bir ittifak içinde seçime girmiş ve ülke genelinde yüzde dokuz oranında oy almış olsun. B Partisi ise tek başına seçime girmiş ve ülke genelinde yüzde dokuz buçuk oranında oy almış olsun. Sonuç olarak; A Partisi, parlamentoya girecek ve hatırı sayılır miktarda milletvekilliği kazanacaktır. B Partisi ise ulusal düzey seçim barajına takılacak ve parlamentoya giremeyecektir. Daha az miktarda oy alan A Partisinin hatırı sayılır miktarda milletvekilliği kazanıp daha fazla miktarda oy alan B Partisinin parlamentoya girememesi, temsilde adalet ilkesi açısından oldukça olumsuz bir durumdur. Bu denli büyük bir adaletsizlik, yüzde onluk yüksek seçim barajının ve ittifak kurumunun beraber uygulanması halinde her zaman ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan ittifak kurumu, yüzde on seçim barajını aşmayı sağlaması nedeniyle küçük parti seçmenlerinin kendilerine en yakın gördükleri büyük partiye oy verme eğiliminden vazgeçerek gerçek partilerine oy vermeye başlamalarına neden olabilecektir. Böylece partilerin gerçek seçmen tabanı ortaya çıkabilecektir.⁴⁴ Bu durum temsilde adaletin daha fazla sağlanmasına imkân tanımaktadır. Ayrıca ittifak içindeki küçük parti (ittifakın toplam oyu yüzde onu geçtiği zaman) her halükarda parlamentoya girebileceği için parlamentodaki temsil oranı ve küçük partilerin temsil edilme ihtimali ittifakla beraber artmaktadır. Buna karşılık yeni hükümet sistemiyle birlikte zaten yüzde on seçim barajına ihtiyaç kalmadığı ve bu tarz ittifaklara ihtiyaç olmadığı söylenebilir. Yüzde on gibi yüksek bir seçim barajının hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsenin temsilde adalet ile bağdaştırılması mümkün değildir. Fakat Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte artık hükümetin parlamento içinden çıkmıyor olması nedeniyle bu baraj iyice işlevsiz bir hale gelmiştir.⁴⁵

Sonuç olarak; ittifak kurumu sayesinde yüzde on seçim barajını geçemeyen partilerin de parlamentoda temsil edilme imkânı ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan ittifak kurumu, her halükarda daha fazla temsil edilmenin önünü açmaktadır. Fakat bu temsil, adaletli bir temsil değildir. Küçük partilerin parlamentoya girebilmesi amaçlanıyor ise adaletli bir şekilde yapılması gereken şey, ittifak yapan

⁴⁴ Alkan, *a.g.e.*, s.147.

⁴⁵ Barın, *a.g.m.*, s.18 vd.; Başkanlık sistemlerinde; yürütme organı doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Bu nedenle başkanlık sistemlerinde; parlamento seçimlerinin, küçük partilerin de temsil edilmesine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmesinde bir sorun bulunmamaktadır. Abdurrahman Eren, "Türkiye'de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.16, S.2, s.73 vd.

küçük partilerin barajı aşmış sayılması değildir. Bunun yerine yüzde onluk yüksek seçim barajı, yüzde üç-beş gibi bir orana çekilmeli ya da tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Zira ittifak içinde seçime girip daha az oy alan bir partinin parlamentoya girmesi ve tek başına seçime girip daha fazla oy alan bir partinin parlamento dışı kalması, temsilde adalet ilkesi açısından son derece olumsuz bir durumdur. Mevcut yasal düzlemde yüzde onluk yüksek seçim barajı ve “İttifak Yasası” kombinasyonu, temsilde adaletin boynu üzerinde her an büyük bir tehdit oluşturan Demokles’in kılıcı gibi durmaktadır.

KAYNAKÇA

- A. Ersoy KONTACI, “Siyasi İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik Bir Analiz”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, C.28, S.123.
- Abdurrahman Eren, “Türkiye’de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.16, S.2.
- Alexander S. Belenky, *Who will be the Next President?: A Guide to the U.S. Presidential Election System*, 2. Baskı, y.y., Springer International Publishing, 2016.
- Anne Stevens, *The Government and Politics of France*, London, Macmillan, 1992.
- David M. Farrell, *Comparing Electoral Systems*, Londra, Macmillan, 1997.
- Enid Lakeman/James D. Lambert, *Voting in Democracies: A Study of Majority and Proportional Electoral Systems*, London, Faber and Faber Publishing, 1955.
- Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.
- George Tsebelis, “Nested Games: The Cohesion of French Electoral Coalitions”, *British Journal of Political Science*, 1988, C.18, S.2.
- Haluk Alkan, *Kurumsalci Yaklaşım Işığında Yeni Siyasetin Analizi: Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, Ankara, Liberte Yayınları, 2018.
- Hüseyin Özcan/Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 2014.
- Denis Kadima “An Introduction to the Politics of Party Alliances and Coalitions in Socially-Divided Africa”, *Journal of African Elections*, 2014, C.13, S.1.
- Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 21. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2017.
- Levent Gönenç, “Seçim İttifakları”, (Çevrimiçi) <https://www.tepav.org.tr/tr/blog/s/5909/Secim+Ittifaklari>, E.T.: 12.09.2019.
- Marisa Kellam, “Why Pre-Electoral Coalitions in Presidential Systems”, *British Journal of Political Science*, 2017, C.47, S.2.
- Maurice Duverger, *Siyasi Partiler*, Çev. Ergun Özbudun, 2. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1974.
- Nebi Miş, “Seçim İttifakı ve Gözden Kaçmaması Gereken Bir Husus”, *Türkiye Gazetesi*, 17.02.2018, (Çevrimiçi) <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/nebi-mis/600749.aspx>, E.T.: 20.08.2019.
- Nebi Miş/Hazal Duran, “Seçim İttifakları”, *SETA Analiz*, 2018, S.232.
- Nelson W. Polsby/Aaron Wildavsky/Steven E.Schier/David A. Hopkins, *Presidential Elections: Strategies and Structures of American Politics*, 13. Baskı, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 2012.

- Nihat Bulut, “Temsilde Adalet Yönetimde İstikrar İkilemi Bağlamında 22 Temmuz 2007 Seçimleri”, (Çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/makaleler/nbulut-2.htm>, E.T.: 21.08.2019.
- Paul Allen Beck/Frank J. Sorauf, *Party Politics in America*, 7. Baskı, New York, Harper Collins, 1992.
- Rıza Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri: Parlamenter, Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Konkordanz Yönetim Sistemleri*, 2. Baskı, Bursa, Dora Yayınevi, 2015.
- Robert Blackburn, *The Electoral System in Britain*, New York, Macmillan, 1995.
- Robert Longley, “The Important Role of US Third Parties”, (Çevrimiçi) <https://www.thoughtco.com/importance-of-us-third-political-parties-3320141>, E.T.: 14.09.2019.
- Seyfettin Gürsel/Uğurcan Acar, “İttifak Kuralının Seçim Sonuçlarına Etkileri”, *BETAM Araştırma Notu 18/224*, 2018, (Çevrimiçi) <https://betam.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/ArastirmaNotu224.pdf>, E.T.: 15.08.2019.
- Sona Nadenichek Golder, *The Logic of Pre-Electoral Coalition Formation*, Columbus, The Ohio State University Press, 2006.
- Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve ‘Seçim İttifakı’ Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, S.1.
- The National Democratic Institute and the Oslo Center for Peace and Human Rights, *Coalitions: A Guide for Political Parties*, 2015.
- Yetkin Çınar/Türkmen Göksel, “21 Şubat 2018’de Teklif Edilen ‘İttifaklı d’Hont’ Sistemine Göre Seçim Simülasyonları”, *TEPAV Politika Notu 2018/08*, (Çevrimiçi) http://www.tepav.org.tr/upload/files/1520064504-6.21_Subat_2018__de_Teklif_Edilen__Ittifakli_d__Hondt__Sistemine_gore_Secim_Simulasyonlari.pdf, E.T.: 20.08.2019.
- <https://www.gzt.com/dunya-politika/turk-siyasi-tarihindeki-siyasi-ittifaklar-3356232>, E.T.: 13.09.2019.
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180316-28.htm>, E.T.: 25.08.2019.

Uluslararası Düzenlemeler Işığında Babanın Ebeveyn İzni: İspanyol Hukuku ve Türk Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Bir İnceleme^(*),^(**)

Fathers' Parental Leave in the Light of International Regulations:
A Comparative Analysis of Spanish Law and Turkish Law

Arş. Gör. **Burcu EZER**^(***)

Öz

Ailevi sorumlulukların anne yerine her iki ebeveyn tarafından üstlenilmesi gerektiğine yönelik gelişmeler, ebeveyn izinlerinin uluslararası alanda yeniden şekillenmesine neden olmuştur. Günümüzde çocuk bakım sorumluluğuna ilişkin politikaların sadece kadın üzerinden yürütülmesinin faydadan çok zarara sebep olduğu çeşitli biçimlerde ortaya koyulmuştur. Bu sebeple yakın süreçte erkek ebeveynleri hedef alan çok sayıda ebeveyn izni kabul edilmiş; ayrıca, erkeklerin bu izinlere başvurmasını teşvik edecek düzenlemeler oluşturulmuştur. Henüz gelişimini tamamlamayan bu süreç, hemen hemen her ülkede toplum yapısına uygun olarak farklı şekillerde ele alınmaktadır. İspanyol Hukukunda erkek ebeveynlerin çocuk bakımı sorumluluğuna katılımına yönelik bu süreç, ücretli babalık izninin düzenlenmesiyle hız kazanmıştır. Her ne kadar Türk Hukukunda doğrudan erkek ebeveyni hedef alan ve bakım sorumluluğunda kendisine aktif bir rol yükleyen ebeveyn izinlerine rastlanmasa da, bu yönde olumlu sayılabilecek gelişmelerin varlığından söz etmek mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Ailevi Sorumluluk, Cinsiyet Eşitliği, Ebeveyn İzni, Babalık İzni, Babalık Kotası.

Abstract

Advances that family responsibilities should be undertaken by both parents instead of mothers have led to the reshaping of parental leave policies internationally. Nowadays, it has been shown in various ways that the policies on child care responsibility that carried out only through women may cause harm rather than benefit. For this reason, a large number of parental leaves targeting male parents were recently adopted; furthermore, regulations have been applied to encourage men to apply for these leaves. This process, has not yet completed its development, is handled in

^(*) Bu makale, Yükseköğretim Kurulu'nun yurt dışı araştırma bursu ile Universitat de Valencia'da (İspanya) ziyaretçi araştırmacı olarak bulunulan süre zarfında kaleme alınmış ve bu sebeple örnek ülke olarak İspanya seçilmiştir.

^(**) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 02.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 03.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 09.09.2019.

^(***) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: burcuezer@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4376-656X>.



different ways in almost every country in accordance with its social structure. In Spanish law, process of participation of fathers in childcare responsibility has been accelerated by entitled paid paternity leave. Even though there is no parental leave in Turkish Law that directly targets the fathers and assumes them an active role in care responsibility, it is possible to talk about the positive developments in this respect.

Keywords

Family Responsibility, Gender Equality, Parental Leave, Paternity Leave, Daddy Quotas.

GİRİŞ

Günümüzde ebeveynliğe dayanan izin hakkı, sosyal koruma ve aile politikaları ekseninde dünya genelinde temel bir hak olarak kabul görmektedir. 19. yüzyılla birlikte yoğun bir biçimde hukuki düzenlemelere konu olan bu izin türü, önceleri sadece kadınları hedef alarak “analık izni” ekseninde düzenlenmiş; sonraları ise “babalık izni”, “ebeveyn izni” gibi geniş bir eksene yayılmıştır. Başlangıçta doğuma dayalı sınırlı bir koruma sağlayan ve doğum yapan çalışan anneyi doğumdan önceki ve/veya sonraki evrede sınırlı bir süreyle koruyan bu izinlerin kapsamı zamanla genişlemiş; çocuk bakımı, evlat edinme, engelli veya hasta çocuk bakımı gibi ebeveynlikten kaynaklanan geniş bir izin ağı oluşturulmuştur. Ayrıca ebeveynlere çalışma şekli ve zamanı konusunda söz söyleme hakkı tanınarak ebeveynlik sebebiyle esnek çalışma şekilleri düzenlenmiştir.¹ Bu süreçler her ülkede aynı zamanda gerçekleşmese de, varılan sonuç ve ebeveynlere tanınan imkânlar genellikle birbirine benzer olmuştur.

Ebeveynlik hali oldukça uzun bir süre sadece anne üzerinden ele alındığı için erkek ebeveynin bu süreç içerisinde değerlendirilmesi ve çalışma hayatına ilişkin hukuki düzenlemelere konu edilmesi nispeten yenidir. Bu çalışma ile ebeveynlikten kaynaklanan izinlerin babaya ilişkin boyutlarını ele almak amaçlanmaktadır. Bu sebeple, çalışma ve aile hayatının uyumlu hale getirilmesindeki politika değişikliklerini anlayabilmek için öncelikle geçmişten bugüne yaşanan gelişmelere kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Tarihsel süreç boyunca çoğunlukla ev işlerinden ve çocuk bakımından sorumlu olan kadının, çalışma hayatına girmesi ve işgücüne katılım oranının artması ile birlikte ebeveynliğin çalışma yaşamındaki ilk etkileri ortaya çıkmaya başlamıştır. Zaman içerisinde analık nedeniyle çalışma yaşamından kısmen ya da tamamen ayrılmak zorunda kalan kadın çalışanlara yönelik çeşitli düzenle-

¹ Çalışma hayatına ilişkin aile dostu bu düzenlemeler arasında esnek çalışma modeli, yoğunlaştırılmış çalışma (denkleştirme çalışması), uzaktan çalışma, tele çalışma ve vardiya değişikliği gibi uygulamalar sayılabilir. S. Belope-Nguema/J. A. Fernández-Cornejo/L. Escot/E. del Pozo-García Why Spanish Fathers do not Request the Reconciliation Measures Available in Their Companies?, *Social Politics*, 2018, 25(2), s.204.

melere başvurulmuş; bu düzenlemelerle analık sebebiyle kadın çalışanların karşılaşılabileceği olumsuzluklar giderilmeye çalışılmıştır.

Aile dostu politikalar olarak adlandırılan bu düzenlemeleri; ebeveynlerin ve çocuğun çıkarlarına odaklanmak ve iş hayatına esneklik getirmek suretiyle iş ve aile hayatını uzlaştıran; işgücüne katılımını arttırarak kadını ekonomik anlamda güçlendirmeyi hedefleyen politikalar olarak tanımlamak mümkündür.² Analık izni, babalık izni, ebeveyn izni, süt izni, esnek çalışma gibi çocuk bakımına ilişkin her türlü izinler; bu izin süreleri boyunca iş güvencesi ve ayrımcılık yasası, ebeveynlerin izin dönemi gelir kaybını gidermeye yönelik ödemeler, ebeveynlere sağlanan bakım ödenekleri; çocuk ve anneye yönelik sağlık hizmetleri, anneye risksiz çalışma ortamı tesis etme gibi hususlar aile dostu politikalara örnek olarak gösterilebilir.³

Zamanla aile dostu politikaların tamamının kadınların iş hayatındaki devamlılıkları bakımından olumlu bir etkiye sahip olmadığı anlaşılmıştır. Analık sebebiyle kadınlara tanınan haklarda artış gözlenmiş; nispeten yetersiz olan analık izin sürelerinin uzatılması, kısa vadede kadın çalışan lehine görünürken uzun vadede tam tersi bir etki göstermiştir. Bu düzenlemeler bir yandan anne ve çocuğun sağlığının korunmasına hizmet ederken, diğer yandan kadın çalışanların kariyerini olumsuz yönde etkilemiş ve ekonomik bağımsızlıklarına gölge düşürmeye başlamıştır.⁴ Diğer bir söyleyişle, aile hayatının sürdürülebilirliği adına “ödül” olarak getirilen bu düzenlemeler, çalışma hayatında kadın için birer “ceza”ya dönüşmüş ve cinsiyet eşitsizliğini arttıran sebepler arasında yer almıştır.⁵

Uzun izin süreleri nedeniyle iş hayatından bir süre uzak kalan kadınların işe alınmaları veya çalışma hayatında teşvik edilmeleri güçleşmiştir.⁶ Her ne kadar kadınlar yasal haklarını kullansalar da, uygulamada ebeveynlik nedeniyle iş hayatından uzun süre ücretli olarak uzak kalmanın karşılığı, kadınlara yönelik

² S. Jayasekaran/I. Kämpfer/C. Kip/B. Knaak, *Business and Family-Friendly Policies: An Evidence Brief*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-Business-Family-Friendly-Policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019; D. Chopra/M. Krishnan, *Linking Family-Friendly Policies to Women's Economic Empowerment*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-Gender-Family-Friendly-Policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.

³ Jayasekaran vd., 2019, a.g.e., s.2-3; Chopra/Krishnan, 2019, a.g.e., s.1-3.

⁴ Jayasekaran vd., 2019, a.g.e., s.4.

⁵ “Paid Parental Leave, Including Mandatory Paternity Leave”, *Human Development Report 2015: Work for Human Development*, (Ed: S. Jahan), New York, United Nations Development Programme, 2015, s.123, http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf, E.T.: 24.08.2019. (Paid Parental..., 2015); Chopra/Krishnan, 2019, a.g.e., s.3.

⁶ Chopra/Krishnan, 2019, a.g.e., s.5.

ayrımcı uygulamalar olmuştur. Bu ayrımcı uygulamalara işe alım sırasında çalışandan belirli bir süre hamile kalmama taahhüdü alma, çalışana hamilelik testine tabi tutma, ebeveyn iznine başvuran kadınlara yeniden işe başladıklarında mobbing uygulama, çalışanın işini/işyerini değiştirme, kariyerinin ilerlemesine engel olma, izin dönüşü çalışanın işine son verme gibi haller örnek verilebilir. Tüm bu sebepler işverenlerin kadın istihdamı yerine erkek istihdamına yönelmesine sebep olmuş; pozitif ayrımcılık düşüncesiyle getirilen analık eksenli uygulamalar cinsiyet eşitsizliğine hizmet eder hale gelmiştir.

Açıklanan hususlar doğrultusunda, aile ve çalışma hayatının uzlaştırılmasının sadece “anne” üzerinden üretilen politikalarla gerçekleştirilemeyeceği ortaya çıkmıştır. Bu tür uygulamaların sürdürülmesi halinde, aile hayatının devamlılığı uğruna kadının çalışma hayatının göz ardı edileceği anlaşılmıştır. Böylelikle, aile ve çalışma hayatı arasında denge kurarken aynı zamanda cinsiyet eşitliğini de gözeten yeni politikalara ihtiyaç duyulmuş; hem kadın hem de erkek ebeveyni özne olarak kabul eden düzenlemelere odaklanılmıştır.

Diğer taraftan, iş hayatına ilişkin etkilerinden bağımsız olarak, cinsiyet rollerine ilişkin toplumun çeşitli birimlerinde kırılmalar ortaya çıkmış; iş paylaşımı ve ailevi sorumluluklara bakış açısı hızlı bir değişim göstermiştir. Kadınların toplum içinde daha güçlü bir konuma erişmeleri ve kadınla erkeğin evle ilgili sorumlulukları paylaşmalarıyla birlikte erkeğin baskın rolü değişmeye başlamıştır. Yürütülen cinsiyet eşitliği politikaları aynı zamanda babaların çocuk bakımına dâhil olmasını teşvik edici düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Toplumdaki babalık algısının değişmesi ile birlikte çocuk bakımından sadece kadının değil erkeğin de sorumlu olduğu düşüncesi hızla savunulmaya başlanmış; çalışma hayatında cinsiyet eşitliği yaratmanın yolunun, öncelikle bunu evde sağlamaktan geçtiği düşüncesi önem kazanmıştır.⁷

Bir diğer söyleyişle, hem kadının hem de erkeğin bir işte çalışarak ev idaresinin sorumluluğunu beraber üstlendiği çifte kazançlı aile modeline (*dual-earner family*) geçişin hız kazanmasıyla birlikte, zamanla “iyi bir baba” olmak için evi geçindirme-aile reisi olma (*breadwinner model*) yeterli koşul olmaktan çıkmıştır. Aksine, yeni bir yaklaşım olarak, çocukları ile daha fazla vakit geçiren, çocuklarının gelişiminde ve bakımında aktif bir rol üstlenen, “ilgili baba” olarak adlandırabileceğimiz baba modeli (*involved father*) ön plana çıkmıştır.⁸ Böylelikle geleneksel olarak erkeğin öncelikle ailenin mali yükünü sırtlayan,

⁷ ILO, *Maternity and Paternity at Work: Law and Practice Across the World*, Cenevre, International Labour Office, 2014, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf, E.T.: 21.08.2019.

⁸ Belope-Nguema vd., 2018, *a.g.e.*, s.202, 208.

“eve ekmek getiren” rolü; para kazanan ancak aynı zamanda ev işleri ve çocuk bakımına da katkı sağlayan ilgili baba olarak ifade edilen ideal baba figürüne doğru evrimleşmeye başlamıştır.⁹

Çalışma hayatındaki ebeveynlerin sorumluluğuna yönelik politikalar o zamana değin anne üzerinden üretildiği için, hukuki düzenlemelerin eksikliği nedeniyle çalışma ve aile hayatında çatışma yaşayan çalışan babaların sayısında gün geçtikçe artış gözlenmiştir.¹⁰ Tüm bu yaşanan gelişmeler doğrultusunda, “çalışan baba” profili ile “ilgili baba” profilinin çalışma yaşamında ortak bir paydada buluşturulması ve çalışan babaların çalışma yaşamına yönelik durumlarının yeniden düzenlenmesi bir zorunluluk halini almıştır.

1970’lerden itibaren erkek ebeveynler ve babalık kurumu, aile politikalarının öznelerinden biri haline gelmiştir. Her ülkede farklı şekillerde düzenlense de, esas itibarıyla erkeklere çocuk bakımı konusunda birincil düzeyde sorumluluk yükleyen düzenlemeler hız kazanmıştır. Bu düzenlemelere erkeklerin çocuk bakımını kadınlarla aynı düzeyde üstlenmesinin ve çalışma hayatından kadınlara aynı sürede uzak kalmasının cinsiyet rolleri arasındaki farklılığı ortadan kaldıracığı görüşü hakim olmuştur.¹¹ Bunun sonucunda çocuk bakımı nedeniyle kısmi veya tam süreli olarak iş hayatına ara verme, mali destek ve hizmet alma gibi anneye tanınan olanakların aynısı veya muadili babaya da tanınmaya başlanmıştır.

Örneğin analık izninin bir kısmının babaya transfer edilebilmesi ve bu iznin anne yerine baba tarafından kullanılması, bu amaçla getirilen düzenlemelerden olmuştur. Böylelikle erkeklere, ebeveynlik nedeniyle ortaya çıkması muhtemel riskleri anneye birlikte paylaşma olanağı tanınmıştır. Sözü edilen ebeveynlik risklerini bertaraf etmeye yönelik en önemli düzenleme ise, erkekler için öngörülen babalık ve ebeveyn izinleri olmuştur.¹² Önce İskandinav ülkelerinde, ar-

⁹ *Involved father* terimi tarihsel süreçte ilk olarak Batılı, beyaz, orta sınıf erkeği nitelerek için kullanılmıştır. Günümüzde ise erkeğin geçmişe kıyasla baba ve eş olmaktan gelen sorumluluklarını daha fazla üstlendiği yeni bir baba profilini tanımlamak için kullanılmaktadır. J. Ladge/B. K. Humbert/J. McNett, *The Other Half: Views of Fatherhood in the Organization, Research Perspectives on Work and the Transition to Motherhood*, (Ed: C. Spitzmueller ve R. A. Matthews), İsviçre, Springer, 2016, s.269.

¹⁰ Altıncı Avrupa Çalışma Koşulları Anketi (2015) sonuçları için bkz. Belope-Nguema vd., 2018, a.g.e., s.201 vd.

¹¹ Çalışan kadının ebeveyn izni kullanım oranı ile cinsiyet eşitliği arasında ters orantı, çalışan erkeğin ebeveyn izni kullanım oranı ile cinsiyet eşitliği arasında ise doğru orantı olduğu yönünde bkz. C. Castro-Garcia/M. Pazos-Moran, *Parental Leave Policy and Gender Equality in Europe, Feminist Economics*, 2015, 22(3), s.3. Aynı yönde ayrıca bkz. Ladge/Humbert/McNett, 2016, a.g.e., s.267; van Belle, 2016, a.g.e., s.11.

¹² UNICEF’in 1995-2015 yılları arasında ilişkin istatistiğine göre, 1995 yılında 182 ülkeden sadece 39’unda erkek ebeveynin başvurabileceği ücretli babalık veya ebeveyn izni mevcutken; 2015 yı-

dından diğer Avrupa ülkeleri olmak üzere çoğu ülkede ve uluslararası düzenlemelerde erkeklerin aile yaşamı ve çalışma yaşamı arasındaki uyumsuzluklarını gidermek ve bu iki alan arasında dengeyi sağlamak adına ebeveyn izinleri devreye sokulmuştur.¹³ Böylelikle erkeklere hem geleneksel aile babası rolünü sürdürme, hem de yeni babalık modelleri uyarınca ortaya çıkan ilgili baba trendini yakalama imkânı tanınmıştır.¹⁴ Bu izinlerle bir yandan analığın kadın istihdamına yönelik olumsuz etkilerini gidermek ve kadını korumak, diğer yandan erkekleri çocuk bakımına dâhil olmaları için teşvik etmek amaçlanmıştır.¹⁵

Belirtmek gerekir ki, kadına ebeveynliği nedeniyle tanınan hakların aynıysa veya benzerinin erkeğe de tanınması, çalışan kadınların yaşadığı sıkıntıları çözüme kavuşturmada yeterli olamamıştır. Bu düzenlemeler pratikte yeterli düzeyde karşılık bulamamıştır. Diğer bir söyleyişle erkekler, çeşitli sebeplerle kendilerine tanınan bu yeni haklara başvurma konusunda, kadınlar kadar “istekli” olmamışlardır. Bu nedenle ülke uygulamalarında erkek ebeveynlerin çocuk bakım sorumluluğuna katılımı için teşvik edici düzenlemeler getirilmiştir. Günümüzde bu teşvik politikalarının çeşitli ülkelerde farklı yöntemlerle sürdürüğü söylenebilir.

Tüm bu açıklanan hususlar ışığında, -henüz gelişimini tamamlamasa da- Türk Hukukunda benzer bir süreçten söz etmek mümkündür. Kadın çalışana önceleri analık hali sebebiyle başta analık izni olmak üzere bazı haklar tanınmış, analık sebebiyle ortaya çıkabilecek eşitsizliklerin önlenmesine yönelik düzenlemeler getirilmiş, kendilerine daha spesifik bir iş güvencesi sağlanmıştır. Yakın zamanda erkek çalışanları iş hayatında da ebeveyn olarak kabul eden düzenlemelerin getirilmeye başlanması ile birlikte, yerel düzenlemelerin uluslararası mevzuata uyumlu hale gelmesine vesile olabilecek önemli adımlar atılmıştır.

İnida bu sayı 192 ülkede 100'e yükselmiştir. Buna göre 192 ülkenin %52'sinde erkek ebeveynlerin kısa veya uzun süreli ancak ücretli ebeveyn izni mevcuttur. A. Earle/J. Heymann, *Paid Parental Leave and Family-Friendly Policies: An Evidence Brief*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-Parental-Leave-Family-Friendly-Policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.

¹³ Çocuk bakımını ve bu sebeple alınacak izinleri annenin alanından çıkarıp ebeveynler arasında paylaşımına sunan ilk düzenlemeler 1974'te İsveç'te, ardından 1978'de Norveç'te kabul edilmiştir. Ebeveyn izinlerinin İskandinav ülkelerinde uygulanma süreci ile ilgili olarak bkz. Nordic Council of Ministers, *Shared and Paid Parental Leave: The Nordic Gender Effect at Work*, 2018, s.7 vd. <http://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1240186/FULLTEXT01.pdf>, E.T.: 20.08.2019.

¹⁴ R. J. Petts/C. Knoester, Paternity Leave and Parental Relationships: Variations by Gender and Mothers' Work Statuses. *Journal of Marriage and Family*, 81 (2), 2019, s.468-469.

¹⁵ A. Escobedo/L. Flaquer/L. Navarro-Varas, The Social Politics of Fatherhood in Spain and France: A Comparative Analysis of Parental Leave and Shared Residence, *Ethnologie Française*, 2012, 1(42), s.119.

2016 yılında 6663 sayılı Kanunla¹⁶ 4857 sayılı İş Kanununa eklenen düzenlemelerle erkek çalışanlara ebeveynlik sebebiyle kısmi çalışmaya geçme; evlat edinme haliyle sınırlı olmak üzere, annenin yerine analık izni kullanma ve (tam veya kısmi zamanlı) ücretsiz izinden yararlanma olanakları getirilmiştir. Bu değişiklikler Türk İş Hukuku mevzuatında erkek çalışana ebeveyn olması nedeniyle tanınan ilk önemli düzenlemeler olarak kabul edilebilir. Ancak uluslararası düzenlemeler ve diğer ülke mevzuatlarıyla karşılaştırıldığında, Türkiye’de ebeveyn izinleri bakımından babanın etkin bir rol üstlendiğinden söz etmek güçtür. Ülkemizde sadece babaların kullanımına özgülenen bir babalık izni olmadığı gibi babaların tam anlamıyla ücretli veya ücretsiz ebeveyn izni de bulunmamaktadır. Bu sebeplerle, erkeklere ebeveynlikleri sebebiyle bazı izinler tanıyan bu değişiklikleri sadece bir başlangıç olarak kabul etmek gerekir.

Bu çalışma, uluslararası mevzuatla uyum sağlanması adına Türk Hukukunda düzenlenmesi elzem görülen erkek ebeveyn izinlerini açıklamak; bu izinlerin gerek diğer ülkelerdeki gerekse uluslararası alandaki uygulamasını ortaya koymak; sosyo-kültürel ve ekonomik benzerlikler sebebiyle örnek ülke olarak seçilen İspanya ile Türkiye arasındaki ebeveyn izinlerine dayalı benzerlik ve farklılıkları ortaya koymak; önümüzdeki süreçte mevzuatımızda düzenlenebilecek erkek ebeveyn izinleri konusuna yeni bir bakış açısı yaratmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Bu amaçla çalışmanın ilk kısmında, uluslararası düzenlemeler ışığında ebeveyn izinlerinin tarihsel süreç içerisindeki gelişimini anlatmak, ülke örneklerinin de katkısıyla bu izinleri tanımlamak ve konuya ilişkin kavram karmaşasını açıklığa kavuşturmak amaçlanmıştır. Devamla, örnek ülke olarak seçilen İspanya’daki ebeveyn izinlerini gerek teorik gerekse pratik yönüyle ele almak; son olarak açıklanan tüm hususları Türk Hukuku bakımından değerlendirmek ve yerel mevzuata yeni bir perspektif sunmak amaçlanmıştır.

1. ULUSLARARASI MEVZUAT UYARINCA EBEVEYN İZİNLERİ VE İZİN TÜRLERİ

A. Uluslararası Mevzuat Uyarınca Ebeveyn İzinleri

a. Genel Olarak

Ebeveyn izinlerini tanımlamadan önce bu izinlerin uluslararası mevzuattaki tarihsel sürecine de kısaca değinmek gerekir. Örneğin Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD), Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği (AB) gibi örgütlerce ebeveyn izinleri

¹⁶ RG, T.10.02.2016, S.29620.



özel olarak ele alınmıştır. Bu uluslararası oluşumlar, özellikle kadın istihdamını teşvik etmek, çocuk gelişimi ve çocuk sağlığı konusunda bilinç yaratmak için aile politikalarına ilişkin rapor ve yayımlarını son yıllarda arttırmışlardır.

Türkiye'nin de kurucu üyesi olduğu OECD; mali istikrarı sürdürme ve dünya ekonomisinin gelişimine katkıda bulunma, sürdürülebilir ekonomik büyüme ve istihdam bakımından üye ülkeler arasında bir standart oluşturma gibi sebeplerle kuruluşundan itibaren ebeveyn izinlerine ayrı bir önem vermiştir.¹⁷ OECD belgelerinde ebeveyn izinleri analık izni, babalık izni, ebeveyn izni ve evde bakım izni olmak üzere dört temel ayrıma tabi tutulmaktadır.¹⁸ Bugün ABD hariç OECD ülkelerinin tamamında kadınlara en az 12 haftalık ücretli analık izni tanınmıştır.¹⁹ Üye ülkelerin yarısından fazlasında ücretli babalık izni düzenlemesi bulunmakta; üçte ikisinde ise her iki ebeveyn tarafından kullanılabilen ücretli ebeveyn izni yer almaktadır.²⁰

Ebeveyn izinlerin düzenlendiği diğer düzenlemelere Avrupa Konseyi (AK) mevzuatında rastlamak mümkündür. Örneğin revize edilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda analık korumasının yanı sıra ebeveynlerin çocuk bakımından birlikte sorumluluğu düzenlenmiştir. Analık korumasına ilişkin düzenlemede üye devletler, devlet kaynakları veya sosyal güvenlik sistemi ile finanse edilen ücretli bir analık izni ve anneye elverişli bir çalışma ortamının sağlanmasından; anneye ebeveynliği nedeniyle yöneltilebilecek ayrımcılığın önlenmesinden ve izin süresi boyunca kendisine iş güvencesi sağlanmasından sorumlu tutulmuşlardır (m.8). Çocuk bakım sorumluluğu ise özel bir madde ile düzenlenmiş; üye devletler, ailevi sorumluluğa sahip kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğini yaratmaya yönelik tedbirlerin alınmasından sorumlu tutulmuşlardır (m.27). Bu kapsamda üye devletlere, analık izni sonrasında çocuk bakımının üstlenileceği ve her iki ebeveynin kullanabileceği bir ebeveyn izni sağlama yükümlülüğü getirilmiştir (m.27/2). AK Bakanlar Kurulu tavsiye kararlarında da Sosyal Şart'ta yer alan hususlara değinilmiş; fırsat eşitliğinin gerçekleştirilmesi adına, Konsey üyesi devletlere iş güvencesi ile donatılan, esnek bir biçimde düzenlenen ve her iki ebeveyne tanınan ebeveyn izni düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir.²¹

¹⁷ Ayrıca bkz. OECD Family Database, *PF2.5.: Trends in Parental Leave Policies Since 1970*, 2017, s.1 vd. http://www.oecd.org/els/family/PF2_5_Trends_in_leave_entitlements_around_childbirth.pdf, E.T.: 19.08.2019.

¹⁸ OECD Family Database, *PF2.1.: Parental Leave Systems*, 2019, s.1. https://www.oecd.org/els/soc/PF2_1_Parental_leave_systems.pdf, E.T.: 19.08.2019.

¹⁹ OECD Policy Brief, *Parental Leave: Where are the Fathers?*, 2016, s.1. <https://www.oecd.org/policy-briefs/parental-leave-where-are-the-fathers.pdf>, E.T.: 19.08.2019.

²⁰ OECD Policy Brief, 2016, a.g.e., s.1.

²¹ Rec (1996) 14 ve Rec (1996) 5 sayılı tavsiye kararları için bkz. Drew, 2005, a.g.e., s.12.

Cinsiyet eşitliğini her alanda sağlamayı hedef edinen ve bu amaçla düzenlemeler öngören bir diğer örgüt BM'dir. Örgüt'ün Sürdürülebilir Kalkınma 2030 gündemindeki hedeflerden biri cinsiyet eşitliğinin gerçekleştirilmesi ve kadınların güçlendirilmesine yöneliktir. Bu kapsamdaki en önemli düzenlemeler bilindiği üzere Uluslararası Çalışma Örgütü kapsamında yapılmaktadır. Ancak ILO'nun yanı sıra BM çatısı altındaki diğer örgütlerce de aile dostu politikaların yaygınlaştırılmasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır.

BM'nin temel insan hakları sözleşmelerinden biri olan Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde (CEDAW),²² taraf devletlere analık hali nedeniyle kadınların karşılaşılabileceği ayrımcılık hallerini önlenme yükümlülüğü getirilmiş; bu kapsamda özellikle çocuk bakımına ilişkin organizasyonlar oluşturmak yoluyla ebeveynlerin ailevi yükümlülükleri ile iş hayatına ilişkin sorumluluklarının uyumlaştırılması teşvik edilmiştir.

1995 tarihli Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planında da aile ve çalışma hayatının uyumlaştırılması teşvik edilmiş; bu kapsamda devletlere, ailevi sorumlulukların kadın ve erkeklerce eşit düzeyde paylaşılmasını sağlamak adına iş güvenceli ebeveyn izni ve ebeveyn yardımları düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir.²³

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından yayımlanan ve 2011 yılında yürürlüğe giren Cinsiyet Eşitliği Politikasında²⁴ ise BM'nin cinsiyet eşitliğini teşvik edici politikasına bir kez daha vurgu yapılmıştır. Bu belgede eşitlik ile kast edilenin hak, fırsat ve sorumluluk eşitliği olduğuna dikkat çekilmiş; fırsat eşitliğinin aynı zamanda çalışma hayatında kariyer fırsatlarından eşit ölçüde yararlanmayı kapsadığı belirtilmiştir.

UNICEF'in de çocuk bakımı ve ebeveyn izinleri konusunda çeşitli yayınları bulunmaktadır. UNICEF tarafından en az 6 aylık ücretli analık izni (mümkün olmaması halinde en az 18 haftalık analık izni ve en az 8 haftalık süt izni) düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁵ UNICEF belgelerinde ve hedeflerinde göze çarpan en önemli husus, analık izni yerine ebeveyn iznine geçişin teşvik edilmesidir.²⁶ Öyle ki, son zamanlarda yayımlanan UNICEF merkezli rapor ve

²² <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf>, E.T.: 31.08.2019.

²³ https://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/pfa_e_final_web.pdf, E.T.: 31.08.2019.

²⁴ https://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/genderequalitypolicy_september2011.pdf, E.T.: 24.08.2019.

²⁵ Earle/Heymann, 2019, a.g.e., s.12;

²⁶ UNICEF, *Family-Friendly Policies: Redesigning the Workplace of the Future*, New York, UNICEF, 2019, s.2. <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-policy-brief-family-friendly-policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.

belgelerin ortak noktası, erkek ebeveynlerin çocuk bakım sorumluluğuna dâhil edilmesine yönelik politika değişikliğidir.

Önem düzeyi itibariyle ebeveyn izinlerine ilişkin ILO ve AB mevzuatına ayrıca değinmek yerinde olacaktır.

b. Uluslararası Çalışma Örgütü Mevzuatında Ebeveyn İzinleri

Çalışma yaşamında asgari standartlar sağlama ve çalışanların temel haklarını tesis etmeye yönelik temel bir misyonu olan Uluslararası Çalışma Örgütü, kurulduğu yıldan bu yana kadınların çalışma yaşamında karşılaştığı ayrımcılık ve eşitsizliklere yönelik önemli düzenlemeler kabul etmiştir. Bir süre öncesine kadar ailevi sorumluluklar ile çalışma hayatı arasında denge kurma çalışmalarının sadece kadın çalışanlar üzerinden gerçekleştirilmeye yönelik düzenlemeler kabul eden ILO, son zamanlarda bu tutumun değiştirilmesine yönelik bazı girişimlerde bulunmuştur.

ILO uygulamasında da ebeveynliğe ve çocuk bakımına ilişkin ilk düzenlemeler analık hali üzerinden yapılmış ancak zamanla çalışma yaşamında tesis edilebilecek eşitlikçi bir ortamın ancak ve ancak erkeklerin de dâhil edileceği bir sistem yardımıyla çözülebileceği anlaşılmıştır. Analık koruması, önemi itibariyle yıllar içinde üç ayrı sözleşmenin (1919 tarih ve 3 sayılı, 1952 tarih ve 103 sayılı, 2000 tarih ve 183 sayılı Analık Koruması Sözleşmeleri) konusu olmuştur.²⁷ Bu düzenlemeler uyarınca zaman içerisinde önce analık koruması kapsamına alınan kadın çalışanlar genişletilmiş; ardından analık izni başta olmak üzere ebeveynlik nedeni ile kadın çalışanlara tanınan asgari standartlar artırılmıştır.

ILO mevzuatında ebeveynliğe ve çocuk bakımına ilişkin ilk politika değişikliklerini, 1975 tarihli Uluslararası Çalışma Konferansında görmek mümkündür. Bu Konferansta fırsat eşitliğinin ancak aile sorumluluklarının kadın ve erkek tarafından birlikte üstlenilmesi ile sağlanabileceği belirtilmiştir.²⁸ 1981 tarih ve 156 sayılı Çalışanların Ailevi Sorumluluklarına İlişkin Sözleşmeyle birlikte erkek ebeveynler de ailevi sorumluluklar bakımından özne olarak kabul edilmiştir. Devamla, 165 ve 191 sayılı Tavsiye Kararlarında, analık izni sonrasında ebeveynlere -aile ve çalışma hayatının uzlaştırılması noktasında önemli bir konumda değerlendirilen- ebeveyn izni tanınması gerektiği düzenlenmiştir.²⁹

²⁷ Analık korumasına ilişkin uluslararası çalışma standartlarının oluşturulmasında dikkate alınan diğer önemli sözleşmeler için ayrıca bkz. 100 sayılı Eşit Ücrete İlişkin Sözleşme (1951) ve 111 sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi (1958). ILO, 2014, *a.g.e.*, s.viii.

²⁸ E. Drew, *Parental Leave in Council of Europe Member States*, Strazburg, Directorate General of Human Rights, 2005, s.11. <https://rm.coe.int/1680591662>, E.T.: 27.08.2019.

²⁹ ILO, 2014, *a.g.e.*, s.60-61.

Bu düzenlemelerle birlikte, kadın ve erkeğin toplumdaki geleneksel rollerinin değiştirilmesine yönelik önemli adımlar atılmıştır. Ebeveynliğin yalnızca annenin sorumluluğunda olmadığı kayıt altına alınmış; aile ve çalışma hayatı dengesinin kurulmasında yeni politikaların gerekliliği vurgulanmıştır.

Ancak her ne kadar Örgüt'ün çeşitli düzenlemelerinde aile-çalışma dengesinin kurulmasında yeni bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğine yer verilse de, belirtelim ki erkek ebeveyne çocuk bakımında aktif bir rol yükleyen temel düzenlemelerden olan babalık izni ve ebeveyn izni henüz ILO sözleşmelerinde düzenlenmemiştir.

c. Avrupa Birliği Mevzuatında Ebeveyn İzinleri

Günümüzde ebeveyn izinlerine yönelik en yenilikçi ve en önemli düzenlemelerin AB mevzuatında yer aldığını belirtmek yanlış olmaz. Nitekim çalışma yaşamında kadın-erkek eşitliği ve ebeveyn sorumluluklarının çalışma hayatındaki etkileri uzun yıllar boyunca Birliğin gündem konularından biri olmuş ve buna ilişkin çok sayıda düzenleme yapılmıştır. İkinci fırsat eşitliği programında (1986-1990) alınan kararlar doğrultusunda, çalışma hayatı ile ailevi sorumlulukları uzlaştırmak adına, 1986 yılında AB kapsamında bir komisyon oluşturulmuş ve farklı ülkeleri temsil eden uzmanlarca izin politikaları AB gündemine taşınmıştır.³⁰

AB mevzuatında analığa ilişkin haklar, 1992 tarihli Hamile Çalışanlar Direktifiyle (92/85/EEC) düzenlenmiş ve bu direktifle analık dönemine ilişkin asgari düzenlemeler öngörülmüştür. Yine 1992 yılında AB Bakanlar Konseyi çocuk bakımı hakkında bir tavsiye karar (92/241/EEC) yayımlamış; bu kararlar üye devletleri çocuk bakımından doğan sorumluluklar uyarınca kadın ve erkeklerin durumunu düzenlemeye teşvik etmiştir.³¹ Tavsiye kararında çalışan ebeveynlere özgü izinler, çocuk bakım servisleri, sorumluluğun ebeveynler arasında eşit paylaşımı, erkeklerin çocuk bakımına katılımını teşvik gibi hususlar ele alınmıştır.

³⁰ P. Moss, Parental Leave and Beyond: Some Reflections on 30 Years of International Networking, *Revista Española de Sociología*, 27 (3 Supl.), 2018, s.16. Bu komisyonun on yılı aşkın süren çalışmaları sonucunda AB çatısı altında erken çocukluk eğitimi ve bakımı, ebeveynlerin çalışma durumu, erkeklerin çocuk bakımına dair tutumu gibi konuları kapsayan çok sayıda düzenleme yapılmıştır. Bu uluslararası ağ daha sonra izin politikaları ve araştırmalarına yoğunlaşan bağımsız bir çalışma grubu olarak devam etmiş; 2005 yılından itibaren her yıl düzenlediği uluslararası seminerler ve ülke raporları sayesinde konuya ilişkin hatırı sayılır bir doktrin yaratılmasına vesile olmuştur. Söz konusu çalışma grubu ve tarihçesi için bkz. "International Network on Leave Policies & Research" <https://www.leavenetwork.org/introducing-the-network/history/>, E.T.: 10.08.2019.

³¹ Moss, 2018, a.g.e., s.17.



Bu gelişmelerin devamında, Birlik genelinde asgari standartlar oluşturmak adına ebeveyn izinlerine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. İlk olarak 1995 tarihli Ebeveyn İznine İlişkin Çerçeve Sözleşmeyle kapsamlı olarak düzenlenen ebeveyn izni, 1996 tarihli Direktif ile (96/34/EC)³² yasal bir statüye kavuşturulmuştur. Ardından 2010 tarihli yeni Direktif (2010/18/EU)³³ ile Ebeveyn İznine İlişkin Çerçeve Sözleşme revize edilmiş ve 96/34/EC sayılı eski Direktif yürürlükten kaldırılmıştır.

2017 yılında ise ailevi sorumluluklar ve çalışma hayatı arasında denge kurmak, eşitliği ve sosyal adaleti teşvik ederek kadın ve erkeğin sorumluluk paylaşımını daha eşitlikçi bir sisteme oturtmak amacıyla Avrupa Sosyal Haklar Sütunu³⁴ kabul edilmiştir.³⁵ Bu belgede cinsiyet eşitliği (m.2) ve fırsat eşitliği (m.3) başta olmak üzere çalışma hayatını daha eşitlikçi bir hale dönüştürmek adına genel kriterlere ve adil çalışma koşullarının tesisi için özel düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışma-yaşam dengesi (m.9) başlıklı hükümler bakım sorumluluğu bulunan kadın ve erkeğin; esnek çalışma, bakım servislerine erişim ve ebeveynlikten doğan izinlerin kullanımı bakımından eşit olduğu düzenlenmiştir. Böylelikle ebeveyn izni, direktiflerin yanı sıra genel bir düzenlemeyle ele alınmıştır.

Son olarak 2019/1158³⁶ sayılı direktifle ebeveyn izni oldukça kapsamlı bir biçimde yeniden ele alınmıştır. Bu direktifle erkeklerin çocuk bakımında daha etkin bir rol üstlenmeleri ve ebeveyn izinlerine başvurmaları için önemli teşvik edici düzenlemelere yer verilmiştir. Aynı zamanda, önceki direktiflerde yer

³² Bu Direktif ile anne ve babaların her birine doğum veya evlat edinme halinde en az 3 aylık ve kural olarak transfer edilemeyen ebeveyn izni verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak üye devletlere bu izni transfer edilebilir şekilde düzenleme yetkisi tanınmıştır. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0034&from=EN>, E.T.: 19.08.2019.

³³ Bu Direktif ile doğum veya evlat edinme halinde ebeveynlerin her birine en az 4 aylık ebeveyn izni verilmesi ve bu sürenin en az 1 ayının diğer eşe transfer edilemez şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0018&from=EN>, E.T.: 19.08.2019.

³⁴ European Pillar of Social Rights (2017/C 428/09), RG, T.13.12.2017, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213(01)&from=EN), E.T.: 19.08.2019.

³⁵ European Commission, *Paternity and Parental Leave Policies Across the European Union*, Lüksemburg, Publications Office of the European Union, 2018, s.2. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a8464ad8-9abf-11e8-a408-01aa75ed71a1/language-en>, E.T.: 19.08.2019.

³⁶ Bu Direktif kural olarak 02.08.2019'da yürürlüğe girmiş (RG, T.12.07.2019) ve bu düzenleme ile ebeveyn izinlerini düzenleyen 2010/18/EU sayılı önceki Direktifin yürürlükten kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak yeni asgari standartları sağlamaları adına üye devletlere üç yıllık bir geçiş süreci tanınmıştır. Buna göre 02.08.2022'ye kadar 2010/18/EU sayılı Direktif hükümleri geçerliliğini koruyacak; bu tarihten sonra ise 2019/1158 sayılı Direktifin öngördüğü yeni asgari standartlar geçerli olacaktır (m.19-21). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158&from=EN>, E.T.: 19.08.2019.

almayan bir husus olarak, ebeveyn iznine ayrılmaları nedeniyle gelir kaybına uğrayan ebeveynlere yapılacak ödemeler için asgari standartlar getirilmiştir. Bu direktifle ayrıca, ebeveyn izninin yanı sıra, babalık izni bakımından da ilk defa asgari standartlar öngörülmüştür. Ailenin kullanımı yerine kişisel kullanıma özgülenmek üzere babalık izni, ebeveyn izni, bakım izni ve ebeveynlerin esnek çalışma koşulları şeklinde dört temel ebeveynlik izni/durumu ele alınmıştır (m.1).

Belirtmek gerekir ki, ebeveyn izinlerinin her ülkede farklı isimlerle ve farklı yapılarla düzenlenmiş olduğu göz önünde bulundurularak 2019/1158 sayılı Direktifle üye devletler sadece asgari standartları yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır. Diğer bir ifadeyle, tek tip ve yeni bir ebeveyn izni sisteminin inşasına girilmemiş; üye devletlerin öngörülen asgari normları kendi sistemleri uyarınca yerine getirmeleri yeterli görülmüştür. Kanımızca 2019/1158 sayılı Direktif, bugün itibarıyla ebeveyn izinlerine yönelik en önemli uluslararası belge niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple ebeveyn izni türleri açıklanırken, yeri geldikçe direktif hükümlerine de yer verilecektir.

B. Ebeveyn İzni Türleri

a. Genel Olarak

Günümüzde kavram karmaşasının en yoğun hissedildiği alanlardan biri ebeveyn izinleridir. Dünyada birçok ülkede uygulaması olsa da ebeveyn izinlerinin adlandırılması her yerde farklılık göstermektedir. Kimi ülkelerde ebeveyn izni kısıtlı bir düzenlemeyle sadece annenin analık iznine karşılık gelirken kimi ülkelerde hak sahipliği babaya da uzanmakta ve ebeveynlik sebebiyle farklı adlarla çeşitli izinlere yer verilmektedir. Bu kapsamdaki izin türlerine; doğum izni, analık izni, babalık izni, süt izni, ebeveyn izni, bakım izni, evlat edinme izni, hasta veya engelli çocuk bakım izni, esnek çalışmaya geçme, kısmi çalışma, çalışmaya bir süre son verme gibi örnekler verilebilir.

Bugün her ülkenin kendi kriterleri doğrultusunda bir ebeveyn izni sistemi inşa ettiğinden söz etmek mümkündür. Örneğin Avrupa ülkelerinin ebeveyn izinleri bakımından takındıkları tutum, refah politikalarına göre dört kategoriye ayrılmaktadır.³⁷ *Liberal rejim* olarak kategorize edilen Birleşik Krallık, Amerika

³⁷ E. Altintas/O. Sullivan, Trends in Fathers' Contribution to Housework and Childcare under Different Welfare Policy Regimes. *Social Politics*, 2017, 24(1), s.83 vd. Bu ayrımın yanı sıra, doktrinde erkeklerin ebeveyn izinlerini kullanmadaki tutumları ve izin kullanım oranları bakımından ülkeler "yüksek", "orta" ve "düşük" katılım şeklinde üç gruba ayrılmıştır. Bu ayrımında yüksek katılım terimi, sosyal demokrat rejiminde kategorize edilen İskandinav ülkeleri için; orta katılım terimi, hem Liberal hem de Korporatist rejimde olduğu belirtilen "Old Europe" ülkeleri için kullanılmıştır. (Politik bir kavram olan Old Europe; literatürde Fransa, Almanya, Birleşik Krallık gibi Ba-

Birleşik Devletleri, Kanada gibi Anglosakson ülkelerinde erkeğin aile reisi olarak kabul edildiği geleneksel sistemin modifiye edilerek ılımlı hale getirildiği bir izin sistemi uygulanmaktadır. Bu rejimde her ne kadar çalışma hayatında geniş bir katılımı olsa da, yine de kadından ev işleri ve çocuk bakımında aslan payını üstlenmesi beklenmektedir. *Sosyal demokrat rejim* olarak kategorize edilen Danimarka, Finlandiya, Norveç, İsveç gibi İskandinav ülkelerinde ise hem kadının hem de erkeğin çalıştığı çift kazançlı aile modeline tam uyum için kadınların çalışma yaşamındaki oranını arttırıcı politikalar güdülmektedir. Bu rejimde devlet, herkesi kapsayan genel nitelikli yardımlar aracılığıyla çocuk bakımında etkin bir rol üstlenmektedir. Eşlerin çocuk bakımından eşit düzeyde sorumlu olmaları devlet politikasıyla teşvik edilmektedir. Hollanda, Fransa, Almanya gibi Kıta Avrupası ülkeleri ise *Korporatist rejim* kapsamında değerlendirilmekte; bu ülkeler bakımından aile merkezli politikalar ağırlık kazanmaktadır. Ebeveynlere sağlanan yardımlar çalışma performansına, statüsüne ve kazancına göre değişmektedir. Liberal rejime benzer şekilde burada da sağlanan yardımlar geleneksel aile yapısı esas alınarak kişileri değil aileyi hedeflemektedir. *Akdeniz rejimi* olarak adlandırılan ve İtalya, İspanya ve Portekiz gibi ülkeleri kapsayan kategoride ise genellikle düşük seviyeli devlet yardımları ve görece az gelişmiş sosyal güvenlik sistemiyle ayakta tutulan bir sistem uygulanmaktadır. Bu rejim bakımından kadının ailevi sorumluluklarına ilişkin geleneksel yaklaşım varlığını korumakta; çocuk bakımının çoğunlukla annenin sorumluluğunda olduğu kabul edilmektedir.

Bu dördü kategorizasyona göre İskandinav ülkeleri erkek ebeveynlerin çocuk bakımı ve ev işlerine katılımının en yüksek olduğu, Akdeniz ülkeleri ise en düşük olduğu ülkelerdir.³⁸ Ancak yapılan araştırmalardan çıkan bir diğer önemli sonuç, cinsiyet rolleri bakımından daha geleneksel yapıya sahip ülkelerin eşitlikçi sistemlere zaman içerisinde daha hızlı uyum gösterdiği yönündedir.³⁹ Örnek ülke olarak seçilen İspanya'nın ebeveyn izinlerindeki kısa ancak dikkat çekici geçmişine bakıldığında da bu sonuç bir kez daha doğrulanmaktadır.

Her ne kadar analık izni, babalık izni, bakım izni gibi farklı kategoriler ya-
ratılarak ebeveyn izni ile analık ve babalık izinlerinin birbirinden farklı izinler

tı/Merkez Avrupa ülkeleri için kullanılmaktadır.) Düşük katılım terimi ise Doğu ve Güney Avrupa ülkelerini nitelemek için kullanılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. M. Karu/D. G. Tremblay, *Fathers on Parental Leave: An Analysis of Rights and Take-Up in 29 Countries*, *Community, Work & Family*, 2017, 21(3), s.351 vd.

³⁸ Altintas/Sullivan, 2017, *a.g.e.*, s.85. 2015 yılı resmi istatistiklerine göre erkek ebeveyn tarafından alınan ebeveyn izinlerinin genel kullanıma oranı İzlanda'da %30, İsveç'te %27, Norveç'te %21, Finlandiya'da %11 ve Danimarka'da %10'dur. Nordic Council of Ministers, 2018, *a.g.e.*, s.11.

³⁹ Altintas/Sullivan, 2017, *a.g.e.*, s.86.

olduğu algısına yol açılrsa da, kanımızca bu yaklaşım konuyu daha da karmaşık hale getirmektedir. Analık izni, doğum izni, babalık izni, süt izni, bakım izni, evlat edinme izni gibi farklı isimlere sahip olan ancak aynı amaca hizmet eden tüm bu izinler, esas itibarıyla anne ve babaya ebeveyn oldukları için tanınan izinlerdir. Ebeveyn izni, anne ya da babaya çocuklarının bakımını üstlenmeleri nedeniyle verilen; finanse edilen (ücretli) veya edilmeyen (ücretsiz), çalışma yaşamından uzak kalınan tüm dönemleri ifade eder. Diğer bir ifadeyle, ebeveyn izni terimini çocuk bakımına ilişkin tüm bu dönemlerin tamamını kapsayacak şekilde kullanmak daha doğru olur.⁴⁰ Nitekim aşağıda da değinileceği üzere, kimi ülkelerde ayrıca analık izni ve babalık izni bulunmamakta; anne ve babanın çocuk bakımına ilişkin tüm izinleri ebeveyn izni adı altında düzenlenmektedir.

Ortaya koyulan tüm bu hususlara rağmen, günümüzde ebeveyn izinleri çoğu hukuk sisteminde analık izni, babalık izni ve ebeveyn izni adı altında ayrı ayrı ele alınmaktadır. Kimi ülke uygulamalarında bu gruplandırmaya bakım izni de dâhil olmaktadır. Bakım izniyle ebeveyn izni sonrası *genellikle* ücret ödenmeksizin geçirilen izinli süreler kast edilmektedir.⁴¹ Ancak bakım izniyle uygulamada çok sık karşılaşılmamakta; kimi hallerde ebeveyn izni, izin alan ebeveynine ücret ödenip ödenmeyeceğine göre dönemlere ayrılmaktadır. Örneğin ilk aylarda ücretinin tamamını veya büyük bir oranını alan çalışana izninin ilerleyen aylarında kısmi ödeme yapılmakta, bazı hallerdeyse bu sürenin devamında izin ücretsiz hale gelmektedir. Kanımızca bakım izni olarak adlandırılan ebeveyn izni türünü, ebeveyn izninin ücret ödenmeksizin geçen dönemleri gibi değerlendirmek mümkündür. Tüm bu sebeplerle, aşağıda sadece analık izni, babalık izni ve ebeveyn izni ayrı birer alt başlık olarak ele alınacaktır.

b. Analık İzni

Analık izni ilk olarak 19. yüzyılda; Almanya, Fransa, Belçika gibi ülkelerde anne ve çocuğun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü korumak adına hukuki düzenlemelere konu olmuştur.⁴² Daha sonra çok sayıda uluslararası insan hakları sözleşmesiyle koruma altına alınan analık izninin temel bir insan hakkı olduğu tartışmasızdır. En genel ifadeyle analık iznini; anne ve yeni doğan çocuğun

⁴⁰ Ebeveyn izni teriminin “analık izni”, “babalık izni” ve “ebeveynler tarafından paylaşılan ebeveyn izni” şeklindeki üç dönemi de kapsayan genel (şemsiye) bir terim olduğu yönünde ayrıca bkz. Nordic Council of Ministers, 2018, *a.g.e.*, s.8. Aynı yönde bkz. UNICEF, 2019, *a.g.e.*, s.4.

⁴¹ OECD Family Database PF2.1., 2019, *a.g.e.*, s.1; J. van Belle, *Paternity and Parental Leave Policies Across the European Union*, Cambridge, Rand Corporation, 2016. s.5. https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1600/RR1666/RAND_RR1666.pdf, E.T.: 26.08.2019.

⁴² Moss, 2018, *a.g.e.*, s.20.

sağlığını korumak amacıyla doğum öncesi ve sonrasındaki sınırlı bir süreyi koruma altına alan ve genellikle annenin kullanımına özgülenen ebeveyn izni olarak tanımlamak mümkündür.⁴³

Önceleri sadece doğum olayına özgülenen analık izni, zaman içerisinde evlat edinme veya koruyucu ailelik gibi biyolojik olmayan ebeveynlik hallerini de kapsar hale gelmiştir. Bazı hallerde ise analık izni olarak öngörülen sürenin arttırılabilmesi mümkün kılınmıştır. Riskli doğum, çoğul gebelik, çocuk sayısının birden fazla olması (geniş aile), bekâr/yalnız annelik bu hallere örnek olarak gösterilebilir.⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, analık izni kimi ülkelerde ayrıca düzenlenmemiş; annenin bu döneme ilişkin izni ebeveyn izni çatısı altında düzenlenmiştir.⁴⁵

Analık izni genellikle doğumdan belirli bir süre önce başlamakta ve doğumdan sonra bir süre daha devam etmektedir. ILO'nun 183 sayılı Analık Koruması Sözleşmesine göre bu iznin süresi, 6 haftalık kısmı doğumdan sonra zorunlu olarak kullanılmak kaydıyla, en az 14 hafta olmalıdır.⁴⁶ AB mevzuatında ise bu süre, 92/85/EEC sayılı Direktif uyarınca; 2 haftalık kısmı doğum öncesi ve/veya sonrasında zorunlu olarak kullanılmak kaydıyla en az 14 hafta olarak kabul edilmiştir.⁴⁷ Her ne kadar uluslararası düzenlemelerle analık izninin süresi konusunda asgari standartlar oluşturulsa da, günümüzde analık izni süresi bakımından ülke uygulamalarında geniş bir çeşitlilik söz konusudur.

Analık izninin kullanımı bakımından çoğu ülke uygulamasında sınırlı bir esneklik rejimi kabul edilmiştir. Nitekim doğum öncesinde ve/veya sonrasında iznin tamamının veya bir kısmının kullanılması kimi ülkelerde zorunlu tutulmuş; hamile veya doğum yapan annenin belirli bir süre boyunca çalışması en-

⁴³ S. Blum/A. Koslowski/A. Macht/P. Moss, *14th International Review of Leave Policies and Research 2018*, s.5. https://www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/annual_reviews/Leave_Review_2018.pdf, E.T.: 10.08.2019.

⁴⁴ ILO, 2014, *a.g.e.*, s.15.

⁴⁵ Örnek olarak bkz. Avustralya, İzlanda, Yeni Zelanda, Norveç, İsveç ve Portekiz'de analık izni ayrıca düzenlenmemiş; ebeveyn izni içinde düzenlenmiştir. Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.8 vd.; OECD Family Database (2019). *PF2.2.: Parents' Use of Childbirth-Related Leave*, s.4. <http://www.oecd.org/els/family/PF2-2-Use-childbirth-leave.pdf>, E.T.: 19.08.2019.

⁴⁶ 103 sayılı Analık Koruması Sözleşmesinde (1952) bu asgari süre 12 hafta idi. 2000 yılında 183 sayılı Sözleşme ile bu süre 14 haftaya çıkarılmış; yine aynı yıl yayımlanan 191 sayılı Analık Korumasına İlişkin Tavsiye Kararında ise üye devletlerin bu asgari süreyi en az 18 haftaya çıkarmaları teşvik edilmiştir. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.9, 12.

⁴⁷ Her ne kadar bu asgari sürenin uzatılmasına yönelik çalışmalar yürütülse de, bu konuda halen bir gelişme yaşanmamıştır. European Parliamentary Research Service, *A New Directive on Work-life Balance*, 2019, s.2 vd. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614708/EPRS_BRI\(2018\)614708_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614708/EPRS_BRI(2018)614708_EN.pdf), E.T.: 19.08.2019.

gellenmiştir.⁴⁸ Kimi ülkelerde ise analık izninin babaya transfer edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Annenin ölümü veya ciddi bir hastalığının bulunması halinde çoğu hukuk sisteminde babaya annenin yerine analık iznini kullanma imkânı tanınmıştır. Ancak analık izninin babaya transfer edilebilmesinin daha geniş kapsamlı düzenlendiği ülkeler de bulunmaktadır.⁴⁹ Bu halde, öngörülen koşulların sağlanması durumunda, anne izin hakkını babaya aktararak çalışma yaşamına dönmekte; baba ise izin süresince çalışmayarak çocuğun bakımını üstlenmektedir. Bu sebeple analık iznini de çalışan babaya tanınan ebeveyn izinleri kapsamında saymak yanlış olmaz.

Günümüzde hemen hemen her ülkede -farklı sürelerle düzenlense de- analık izni ücretli olarak düzenlenmiştir.⁵⁰ Ancak doğum sonrası çalışmayan annenin gelir kaybının karşılanması bakımından çeşitli uygulamalardan söz edilebilir. Örneğin bazı ülkelerde analık izni süresinin tamamında, bazı ülkelerde ise bir kısmında çalışmayan annenin gelir kaybı karşılanmaktadır. Bu ödemeler büyük çoğunlukla sosyal güvenlik sisteminde (veya bazı istisnai hallerde işverence) karşılanmaktadır.

Gelir kaybının karşılandığı (ücretli analık izni) dönemdeki ücretin tutarı da ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Kimi hallerde ebeveyne maktu ödemeler yapılmakta; bu ödemelerde genellik ilkesi gözetilerek haktan yararlanan herkesin gelir kaybı belli bir ölçüde telafi edilmektedir. Ancak çoğunlukla ebeveynlere yapılan ödemeler sosyal güvenlik sisteminde; prim ödeme koşulları ve almakta olunan son ücret uyarınca şekillenmektedir. Bu şekilde yapılan izin ödemelerinde gelir kaybı, ebeveynin son ücretinin tamamı veya bir kısmı uyarınca karşılanmaktadır. ILO'nun 183 sayılı Analık Koruması Sözleşmesinde konuya ilişkin bir asgari standart öngörülmüştür. Buna göre 14 haftalık analık izni süresince gelir kaybı yaşayan anneye son aldığı ücretin en az üçte ikisinin ödenmesi zorunludur.⁵¹

⁴⁸ Örnek olarak bkz. Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Slovenya, Azerbaycan, Afganistan, Ekvator ve Cezayir. Blum vd., 2018, a.g.e., s.8; OECD Family Database PF2.2., 2019, a.g.e., s.4; ILO, 2014, a.g.e., s.12-13.

⁴⁹ Örneğin Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, İspanya, Polonya, Birleşik Krallık gibi ülkelerde analık izninin -öngörülen koşulların sağlanması halinde- babaya transfer edilmesi mümkündür. Blum vd., 2018, a.g.e., s.8-11; Meil Landwerlin, 2018, a.g.e., s.20.

⁵⁰ UNICEF'in 2015 yılı verilerine göre 193 ülkeden 185'inde (ülkelerin %96'sında) kadın ebeveynin kullanımına özgülenen ücretli analık veya ebeveyn izni mevcuttur. Earle/Heymann, 2019, a.g.e., s.6. Ücretli analık izni bulunmayan ülkelere Amerika Birleşik Devletleri ve Papua Yeni Gine'yi örnek göstermek mümkündür. Paid Parental, 2015, a.g.e., s.123.

⁵¹ ILO, 2014, a.g.e., s.16.

c. Babalık İzni

Analık iznine göre yeni bir kavram olan babalık izni, toplum yapısının ve toplumsal cinsiyet rollerinin dönüşmesiyle birlikte kabul görmüş ebeveyn izinleri arasında yer alır. Bu izinle amaçlanan en temel husus; ebeveyn olmaktan doğan sorumluluğun bir kısmını babaya devrederek bu sorumluluğun sadece annenin üzerinde olmasını engellemek ve annenin bu sebeple maruz kaldığı eşitsizlikleri önleyebilmektir. Önceleri daha kısa süreleri kapsayan ve daha düşük ödemeler içeren babalık izni, çok sayıda ülkede yaygınlaşmasıyla birlikte yeni ve kapsamlı bir boyut kazanmıştır.

Babalık iznini en genel ifadeyle; erkek ebeveynin eşi ve yeni doğan çocuğuyla vakit geçirebilmesi için doğumdan sonraki süreci kapsayan, kullanımı genellikle babaya özgülenen ebeveyn izni olarak tanımlamak mümkündür.⁵² Belirtmek gerekir ki, babalık izni de sadece doğum olayına özgülenmemiş; evlat edinme veya koruyucu ailelik gibi biyolojik olmayan ebeveynlik halleri için de mümkün kılınmıştır.⁵³ Analık izninde olduğu gibi babalık izni de kimi ülkelerde ayrıca düzenlenmemiştir. Babanın bu döneme ilişkin izni ebeveyn izni çatısı altında veya farklı adlandırmalarla düzenlenmiştir.⁵⁴ Kimi ülkelerde ise, kısmen babalık izni muadili olarak değerlendirilebilecek mazeret izinleri öngörülmüştür.⁵⁵

Babalık iznine hak kazanma bakımından ülke uygulamalarında bağımlı çalışıyor olma, tam zamanlı çalışıyor olma gibi bazı kriterlerin öngörülmesi oldukça yaygın bir yaklaşımdır. Örneğin ülkelerin büyük bir çoğunluğunda çalışanın kıdemi veya hizmet süresi, izin kullanımına hak kazanma kriteri olarak belirlenmiştir.⁵⁶ Bazı ülke uygulamalarında ise evli olma ve anneyle birlikte yaşama gibi şartlar da aranmaktadır.⁵⁷

⁵² Eurofound, *Promoting Uptake of Parental and Paternity Leave Among Fathers in the European Union*, Lüksemburg, Publications Office of the European Union, 2015, s.1. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1508en.pdf, E.T.: 26.08.2019.; Blum vd., 2018, a.g.e., s.5; OECD Family Database PF2.1., 2019, a.g.e., s.1; ILO, 2014, a.g.e., s.52; van Belle, 2016, a.g.e., s.7.

⁵³ Dikkat çekici bir husus olarak babalık izni 2019/1158 sayılı AB Direktifinde sadece doğum olayına özgülenmiştir. Diğer ebeveyn izinlerinin kullanım koşullarında "evlat edinme" de izin sebebi olarak belirtilmişken babalık izninde izin nedeni olarak sadece "doğum olayı" sayılmış; babalık iznine başvuru halleri zımnen doğumla sınırlandırılmıştır. Bkz. 2019/1158 sayılı Direktif, m.3 ve 4.

⁵⁴ Örneğin İzlanda'da anne ve babanın ebeveyn izinleri doğum izni çatısı altında düzenlenmiştir. Portekiz'de babalık izni ayrı olarak değil, babanın ebeveyn izni olarak düzenlenmiştir. Blum vd., 2018, a.g.e., s.12 vd.; OECD Family Database PF2.2., 2019, a.g.e., s.4.

⁵⁵ Türk Hukukunda da uygulamasına rastlanabilecek mazeret izni (İK ek m.2), Hırvatistan, Libya, Güney Afrika, Çad, Togo, Myanmar, Vietnam gibi ülkelerde mevcuttur. Bu halde çalışanlara ebeveynliğe özgü izin hakkı yerine doğum, ölüm, evlenme, hastalık gibi ailevi durumlara özgü genel bir izin hakkı tanınmıştır. ILO, 2014, a.g.e., s.56.

⁵⁶ ILO, 2014, a.g.e., s.56. Kıdem veya hizmet süresinin hak kazanma koşulu olarak düzenlenmediği ülkelere örnek olarak bkz. İskandinav ülkeleri, Hollanda ve Almanya. van Belle, 2016, a.g.e., s.14.

⁵⁷ Güney Kore ve Filipinler örnekleri için bkz. ILO, 2014, a.g.e., s.57.

Babalık izni uluslararası düzenlemelere yeni yeni konu edilmektedir; bu sebeple sınırlı sayıda belgede düzenlendiğini söylemek yanlış olmaz. Bu belgelerin en önemlilerinden olan AB'nin ebeveyn izinlerine ilişkin 2019/1158 sayılı son direktifinde, Birlik üyesi devletlere eşinin doğum yapması halinde çalışan erkek ebeveynlere en az 10 işgünü ücretli babalık izni tanıma yükümlülüğü getirilmiştir (m.4,8). Ancak babalık izni bakımından üye devletlere kısmi düzenleme serbestisi getirilmiş; iznin tek seferde veya aralıklarla, doğumdan önce ve/veya sonra alınıp alınmayacağını belirleme yetkisi üye devletlere bırakılmıştır.

Analık izninin aksine babalık izninin kullanımı bakımından genellikle daha esnek sistemler inşa edilmiştir. Doğumdan sonra ve öngörülen süre zarfında olmak kaydıyla, babalık izninin kısmi veya tam zamanlı kullanımı mümkün kılınmıştır. Yine babalık izninde genellikle analık izninde olduğu gibi bir zorunlu izin sistemi inşa edilmemiş; babalık izni kullanıp kullanmama büyük ölçüde ebeveynin inisiyatifine bırakılmıştır. Ancak bazı ülkelerde iznin bir bölümünün kullanımının zorunlu tutulduğu uygulamalar da bulunmaktadır.⁵⁸ Babalık izni genellikle annenin çalışma durumundan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu izne hak kazanmak için annenin gelir getiren bir işte çalışıyor olması aranmadığı gibi bu iznin anne izninde iken (analık izni veya ebeveyn izni) kullanılması da mümkündür.⁵⁹

Babalık izni, kabul edildiği ülkelerde genellikle ücretli olarak düzenlenmiştir. Ancak söz konusu gelir kaybının karşılanma yöntemi ve oranı bakımından ülke uygulamalarında çeşitlilik söz konusudur. Gelir kaybının karşılanma yöntemi ve koşulları genellikle analık izninde olduğu gibidir. Babalık izni genelde gelir kaybının tamamı karşılanacak şekilde düzenlenmektedir. Analık izninde olduğu gibi bu ödemeler büyük çoğunlukla sosyal güvenlik sistemince veya bazı istisnai hallerde işverence yapılmaktadır. Kimi ülkelerde ise babalık izni hüküm ve sonuçlarının toplu pazarlık süreci ile tespit edilmesi yaygındır.⁶⁰

⁵⁸ ILO verilerine babalık izninin bir kısmının veya tamamının kullanılmasının zorunlu olarak düzenlendiği ülkeler Şili, Portekiz ve İtalya'dır. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.56. Belçika'da da babalık izninin bir kısmının kullanılması zorunlu tutulmuştur. Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.10.

⁵⁹ Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.352. Ancak özellikle İskandinav ülkelerinde, babalık iznine annenin analık veya ebeveyn iznini kullandığı süre zarfında başvurulması halinde, bu süre daha kısa olmaktadır. A. Haataja, *Fathers' Use of Paternity and Parental Leave in the Nordic Countries*, Helsinki, The Social Insurance Institution of Finland, 2009, s.5. https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10250/8370/FathersLeaves_Nordic.pdf?sequence=1, E.T.: 20.08.2019.

⁶⁰ Örneğin Norveç'te babalık izni ödemeleri devlet tarafından değil, genellikle bireysel veya toplu iş sözleşmeleri uyarınca işverenlerce yapılmaktadır. Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.14; Haataja, 2009, *a.g.e.*, s.7. Toplu iş sözleşmeleriyle babalık izni koşullarını belirleyen diğer ülkelere örnek olarak bkz. Uganda, Belçika, Yunanistan, Portekiz, İtalya, Avusturya, Finlandiya, Danimarka. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.57-58.

Her ne kadar henüz uluslararası bir sözleşme ile garanti altına alınmasa da, bugün çoğu ülkede ücretli babalık izni, çalışan babalara hak olarak tanınmaya başlanmıştır.⁶¹ Ancak babalık iznini ailevi sorumlulukların eşit düzeyde paylaşılması yolunda her derde deva nitelikte görmek afaki olur. Nitekim babalık izni çok kısa bir süre içinde yaygınlık kazansa da, bugün ülkelerin çoğu bu izni kısa sürelerle düzenlemeyi tercih etmektedir. Diğer bir ifadeyle, çocuk bakım sorumluluğunun üstlenmesi bakımından ebeveyn izniyle kıyaslandığında, babalık izni önem düzeyi itibariyle ikincil nitelikte kabul edilmektedir.

d. Ebeveyn İzni

Ebeveyn izni ilk olarak 1970'li yıllarda, eşlerin her ikisinin gelir getiren bir işte çalışmakta olduğu ülkelerde ortaya çıkmış; çocuğun bakımını sağlamak ve izin süresi boyunca ekonomik destek ve iş güvencesi sağlayarak ebeveynleri korumak amacıyla kabul edilmiştir.⁶² 1990'lı yıllardan itibaren, cinsiyet eşitliğine yönelik hassasiyetin artmasıyla birlikte, özellikle Avrupa genelinde hızla yayılmıştır. İlk zamanlar çalışan babaların nadiren başvurduğu bu uygulama, izin kullanımını arttırıcı teşvikler sayesinde teoriden pratiğe dönüşmüştür.

Yukarıda değinildiği üzere kimi ülkelerde böylesi bir ayrıma yer verilmeksizin çocuk bakımına ilişkin tüm izinler ebeveyn izni adı altında toplanmıştır. Bazı ülkelerde⁶³ ise ebeveyn izni nispeten daha kısa süreli düzenlenerek ebeveyn izni bitiminde kullanılabilir ek bakım izinleri veya çalışmaya ara verme periyotları kabul edilmiştir. Fakat bu ek nitelikli izinler genellikle düşük ücretli veya ücretsizdir.

Ebeveyn izni konusunda uygulamada büyük bir karmaşanın varlığından söz etmek mümkündür. Neredeyse her ülkenin kendine özgü bir uygulaması bulunmaktadır. Ebeveyn izninin bu geniş uygulamasını izne hak kazanma koşulları ve hakkın öznesi; iznin süresi, izin süresince çalışana ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse bu ücretin oranı, süresi ve kim tarafından ödeneceği; iznin kullanım koşulları, esnek biçimde kullanılıp kullanılmayacağı ve transfer edilip edilemeyeceği gibi çeşitli kıstaslara göre tasnif etmek mümkündür.

⁶¹ ILO'nun 2013 yılı verilerine göre 167 ülkenin 79'unda babalık izni düzenlenmiştir. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.59; OECD ülkelerinin yarısından fazlasında babalık izni bulunmaktadır. OECD Policy Brief, 2016, *a.g.e.*, s.1. Yine AB üyesi ülkelerin 13'ü, en az 2 haftalık babalık izni düzenlemesine sahiptir. European Commission, 2018, *a.g.e.*, s.3.

⁶² Annelerin yanı sıra babaları da çocuk bakımına dahil eden ebeveyn izni, ilk olarak 1974 yılında İsveç'te; gelir kaybının kazanca dayalı yapılan ödemelerle giderildiği bir sistem olarak uygulanmıştır. Escobedo/Flaquer/Navarro-Varas, 2012, *a.g.e.*, s.118-119. Batı Avrupa ülkelerinde ise erkek ebeveynler, ancak 1990'lardan itibaren aile politikalarının öznesi olmaya başlamışlardır. Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.346.

⁶³ Örnek olarak bkz. Belçika, Hırvatistan, Finlandiya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya ve Portekiz. Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.17.

En genel ifadeyle ebeveyn izni; genellikle hem annenin hem de babanın kullanımına sunulan, doğumdan hemen sonra alınan analık ve babalık izinlerinden farklı olarak yeni doğan çocuğun bakımının belirli bir yaşa gelene kadar üstlenildiği nispeten daha geniş bir süreyi kapsar.⁶⁴ AB'nin 2019/1158 sayılı direktifinde de ebeveyn izni, bireysel kullanıma özgülenen ve her ebeveynin eşit bir düzlemde kullanabileceği bir hak olarak düzenlenmiştir (m.5).

Genellikle analık izninden sonra devreye giren ebeveyn izni, analık ve babalık izinlerini tamamlayıcı bir işleve sahiptir.⁶⁵ Öyle ki ebeveyn izni süre olarak analık ve babalık izinlerinden uzun olsa da, sunduğu ödemeler bakımından daha düşük güvencelidir. Bu izinle ebeveynlere çalışma hayatından tamamen çekilmeksizin çocuklarının bakımını üstlenme fırsatı getirilmektedir. Analık ve babalık izninde olduğu gibi ebeveyn izninin evlat edinme ve koruyucu ailelik gibi biyolojik olmayan ebeveynlik halleri için kullanımı mümkündür. Aynı şekilde ebeveyn izni, eşcinsel birliktelikleri/evliliklerinin yasal kabul edildiği ülkelerde her iki partnere/eşe tanınmaktadır. Yaygın olmamakla birlikte bazı ülkelerde⁶⁶ ebeveyn izninin anne ve baba dışındaki üçüncü bir kişi tarafından kullanımına izin verilmektedir. Çoğul gebelik, engelli veya hasta çocuk sahibi olma, ailenin çocuk sayısının fazla olması hallerinde; ebeveyn izni süresinde ve/veya izin nedeniyle yapılan ödemelerde artıma gidilebilmektedir.

Analık ve babalık izinlerinde olduğu gibi, ülke uygulamalarında ebeveyn iznine hak kazanma bakımından kriterlerin öngörülmesi oldukça yaygındır. Bu kriterler bağımlı çalışıyor olma, atipik çalışma kapsamında olmama gibi genellikle analık ve babalık izinleri ile örtüşür niteliktedir. Örneğin AB'nin 2019/1158 sayılı Direktifinde ebeveyn izni iş sözleşmesi ile çalışan veya ülke hukuk düzenlerinde işçi olarak kabul edilen herkese tanınmıştır (m.2). Ancak ebeveyn izninin çocuk sahibi olan (bağımlı veya bağımsız) her çalışana tanındığı ülke uygulamaları da mevcuttur.⁶⁷

Ebeveyn izninin uygulamada süre bakımından "cömert" bir şekilde düzenlendiğini söylemek yanlış olmaz. Analık ve babalık izinlerinin aksine ebeveyn izni, çocuğun belli bir yaşa gelene kadarki bakımını karşılayacak şekilde, geniş

⁶⁴ Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.1; Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.5; ILO, 2014, *a.g.e.*, s.60; Earle/Heymann, 2019, *a.g.e.*, s.1; van Belle, 2016, *a.g.e.*, s.8; Drew, 2005, *a.g.e.*, s.10.

⁶⁵ OECD Family Database PF2.1., 2019, *a.g.e.*, s.1.

⁶⁶ Örnek olarak bkz. Litvanya, Rusya, Estonya, Özbekistan ve Azerbaycan uygulamaları. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.64-65.

⁶⁷ Örneğin Azerbaycan'da ebeveyn izni çocuk bakımı sorumluluğu olan her çalışana (anne, baba, bekar ebeveyn veya diğer aile üyesi) ücretli olarak tanınmıştır. İspanya'da ise bağımlı veya bağımsız, atipik veya geleneksel sözleşmelerle çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın tüm ebeveynlere (ücretsiz) ebeveyn izni tanınmıştır. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.64-65.

bir zaman aralığı için düzenlenmektedir. Ancak genellikle bakıma konu olan çocuğun yaşı esas alınarak ebeveyn izninin azami süresi tespit edilmekte; ebeveynlerin izne başvurabilmesi için çocuğun bu yaşın altında olması koşulu aranmaktadır.⁶⁸ Örneğin AB'nin 2019/1158 sayılı Direktifinde bu yaş en çok “sekiz” olarak belirlenmiş; ancak Birlik üyesi devletlere bu konuda düzenleme serbestisi getirilerek daha erken bir yaşın düzenlenebilmesi mümkün kılınmıştır (m.5).

Her ne kadar uygulamada bu izin türüne genellikle ebeveynlerin her ikisinin de çalışıyor olması halinde başvuru da, ebeveyn iznine başvurabilmek için kural olarak ebeveynlerin her ikisinin çalışıyor olması aranmaz. Nitekim bazı ülke uygulamalarında erkek ebeveyn izinde iken annenin de aynı zamanda evde kalması veya ebeveynlerin ebeveyn izinlerine eş zamanlı olarak başvurabilmeleri mümkündür.⁶⁹

Ebeveyn izni analık ve babalık izinlerine göre daha uzun süreli öngörüldüğü için, çoğu ülkede ebeveyn iznine ilişkin esnek uygulamalar kabul edilmiştir. Buna göre ebeveyn izninin genellikle tek bir defada kullanılması koşulu aranmamakta, iznin aralıklarla kullanımına izin verilmektedir.⁷⁰ Ebeveyn izni bakımından diğer bir önemli husus, bu iznin tam veya kısmi zamanlı olarak kullanılabilmesidir. Ebeveyn izinleri kapsamında çoğu ülkede ebeveynlere çalışma hayatından tamamen ayrılmaksızın kısmi zamanlı izni kullanma imkânı verilmektedir.

Ebeveyn iznini hakkın öznesine göre “sadece anneye tanınan ebeveyn izni”, “anne veya babaya tanınan ebeveyn izni”, “anne ve babaya ayrı ayrı tanınan ebeveyn izni” olmak üzere üç temel kategoriye ayırmak mümkündür.⁷¹

Kimi ülkelerde⁷² ebeveyn izninin tamamı sadece anneye özgülenmiş ve kural olarak babaya izin kullanma hakkı verilmemiştir. Bu ülkeler bakımından

⁶⁸ Örneğin bu yaş sınırı Güney Kore’de 6, Belçika’da 12, İzlanda’da 8, Litvanya ve Rusya’da 3’tür. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.65.

⁶⁹ Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.347-348.

⁷⁰ Ebeveyn izninin esnek kullanıma cevaz verip vermemesi kadınlardan çok erkeklerin izne başvuru kararlarını etkilemektedir. Nitekim ebeveyn izni esnek kullanılabilir olsa da kadınlar genellikle izni tek seferde veya uzun sürelerle kullanmayı tercih etmektedir. Erkeklerde ise izin kullanımının esnek olup olmadığı izne başvuru kararını doğrudan etkilemekte; izne kısa aralıklarla başvurma daha yaygın görülmektedir. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.67.

⁷¹ Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.5.

⁷² Günümüzde ebeveyn izninin sadece anneye tanınmasına sık rastlanmamaktadır. Örnek olarak bkz. Gine, Ürdün, Kuveyt, Bulgaristan ve Şili uygulamaları. Ancak Şili ve Bulgaristan’da erkeklerin anneye tanınan ebeveyn izninin bir kısmını kullanabilmeleri annenin rızası ile kısmen mümkün kılınmıştır. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.62. İleride değinileceği üzere, Türk Hukukunda da ücretsiz olarak düzenlenen ebeveyn izni kural olarak anneye tanınmıştır. Erkeklerin bu izni kullanabilmesi sadece evlat edinme veya annenin vefatı durumunda mümkündür (İK m.74/2).

çocuk bakımına ve aile hayatına ilişkin geleneksel yaklaşımın sürdüğünü; annenin çalışma hayatında olsa da halen çocuk bakımından sorumlu kişi olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Kimi ülkelerde⁷³ ebeveyn izni anne veya babaya birlikte tanınmış ancak izin kullanmak istememeleri halinde ebeveynlere bu süreleri birbirlerine transfer edebilme imkânı getirilmiştir. Ebeveyn izninin bu şekilde düzenlendiği hallerde izin hakkı ailenin kullanımına özgülenmiştir. Böylelikle izni kimin kullanacağına müdahale etmeyerek taraflara izni kullanma ve paylaşma konusunda geniş bir serbesti tanınmıştır. Ancak bu hallerde ebeveyn izni, büyük çoğunlukla sadece anne tarafından kullanılmaktadır.⁷⁴ Diğer bir söyleyişle, transfer edilebilir şekilde düzenlenen ebeveyn izni, ileride değinileceği üzere, cinsiyet eşitliğini sağlamak yerine cinsiyet eşitsizliğini artırıcı ve kadınların kariyerlerini engelleyici bir etki taşımaktadır.⁷⁵

Kimi ülkelerde⁷⁶ ise ebeveyn izni ailenin kullanımına değil kişisel kullanıma özgülenmiş, anne ve babaya ayrı ayrı izin süreleri öngörülmüştür. Ancak bu sürelerin taraflarca kullanılmaması halinde diğer ebeveyne transfer edilmesine müsaade edilmemiş; başkasına devri mümkün olmayan bir hak yaratılmıştır. Buna göre, taraflar kendi payına düşen izni kullanmazsa, öngörülen süre sonrasında hakkın kullanımı düşmektedir. Ebeveyn izninin anne ve babaya ayrı ayrı tanındığı bu hallerde, uygulama genellikle üç ayaklı bir sistem üzerine inşa edilmektedir. Ebeveyn izni sadece annenin izin payı ve babanın izin payı toplamından oluşmamakta; bunlara ek olarak tarafların kullanımı konusunda söz hakkı sahibi oldukları üçüncü bir izin payı daha bulunmaktadır.⁷⁷ Bu üçüncü pay, transfer edilemeyen izin sürelerinin aksine, taraflar arasında serbestçe kullanılabilen bir izin dönemini ifade etmektedir.

⁷³ Örnek olarak bkz. Avusturya, Bulgaristan, Kanada, Estonya, Finlandiya, Macaristan, Litvanya, Polonya, Rusya, Slovakya uygulamaları. Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.16.

⁷⁴ Moss, 2018, *a.g.e.*, s.19; Castro-Garcia/Pazos-Moran, *a.g.e.*, s.13; Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.347; ILO, 2014, *a.g.e.*, s.61.

⁷⁵ Castro-Garcia/Pazos-Moran, 2015, *a.g.e.*, s.4-5; Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.346.

⁷⁶ Örnek olarak bkz. Avustralya, Belçika, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kore, Hollanda, Portekiz, Slovenya, Birleşik Krallık. Blum vd., 2018, *a.g.e.*, s.16.

⁷⁷ Bu üç ayaklı sisteme verilebilecek en iyi örnek İzlanda'dır. 2000 yılında babalık kotası uygulamasını devreye sokan İzlanda'nın bugünkü sisteminde ebeveyn izni dokuz ay süreli ve üç aşamalıdır. Bu dokuz aylık sürenin üç ayı annenin, diğer üç ayı ise babanın kullanımına özgülenmiş olup bu sürelerin karşı tarafa transferi mümkün değildir. Kalan üç aylık süre ise ebeveynlerce kendi isteklerine göre paylaşılıp kullanılabilir niteliktedir. Nordic Council of Ministers, 2018, *a.g.e.*, s.12; Haataja, 2009, *a.g.e.*, s.7.

2019/1158 sayılı AB Direktifinde de, bu üç ayaklı yapının yaygınlık kazanmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre Birlik üyesi devletler, yerel düzenlemelerle belirlenecek olan yaştan önce kullanılmak üzere, ebeveynlerin her birine dört aylık ücretli ebeveyn izni hakkı tanımakla yükümlü kılınmışlardır. Bu dört aylık sürenin iki aylık kısmının ise transfer edilemez şekilde düzenlenmesi zorunlu tutulmuştur. Buna göre, Direktifin yürürlük tarihiyle birlikte AB üyesi devletlerde de üç ayaklı ebeveyn izinlerinden sıklıkla söz edilecektir.

Değınildiğı üzere, ebeveyn izninde transfer yasağına, erkek ebeveynlerin çocuk bakımı konusunda daha fazla sorumluluk üstlenmesini sağlamak adına başvurulmaktadır. Babalık kotası (*daddy quotas*) adı verilen bu uygulama kimi ülkelerde babalık izni yerine uygulanmaktadır.⁷⁸ Kimi ülkelerde ise erkek ebeveynlerin bakım sorumluluğunu arttırmak için babalık kotası dışında yöntemlere başvurulmaktadır. Örneğın kendisine tanınan izin süresini kullanması halinde erkek ebeveyne ek izin süresi, ek ücret ödemesi veya vergi muafiyeti gibi imkânlar (*daddy bonus*) sağlanmaktadır.⁷⁹ Belirtelim ki, bu yöntemler sayesinde çocuk bakımında babaların etkin bir rol üstlenmesi yönünde ciddi bir yol kat edilmiştir. Nitekim ebeveyn izni kullanımında erkeklerin en yüksek orana sahip olduğı ülkelerin büyük bir çoğunluğında bu teşvik edici uygulamalar bulunmaktadır.⁸⁰ Ancak tüm bu iyileştirmelere rağmen, bugün halen İskandinav ülkeleri haricinde erkeklerin ücretli ebeveyn iznine başvuru oranı, kadınlara göre oldukça düşüktür.⁸¹

Ebeveyn iznine ilişkin bir diğđer önemli ayırım, izin süresince çalışmayan ebeveynin yaşadığı gelir kaybının karşılanıp karşılanmayacağı; karşılanacaksa bunun ne düzeyde olacağı ve ödemelerin kim tarafından üstlenileceğine ilişkindir. Bu ayırım uyarınca “ücretsiz izin”, “maktu ücretli izin” ve “kazanca bağılı ücretli izin” şeklinde üç temel uygulamadan söz etmek mümkündür.⁸² Belirtelim

⁷⁸ Babanın transfer edilemez ebeveyn izni hakkı olarak ifade edebileceğimiz babalık kotası, ilk olarak 1995 yılında İsveç’te, bir aylık süre koşuluyla uygulanmaya başlanmış; ardından 2002 yılında bu süre iki aya çıkarılmış ve gelir kaybını karşılama oranı %80 olarak belirlenmiştir. ILO, 2014, *a.g.e.*, s.62. Belirtelim ki İskandinav ülkelerinde ayrıca bir babalık izni olmayıp babanın ebeveyn izni babalık kotası uygulaması ile düzenlenmiştir. Nordic Council of Ministers, 2018, *a.g.e.*, s.7.

⁷⁹ Örnek olarak bkz. İsveç, Almanya, Avusturya, Finlandiya, İtalya ve Fransa uygulamaları. OECD Family Database PF2.1., 2019, *a.g.e.*, s.1; Escobedo/Flaquer/Navarro-Varas, 2012, *a.g.e.*, s.119; Moss, 2018, *a.g.e.*, s.19; ILO, 2014, *a.g.e.*, s.63; Haataja, 2009, *a.g.e.*, s.13; Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.7-8.

⁸⁰ OECD, 2016, *a.g.e.*, s.14; Nordic Council of Ministers, 2018, *a.g.e.*, s.7-8. Babalık kotası için öngörülen süre arttıkça erkeklerin kullandığı izin süresinin de arttığı yönünde bkz. Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.346, 353.

⁸¹ OECD Family Database PF2.2., 2019, *a.g.e.*, s.4.

⁸² Karu/Tremblay, 2017, *a.g.e.*, s.348.

ki, ebeveyn izninin analık ve babalık izinlerini kapsayıcı şekilde düzenlendiği hallerde ebeveyn izni genellikle ücretlidir. Ancak analık ve babalık izninden ayrı bir izin olarak düzenlendiği hallerde gelir kaybının önleme düzeyi nispeten düşük olmaktadır.

Ebeveyn izninin ücretli olduğu hallerde ödemeler büyük çoğunlukla sosyal güvenlik sisteminde karşılanmakta ve ödeme tutarı ebeveynin kazancı ve sigorta primleri uyarınca belirlenmektedir. Ebeveynin kazancının ödeme miktarına esas alındığı bu hallerde çoğu zaman tavan uygulamasına da başvurulmaktadır. Kimi hallerde ise ödemeler kamu kaynaklarından ve vergilerden karşılanmakta; bu halde ebeveynlere yapılan ödemeler genellikle maktu oranlı olmaktadır.⁸³

Ebeveyn izninin ücretli olduğu hallerde genellikle izin kullanılan sürenin uzunluğuna göre kademeli bir ödeme sistemi belirlenmektedir.⁸⁴ Örneğin iznin ilk dönemlerinde görece daha yüksek ödemeler yapılırken izin süresi uzadıkça gelir kaybını karşılama oranı düşüş göstermektedir. Ebeveyn izninin ücretsiz olduğu dönemlerde ise çalışma hayatından uzak kalan ebeveynin işini kaybetmemesi için uygulamada yaygın olarak özel iş güvencesi normları getirilmektedir. Böylelikle izin bitiminde ebeveynin aynı işe veya yaptığı işe benzer bir işe dönmesi garanti altına alınmaktadır.

C. Erkek Ebeveynlerin Ebeveyn İzinlerine Katılımının Değerlendirilmesi

Erkek ebeveynlerin çocuk bakımında etkin bir rol üstlenmesi, çalışma hayatındaki cinsiyete dayalı eşitsizliklerin azaltılmasında ve kadınların erkeklerle eşit çalışma imkânlarına sahip olmasında büyük önem taşımaktadır. Nitekim doğum sebebiyle ayrımcılığa uğrayan veya işini kaybeden kadın çalışan sayısı tüm iyileştirici düzenlemelere rağmen her yıl artarak devam etmektedir. Her ne kadar çalışan babalara yönelik yeni düzenlemelerle erkeklerin de çocuk bakımında aktif bir rol üstlenmeleri amaçlansa da, çoğu çalışan babanın söz konusu düzenlemeleri yeterince benimsemediği açıktır. Bugün halen ebeveyn izinleri büyük ölçüde analık izni bitiminde anne tarafından alınmaktadır.⁸⁵ Çoğu ülkede erkeklerin ebeveyn izinlerine başvuru oranları istenilen seviyeye ulaşamamıştır. Bu sebeple erkek ebeveynlerin ebeveyn izinlerine başvurma/başvurmama nedenlerine de kısaca değinmek gerekir.

⁸³ Ebeveyn izni ücretinin maktu oranlı olduğu ülkelere örnek için bkz. Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Macaristan, Lüksemburg, Polonya, Slovakya ve İsveç. Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.2.

⁸⁴ Kademeli ödeme sistemi benimseyen ülkelere örnek olarak bkz. Belçika, Finlandiya, İtalya, Hollanda, Portekiz ve Birleşik Krallık. Castro-Garcia/Pazos-Moran, *a.g.e.*, 8.

⁸⁵ van Belle, 2016, *a.g.e.*, s.8; ILO, 2014, *a.g.e.*, s.67.

Erkek ebeveynlerin ebeveyn sorumluluğuna katılımını etkileyen çeşitli faktörlerden söz etmek mümkündür. Erkeklerin ebeveyn izinlerine yeteri kadar sıcak yaklaşmamasındaki en önemli nedenlerden biri, bu süreçte gelir kaybının hiç veya yeterli düzeyde karşılanmamasıdır. Bir diğer önemli neden ise, çalışan babalara kendilerine tanınan izni kullanmak istemedikleri takdirde anneye transfer etme imkânının tanınmasıdır. Çeşitli araştırmalarla ortaya koyulduğu üzere, erkek ebeveynlerin izin kullanım oranlarının en yüksek olduğu zamanlar, iznin transfer edilemez şekilde düzenlendiği ve gelir kaybının yüksek düzeyde karşılandığı durumlardır.⁸⁶ Diğer bir ifadeyle, ebeveyn izninin anneye transfer edilebilir ve/veya düşük ücretli olduğu durumlarda izne başvuran erkek ebeveyn sayısı her ülkede çok düşüktür.

Öte yandan, ebeveyn izinlerinin transfer edilemez şekilde düzenlenmesi, erkeklerin ebeveyn iznine katılımını arttıracak her derde deva bir yöntem değildir. Bu durumun en çarpıcı örneklerini Japonya ve Güney Kore oluşturmaktadır. Her ne kadar bu ülkelerde çalışan babalara gelir kaybının karşılandığı uzun süreli ebeveyn izinleri tanınsa da, bu izinlere başvuru oranı halen çok düşük seviyededir.⁸⁷ Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer önemli etken, şüphesiz geleneksel cinsiyet normları ve toplumsal algıdır. Çok sayıda ülkede erkek ebeveynler, aile dostu düzenlemelerin teoride ebeveynler için getirildiğini ancak pratikte bu düzenlemelerin çalışan anneleri hedeflediğini düşünmektedir.⁸⁸ Çalışma ve aile hayatı arasında denge kurmak ve bu iki alan arasında uzlaştırıcı çözümler üretmek kadınlarca zorunlu bir husus olarak kabul edilirken, bu konu erkeklerce halen ihtiyari bir husus olarak ele alınmaktadır.⁸⁹

⁸⁶ van Belle, 2016, *a.g.e.*, s.3, 9; ILO, 2014, *a.g.e.*, s.67; P. Romero-Balsas, Consequences Paternity Leave on Allocation of Childcare and Domestic Tasks, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 149, 2015, s.90; ILO, 2014, *a.g.e.*, s.61. Belirtelim ki aynı çıkarımı kadın çalışanlar bakımından yapmak mümkün değildir. Her ne kadar kadınlar düşük ödemeli veya ücretsiz ebeveyn izni kullanmayı tercih etmek istemese de bu konuda alternatifsiz bırakılmışlardır. Kadın çalışanlar, eşlerinin çocuk bakımına dair sorumluluğa ortak olmaması durumunda bu tür düşük korumalı ebeveyn izinlerine (ödemelerin daha yüksek olduğu zamanlara göre nispeten daha düşük oranda olsa da) başvurmayı sürdürmektedirler. Castro-Garcia/Pazos-Moran, 2015, *a.g.e.*, s.3-4, 10, 15.

⁸⁷ 2012-2013 verilerine göre Japonya'da ebeveyn iznine başvuran erkek oranı %2 civarında iken, Güney Kore'de bu oran %4.5 seviyesindedir. OECD, *Background Brief on Fathers' Leave and Its Use*, 2016, s.14. <https://www.oecd.org/els/family/Background-fathers-use-of-leave.pdf>, E.T.: 19.08.2019.

⁸⁸ Belope-Nguema vd., 2018, *a.g.e.*, s.202. Örneğin 2012 yılında yapılan uluslararası bir ankette, ebeveyn izinlerinin büyük bir çoğunluğunun veya tamamının anne tarafından alınması gerektiğini söyleyenlerin oranı, İskandinav ülkeleri, Almanya ve Fransa harici ülkelerde %50'nin üzerinde ölçülmüştür. Türkiye, Çek Cumhuriyeti, Litvanya, Bulgaristan ve Slovakya gibi ülkelerde ise bu oran oldukça yükseklerde, %80'lerde tespit edilmiştir. OECD, 2016, *a.g.e.*, s.12-13.

⁸⁹ Belope-Nguema vd., 2018, *a.g.e.*, s.221. Aynı yönde bkz. Petts/Knoester, 2019, *a.g.e.*, s.471.

İzin kullanım oranını etkileyen bir diğer önemli husus, düzenlemelerin esnek olup olmamasıdır. Tek seferde kullanım yerine periyodlar halinde kullanımın, tam zamanlı kullanım yerine kısmi zamanlı kullanımının mümkün olduğu hallerde erkek ebeveynlerin izne başvuru oranları artmaktadır.⁹⁰ Ebeveyn iznine başvurulmasında diğer etkileyici sebepler arasında sosyoekonomik statü ve eşlerin eğitim durumu, ailenin genişliği, çocuğun yaşı ve cinsiyeti, eşlerin medeni durumu, eşlerin her ikisinin çalışıyor olup olmadığı ve kadının kazancı, çalışılan sektör (özel sektör/kamu sektörü), çalışmanın türü (bağımlı/bağımsız çalışma, tam zamanlı/kısmi zamanlı çalışma) gibi hususları saymak mümkündür.⁹¹ Belli bir seviyenin üstünde geliri olan, tam zamanlı çalışan, lisans ve üstü eğitime sahip olan erkeklerin ebeveyn iznine başvuru oranları daha yüksek seviyede seyretmektedir.⁹²

Erkek ebeveynlerin ebeveyn izinlerine katılım oranlarını arttırmak ve çocuk bakımında daha büyük sorumluluk üstlenmelerini sağlamak adına, ebeveyn izinlerinin her iki ebeveynin kullanımına sunulduğu hemen her ülkede, çeşitli teşvik edici düzenlemelere başvurulmaktadır. Yukarıda değinilmiş olan bu düzenlemelere; izin kullanımının kişiye özgülenmesi (transfer yasağı) ve babalık kotası, iznin kullanılması halinde babaya ek olanaklar tanınması (izin süresinin ve/veya ücretinin arttırılması), (babalık izni bakımından) iznin bir kısmının kullanımının zorunlu tutulması örnek gösterilebilir.⁹³

2. İSPANYOL HUKUKUNDA BABANIN EBEVEYN İZİNLERİ

A. Ebeveyn İzinlerinin Tarihsel Süreci

İspanya bakımından babanın aile reisi olarak kabul edildiği anlayıştan kadın ve erkeğin ev idaresinin sorumluluğunu birlikte üstlendiği çifte kazançlı aile modeline geçiş diğer gelişmiş ülkelere kıyasla daha geç gerçekleşmiştir.⁹⁴ Francisco Franco'nun diktatörlük dönemi boyunca (1939-1975) çalışma ve aile yaşamına ilişkin politikalar gelenekçi-muhafazakâr aile modeli ekseninde seyret-

⁹⁰ van Belle, 2016, *a.g.e.*, s.15; Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.8.

⁹¹ Petts/Knoester, 2019, *a.g.e.*, s.472; Romero-Balsas, 2015, *a.g.e.*, s.91 vd.; Nordic Council of Ministers, 2018, *a.g.e.*, s.9; Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.6.

⁹² ILO, 2014, *a.g.e.*, s.67.

⁹³ van Belle, 2016, *a.g.e.*, s.3, 16; Eurofound, 2015, *a.g.e.*, s.7 vd.

⁹⁴ Bu konuda en önemli gelişmeler 1995-2007 yılları arasında yaşanmıştır. Öyle ki, ücretli çalışan 25-49 yaş arası kadın oranı 1995 yılında %39 iken bu oran 2007'de %66'ya çıkmış; ülkede yaşanan ekonomik krizin de etkisiyle 2012'de %61 olmuştur. Eurostat verilerinde ise 25-54 yaş arasındaki ücretli çalışan sayısı 2016 yılı için %65.6 olarak belirtilmiştir. G. Meil/P. Romero-Balsas/J. Rogero-Garcia, Fathers on Leave Alone in Spain: "Hey I Want to be Able to do it Like That, Too", *Comparative Perspectives on Work-Life Balance and Gender Equality*, (Ed: M. O'Brien ve K. Wall), İsviçre, Springer, 2017, s.108 vd. Ayrıca bkz. Belope-Nguema vd., 2018, *a.g.e.*, s.203-204.

miştir. 1975 yılında Franco'nun ölümü ve diktatörlük rejiminin sona ermesi ile birlikte ise demokrasiye geçiş süreci başlamış; hukuksal yapının yeniden inşasına yönelik adımlar atılmıştır. Buna rağmen günümüzde İspanya'da halen iki farklı aile modelinin varlığından söz etmek mümkündür.⁹⁵

Diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi İspanyol Hukukunda da ebeveynliğin çalışma hayatındaki etkilerini bertaraf etmeye ve çalışan kadını korumaya yönelik ilk düzenlemeler analık koruması ekseninde gerçekleşmiştir. Analık izni, geleneksel bir yaklaşımla ilk olarak 1929 yılında 12 hafta olarak kabul edilmiştir. Bakım izni, tam zamanlı veya kısmi zamanlı ücretsiz ebeveyn izni ise uzun bir süre sonra, 1970 yılında kabul edilmiştir. 1980 yılında ise dokuz aydan küçük çocuğu olan kadın çalışanlara günde bir saatlik süt izni getirilmiştir.⁹⁶

Önceleri erkek ebeveynlere ebeveynlik nedeniyle tanınan tek izin, 1931 yılında 1 gün olarak düzenlenen, 1980'de ise 2 güne uzatılan ücretli doğum izni olmuştur. 1980'de aynı zamanda, erkeklere ilk defa ücretsiz ebeveyn izninden yararlanma imkânı getirilmiş; ancak bu imkân sınırlı bir çerçevede tanınmıştır. Çalışan babanın bu izinden yararlanabilmesi için annenin ücretli bir işte çalışıyor olması ve ebeveyn iznini kullanmaması koşulları aranmıştır. Böylelikle ebeveyn izni kişisel kullanıma değil ailenin kullanım yetkisine özgülenmiştir.⁹⁷

1989 yılında yayımlanan "Kadınlar İçin Fırsat Eşitliği Eylem Planı" ile analık sebebiyle izin kullanımının kadın çalışanların kariyerine olan etkilerini önlemek hedeflenmiştir. Bu doğrultuda kadınlara, 3/1989 sayılı Yasa ile doğuma bağlı izinlerinin bitiminde işe dönmelerini garanti altına alan düzenlemeler getirilmiş; aynı zamanda erkeklerin de bakım izninden ve analık izninden yararlanabilmesine ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Böylelikle çalışan baba, anne ile aynı zamanda kullanmamak koşuluyla, analık izninin 4 haftalık kısmını ücretli olarak anne yerine kullanabilmeye hak kazanmıştır.⁹⁸ Bu husus, erkek ebeveynlerin herhangi bir gelir kaybı olmaksızın çocuk bakımına dâhil olmasını sağlayan ilk düzenleme kabul edilebilir.⁹⁹ Ayrıca evlat edinme ve annenin analık iznini kullanmadan veya kullanmayı tamamlamadan vefat etmesi hallerinde de erkek ebeveynlere analık izninden yararlanma imkânı getirilmiştir.

⁹⁵ Belope-Nguema vd., 2018, *a.g.e.*, s.204.

⁹⁶ C. Sánchez Trigueros, Permiso Por Lactancia, *Un Decenio de Jurisprudencia Laboral sobre la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, (Ed: C. Sánchez Trigueros), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, s.474.

⁹⁷ Bkz. Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.107.

⁹⁸ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.108; G. Meil Landwerlin, Spanish Fathers Benefiting From Maternity Leave: Experience and Policy Demands, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 136, 2018, s.18.

⁹⁹ Meil Landwerlin, 2018, *a.g.e.*, s.17.

Devamında, çalışan babaların çocuk bakımına yönelik haklarının analık izni üzerinden genişletilmesi sürdürülmüştür. 39/1999 sayılı Yasa ile analık izninde babaya transfer edilebilecek kısım 4 haftadan 10 haftaya çıkarılmış; ayrıca erkek ebeveynlere tanınan izin türleri de genişletilmiştir. Ebeveyn izni, annenin izni kullanmaması halinde babanın kullanabileceği bir haktan ziyade, kişisel bir hak olarak erkek ebeveynlere de tanınmış¹⁰⁰; süt izni ise her ikisinin de çalışıyor olması halinde anne veya baba tarafından kullanılabilen bir hakka dönüşürülmüştür.¹⁰¹ 1251/2001 sayılı Yasayla ise analık izninin erkek ebeveynlerce kısmi zamanlı kullanılabilmesi mümkün kılınmıştır.¹⁰²

Tüm bu gelişmelere ek olarak, AB direktiflerinde çalışma-yaşam dengesini kurma amaçlı getirilen yükümlülükleri gerçekleştirmek adına da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu anlamda, İspanyol Hukukunda çalışma yaşamında cinsiyet eşitliğini sağlamak adına yaşanan en önemli gelişmenin 3/2007 sayılı Cinsiyet Eşitliği Yasası (*Ley Orgánica*) olduğunu belirtmek yanlış olmaz.¹⁰³ Nitekim bu Yasa çalışma yaşamında ayrımcılığı önlemekle kalmamış, aynı zamanda kadın ve erkek çalışanlar arasında eşitliği teşvik edici düzenlemeler de getirmiştir. Bu teşvik edici düzenlemelerin en önemlisi özel hayat, aile hayatı ve iş hayatı arasında denge kurmayı hedef alan ebeveynlere yönelik izinler olmuştur.

Bu Yasa ile birlikte ebeveyn izinleri yeniden düzenlenerek içeriği genişletilmiş; ayrıca erkek ebeveynlerin çocukların bakım sürecine daha aktif bir şekilde katılımını sağlamak adına ilk defa babalık izni düzenlenmiştir. Böylelikle ilk defa çalışan babaların sosyal güvenlik sisteminden ödeme aldıkları ebeveynliğe dayalı bir izin kabul edilmiştir. Hamilelik ve doğum nedeniyle cinsiyet eşitsizliklerini annelik kimliği üzerinden önlemeye çalışan gelenekçi yaklaşımdan ayrılmaya yönelik ciddi bir adım atılmıştır. Çünkü bu düzenleme öncesinde çalışma-yaşam dengesi, diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi, büyük ölçüde analık izninin esnek kullanımı ve izin dönüşü sağlanan iş garantisi ile analık koruması ekseninde gerçekleştirilmeye çalışılmaktaydı. Bu düzenlemede babalık izni, kullanımı itibarıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak, diğer ebeveyn transferi mümkün olmayacak şekilde düzenlenmiştir.¹⁰⁴ Buna göre çalışan baba, 2 günlük

¹⁰⁰ G. Meil/P. Romero-Balsas/J. Rogero-Garcia, Parental Leave in Spain: Use, Motivations and Implications, *Revista Española de Sociología*, 27 (3 Supl.), 2018, s.29.

¹⁰¹ Sánchez Trigueros, 2018, a.g.e., s.474.

¹⁰² Meil Landwerlin, 2018, a.g.e., s.19.

¹⁰³ F. J. Gómez Abelleira, *Handbook of Spanish Employment Law*, Madrid, Tecnos, 2012, s.71; Escobedo/Flaquer/Navarro-Varas, 2012, a.g.e., s.120; Romero-Balsas, 2015, a.g.e., s.88.

¹⁰⁴ M. B. Fernández Collados, Permiso por Paternidad, *Un Decenio de Jurisprudencia Laboral sobre la Ley de Igualdad Entre Mujeres y Hombres*, (Ed: C. Sánchez Trigueros), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, s.499; L. Escot/J. A. Fernandez-Cornejo/C. Poza, Fathers' Use of Childbirth Leave in Spain, The Effects of the 13-Day Paternity Leave, *Population Research and Policy Review*, 2014, 33(3), s.421-422.

doğum iznine ek olarak 13 gün ücretli babalık izni kullanmaya hak kazanmıştır. Ancak Ocak 2017 itibariyle babalık izni 4 hafta olarak kabul edilmiş¹⁰⁵; ardından Temmuz 2018 tarihinde 5 haftaya, Nisan 2019 itibariyle ise 8 haftaya çıkarılmıştır.¹⁰⁶ Bu iznin önümüzdeki dönemlerde kademeli olarak artırılması ve analık izniyle aynı seviyeye (16 hafta) getirilmesi hedeflenmektedir.¹⁰⁷

B. Erkek Ebeveynin Kullanabileceği Ebeveyn İzinleri

a. Genel Olarak

İspanyol Hukukunda ebeveynlik sebebiyle alınan izinler; doğum izni, analık izni, süt izni, babalık izni, ebeveyn izni ve çocuk bakımı nedeniyle çalışma süresinin azaltılması şeklinde sıralanabilir. Ebeveynlik sebebiyle düzenlenen tüm bu izinlere erkek ebeveynin kısmi veya tam katılımı mümkündür. Ancak kadın ebeveynin doğum iznine ve babalık iznine katılımı mümkün değildir; bu izinler sadece erkek ebeveyn için düzenlenmiştir.

Diğer taraftan İspanyol Hukukundaki ebeveyn izinlerini izin süresince işçiye ücret ödenip ödenmemesine göre de iki temel ekseninde değerlendirmek mümkündür. Doğum izni, analık izni, süt izni ve babalık izni ücretli olarak; ebeveyn izni ve ebeveynlik sebebiyle çalışma süresinin azaltılması ise ücretsiz olarak düzenlenmiştir. Belirtelim ki İspanyol Hukukunda bir ebeveynin çocuk bakım sorumluluğu nedeniyle izin kullanabileceği maksimum periyod üç yıl olup bu sürenin büyük bir çoğunluğu ücretsizdir.¹⁰⁸

İspanyol İş Hukukunda analık ve babalık halleri, iş sözleşmesinin askıya alınma sebepleri arasında sayılmıştır.¹⁰⁹ Buna göre süt izni, doğum izni ve çalışma süresinin azaltılması halleri dışındaki izin periyodlarında; analık izni,

¹⁰⁵ İlk iki yıllık süreçte babalık iznine katılımın beklenenden yüksek olmasının da etkisiyle, 9/2009 sayılı Yasayla 2011 yılından itibaren yürürlüğe girecek şekilde babalık izninin 4 haftaya çıkarılması amaçlanmıştır. Ancak ülkede yaşanan ekonomik kriz sebebiyle yürürlük tarihi defalarca ileri bir tarihe ertelenmiş; nihayet Ocak 2017'de babalık izni 4 hafta olarak yürürlüğe girebilmiştir. Romero-Balsas, 2015, a.g.e., s.89; Belope-Nguema vd., 2018, a.g.e., s.204; Meil Landwerlin, 2018, a.g.e., s.19; A. Martín Valverde/F. Roldíguez-Sañudo Gutiérrez/J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 27. Edición, Madrid, Tecnos, 2018, s.787.

¹⁰⁶ 6/2019 sayılı Kraliyet Kararnamesi için bkz. <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>, E.T.: 31.08.2019.

¹⁰⁷ 6/2019 sayılı Kraliyet Kararnamesinde babalık izninin 2020'de 12, 2021'de ise 16 haftaya çıkarılacağı belirtilmektedir. <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>, E.T.: 31.08.2019.

¹⁰⁸ G. Meil/I. Lapuerta/A. Escobedo, Spain Country Note, *14th International Review of Leave Policies and Research 2018*, (Ed: S. Blum vd.), 2018, s.394. https://www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/country_notes/2018/FINAL.Spain2018.pdf, E.T.: 07.08.2019.

¹⁰⁹ I. García-Perrote Escartín, *Manual de Derecho del Trabajo*, 8. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, s.593, 597; Fernández Collados, 2018, a.g.e., s.499.

babalık izni veya ebeveyn izninin kullanıldığı hallerde bağımlı çalışan ebeveynin iş sözleşmesi askıda kabul edilir. Ayrıca yıllık izin sürelerinin analık veya babalık izinleri öncesine veya sonrasına ertelenerek kullanılması olanağı İspanyol Hukukunda güvence altına alınan bir diğer husustur.¹¹⁰

b. Doğum İzni (Permiso por Nacimiento)

Doğum izni, kamu görevlileri¹¹¹ ve kendi nam ve hesabına çalışanlar hariç, eşi doğum yapan tüm bağımlı çalışan babalara doğum zamanında kullanmaları adına tanınmıştır. Çalışan babaya verilen bu izin kural olarak 2 gündür ancak babanın yolculuk etmesini gerektiren bir durum bulunması halinde özel sektör bakımından bu izin 4 güne çıkabilmektedir.¹¹² Nisbi emredici nitelikteki bu sürenin bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle arttırılması mümkündür.

Aşağıda değinilecek diğer ebeveyn izinlerinden farklı olarak, bu halde izin sosyal güvence primleri ile değil doğrudan işverence karşılanmaktadır. Diğer bir söyleyişle erkek ebeveyn, ücretini izinli olduğu günlerde de çalışmış gibi tam almaktadır. Bu sebeple doğum iznini Türk Hukukunda evlat edinen veya eşi doğum yapan babaya verilen mazeret iznine benzetmek yanlış olmaz.

c. Analık İzninin (Permiso por Maternidad) Baba Tarafından Kullanılması

İspanyol Hukukunda analık izni bağımlı veya bağımsız, kısmi veya tam süreli, belirli veya belirsiz süreli çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın tüm kadın çalışanlara tanınmıştır. Analık izni doğum olayının yanı sıra evlat edinme, koruyucu ailelik ve vesayet hallerinde de tanınmıştır. Bu hak ayrıca eşcinsel evlilikler için de kabul edilmiştir.

Analık izninin süresi doğum öncesinde ve sonrasında kullanılmak üzere toplam 16 (çoğul gebelik, birden fazla çocuk evlat edinme, engelli çocuk doğurma veya evlat edinme hallerinde ve ikiden fazla çocuğu olan aileler için 18) haftadır.¹¹³ Ancak nisbi emredici nitelikte düzenlenen analık izni süresinin bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle veya bölgesel düzenlemelerle arttırılması mümkündür.

¹¹⁰ Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.393.

¹¹¹ Kamu sektöründe çalışanların bölgesel düzenlemeler veya toplu iş sözleşmesi hükümleriyle kapsama alınmaları mümkündür. Madrid ve Katalonya bölgesi örnekleri için bkz. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.389.

¹¹² Gómez Abelleira, 2012, *a.g.e.*, s.133; Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.389; Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.109; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, *a.g.e.*, s.635; García-Perrote Escartín, 2018, *a.g.e.*, s.598.

¹¹³ Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.388; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, *a.g.e.*, s.784; J. F. Blasco Lahoz/J. López Gandía, *Curso de Seguridad Social*, (10. Edición), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, s.446; García-Perrote Escartín, 2018, *a.g.e.*, s.594-595.

İzin kullanımı bakımından kadın çalışana kısmi düzenleme serbestisi tanınmıştır. Annenin tasarruf yetkisinin olmadığı kısım, analık izninin doğumdan sonraki ilk 6 haftalık dönemidir; geri kalan 10 haftalık süre için annenin düzenleme serbestisi mevcuttur. Buna göre anne, izninin 6 haftalık kısmını doğumdan hemen sonraki süreçte, bizzat, aralıksız ve tam zamanlı olarak kullanmak zorundadır.¹¹⁴ Geri kalan izin süresinin ise doğum öncesi veya sonrasında; tam zamanlı veya kısmi zamanlı olarak, tek seferde veya parça parça kullanılması mümkündür. Tasarruf serbestisinin tanındığı bu 10 haftalık (çoğul gebelik halinde 12 haftalık veya toplu iş sözleşmesi ile arttırılan süre doğrultusunda) izin süresinin babaya transfer edilmesi ve baba tarafından kullanılması da mümkündür.¹¹⁵ Bu halde erkek ebeveyn analık iznini tam zamanlı veya kısmi zamanlı olarak, tek seferde veya aralıklarla kullanma imkânına sahiptir.

Analık izninin baba tarafından kullanılabilirdiği bir diğer husus ise annenin ölümü halinde söz konusudur. Analık iznini kullanmadan veya süresi bitmeden vefat eden annenin izin süresinin baba tarafından kullanılması mümkündür. Buna göre erkek ebeveyn, annenin izin kullanmadan ölmesi halinde sürenin tamamını, izin süresini tamamlamadan ölmesi halinde ise kalan süreyi kullanabilir. Evlat edinme, vesayet ve koruyucu ailelik halinde de analık izninin baba tarafından kullanılması mümkündür. Bu halde ebeveynler analık izninin kim tarafından ve hangi sürelerle kullanılacağını belirlemekle yetkili kılınmışlardır.¹¹⁶

Analık iznine hak kazanma ve izin kullanma koşulları bakımından bütün kadın işçiler eşit tutulmuştur. Ancak izne ayrılan annenin analık izin süresi boyunca, son ücretinin tamamını almaya devam edebilmesi için belli başlı koşulları yerine getirmesi şarttır. Buna göre annenin doğumdan önceki son 7 yıl içinde 180 günlük veya tüm çalışma yaşamı boyunca 360 günlük sigorta priminin bulunması gerekmektedir.¹¹⁷ Bu halde anne, izin süresince ücretinin tamamını

¹¹⁴ Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, a.g.e., s.387-388; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, a.g.e., s.784; Blasco Lahoz/López Gandía, 2018, a.g.e., s.446-447; J. L. Monereo Pérez/C. Molina Navarrete/R. Quesada Segura/J. A. Maldonado Molina, *Manual de Seguridad Social* (14. Edición), Madrid, Tecnos, 2018, s.256.

¹¹⁵ Gómez Abelleira, 2012, a.g.e., s.155; M. A. Olea/F. Rodríguez-Sañudo/F. E. Guerrero, *Labour Law in Spain*, (3rd edition), Croydon, Wolters Kluwer, 2018, s.82; Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, a.g.e., s.109; Belope-Nguema vd., 2018, a.g.e., s.204; Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, a.g.e., s.422; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, a.g.e., s.784.

¹¹⁶ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, a.g.e., s.109.

¹¹⁷ 21 yaşın altındaki anneler bakımından bu koşul aranmamaktadır. 21 ila 26 yaşındakiler bakımından ise doğumdan önceki son 7 yıl içinde 90 günlük veya tüm çalışma yaşamı boyunca 180 günlük sigorta priminin bulunması koşulu aranmaktadır. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, a.g.e., s.388; Blasco Lahoz/López Gandía, 2018, a.g.e., s.444; Monereo Pérez vd., 2018, a.g.e., s.258.

almakta ve bu ücret sosyal sigorta kapsamında ödenmektedir. Asgari sigorta primi koşulunu sağlamayan kadın işçilereyse maktu nitelikli özel bir analık yardımı öngörölmüştür.¹¹⁸ Bu halde anne, 42 gün boyunca sosyal güvenlik sisteminden analık yardımı almaya hak kazanacaktır.¹¹⁹

Belirtelim ki, bağımsız çalışan, özel sektörde çalışan, iş güvencesi olmayan, geçici işlerde çalışan veya düşük ücretle çalışan kadınlar, genellikle analık iznini kullanamayan gruplar arasında yer almaktadır.¹²⁰ Bu hallerde erkeklerin analık iznini anne yerine kullanmasının önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Nitekim erkekler de analık iznini devralmayı, genellikle anne izin kullanamadığı hallerde tercih etmektedir.¹²¹

d. Süt İzni (Permiso de Lactancia)

Ebeveyn olmaya bağılı olarak babaya tanınan olanaklardan bir diğeri süt iznidir. Değiniildiği üzere 1999 yılında yapılan yasa değışikliğı ile süt izni sadece kadınlara tanınan bir hak olmaktan çıkarılıp erkeklere de tanınmıştır. Böylelikle AB içtihadına uyumlu olacak şekilde süt izni kişisel bir hak olarak kabul edilmiştir.¹²² Ancak bunun için ebeveynlerin her ikisinin de çalışıyor olması aranmıştır. Buna göre koşulların yerine getirilmesi halinde süt izni, anne ve babadan yalnızca biri tarafından kullanılabilir.¹²³

Önceleri sadece doğum olayına özgülenen süt izni, daha sonra analık izninde olduğu gibi evlat edinme, koruyucu ailelik ve vesayet halleri için de düzenlenmiştir.¹²⁴ 2007 yılında yapılan değışiklikle ise çoğul gebelik halinde süt izninin süresinin arttırılması öngörölmüştür.¹²⁵ Bu izin uyarınca anne ya da babadan biri, bebeğı dokuzuncu (kamu sektöründe on ikinci) ayını doldurana dek kazanç kaybı olmaksızın günde bir saat izinli sayılır.

¹¹⁸ 2018 yılı için bu tutar aylık 537€ veya günlük 17.84€'dur. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.387-388.

¹¹⁹ Yalnız anneler, geniş (ikiden fazla çocuğı olan) aileler, çoğul gebelik veya engelli çocuğına sahip olma hallerinde 42 günlük süre 56 güne uzatılmıştır. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.388; Blasco Lahoz/López Gandía, 2018, *a.g.e.*, s.453.

¹²⁰ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2018, *a.g.e.*, s.31.

¹²¹ Meil Landwerlin, 2018, *a.g.e.*, s.23 vd.

¹²² Gómez Abelleira, 2012, *a.g.e.*, s.135-136; Sánchez Trigueros, 2018, *a.g.e.*, s.475.

¹²³ Sánchez Trigueros, 2018, *a.g.e.*, s.474; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, *a.g.e.*, s.612; García-Perrote Escartín, 2018, *a.g.e.*, s.486.

¹²⁴ 2012 ve 2015 yılındaki yasa değışiklikleri için bkz. Sánchez Trigueros, 2018, *a.g.e.*, s.474. Ayrıca bkz. García-Perrote Escartín, 2018, *a.g.e.*, s.485.

¹²⁵ Sánchez Trigueros, 2018, *a.g.e.*, s.475.

Süt izninin hangi saatlerde ve nasıl kullanılacağını belirleme yetkisi kural olarak izni kullanacak ebeveyne bırakılmıştır. Buna göre ebeveyn bir saatlik süreyi yarımsar saatlik iki bölüm halinde de kullanabilir.¹²⁶ Ayrıca işverenle anlaşmak veya toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmiş olması kaydıyla, anne veya babaya bu süreyi biriktirerek topluca kullanma veya mesai bitimi saatlerine denk getirerek çalışmasını yarım saat erken bitirme imkânı da getirilmiştir. Diğer izinler gibi nisbi emredici nitelikte düzenlenen süt izni süresinin bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle veya bölgesel düzenlemelerle arttırılması mümkündür. Doğum iznine benzer biçimde, süt izninde de ödeme işveren tarafından yapılmaktadır.¹²⁷

e. Babalık İzni (Permiso de Paternidad)

İspanyol Hukukunda babalık izni bağımlı veya bağımsız çalışan ve eşi doğum yapan tüm babalara tanınmıştır. Ancak bu izin sadece eşin doğum yapması haline özgülenmemiştir. Analık izninde olduğu gibi evlat edinme, vesayet ve koruyucu ailelik kapsamında da babalık izninden faydalanmak mümkündür. Yine bu iznin biyolojik babanın yanı sıra doğum yapan annenin eşi veya (eşcinsel evliliklerinde) partneri tarafından kullanılması da mümkündür.¹²⁸ Değindiği üzere 2007 yılında ilk düzenlendiği zaman 13 gün olan babalık izni, zaman içerisinde kademeli olarak arttırılmıştır. 2019 yılı itibariyle babalık izni 8 haftadır.¹²⁹ Bu süreye üçüncü ve sonraki çocuklar için 2 gün ilave edilmektedir.¹³⁰ Nisbi emredici nitelikte düzenlenen bu sürenin, (özellikle kamu sektöründe) toplu iş sözleşmeleriyle arttırılması mümkündür.¹³¹

Analık izninden farklı olarak babalık izninin tamamının veya bir kısmının anneye transfer edilmesi mümkün değildir. Belirlenen süre zarfında kullanılmayan izin ortadan kalkar. İzne hak kazanmak ve izni kullanabilmek için annenin çalışıyor olması aranmamıştır. Buna göre eşi doğum yapan erkek ebeveyn, doğum itibariyle (annenin analık iznini kullandığı süre zarfında) veya annenin analık izninin bitiminden hemen sonra (analık izni biten annenin çalışma haya-

¹²⁶ Olea/Rodríguez-Sañudo/Guerrero, 2018, *a.g.e.*, s.98; Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.392; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, *a.g.e.*, s.612; García-Perrote Escartín, 2018, *a.g.e.*, s.485.

¹²⁷ Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, *a.g.e.*, s.422; Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.392.

¹²⁸ Gómez Abelleira, 2012, *a.g.e.*, s.155; Blasco Lahoz/López Gandía, 2018, *a.g.e.*, s.455.

¹²⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>, E.T.: 31.08.2019.

¹³⁰ Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, *a.g.e.*, s.786; Blasco Lahoz/López Gandía, 2018, *a.g.e.*, s.457-458; Monereo Pérez vd., 2018, *a.g.e.*, s.267; Fernández Collados, 2018, *a.g.e.*, s.509.

¹³¹ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.109.

tına dönmesi ile) babalık iznini kullanabilecektir.¹³² İznin tam zamanlı ya da kısmi zamanlı olarak kullanılması da mümkündür.¹³³

Ancak son yasa değişikliği ile birlikte bu konuda analık iznine benzer bir yaklaşım izlenerek babalık izninin ilk 2 haftasının doğumdan (evlat edinme, koruyucu ailelik ve vesayet hallerinde mahkeme kararının kesinleşmesinden) hemen sonra ve kesintisiz bir biçimde kullanması zorunluluğu getirilmiştir.¹³⁴ Bu süre dışındaki 6 haftalık kısmın ise aralıklarla kullanılması mümkündür.

Babalık izninin finansmanı analık izninde olduğu gibidir. Erkek ebeveynin babalık izni süresi boyunca almakta olduğu son ücretinin tamamını almaya devam edebilmesi için belli başlı koşulları yerine getirmesi öngörülmüştür. Buna göre babanın doğumdan önceki son 7 yıl içinde 180 günlük veya tüm çalışma yaşamı boyunca 360 günlük sigorta priminin bulunması gerekmektedir.¹³⁵ Bu halde 8 haftalık babalık izni süresince baba, ücretinin tamamını almakta ve bu ücret sosyal sigorta kapsamında ödenmektedir. Analık izninden farklı olarak, babalık izin ücretine hak kazanmak için öngörülen prim şartlarını taşımayan erkek ebeveynlere maktu nitelikte bir ödeme getirilmemiştir.

f. Ebeveyn İzni (Excedencia por Cuidado de Hijos)

İspanyol Hukukunda üç yaşını doldurmamış çocuğa sahip bağımlı çalışan her ebeveynin tam zamanlı olarak ebeveyn izni kullanması mümkündür. Bu iznin kullanımı geniş bir serbesti çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre anne ya da baba, ebeveyn iznini tek seferde veya herhangi bir sınırlama olmaksızın kısa veya uzun periyodlar halinde kullanabilecektir.¹³⁶ Evlat edinme ve koruyucu ailelik hallerinde de ebeveyn iznine benzer koşullar altında başvurmak mümkündür.

Analık ve babalık izinlerinin aksine İspanyol Hukukunda ebeveyn izni ücretli olarak düzenlenmemiş; ebeveynlerin bu dönemde karşılaştığı gelir kaybı koruma altına alınmamıştır. Buna göre ebeveyn izni kullanan anne veya baba, bu süre boyunca ücrete hak kazanmaz. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşme-

¹³² Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.109; Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, *a.g.e.*, s.422; Romero-Balsas, 2015, *a.g.e.*, s.88; Fernández Collados, 2018, *a.g.e.*, s.507.

¹³³ Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, *a.g.e.*, s.422; García-Perrote Escartín, 2018, *a.g.e.*, s.598; Fernández Collados, 2018, *a.g.e.*, s.509.

¹³⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>, E.T.: 31.08.2019.

¹³⁵ Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.390; Blasco Lahoz/López Gandía, 2018, *a.g.e.*, s.456; Monereo Pérez vd., 2018, *a.g.e.*, s.268; Fernández Collados, 2018, *a.g.e.*, s.506.

¹³⁶ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.109.

lerle veya bölgesel düzenlemeler uyarınca aksinin düzenlenmesi mümkündür.¹³⁷ Belirtelim ki, ücretsiz olarak düzenlenmiş olması nedeniyle İspanya’da ebeveyn iznine başvuru oranı, analık ve babalık izinlerine kıyasla -özellikle erkek çalışanlar bakımından- daha düşüktür.¹³⁸

İzin süresince ücret ödemesi öngörülmeven ebeveyn izni için özel bir iş güvencesi sistemi kabul edilmiştir. İzin kullanan ebeveynin izin bitiminde işe dönmesi halinde işinin korunması kademeli olarak düzenlenmiştir. Buna göre izin kullanan ebeveynin, izne başvurduğu ilk yıl, aynı işe/pozisyona dönme hakkı korunmuştur.¹³⁹ İlk yıldan sonraki süreçte ise söz konusu koruma benzer bir işe dönme şeklinde sınırlı olarak düzenlenmiştir.

g. Çocuk Bakımı Nedeniyle Çalışma Süresinin Azaltılması (Reducción de Jornada por Cuidado de un Hijo)

İspanyol Hukukunda 12 yaşından küçük bir çocuğa sahip bağımlı çalışan ebeveynler, günlük çalışma saatlerini azaltma hakkına sahiptir. Çalışma süresinin hangi oranda azaltılacağını belirleme yetkisi ise işçiye bırakılmıştır.¹⁴⁰ Bu halde işçi, azaltılan çalışma süresi oranında daha düşük bir ücret alacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu halde de ebeveynlerin muhtemel gelir kayıpları karşılanmamaktadır. Ancak diğer izinlerde olduğu gibi, bireysel veya toplu iş sözleşmeleri yoluyla veya bölgesel düzenlemeler uyarınca ücrete yönelik bu hükmün aksinin öngörülmesi mümkündür.

Ebeveyn izninde olduğu gibi, çalışma süresinin azaltılması halinde de ebeveynin gelir kaybının karşılanmaması nedeniyle izne başvuru oranı erkek ebeveynlerde kadın ebeveynlere göre daha düşüktür. Erkek ebeveynler bu izni daha çok mali gerekçelerle ve eşinin işini korumak adına nadiren üstlenmektedirler.¹⁴¹

¹³⁷ 2000 öncesinde İspanya’daki çoğu bölgesel yönetimde ebeveyn izni kullanılan döneme ilişkin maktu oranlı yardımlar düzenlenmiştir. Ancak yakın zamanda ülke genelinde yaşanan ekonomik kriz sonrası bu yardımların birçoğu kaldırılmış veya azaltılmıştır. Bölgesel düzenlemeler için bkz. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, a.g.e., s.390-391.

¹³⁸ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2018, a.g.e., s.32.

¹³⁹ Aynı iş pozisyonuna dönme güvencesi kamu sektöründe çalışanlar bakımından iki yıldır. Üç veya daha fazla çocuk sahibi olan geniş ailelerde ise bu süre 15 ila 18 aya kadar çıkabilmektedir. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, a.g.e., s.390-391.

¹⁴⁰ Bu azaltma en az %12.5 (1/8) ve en fazla %50 (1/2) oranında olabilir. Bkz. Gómez Abelleira, 2012, a.g.e., s.135; Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, a.g.e., s.422; Meil/Lapuerta/ Escobedo, 2018, a.g.e., s.393; Martín Valverde/Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/García Murcia, 2018, a.g.e., s.613.

¹⁴¹ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2018, a.g.e., s.37.

C. Çalışan Babanın Ebeveynliğe Dayalı İzinlere Başvurması

Her ne kadar yasal düzenlemelerle kendilerine belli başlı ebeveyn izinleri tanınmış olsa da, erkeklerin anne yerine çocuk bakımını üstlenmesi ve ebeveyn izinlerine başvurması, babalık izni öncesi az rastlanan bir uygulama olmuştur. Ancak 3/2007 sayılı Yasa ile getirilen babalık izni ile erkeklerin bu sorumluluğu üstlenme oranında çok ciddi bir artış olmuştur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre, düzenlendiği ilk yıl olan 2007'den beri babalık iznine başvuru oranı her geçen yıl artarak devam etmektedir. 2012 yılında ülke genelinde yapılan geniş çaplı bir ankete göre, babalık izni kullanmaya ehil olan babaların %75'i bu izni kullanmıştır.¹⁴² İzne başvuranların çok büyük bir kısmı (%97) ise iznin tamamını kullanmıştır.

Başlangıçta 13 gün olarak düzenlenen babalık izninin bugün 8 hafta olarak düzenlenmesi ve 2021 yılına kadar 16 haftaya çıkarılarak analık izniyle eş düzeyde bir izin sisteminin inşasının hızlandırılmasında, bu artışın büyük etkisi olmuştur. Diğer Avrupa ülkelerine göre geleneksel bir toplum yapısına sahip olduğu belirtilen, ancak buna rağmen getirilen değişikliklere kolaylıkla adapte olan İspanyol babaların, ebeveyn izinlerine başvurma eğilimlerine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Her ne kadar babalık iznine başvuru bakımından önemli bir artış gözlemlense de, benzer bir artış diğer ebeveyn izinleri bakımından söz konusu değildir. Büyük ölçüde ücretsiz olarak düzenlenen babalık izni dışındaki ebeveyn izinlerine başvuru oranı hala düşük düzeydedir. Öyle ki sözü edilen 2012 tarihli ankete göre çalışan babaların yalnızca %8'i bakım iznine, %1.8'i çalışma saatlerinin azaltılmasına başvurmuştur.¹⁴³ Analık izninin transfer yoluyla baba tarafından kullanılma oranı da yine oldukça düşüktür.¹⁴⁴ Her ne kadar babalık izniyle birlikte erkeklerin çocuk bakımı konusunda aktif bir rol üstlenmeye başladığından söz edilebilirse de, kadınların çocuk bakımına katılım oranı erkeklere göre beş kat daha fazladır.¹⁴⁵

İspanya genelinde yapılan çalışmalar sonucunda, çalışan babaların ebeveyn izinlerine başvurmasında olumlu etkisi olan hususlar belirlenmeye çalışılmıştır.¹⁴⁶ Buna göre nispeten kısa süre içinde babalık iznine bu denli yaygın olarak

¹⁴² Bu oran kendi hesabına (bağımsız) çalışan, kısa dönem çalışan veya iş sözleşmesine bağlı olarak çalışanlar dışındaki çalışanları göstermektedir. Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.110.

¹⁴³ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.110.

¹⁴⁴ 2016 yılında analık izninin baba tarafından kullanılma oranı %2.1; 2017 yılında ise %1.9 olarak tespit edilmiştir. Meil/Lapuerta/Escobedo, 2018, *a.g.e.*, s.395.

¹⁴⁵ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.110.

¹⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.111 vd.

başvurulmasının en önemli sebeplerinden biri, iznin ücretli olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu husus, babalık izni dışındaki diğer ebeveyn izinlerine neden aynı oranda başvurulmadığının da sebepleri arasında gösterilebilir.

Her ne kadar iznin ücretli olarak düzenlenmiş olması önem taşısa da, bu durum erkeklerin izne başvurma eğilimlerini açıklamada tek başına yeterli değildir. Özellikle 2008-2013 yılları arasında etkisini şiddetli bir biçimde gösteren ekonomik kriz, yüksek işsizlik oranları ve yetersiz iş güvencesi gibi hususlar erkeklerin ebeveyn izinlerine başvurmalarını azaltan sebepler arasında yer almıştır. Bu nedenle erkeklerin izne başvuru eğilimleri bakımından bir diğer önemli koşul, izin kullanan ebeveynin izin bitimi sonrası iş garantisinin sağlanmış olup olmamasıdır. Özellikle belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıyor olma veya iş güvencesinin nispeten daha yüksek olduğu kamu sektöründe çalışma, izin kullanma konusundaki diğer belirleyici faktörler arasında yer almaktadır.¹⁴⁷

Babaların eğitim seviyesi, ebeveyn iznine başvurudaki diğer faktörler arasındadır. Buna göre eğitim seviyesi ile çocuk bakımını üstlenme arasında doğru orantı olup eğitim seviyesi arttıkça çalışan babaların izin alma oranı artmaktadır.¹⁴⁸ Çalışan babaların ebeveyn izinlerine başvurmalarını etkileyen bir diğer faktör ise şüphesiz eşin çalışma durumudur. Yapılan çalışmalardan görüldüğü üzere, çalışan babaların ebeveyn izinlerine başvurma oranı, her iki eşin de çalışıyor olması halinde daha fazla olmaktadır.¹⁴⁹

Ebeveyn izinlerine başvurmada söz edilebilecek bir diğer olumlu faktör, ebeveynlerin çocuk bakımında anne ve babanın varlığının çok daha önemli olduğuna dair inançlarıdır.¹⁵⁰ Buna göre çocuk bakımının anne ve/veya baba tarafından sağlanması; büyükanne, büyükbaba, diğer yakın akrabalar, kreş, gündüz bakımevi gibi kişi veya kurumlarca sağlanmasından çok daha etkili ve önemli kabul edilmektedir. Ebeveynler özellikle çocuklarıyla daha fazla zaman geçirmek, büyük anne ve/veya büyük babalara yük olmamak, çocuğu küçük yaşta bakım evi veya kreşe vermemek ve bu sebeple doğacak masraftan kaçınmak, çocuğun anne sütü ile beslenmesini sağlamak gibi nedenlerle ebeveyn iznini kullanmayı tercih etmektedirler.¹⁵¹

¹⁴⁷ Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, *a.g.e.*, s.421, 426-427.

¹⁴⁸ Eğitim faktörünün aksine çalışan babanın yaşı ile izin alma eğilimi arasında doğrudan bir bağlantı olmadığı yönünde ayrıca bkz. Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, *a.g.e.*, s.427-428.

¹⁴⁹ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.112; Escot/Fernández-Cornejo/Poza, 2014, *a.g.e.*, s.428.

¹⁵⁰ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2017, *a.g.e.*, s.112.

¹⁵¹ Meil/Romero-Balsas/Rogero-García, 2018, *a.g.e.*, s.35-36.

3. TÜRK HUKUKUNDA BABANIN EBEVEYN İZİNLERİ

A. Ebeveyn İzinlerinin Tarihsel Süreci

Türkiye’de refah rejiminin tek kazançlı geleneksel aile modeline dayandığını ve çocuk bakımına ilişkin sorumluluğun çalışma hayatında olup olmadığına bakılmaksızın halen büyük oranda anne tarafından üstlenildiğini söylemek mümkündür.¹⁵² Çeşitli ülkelerde uygulamasına rastlanan ebeveynlikten doğan bakım sorumluluğunun her iki eş tarafından paylaşılması, henüz Türk Hukukunda yaygınlık kazanan bir uygulama değildir. Anayasanın 41. maddesinde ailenin “eşler arasında eşitliğe dayandığı” kabul edilse de, pratikte ailevi sorumluluklar bakımından bir eşitlikten söz etmek güç görünmektedir.

Uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi, Türk İş Hukukunda da ebeveynliğe ilişkin ilk düzenlemeler analık hali uyarınca kabul edilmiştir. Erkek ebeveynin çalışma hayatında ebeveyn olarak kabul edilmesi ise oldukça yenidir. Her ne kadar getirilen düzenlemelerle ebeveyn sorumluluğuna ilişkin mevcut yaklaşımın değiştirilmesine yönelik önemli bir adım atılmış olsa da, günümüz itibarıyla bu değişikliğin gerçekleştiğinden söz etmek güçtür.

Ebeveyn izinleri ilk olarak 1936 tarih ve 3008 sayılı Kanunda¹⁵³ analık izni ve emzirme (süt) izni şeklinde sınırlı imkanlar çerçevesinde düzenlenmiştir. Kadın işçiye (doğum öncesi 3 ve doğum sonrası 3 hafta olmak üzere) 6 haftalık analık izni tanınmış; ancak bu sürenin işçinin sağlık durumu uyarınca 12 haftaya kadar uzatılabileceği belirtilmiştir (3008 s.K. m.25). Kadın işçilerin bu süre zarfında çalışmaları yasaklanmış; analık izni, kullanılması zorunlu bir izin olarak düzenlenmiştir. Henüz analık sigortasının kurulmamış olması nedeniyle, çalışan kadının izin dönemindeki gelir kaybının (yarısının) -koşulların sağlanması halinde- işverence karşılanması öngörülmüştür.

1971 tarih ve 1475 sayılı mülga İş Kanunu döneminde ebeveyn izni olarak analık izni ve süt izni düzenlenmiş; önceki kanundan farklı olarak analık izni süresi (doğum öncesi 6 ve doğum sonrası 6 hafta olmak üzere) 12 haftaya çıkarılmıştır (1475 s.K. m.70). 1983 yılında 2869 sayılı Kanun değişikliği ile ise kadın işçilere analık izni sonrası altı aylık ücretsiz izin kullanma imkânı getirilmiştir.

¹⁵² Ç. Ünlütürk Ulutaş, Türkiye’de İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması mı? Esnek Kadın İstihdamı mı?, *Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün mü?*, (Ed: N. Boztekin), İstanbul, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2013, s.83-84.

¹⁵³ <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3330.pdf>, E.T.: 31.08.2019.

2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunuyla (İK) ise ebeveyn izinleri analık izni, süt izni ve ücretsiz ebeveyn izni şeklinde düzenlenmiştir. Analık izni 12 haftadan (doğum öncesi 8 ve doğum sonrası 8 hafta olmak üzere) 16 haftaya çıkarılmış; çoğul gebelik halinde doğum sonrasındaki süreye 2 hafta eklenmiştir. Bu izinler, mülga kanunda olduğu gibi sadece doğum olayına özgülenmiştir. Yine bu izinler bakımından özne sadece doğum yapan anne olarak kabul edilmiş; erkek ebeveynine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir.

2010 yılında Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması konulu ve 2010/14 sayılı Başbakanlık genelgesi¹⁵⁴ yayımlanmış; bu genelgede kadınların sosyo-ekonomik konumlarının güçlendirilmesi, toplumsal yaşamda kadın erkek eşitliğinin sağlanması, sürdürülebilir ekonomik büyüme ve sosyal kalkınma amaçlarına ulaşılabilmesi için kadınların istihdamının artırılmasına ve kadın-erkek fırsat eşitliğine vurgu yapılmıştır.

2011 yılında 6111 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanununun analık halini düzenleyen maddesine ekleme yapılmış; kadın işçinin erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı süreleri doğum sonrası sürelerle eklemek suretiyle kullanabilme imkânı düzenlenmiştir. 2015 yılında 6645 sayılı Kanunla getirilen ek maddeyle ise ailevi durumlara özgü mazeret izinleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle ilk defa erkek işçilere eşinin doğumu nedeniyle 5, evlat edinmesi halinde ise 3 günlük ücretli izin tanınmıştır (İK Ek m.2/1).

Ebeveyn izinlerine ilişkin en önemli değişiklikler 2016 yılında 6663 sayılı Kanunla yapılmıştır. Ebeveyn izinlerinin her iki ebeveyni kapsama alması yönündeki uluslararası yaklaşıma paralel olarak, ebeveynlik nedeniyle getirilen izinler annenin yanı sıra kimi hallerde babaya da tanınmıştır. Bu Kanunla birlikte erkek ebeveynine, çocuğu mecburi ilköğretim çağına gelene kadar kısmi süreli çalışmaya geçme ve evlat edinme halinde haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanma imkânları tanınmıştır. Bir diğer yenilik olarak analık izninin evlat edinme ve annenin vefatı halinde baba tarafından kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Bu değişikliklerle birlikte, ebeveyn izinlerine hak kazanma ve izin kullanma bakımından bağımlı çalışanlar ile kamu görevlileri arasındaki farklılıklar da büyük ölçüde giderilmiştir.

Belirtelim ki, önceki kalkınma planlarında yer verildiği gibi, On Birinci Kalkınma Planında (2019-2023)¹⁵⁵ da kadınların işgücüne ve istihdama katılımlarının artırılmasını sağlamak amacıyla çalışma ve aile yaşamını uyumlaştıran uygulamaların geliştirilerek hayata geçirileceği ifade edilmektedir.

¹⁵⁴ RG, T.25.05.2010, S.27591.

¹⁵⁵ <http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>, E.T.: 30.08.2019.

Yaşanan bu gelişmelere ve koyulan hedeflere rağmen, Türkiye’de çalışma ve aile hayatının uyumlaştırılmasında farklı dinamik ve amaçların devrede olduğundan söz etmek mümkündür. Diğer bir söyleyişle, bir yandan çalışma ve aile yaşamının uyumu ve kadın istihdamının artırılması kalkınma hedefleri arasında yer almakta; öte yandan uyumlaştırma sürecinde muhafazakâr aile yapısının sürdürülmesi hedeflenerek, uyumlaştırma hareketlerinin çıkış noktası olan cinsiyet eşitliğini sağlama amacı yok sayılmaktadır.¹⁵⁶

Türk Hukukunda iş ve aile hayatını uyumlaştırma politikaları, uluslararası yaklaşımların aksine, halen büyük ölçüde kadın üzerinden ele alınmakta; erkek ebeveynlerin sürece katılımı tabiri caizse ötelenmektedir. Kadın eksenli politikalarla analık hali üzerinden kadının çalışma yaşamında devamlılığına yönelik iyileştirmelerde bulunulsa da; bu düzenlemeler kadının esnek istihdama mahkûm edilmesine sebep ve kadın istihdamının bir türlü istenilen düzey ve verime ulaşmasına engel olmaktadır.¹⁵⁷ Açıklanan sebeplerle, ülkemiz açısından çalışma ve aile hayatı uyum politikalarında süregelen bir gerginliğin varlığından söz etmek yanlış olmaz.

B. Erkek Ebeveynin Kullanabileceği Ebeveyn İzinleri

a. Genel Olarak

Türk Hukukunda ebeveynlik sebebiyle çalışanlara getirilen izinleri analık izni, süt izni, ebeveyn izni (kısmi veya tam zamanlı ücretsiz izin), mazeret izni ve çocuk bakımı nedeniyle çalışma süresinin azaltılması (kısmi çalışma) şeklinde sıralamak mümkündür. Süt izni haricinde diğer tüm izinler bakımından dolaylı veya doğrudan bir biçimde erkek ebeveynin hak sahipliğinden söz etmek mümkündür. Ancak İspanyol Hukukunun aksine Türk Hukukunda süt izni sadece kadın işçilere tanınmıştır. Türk İş Hukukunda mazeret izni dışında doğrudan erkek ebeveynleri hedef alan bir ebeveyn izni, özellikle babalık izni, bulunmamaktadır. Ancak bu tür izinlerin bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle erkek ebeveynlere tanınması mümkündür.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ünlütürk Ulutaş, 2013, a.g.e., s.86.

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. Ünlütürk Ulutaş, 2013, a.g.e., s.89. Gereğinden fazla “koruma” amaçlı düzenlemelerin kadın çalışanları erkek çalışanlara göre daha pahalı bir işgücüne dönüştürdüğü ve bu düzenlemelerin kadınların işgücü piyasasına girmelerini zorlaştırdığı yönünde bkz. N. Süral, Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 15 (Özel Sayı), s.292. Pozitif ayrımcılık gözetilmek suretiyle kadın işçilere tanınacak her yeni hakkın, kadının istihdam edilebilirliğini sürdürme şansını azaltacağı; kadınların çalışma yaşamında daha yoğun bir biçimde yer almalarının sağlanması için cinsiyet temelinde tanınacak hakların dengede tutulması gerektiği yönünde bkz. T. Centel, 6663 Sayılı Yasayla İş Kanununa Getirilen Değişiklikler - Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi, *Sicil*, 2016, S.35, s.16.

¹⁵⁸ Süral, 2013, a.g.e., s.292.

b. Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılması

Türk Hukukunda analık izni, ebeveyn izinlerinin en kapsamlısı olup kural olarak iş sözleşmesiyle çalışan¹⁵⁹ veya Devlet Memurları Kanununa (DMK) tabi olan kadınlara tanınmıştır. Önceleri sadece doğum olayına özgülenen bu izin, 2016 yasa değişikliğiyle evlat edinme için de mümkün kılınmıştır.

Analık izninin süresi, doğumdan önce 8 ve doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere toplam 16 (çoğul gebelik halinde 18) haftadır. Ancak işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre, doğumdan önce ve sonra, bu sürelerin hekim raporu ile arttırılabilmesi mümkündür. Üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edilmesi halinde bu süre, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren 8 haftadır (İK m.74/1, DMK m.104/A).

Türk Hukukunda analık izninin tamamı bakımından zorunluluk prensibi kabul edilmiştir; buna göre izin süresinin bir bölümünün veya tamamının kullanılmaması mümkün değildir.¹⁶⁰ Diğer bir söyleyişle, doğum yapmasına 8 hafta kalan anne adayının analık izni süresi boyunca çalışması yasa ile engellenmiştir. Zorunluluk prensibinin benimsenmesine karşın, kimi hallerde izin kullanımı bakımından kadın çalışana kısmi düzenleme serbestisi tanınmıştır. Buna göre sağlık durumunun elverişli olması şartıyla ve doktorun onayı halinde, hamile kadının doğumdan önceki 3 haftaya kadar çalışması mümkündür. Bu halde kadına, analık iznini doğum sonrası dönemde 13 haftaya kadar uzatma imkanı tanınmıştır.¹⁶¹ Erken doğum yapan anneler için de aynı imkan getirilmiş; doğumdan önce kullanılamayan sürelerin doğum sonrasındaki döneme eklenmesi mümkün kılınmıştır (İK m.74/1, DMK m.104/A).

İspanyol Hukukunun aksine, Türk Hukukunda analık izni erkeklere sınırlı durumlar için tanınmıştır. Buna göre doğumda veya doğum sonrasında annenin vefatı hâlinde, analık izninin kullanılamayan kısmının baba tarafından kullanılması mümkündür. Bu süre kural olarak 8 haftadır; ancak doğumdan önceki 3 haftaya kadar çalışılması veya erken doğumun gerçekleşmesi halinde, doğum sonrasındaki izin süresine eklenecek sürelerin kanımızca erkek ebeveyne de tanınması gerekir. Analık izninin erkek ebeveyne kullanılabildiği bir diğer hal evlat edinmedir. Evlat edinme halinde analık izni, sadece anneye değil ebeveyn-

¹⁵⁹ 6663 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca, İK m.74'te düzenlenen ebeveyn izinleri, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçiler için uygulanır. (İK m.74/son).

¹⁶⁰ Analık izni süresinin tamamını kullanmanın zorunlu tutulmasının kadın çalışanların işgücü piyasına girmelerini zorlaştırdığı yönünde bkz. Süral, 2013, *a.g.e.*, s.292.

¹⁶¹ Aynı yönde bkz. S. Süzek, *İş Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s.871; E. Güven/U. Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Eskişehir, Nisan, 2017, s.306; Süral, 2013, *a.g.e.*, s.289.

lerden birine tanımıştır. Buna göre evlat edinen anne ya da baba analık iznine 8 hafta süreyle hak kazanır.

Devlet Memurları Kanununa tabi çalışanlar, analık izni süresince gelir kaybı yaşamamaktadır; bu halde izin kullanan ebeveynler aylığını almaya devam etmektedir. Buna karşılık, iş sözleşmesine tabi çalışanlara analık izni süresi boyunca işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁶² Bu sebeple iş sözleşmesine tabi çalışanların analık izni dönemindeki gelir kaybının 5510 sayılı Kanun uyarınca analık sigortası kapsamında karşılanması prensibi benimsenmiştir. Koşulları sağlanması halinde ebeveyn, çalışmaktan alıkoymulduğu 16 (çoğul gebelik halinde 18) haftalık süre zarfında, analık sigortası kapsamında geçici işgöremezlik ödeneği alabilir.¹⁶³ Bu ödenekle iş sözleşmesi askıya alınan ve gelir kaybı yaşayan sigortalının bu kaybının belli bir ölçüde giderilmesi amaçlanmaktadır.¹⁶⁴

Bu ödeneye hak kazanabilmek için, bağımlı çalışanlar bakımından doğumdan veya evlat edinme tarihinden önceki bir yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması gerekmektedir (5510 s.K. m.18/1-c). Bağımsız çalışanların bu koşula ek olarak prim ve prime ilişkin her türlü borçlarını ödemiş olmaları şarttır. Prime ilişkin koşulların sağlanması halinde analık izni uyarınca ebeveyn verilecek ödenek, yatarak tedavilerde sigortalının günlük kazancının yarısı; ayakta tedavilerde ise üçte ikisi tutarındadır.¹⁶⁵

Bu noktada, sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin bir güncellemenin gerekliliğine değinmek gerekir. Belirtildiği üzere analık izninin evlat edinme ve annenin ölümü halinde erkek ebeveynce kullanılabilmesi İş Kanununa sonradan eklenmiştir. Ancak konuya ilişkin gerekli güncelleme 5510 sayılı Kanunda yapılmamıştır. Bugün halen 5510 sayılı Kanunda analık hali nedeniyle verilecek geçici iş göremezlik ödeneğinin doğum yapan sigortalı kadına yönelik olduğu belirtilmektedir (5510 s.K. m.18/1-c). Ancak prime ilişkin koşulları sağlanması halinde, gerek erkek ebeveyn gerekse evlat edinen ebeveyn analık sigortası kapsamında geçici işgöremezlik ödeneğinin verileceği şüphesizdir. 5510 sayılı

¹⁶² Taraflarca veya toplu iş sözleşmeleriyle bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Uygulamada işverenlerin sıklıkla tam ücret ile 2/3 tutarındaki geçici işgöremezlik ödeneği arasındaki farkı ödedikleri yönünde bkz. Güven/Aydın, 2017, a.g.e., s.307.

¹⁶³ Detaylı bilgi için bkz. A. Güzel/A. R. Okur/N. Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, Beta, 2018, s.443 vd.; C. Tuncay/Ö. Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, İstanbul, Beta 2017, s.452 vd.

¹⁶⁴ Tuncay/Ekmekçi, 2017, a.g.e., s.452.

¹⁶⁵ Buna göre hastanede geçen doğum ve tedavi süreleri dışında, analık izninden yararlanan ebeveyn günlük kazancının üçte ikisi tutarında ödeneye hak kazanacaktır. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2018, a.g.e., s.445-446; A. N. Sözer (2017). *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (3. Baskı). İstanbul: Beta, s.249; U. Aydın/S. Demirkaya, *Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları*, İş ve Hayat, 2017, 3(6), s.89.

Kanunun konuya ilişkin maddelerinin mevcut yasal duruma göre güncellenmesi kanımızca isabetli olacaktır.¹⁶⁶

c. Mazeret İzni

Türk İş Hukukunda ebeveynliği nedeniyle çalışan babaya getirilen ilk düzenlemenin, 2015 yılında 6645 sayılı Kanun değişikliği ile İş Kanununa eklenen mazeret izni olduğunu söylemek mümkündür. Esas itibarıyla mazeret izni, herhangi bir geçici iş göremezlik durumu bulunmamasına rağmen, dürüstlük kuralı gereği işçiden çalışmasının istenemeyeceği haller için öngörülmüştür.¹⁶⁷ Bu düzenleme ile evlenme, doğum, ölüm, evlat edinme, ağır hastalık gibi ailevi ilişkilerden veya ebeveynlikten kaynaklanan haller kapsama alınmıştır.

İlgili hükme göre işçiye; evlat edinmesi hâlinde 3 gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise 5 gün ücretli izin verilir (İK ek m.2/1). En az yüzde yetmiş oranında engelli veya süregelen hastalığı olan çocuğun tedavisinde ise, hastalık raporuna dayanması ve çalışan ebeveynlerden yalnızca biri tarafından kullanılması kaydıyla, ebeveyne bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde kullanılmak üzere 10 güne kadar ücretli izin verilir (İK ek m.2/2).

Buna göre evlat edinen veya eşi doğum yapan erkek ebeveyn, belirlenen süre boyunca izinli sayılacak; ilgili döneme ilişkin ücretini, mazeretli olduğu günlerde de çalışmış gibi tam alacaktır. Diğer bir söyleyişle, mazeret izni kullanılması halinde işçinin ücreti işverence ödenecektir.

Eşi doğum yapan kamu görevlisi erkeklere verilecek izin, iş mevzuatından farklı olarak mazeret izni adı altında değil “babalık izni” adı altında¹⁶⁸ düzenlenmiştir (DMK m.104/B). Bu halde eşi doğum yapan erkeğe, isteği halinde 10 gün babalık izni verilir. Bu halde baba, belirlenen süre boyunca izinli sayılmakta; ilgili döneme ilişkin aylığı, izinli olduğu günlerde çalışmış gibi tam almaktadır. İş sözleşmesine tabi çalışanlardan farklı olarak, kamu görevlisi babalara evlat edinme halinde ayrı bir babalık izni süresi tanınmamıştır. Bu halde baba, analık izni kapsamında evlat edinen ebeveynler için düzenlenen 8 haftalık izin süresini kullanabilir.

¹⁶⁶ Doktrinde Centel, mevcut düzenlemeler uyarınca evlat edinen ebeveynlerin mazeret izni süresi dışında analık izni sebebiyle parasal bir yardım alamayacağı, eşinin ölümü nedeniyle analık izni kullanacak olan kocaya da analık sigortasından herhangi bir parasal yardım yapılamayacağı görüşündedir. Yazara göre evlat edinen ebeveynlerin ve erkek ebeveynlerin geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmeleri için 5510 s.K. m.18/1-c hükmünde değişiklik yapılması gerekmektedir. Centel, 2016, a.g.e., s.11-12. Aynı yönde bkz. Sözer, 2017, a.g.e., s.246.

¹⁶⁷ N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı. İstanbul, Beta, 2018, s.750.

¹⁶⁸ Her ne kadar “babalık izni” olarak adlandırılrsa da, bu düzenleme DMK’da mazeret izni üst başlığında yer almaktadır (DMK m.104). Niteliği gereği bu iznin babalık izni değil, ailevi ilişkilerden veya ebeveynlikten kaynaklanan hallere özgülünen mazeret izni olduğunu kabul etmek gerekir.

d. Ebeveyn İzni (Tam veya Kısmi Zamanlı Ebeveyn İzni)

Türk Hukukunda biri tam zamanlı biri kısmi zamanlı olmak üzere iki türlü ebeveyn izninin düzenlendiğinden söz etmek mümkündür. Bu izinler hem iş sözleşmesiyle çalışan hem de DMK'ya tabi olan ebeveynlere benzer şekillerde tanınmıştır.

Bu izinlerden ilki, kanunda “haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin” adı altında; doğum olayının yanı sıra üç yaşını doldurmamış¹⁶⁹ çocuğun evlat edinilmesi halinde kullanılacak şekilde düzenlenmiştir. Kısmi zamanlı ebeveyn izni olarak niteleyebileceğimiz bu izin, analık izninin bitimiyle birlikte kullanılmak üzere, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla getirilmiştir (İK m.74/2, DMK m.104/B).

Kısmi zamanlı ebeveyn izninin süresi bakımından, çocuk sayısına göre kademeli bir sistem kabul edilmiştir. Bu izne, birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün, sonraki doğumlarda ise 180 gün süreyle başvurmak mümkündür. Çoğul doğum hâlinde bu süreler 30’ar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde ise bu süre 360 gün olarak uygulanır.

Kısmi zamanlı ebeveyn iznine başvurabilecekler doğum ve evlat edinme halleri için farklı şekillerde düzenlenmiştir. Doğum halinde izinden yararlanma hakkı sadece anneye tanınmıştır. Evlat edinme halinde ise annenin yerine babanın da izinden yararlanabilmesi mümkündür. Analık izninin aksine isteğe bağlı olarak düzenlenen bu izni kullanmak için işverenden talepte bulunmak gerekir. Kanunda bir süre öngörülmemesi nedeniyle bu talebin makul bir süre içerisinde yapılması esastır.¹⁷⁰ Her ne kadar hakkın kullanımı işverene yöneltilen bir talebe bağlansa da, işverenin bu talebi reddetme yetkisi bulunmamaktadır.¹⁷¹

Kanun metninde “haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin” şeklinde düzenlense de, bu iznin “ücretli” olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim 4447 sayılı Kanunun Ek 5. maddesinde, izne başvuran ebeveynlerin gelir kaybının giderileceği yeni bir ödenek (yarım çalışma ödeneği) düzenlenmiştir. Bu ödenek, doğum nedeniyle izne başvurulması halinde anneye; evlat edinme nedeniyle izne başvurulması halinde ise anne veya babaya verilir. Ödeneğe hak kazanabilmek için doğum veya evlat edinme tarihinden önceki 3 yıl içerisinde

¹⁶⁹ Evlat edinme sırasında çocuğun üç yaşını doldurmamış olmasının yeterli olduğu, talep sırasında üç yaşını tamamlamış olmasının önem taşımayacağı yönünde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, a.g.e., s.747.

¹⁷⁰ Hakkın yarım çalışma ödeneği ile bağlantısı nedeniyle analık izninin bitiminden itibaren 30 gün içinde kullanılması; ancak bu süre içerisinde başvurulmaması halinde hakkın düşmeyeceği bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, a.g.e., s.747.

¹⁷¹ Süzek, 2017, a.g.e., s.872; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, a.g.e., s.748.

600 gün işsizlik sigortası priminin bildirilmiş olması gerekir. Bu koşulun sağlanması halinde izin kullanan ebeveyn İşsizlik Sigortası fonundan yarım çalışma ödeneği alınabilir.¹⁷² Ödenek miktarı günlük olarak belirlenmiş olup bu tutar yarım çalışılan her gün için günlük asgari ücretin brüt tutarıdır.¹⁷³ Bu ödemeler, belirlenen günlük tutar uyarınca aylık olarak yapılır. Buna göre yarım çalışma ödeneğinin maktu nitelikli bir ödeme olduğunu söylemek mümkündür.

Türk Hukukunda ebeveyn izni kapsamında düzenlenen bir diğer izin, “tam zamanlı ebeveyn izni”dir (İK m.74/6, DMK m.108/B-C). Kısmi zamanlı ebeveyn izninde olduğu gibi, bu izin türü de doğum olayının yanı sıra üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesi halinde kullanılacak şekilde düzenlenmiştir.

Kısmi zamanlı ebeveyn izninden farkı olarak bu halde kademeli bir izin süresi değil tek tip izin süresi düzenlenmiştir. Buna göre analık izninin tamamlanmasından veya kısmi zamanlı ücretsiz izninden sonra, iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından 6 aya kadar ebeveyn iznine başvurabilmek mümkündür. 6 aylık bu süre bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle arttırılabilir. Kamu görevlileri bakımından bu süre; analık izninin tamamlanmasından veya kısmi zamanlı ebeveyn izninden sonra başlamak üzere 24 ay olarak belirlenmiştir.

İş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından tam zamanlı ebeveyn izninden doğum halinde yararlanma hakkı sadece anneye; evlat edinme halinde ise annenin yanı sıra babaya da tanınmıştır. Kamu görevlileri bakımından bu ayırım ortadan kaldırılmış; hem doğum hem de evlat edinme hallerinde her iki ebeveyne izinden yararlanma imkanı getirilmiştir.¹⁷⁴ Belirtelim ki, bu izin kullanımı da işverene yöneltilen bir talebe bağlanmıştır ancak işverenin tam zamanlı ebeveyn izni talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır.

Yukarıda sözü edilen yarım çalışma ödeneğinin aksine tam zamanlı ebeveyn izni ücretsiz olarak düzenlenmiştir. Bu izin, ebeveyne sosyal güvenlik sistemi kapsamında bir ödenek talep hakkı doğurmaz.¹⁷⁵ Bu halde izne başvuran ebeveynin gelir kaybı -tarafarca aksi öngörülmedikçe- işverence de karşılanmaz. İş sözleşmesiyle çalışan işçilere bu süre için bir iş güvencesi de getirilmemiştir. Bu halde iş sözleşmesinin genel hükümler uyarınca askıda olduğu kabul edilir.

¹⁷² Tuncay/Ekmekçi, 2017, *a.g.e.*, s.456.

¹⁷³ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 2018, *a.g.e.*, s.693; Centel, 2016, *a.g.e.*, s.13; Aydın/Demirkaya, 2017, *a.g.e.*, s.92.

¹⁷⁴ Evlat edinen her iki eşin memur olması durumunda bu sürenin, eşlerin talebi üzerine ve 24 aylık süreyi geçmeyecek şekilde, birbirini izleyen iki bölüm hâlinde kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Bkz. DMK m.108/C)

¹⁷⁵ Sözer, 2017, *a.g.e.*, s.246.

e. Çocuk Bakımı Nedeniyle Çalışma Süresinin Azaltılması (Kısmi Süreli Çalışma)

Türk Hukukunda 2016 yılında getirilen bir diğer yenilik, ebeveyn sorumluluğu nedeniyle çalışma sürelerinin azaltılmasına ilişkin olmuştur. Bu düzenleme uyarınca kadın ve erkek ebeveynlere çalışma süresini azaltma/kısmi süreli çalışmaya geçme olanağı tanınmıştır (İK m.13/5, DMK ek m.43). Ancak bu imkândan faydalanabilmek için kural olarak ebeveynlerin her ikisinin de çalışıyor olması gerekmektedir (İK m.13/5).¹⁷⁶ Buna göre, kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından aynı anda ebeveynlerin sadece biri faydalanabilecektir.

Ebeveynlik nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçebilmek için, mecburi ilköğretim çağına gelmemiş (6 yaşından küçük)¹⁷⁷ çocuk sahibi olmak şarttır. Ancak 3 yaşını doldurmamış bir çocuğun evlat edinilmesi halinde de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanılması mümkündür. Koşulları sağlayan ebeveynler, işverenlerine -çocukları mecburi ilköğretim çağına gelmeden önce olmak şartıyla- herhangi bir zamanda yöneltecekleri taleple tam zamanlı çalışmadan kısmi çalışmaya geçme hakkıyla donatılmışlardır.

Yukarıda değinilen tam ve kısmi süreli ebeveyn izinlerinde olduğu gibi, kısmi süreli çalışmaya geçmek bakımından da işverene tercih hakkı sunulmamıştır. Buna göre işveren, koşulları sağlayan ebeveynin kısmi süreli çalışmaya geçme yönündeki yazılı talebini karşılamak zorundadır.¹⁷⁸ Aynı şekilde kısmi zamanlı çalışmayı tercih etmişken tam zamanlı çalışmaya dönmek isteyen işçinin de bunu işverene yazılı olarak bildirmesi gerekir. Bu halde de işverenin tam zamanlı çalışmaya dönme talebini karşılamama olanağı yoktur.

Türk Hukukunda ebeveynlik nedeniyle kısmi çalışmaya geçme hakkı birtakım sınırlayıcı hükümlere tabi tutulmuş, esnek bir biçimde düzenlenmemiştir. Örneğin bu hakkın aynı çocuk sebebiyle birden fazla kez, aralıklarla kullanılması mümkün değildir. Diğer bir söyleyişle, kısmi çalışma hakkını kullanan

¹⁷⁶ Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik (RG, T.08.11.2016, S.29882) hükmü uyarınca her iki ebeveynin çalışıyor olması şartı "(...) a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelenilmesi, b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması, c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi hâllerinde" aranmaz (Yön. m.10/1).

¹⁷⁷ 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununa göre mecburi ilköğretim çağı; "(...) 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır." (m.3/1).

¹⁷⁸ Kısmi çalışmaya geçme talebinin işverence karşılanmasına yönetmelikle istisna getirilmiştir. Buna göre kısmi çalışma talebinde bulunan işçinin işinin "kısmi süreli çalışmaya imkan verir nitelikte" olması gerekmektedir (Yön. m.12). Aksi halde işverenin bu talebi reddetme imkanı mevcuttur. Aynı şekilde, taraflara kısmi süreli çalışma yapılamayacak işleri toplu iş sözleşmeleriyle belirleme imkanı da getirilmiştir (Yön. m.13).

ebeveynin tam zamanlı çalışmaya dönmesi halinde, aynı çocuk için yeniden kısmi zamanla çalışmaya başvurması mümkün değildir.¹⁷⁹

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik uyarınca, ebeveynlik nedeni kısmi süreli çalışmanın yapılacağı zaman aralığı, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir (Yön. m.15). Bu halde işçi, ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlere çalıştığı süreye orantılı olarak hak kazanır. Diğer bir söyleyişle, ebeveynlik nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçilmesi halinde, ebeveynin yaşaması muhtemel gelir kayıpları karşılanmaz.¹⁸⁰

4. BABANIN EBEVEYN İZİNLERİ UYARINCA TÜRK HUKUKU İLE İSPANYOL HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda ayrıntısıyla değinildiği üzere, Türk Hukuku ve İspanyol Hukukunda ebeveyn izinleri bakımından benzerlikler kadar farklılıklar da bulunmaktadır. Tekrara düşmemek adına burada yalnızca maddi düzenlemeler uyarınca temel farklılık ve benzerliklerle yer verilecektir.

İspanyol Hukukunda erkek ebeveynlerin dolaylı veya doğrudan bir biçimde kullanabileceği ebeveyn izinleri; doğum izni, analık izni, süt izni, babalık izni, ebeveyn izni ve çalışma süresinin azaltılması olmak üzere altı türdür. Türk Hukukunda ise bunlar; mazeret izni, analık izni, (tam zamanlı ve kısmi zamanlı) ebeveyn izni ve çalışma süresinin azaltılması olmak üzere dört türdür (Bkz. Tablo 1).

Gerek İspanyol Hukukunda gerekse Türk Hukukunda doğum/mazeret izinleri bakımından benzer bir sistemin varlığından söz etmek mümkündür. Her iki uygulamada da ebeveyn, izin günlerinde çalışmış gibi ücretini tam almakta ve bu ücret işverence ödenmektedir. İspanyol Hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda izin süreleri nispeten daha uzun düzenlenmiştir. Bunun sebebini çalışan babalara mazeret izni dışında bir izin öngörülmemiş olması şeklinde açıklamak mümkündür.

Analık izninin uygulamasında her iki ülke sisteminde benzerlikler kadar farklılıklar da bulunmaktadır. En dikkat çekici farklılık, Türk Hukukunda annenin analık izninin tamamını kullanmasının zorunlu tutulması ve iznin kullanımı bakımından kendisine tasarruf yetkisi tanınmamasıdır. İspanyol Hukukunda ise

¹⁷⁹ Güven/Aydın, 2017, *a.g.e.*, s.71.

¹⁸⁰ Talepte bulunan işçiye yeterli güvence sağlamaması ve talebe uymayan işverene yeterli yaptırım öngörülmemesi sebebiyle ebeveynlerin getirilen olanaklardan yararlanmasının güç olacağı yönünde bkz. Güven/Aydın, 2017, *a.g.e.*, s.308; Aydın/Demirkaya, 2017, *a.g.e.*, s.94-95.

anne, analık izninin tamamını kullanmak zorunda olmayıp bu iznin bir kısmını babaya transfer edebilme imkânına sahiptir. Kadınlar lehine değerlendirilebilecek bu düzenleme sayesinde, annenin isteği halinde ebeveyn sorumluluğunun bir kısmını babaya devretmesi mümkündür. Annenin ölümü nedeniyle analık izninin kısmen ya da tamamen kullanılamaması durumunda her iki uygulamada da babaya bu izni kullanma imkânı tanınmıştır. Analık izni dönemindeki gelir kaybının karşılanma düzeyi ise her iki ülkede kısmen farklılık göstermektedir. İspanyol Hukukunda prim koşulunun sağlanması halinde gelir kaybı tam karşılanmakta iken Türk Hukukunda bu oran en çok üçte iki düzeyindedir.

Süt izni bakımından iki ülke uygulamasında temel bir farklılık mevcuttur. İspanyol Hukukunda süt izni, AB içtihadıyla uyumlu olacak şekilde anneye özgü bir hak olmaktan çıkarılmış, (her iki ebeveynin çalışıyor olması halinde) babanın da kullanabileceği bir hakka dönüştürülmüştür. Türk Hukukunda ise her ne kadar kanunun lafzında “süt izni” olarak yer alsada, uygulamada bu izin “emzirme izni” gibi işlev görmektedir. Türk Hukukunda erkek ebeveynlerin anne yerine süt izni kullanmaları mümkün değildir.

Ülke uygulamalarının tamamen farklı olduğu bir diğer husus babalık iznidir. İspanyol Hukukunda tüm çalışan babalara gelir kaybının tamamının karşılandığı bir babalık izni tanınmıştır. 8 hafta süreli bu iznin bir kısmının veya tamamının anneye transferi mümkün olmayıp baba tarafından kullanılması zorunludur. Türk Hukukunda ise babalık izni ile aynı amaca hizmet eden ve yalnızca babanın kullanımına özgülenen bir izin bulunmamaktadır. Kanımızca Türk Hukukunda erkek çalışanların ebeveyn izinlerine katılımını arttırmak adına düzenlemelere başvurulması halinde, bu sürecin İspanya’da olduğu gibi kısa süreli ancak transfer edilemez nitelikte bir babalık izni ile başlatılması yerinde olur. Nitekim İspanya’da babalık izninin kabul edildiği ilk yıllarda, 2 hafta süreli babalık izni, özellikle analık izni ile kıyaslandığında küçük ama önemli bir adım olarak değerlendirilmiş; erkek ebeveynlerin izne başvurma oranının beklenenden yüksek olması üzerine bu sürenin kademeli olarak arttırılmasına başlanmıştır.¹⁸¹

Her iki ülke uygulamasının farklı olduğu bir diğer konu ebeveyn izinleridir. Ebeveyn izni bakımından ülke uygulamalarının uluslararası normların gerisinde kaldığını söylemek mümkündür. Her ne kadar ebeveyn izni, AB’ye uyum yasaları kapsamında Türkiye’nin taahhütleri arasında bulunsada, Türk Hukukundaki mevcut düzenleme bu taahhüdün oldukça gerisindedir. Türk Hukukunda kısa sürelerle düzenlenmiş olsa da biri maktu ücretli ve kısmi zamanlı, diğeri ise

¹⁸¹ Romero-Balsas, 2015, a.g.e., s.89.

ücretsiz ve tam zamanlı olmak üzere iki ayrı ebeveyn izni bulunmaktadır. Ücretsiz ebeveyn izni iş sözleşmesine tabi çalışanlar için 6 ay; kamu görevlileri için 24 sürelidir. Ücretsiz ebeveyn izni kamu görevlisi babalara doğum hali için de tanınsa da, diğer bağımlı çalışan erkek ebeveynlerin ücretli ve ücretsiz ebeveyn izinlerinden yararlanması evlat edinme ile sınırlandırılmıştır. İspanyol Hukukunda ise görece daha uzun süreli ancak gelir güvencesinden yoksun bir ebeveyn izni sistemi mevcuttur. Bu halde erkek ebeveyn doğum, evlat edinme, koruyucu ailelik, vesayet hallerinde; çocuğu üç yaşına gelinceye kadar izne başvurma hakkına sahiptir. İspanyol Hukukundaki izin sisteminin tek olumlu yanı, izin kullanan ebeveyne kademeli bir iş güvencesinin tanınmış olmasıdır.

Çalışma süresinin azaltılması ve kısmi süreli çalışmaya geçilmesi bakımından her iki sistemin benzer yanları olduğunu söylemek mümkündür. Türk Hukukunda evlat edinmeyle sınırlandırılmayıp doğum halinde de erkek ebeveyn tarafından kullanılabilen tek çocuk bakım izni budur. Gerek İspanyol gerekse Türk Hukukunda, çalışma süresini azaltan babanın gelir kaybının önlenmesine yönelik düzenlemelere yer verilmemiştir. İspanyol Hukukundaki uygulamanın Türk Hukukundaki düzenlemeden en önemli farkı, çocuk 12 yaşına gelinceye kadar kullanılabilmesidir. Türk Hukukunda ise bu çalışma şekli, yalnızca mecburi ilköğretim çağına gelmemiş (6 yaşından küçük) çocuğa sahip ebeveynler için mümkündür.

	İSPANYOL HUKUKU	TÜRK HUKUKU
Doğum/ Mazeret izni	<ul style="list-style-type: none"> - Bağımlı çalışanlar bakımından eşlerinin doğum yapması halinde 2 gün sürelidir. Yolculuk yapılmasını gerektiren hallerde bu süre 4 güne çıkarılır. - İzinde geçen süreler çalışılmış gibi sayılır ve izin ücreti işverence ödenir. 	<ul style="list-style-type: none"> - İş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından evlat edinme halinde 3 gün, doğum halinde 5 gün sürelidir. - Kamu görevlileri için eşlerinin doğum yapması halinde 10 gün sürelidir. İzinde geçen süreler çalışılmış gibi sayılır ve izin ücreti işverence ödenir.
Analık izni	<ul style="list-style-type: none"> - Doğum, evlat edinme, koruyucu ailelik, vesayet hallerinde annenin 10 (çoğul gebelik vd. hallerde 12) haftalık izin hakkını babaya transfer etmesi mümkündür. - Annenin ölümü halinde kullanılmayan izin süresinin tamamının (18 haftaya kadar) baba tarafından kullanılması mümkündür. - Prim koşulunu karşılayan çalışan, izin süresi boyunca ücretinin tamamını SGK'dan alır. 	<ul style="list-style-type: none"> - Evlat edinme halinde 8 haftalık süreyle anne veya baba tarafından kullanılması mümkündür. - Annenin ölümü halinde kullanılmayan izin süresinin tamamının (13 haftaya kadar) baba tarafından kullanılması mümkündür. - Prim koşulunu karşılayan işçi, izin süresi boyunca ücretinin yarısını veya üçte ikisini SGK'dan alır. Kamu görevlileri aylığının tamamını almaya devam eder.
Süt izni	<ul style="list-style-type: none"> - Doğum, evlat edinme, koruyucu ailelik, vesayet hallerinde anne veya babanın bebek 9. (kamu sektöründe 12.) ayını doldurana kadar günde bir saat izin hakkı vardır. - İzinde geçen süreler çalışılmış gibi sayılır ve izin ücreti işverence ödenir. 	X
Babalık izni	<ul style="list-style-type: none"> - Doğum, evlat edinme, koruyucu ailelik, vesayet hallerinde bağımlı veya bağımsız çalışan tüm babalara 8 hafta süreyle tanınmıştır. - Prim koşulunu karşılayan çalışan, izin süresi boyunca ücretinin tamamını SGK'dan alır. 	X

<p>Ebeveyn izni</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Doğum, evlat edinme, koruyucu ailelik, vesayet hallerinde; çocuk 3 yaşına gelene kadar tek seferde veya aralıklarla kullanılabilir. - Gelir kaybı koruması yoktur, ücretsiz izindir. - Özel iş güvencesi sağlanmıştır. İzin kullanıp işe dönen çalışanın izne başvurduğu ilk yıl aynı işe/pozisyona dönme hakkı vardır. İlk yıl sonrasında işe dönen çalışan benzer bir işe dönme hakkına sahiptir. 	<p>1) Kısmi zamanlı ebeveyn izninin üç yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesi halinde baba tarafından kullanılması mümkündür. İzin süresi 60 ila 360 gün arasında değişmektedir.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prim koşulunu sağlayan çalışana maktu nitelikte yarım çalışma ödeneği ödenir. <p>2) Tam zamanlı ebeveyn izninin üç yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesi halinde baba tarafından kullanılması mümkündür. Bağimli çalışanlar için bu süre 6 ay, kamu görevlileri için 24 aydır. Bu izin kamu görevlilerine doğum halinde de 24 ay süreyle tanınmıştır.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Gelir kaybı koruması yoktur, ücretsiz izindir. - Bağimli çalışan işçilere için iş güvencesi öngörülmemiştir. Kamu görevlilerinin iş güvencesi mevcuttur.
<p>Çalışma süresinin azaltılması</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 12 yaşından küçük çocuğun bakımı nedeniyle kullanılabilir. - Gelir kaybı koruması yoktur, azalan çalışma süresi oranında ücret düşer. 	<ul style="list-style-type: none"> - Mecburi ilköğretim çağına gelmemiş (6 yaşından küçük) çocuğun bakımı nedeniyle kullanılabilir. - Gelir kaybı koruması yoktur, azalan çalışma süresi oranında ücret düşer.

Tablo 1: İspanyol ve Türk Hukuku bakımından çalışan babaların ebeveyn izinlerinin genel çerçevesi

SONUÇ VE ÖNERİLER

Aile ve çalışma hayatının uzlaştırılmasının sadece anne üzerinden üretilen politikalarla gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşılması, zaman içerisinde bu politikaların kadınların yanı sıra erkekleri de hedeflemesine neden olmuştur. Yaşanan gelişmeler doğrultusunda, ebeveyn sorumluluğunun sadece anneye yüklenemeyeceği kabul edilmiş; babanın da bu konuda anne ile eşit düzeyde bir sorumluluk üstlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun sonucunda erkek ebeveynleri hedef alan çeşitli ebeveyn izinleri kabul edilmeye başlanmış ve erkeklerin çocuk bakımında aktif bir rol almaları sağlanmıştır.

Uluslararası alanda da çok sayıda düzenlemenin konusu olan ebeveyn izinleriyle ilgili bugün çoğu ülkede politika değişikliğine gidildiğini görmek mümkündür. Ebeveyn sorumluluğunu geleneksel sistem uyarınca anne üzerinden inşa eden ülkeler, ebeveynlere eşit düzeyde sorumluluk veren yeni düzenlemelerle erkek ebeveynlerin çocuk bakım sorumluluğuna katılımını sağlamayı amaçlamaktadırlar. Bu değişim süreci kimi ülkelerde tamamlanmaya yakın iken kimi ülkelerde ise henüz başlangıç seviyesindedir. Örnek ülke olarak seçilen İspanya ve Türkiye'yi değişim sürecinin başlangıcındaki ülkelere örnek göstermek mümkündür.

İspanyol Hukukunda her ne kadar erkek ebeveynlerin ebeveyn sorumluluğuna katılımı yönündeki politikalara yeni yeni başvurulsa da, bu konuda hatırı sayılır bir yol kat edildiğini belirtmek gerekir. Son yirmi yılda cinsiyet eşitliğini sağlama, kadının iş hayatındaki konumunu güçlendirme ve ailevi sorumlulukları ebeveynlere eşit düzeyde paylaşırma bakımından önemli sayılacak düzenlemeler kabul edilmiştir. Öncelikle analık izninin bir bölümü transfer edilebilir şekilde düzenlenerek, annenin ebeveyn sorumluluğunu baba ile paylaşmasına imkân tanınmıştır. Süt izni bakımından kişisel bir hak yaratılmış; bu iznin anne ve baba tarafından birlikte kullanılabilmesi sağlanmıştır. Konuya ilişkin en önemli gelişmeler, şüphesiz babalık iznine yönelik düzenlemelerle gerçekleşmiştir. Doğrudan erkek ebeveynleri hedef alan bu izne, hakkın tanındığı ilk yıldan itibaren geniş bir katılım söz konusu olmuştur. Bu sebeple ebeveyn sorumluluğu politikalarının babalık izni uyarınca yürütülmesine devam edilmiş; önümüzdeki iki yıl içinde bu iznin süre ve koşulları itibarıyla analık izni ile eşit düzeye getirilmesi hedeflenmiştir. Yapılacak düzenlemelerle, ebeveyn sorumluluğunun ilk basamağı bakımından kadın ve erkeğin eşit katılımına dayanan bir sistem inşa etmek amaçlanmaktadır.

İspanyol Hukuku bakımından eleştirilmesi gereken husus, erkek ebeveyn sorumluluğunun büyük ölçüde babalık izni uyarınca genişletilmeye çalışılmasıdır.

Her ne kadar yeni başlayan bir değişim sürecinden söz edilse de, en kısa zamanda erkek ebeveynlerin ebeveyn sorumluluğunun çocuk bakımı yönünden de ele alınması gerekmektedir. Örneğin üç yaşından küçük çocukların bakımının üstlenilmesine imkân veren ebeveyn izni, bugün halen büyük ölçüde kadınlar tarafından kullanılmaktadır. Bunun en önemli sebebi, ebeveyn izninin ücretsiz olarak düzenlenmesi ve izin süresince ebeveynin gelir kaybının karşılanmamasıdır. Yapılması gereken; gelir kaybının kısmen veya tamamen karşılandığı transfer edilemez anne ve baba kotalarıyla, iznin sadece kadınlar tarafından kullanılmasının önüne geçmektir. Benzer güncellemelerin ebeveynlik nedeniyle çalışma süresinin azaltılmasına yönelik de yapılması gerektiği şüphesizdir. Diğer bir söyleyişle, teşvik edici düzenlemeler getirmek suretiyle, özellikle ebeveyn izninin kullanımı ve kısmi süreli çalışmaya geçme konusunda erkeklerin aktif katılımı sağlanmalıdır. Belirtelim ki, 2019/1158 sayılı AB Direktifinde öngörülen, “her ebeveynine iki aylık kısmi transfer edilemez nitelikte olmak üzere dört aylık ücretli ebeveyn izninin tanınması” şeklindeki yükümlülüğün yerine getirilmesiyle birlikte, erkek ebeveynlerin bakım sorumluluğuna katılımı da artacaktır.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, Türkiye’de refah rejimi halen büyük ölçüde geleneksel aile modeline dayanmaktadır. Bu nedenle, İspanyol Hukukuna kıyasla, Türk Hukukunda ailevi sorumlulukların değişmesi bakımından daha yeni bir süreçten söz edilebilir. Erkeklerin çalışma hayatında ebeveyn olarak kabul edildiği ilk düzenlemeler, mazeret izinleriyle gerçekleşmiştir. Konuya ilişkin blok düzenlemeler ise 2016 tarihli Torba Kanunla getirilmiş; sınırlı bir alanda olmak üzere, erkek ebeveyn ebeveynliği nedeniyle çalışma hayatına kısmi veya tam süreli olarak ara verme imkânı getirilmiştir. Örneğin, evlat edinme veya annenin ölümü halinde babanın analık izninden yararlanabileceği düzenlenmiş; evlat edinme halinde, babaya kısmi veya tam zamanlı ebeveyn izni kullanma imkânı getirilmiştir. Ayrıca babaya, doğum veya evlat edinme hallerinde ebeveynlik nedeniyle çalışma süresini azaltma ve kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı tanınmıştır.

Erkek çalışanları çalışma hayatında ebeveyn olarak tanıyan bu düzenlemeler şüphesiz kıymetlidir ancak düzenlemelerin bu haliyle pratikte bir karşılığının olacağını söylemek güçtür. Türk Hukukunda öncelikli olarak yapılması gereken, aile ve iş hayatı uyumlaştırma politikalarında değişikliğe gidilmesi; sadece aileyi korumak yerine kadının çalışma ve özel yaşamını da gözeten politikaların benimsenmesidir. Bunun için, uluslararası alanda ve diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi, sürece erkek ebeveynlerin de dâhil edilmesi gerekmektedir.

Kanımızca politika değişikliklerine, analık izninin zorunluluk perdesini kırmak yoluyla başlamak mümkündür. Kadın ebeveynin bu izin süresinin ta-

mamını zorunlu olarak kullanmasına son verilmeli; isteği halinde iznin bir bölümünü eşine transfer edebilmesine izin verilmelidir. Diğer bir söyleyişle, erkek ebeveynin analık izninden yararlanması, evlat edinme ve annenin ölümü ile sınırlı kalmamalı; kadın ebeveyne analık izninin kullanımı bakımından kısmi bir serbesti sağlanmalıdır. Bunun yanı sıra, ilk aşamada yapılması gereken bir diğer düzenleme, doğrudan erkek ebeveynleri hedef alan babalık izninin kabul edilmesidir. Gelir kaybının sosyal sigorta kapsamında karşılandığı bir sistemin inşası ile, erkek ebeveyne anneye transfer edilemez nitelikte bir babalık izninin tanınmak önemli bir başlangıç olabilir. Öncelikle 2 veya 3 hafta süreyle düzenlenebilecek bu izinle, babanın ebeveyn sorumluluğuna ciddi anlamda katılımını sağlamak mümkündür.

Analık ve babalık izinlerinin yanı sıra, Türk Hukukundaki çocuk bakımı sorumluluğuna yönelik ebeveyn izinleri de düzenlenmelidir. Öncelikle yapılması gereken, 2016 değişikliği ile karmaşık hale getirilen ebeveyn izni ve kısmi süreli çalışmaya geçme uygulamalarının netleştirilmesidir. 2016 değişikliğiyle birlikte “kısmi zamanlı ücretsiz izin” adı altında esas itibariyle ücretli bir ebeveyn izni düzenlenmiştir.¹ Kanımızca mevcut ebeveyn izni düzenlemelerinde basitleştirmeye gidilmeli ve ebeveynlere kısmi zamanlı uygulamanın yanı sıra tam zamanlı ücretli bir ebeveyn izni de tanınmalıdır. Ücretsiz olarak düzenlenen ebeveyn izni için ise özel bir iş güvencesi sağlanmalıdır.

Tüm bu hususların bir anda yapılmasını ve erkeklerin ebeveyn sorumluluğunun paylaşımında hızlı bir biçimde aktif rol üstlenmesini beklemek şüphesiz gerçekçi değildir. Ancak analık ve babalık iznine yönelik düzenlemelerle bir an önce işe başlanmalı; sonrasında bakım sorumluluğuna yönelik ebeveyn izinleri ile yola devam edilmelidir. Diğer taraftan, erkek ebeveynlere ailevi sorumluluklarda kadınla eşit pay veren düzenlemelerin yapılması ile yetinilmemeli; bunun yanı sıra, getirilen düzenlemelere erkeklerin katılımını teşvik edecek araçlar da geliştirilmelidir. Esnek bir sistem inşa edilerek (izinleri periyotlar halinde kullanma gibi) erkek ebeveynlerin sürece uyumuna katkı sağlanmalıdır.

¹ Bu düzenlemenin ücretsiz izin olmadığı; her iki olanağın “ücretsiz izin” adı altında düzenlenmesinin yerinde olmadığı ve kavram karmaşasına yol açtığı yönünde bkz. Centel, 2016, a.g.e., s.13.

KAYNAKÇA

- “Paid Parental Leave, Including Mandatory Paternity Leave”, *Human Development Report 2015: Work for Human Development*, (Ed: S. Jahan), New York, United Nations Development Programme, 2015, s.123, http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf, E.T.: 24.08.2019.
- A. Earle/J. Heymann, *Paid Parental Leave and Family-Friendly Policies: An Evidence Brief*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-Parental-Leave-Family-Friendly-Policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.
- A. Escobedo/L. Flaquer/L. Navarro-Varas, The Social Politics of Fatherhood in Spain and France: A Comparative Analysis of Parental Leave and Shared Residence, *Ethnologie Française*, 2012, 1(42), ss.117-126.
- A. Güzel/A. R. Okur/N. Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.
- A. Haataja, *Fathers’ Use of Paternity and Parental Leave in the Nordic Countries*, Helsinki, The Social Insurance Institution of Finland, 2009, https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10250/8370/FathersLeaves_Nordic.pdf?sequence=1, E.T.: 20.08.2019.
- A. Martín Valverde/F. Rordíguez-Sañudo Gutiérrez/J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 27. Edición, Madrid, Tecnos, 2018.
- A. N. Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2017.
- C. Castro-Garcia/M. Pazos-Moran, Parental Leave Policy and Gender Equality in Europe, *Feminist Economics*, 2015, 22(3), ss.1-23.
- C. Sánchez Trigueros, Permiso Por Lactancia, *Un Decenio de Jurisprudencia Laboral sobre la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, (Ed: C. Sánchez Trigueros), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, ss.474-498.
- C. Tuncay/Ö. Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, İstanbul, Beta 2017.
- Ç. Ünlütürk Ulutaş, Türkiye’de İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması mı? Esnek Kadının İstihdamı mı?, *Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün mü?*, (Ed: N. Boztekin), İstanbul, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2013, ss.80-90.
- D. Chopra/M. Krishnan, *Linking Family-Friendly Policies to Women’s Economic Empowerment*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-Gender-Family-Friendly-Policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.
- E. Altintas/O. Sullivan, Trends in Fathers’ Contribution to Housework and Childcare under Different Welfare Policy Regimes. *Social Politics*, 2017, 24(1), ss.81-108.
- E. Drew, *Parental Leave in Council of Europe Member States*, Strazburg, Directorate General of Human Rights, 2005, <https://rm.coe.int/1680591662>, E.T.: 27.08.2019.

- E. Güven/U. Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Eskişehir, Nisan, 2017.
- Eurofound, *Promoting Uptake of Parental and Paternity Leave Among Fathers in the European Union*, Lüksemburg, Publications Office of the European Union, 2015, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_document/ef1508en.pdf, E.T.: 26.08.2019.
- European Commission, *Paternity and Parental Leave Policies Across the European Union*, Lüksemburg, Publications Office of the European Union, 2018, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a8464ad8-9abf-11e8-a408-01aa75ed71a1/language-en>, E.T.: 19.08.2019.
- European Parliamentary Research Service, *A New Directive on Work-life Balance*, 2019, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614708/EPRS_BRI\(2018\)614708_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614708/EPRS_BRI(2018)614708_EN.pdf), E.T.: 19.08.2019.
- European Pillar of Social Rights, (2017/C 428/09), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213(01)&from=EN), E.T.: 19.08.2019.
- F. J. Gómez Abelleira, *Handbook of Spanish Employment Law*, Madrid, Tecnos, 2012.
- G. Meil/P. Romero-Balsas/J. Rogero-García, Parental Leave in Spain: Use, Motivations and Implications, *Revista Española de Sociología*, 27 (3 Supl.), 2018, ss.27-43.
- G. Meil Landwerlin, Spanish Fathers Benefiting From Maternity Leave: Experience and Policy Demands, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 136, 2018, ss.17-37.
- G. Meil/I. Lapuerta/A. Escobedo, Spain Country Note, *14th International Review of Leave Policies and Research 2018*, (Ed: S. Blum vd.), 2018, ss.387-400. https://www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/country_notes/2018/FINAL.Spain2018.pdf, E.T.: 07.08.2019.
- G. Meil/P. Romero-Balsas/J. Rogero-García, Fathers on Leave Alone in Spain: “Hey I Want to be Able to do it Like That, Too”, *Comparative Perspectives on Work-Life Balance and Gender Equality*, (Ed: M. O’Brien ve K. Wall), İsviçre, Springer, 2017, ss.107-122.
- I. García-Perrote Escartín, *Manual de Derecho del Trabajo*, 8. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- ILO, *Maternity and Paternity at Work: Law and Practice Across the World*, Cenevre, International Labour Office, 2014, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf, E.T.: 21.08.2019.
- J. F. Blasco Lahoz/J. López Gandía, *Curso de Seguridad Social*, (10. Edición), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- J. L. Monereo Pérez/C. Molina Navarrete/R. Quesada Segura/J. A. Maldonado Molina, *Manual de Seguridad Social* (14. Edición), Madrid, Tecnos, 2018.

- J. Ladge/B. K. Humberd/J. McNett, The Other Half: Views of Fatherhood in the Organization, *Research Perspectives on Work and the Transition to Motherhood*, (Ed: C. Spitzmueller ve R. A. Matthews), İsviçre, Springer, 2016, ss.267-285.
- J. van Belle, *Paternity and Parental Leave Policies Across the European Union*, Cambridge, Rand Corporation, 2016. https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1600/RR1666/RAND_RR1666.pdf, E.T.: 26.08.2019.
- L. Escot/J. A. Fernandez-Cornejo/C. Poza, Fathers' Use of Childbirth Leave in Spain, The Effects of the 13-Day Paternity Leave, *Population Research and Policy Review*, 2014, 33(3), ss.419-453.
- M. A. Olea/F. Rodriguez-Sañudo/F. E. Guerrero, *Labour Law in Spain*, (3rd edition), Croydon, Wolters Kluwer, 2018.
- M. B. Fernández Collados, Permiso por Paternidad, *Un Decenio de Jurisprudencia Laboral sobre la Ley de Igualdad Entre Mujeres y Hombres*, (Ed: C. Sánchez Trigueros), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, ss.499-519.
- M. Karu/D. G. Tremblay, Fathers on Parental Leave: An Analysis of Rights and Take-Up in 29 Countries, *Community, Work & Family*, 2017, 21(3), ss.344-362.
- N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı. İstanbul, Beta, 2018.
- N. Süral, Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 15 (Özel Sayı), ss.279-309.
- Nordic Council of Ministers, *Shared and Paid Parental Leave: The Nordic Gender Effect at Work*, 2018, <http://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1240186/FULLTEXT01.pdf>, E.T.: 20.08.2019.
- OECD Family Database, *PF2.1.: Parental Leave Systems*, 2019, https://www.oecd.org/els/soc/PF2_1_Parental_leave_systems.pdf, E.T.: 19.08.2019.
- OECD Family Database, *PF2.2.: Parents' Use of Childbirth-Related Leave*, 2019, <http://www.oecd.org/els/family/PF2-2-Use-childbirth-leave.pdf>, E.T.: 19.08.2019.
- OECD Family Database, *PF2.5.: Trends in Parental Leave Policies Since 1970*, 2017, http://www.oecd.org/els/family/PF2_5_Trends_in_leave_entitlements_around_childbirth.pdf, E.T.: 19.08.2019.
- OECD Policy Brief, *Parental Leave: Where are the Fathers?*, 2016, <https://www.oecd.org/policy-briefs/parental-leave-where-are-the-fathers.pdf>, E.T.: 19.08.2019.
- OECD, *Background Brief on Fathers' Leave and Its Use*, 2016, <https://www.oecd.org/els/family/Backgrounder-fathers-use-of-leave.pdf>, E.T.: 19.08.2019.
- P. Moss, Parental Leave and Beyond: Some Reflections on 30 Years of International Networking, *Revista Española de Sociología*, 27 (3 Supl.), 2018, s.15-25.

- P. Romero-Balsas, Consequences Paternity Leave on Allocation of Childcare and Domestic Tasks, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 149, 2015, ss.87-108.
- R. J. Petts/C. Knoester, Paternity Leave and Parental Relationships: Variations by Gender and Mothers' Work Statuses. *Journal of Marriage and Family*, 81(2), 2019, ss.468-486.
- S. Belope-Nguema/J. A. Fernández-Cornejo/L. Escot/E. del Pozo-García Why Spanish Fathers do not Request the Reconciliation Measures Available in Their Companies?, *Social Politics*, 2018, 25(2), ss.201-228.
- S. Blum/A. Koslowski/A. Macht/P. Moss, *14th International Review of Leave Policies and Research 2018*, https://www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/annual_reviews/Leave_Review_2018.pdf, E.T.: 10.08.2019.
- S. Jayasekaran/I. Kämpfer/C. Kip/B. Knaak, *Business and Family-Friendly Policies: An Evidence Brief*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-Business-Family-Friendly-Policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.
- S. Sözek, *İş Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2017.
- T. Centel, 6663 Sayılı Yasayla İş Kanununa Getirilen Değişiklikler - Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi, *Sicil*, 2016, S.35, ss.9-16.
- U. Aydın/S. Demirkaya, Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları, *İş ve Hayat*, 2017, 3(6), ss.72-104.
- UNICEF, *Family-Friendly Policies: Redesigning the Workplace of the Future*, New York, UNICEF, 2019, <https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-07/UNICEF-policy-brief-family-friendly-policies-2019.pdf>, E.T.: 24.08.2019.
- https://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/pfa_e_final_web.pdf, E.T.: 31.08.2019.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>, E.T.: 31.08.2019.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0034&from=EN>, E.T.: 19.08.2019.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0018&from=EN>, E.T.: 19.08.2019.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158&from=EN>, E.T.: 19.08.2019.
- <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf>, E.T.: 31.08.2019.
- <http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>, E.T.: 30.08.2019.
- https://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/genderequalitypolicy_september2011.pdf, E.T.: 24.08.2019.

Kalıcı Çözüm Türü Olarak Gönüllü Geri Dönüş ve Geçici Koruma Kapsamında Yer Alanlar Bakımından Türk Hukukundaki Düzenlenme Şekli^(*)

Voluntary Repatriation as a Durable Solution and Its Regulation Type of Turkish Law in Terms of Temporary Protection

Arş. Gör. Cansu KAYA^(**)

Öz

Uluslararası hukukta mültecilerin sürekli olarak statüsünün devam etmesi istenen bir durum olmamıştır. Bu sebeple, BMMYK Tüzüğünde uluslararası korumanın kalıcı çözüm türlerinden birisi ile sona ermesi gerektiği belirtilmiştir. Klasik anlamda kabul edilmiş kalıcı çözüm türleri gönüllü geri dönüş, yeniden yerleştirme ve yerel entegrasyondur. Bu üç çözüm türünün uygulanması bakımından devletleri bağlayıcı herhangi bir metin olmadığı gibi aralarında hiyerarşik bir sıralama da yoktur. İlgili kişi ve dönemin şartlarına en uygun olan çözümün uygulanması esastır.

Gönüllü geri dönüş, menşe devleti terk etmeye sebep olan şartların sona ermesinin ardından kişilerin kendi istekleriyle geri dönmesidir. Tarihte çokça uygulaması olan geri dönüşün, tam anlamıyla kalıcı ve çözüm olarak nitelendirilebilmesi için belli şartların gerçekleşmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Öte yandan geri dönme sürecinde ev sahibi devletin geri gönderme yasağını ihlal etmeme yükümlülüğü de devam etmektedir. Bu çalışmada, geçici koruma uygulaması bakımından gönüllü geri dönüş çözümünün nasıl olabileceğine dair doktrindeki görüşler, uluslararası düzenlemeler ve tarihteki uygulamalar anlatıldıktan sonra, konunun Türk hukukunda nasıl düzenlendiği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kalıcı Çözüm Türleri, Gönüllü Geri Dönüş, Geri Gönderme Yasağı, Geçici Koruma, Yabancılar Hukuku.

Abstract

In international law, there has not been a case where the status of refugees should be maintained continuously. For this reason, UNHCR Charter states that international protection should end with one of the durable solutions. The conventionally accepted types of durable solutions are voluntary repatriation, resettlement and local integration. There is no text binding on states in terms of the implementation of these three types of solutions. There is no hierarchical sort between these types of solutions. It is essential to apply the most appropriate solution to the person and conditions of the period.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 04.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 21.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 08.10.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: cansu_k@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5997-9597>.



Voluntary repatriation of these types of solutions is the voluntary repatriation of persons upon the expiry of the circumstances leading to the abandonment of the state of origin. In the doctrine, it is argued that certain conditions must be fulfilled in order to qualify the return, which has many applications in history, as permanent and solution. On the other hand, in the process of return, the host state still has to comply with the principle of non-refoulement. In this study, after discussing the views in the doctrine, international regulations and historical practices in terms of how voluntary repatriation can be done in terms of temporary protection practice, how the issue is organized in Turkish law is examined.

Keywords

Durable Solutions, Voluntary Repatriation, Non Refoulement, Temporary Protection, Law on Foreigners.

GİRİŞ

Kişinin sınırları içinde yaşadığı devleti terk edip, başka bir devlete sığınması tarih boyunca yaşanmıştır. Geçmişten günümüze bu durum çeşitli sebeplerle meydana gelmektedir. İç karışıklıklar, savaşlar ve hatta iklim şartları sebebiyle insanlar yaşadıkları yerleri, evlerini terk edip başka topraklara gitmek zorunda kalmaktadırlar. Zor durumda kalıp, hayatta kalma mücadelesi veren bu kişilere diğer devletler kimi zaman kendi istekleri, kimi zaman da devletlerarası antlaşmaların zorunlu kılması sebebiyle kapılarını açmaktadırlar. Tüm bu aşamaların sonunda, ulaşılmak istenen amaç, evini terk etmek zorunda kalan insanların onurlarını zedelemeyecek şekilde insanca yaşamalarını sağlamaktır. Tarihsel süreçte, zaman içinde benimsenen bu amacı tek bir devletin yüklenemeyeceği kabul edilmiş ve uluslararası alanda bu amacın sağlanmasına yönelik çalışmalar yapılmıştır. Başlangıçta, ülkesinden kaçan kişilere olay odaklı yaklaşım geçici olarak yaşamlarını sürdürebilecekleri alan sunmayı amaçlayan bu çalışmalar, zamanla daha kapsamlı hal almaya başlamıştır. Bu doğrultuda, milletlerarası antlaşmalar imzalanmış ve yalnızca bu kişilerin geçici olarak yaşamlarını sürdürmelerinden ziyade, uzun vadede kendilerine kalıcı bir çözüm sunmak amaçlanmıştır. Çünkü kişinin uzun süren sürgün hali hem kendisi hem de içinde bulunduğu devlet için belirsizliğe ve güvencesizliğe, dolayısıyla her iki taraf için de sorunlara yol açmaktadır. Bunun bir an önce sona ermesi için üç kalıcı çözüm (*durable solutions*) türü kabul edilmiştir. Bunlar gönüllü geri dönüş (*voluntary repatriation*), yeniden yerleştirme (*resettlement*) ve yerel entegrasyondur (*local integration*).

Bu çalışmanın amacı, üç kalıcı çözüm türünden birisi olan gönüllü geri dönüşün, Türk hukukunda nasıl düzenlendiğini ve uygulanma şartlarını anlamaya çalışmaktır. Konuyu en temel düzenleyen kaynak olarak 2014 tarihinde yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda (YUKK)¹ yer alan düzen-

¹ RG, T.11.03.2013, S.28615.

lemeleri anlamak adına öncelikle uluslararası alanda gönüllü geri dönüş çözümünün nasıl düzenlendiği anlatılacak, yabancı doktrinde bu çözümün uygulanma şartlarına dair görüşlerden bahsedilecek ve tarihte bu çözümün uygulanması ve sonuçları aktarılacaktır. Sonrasında da Türk hukukunda gönüllü geri dönüş çözümünün nasıl düzenlendiği ve uygulanma şartları karşılaştırmalı hukuk ve doktrinde yer alan görüşler ışığında incelenecektir. Ancak konunun çok detaylı olması ve bir makaleden daha geniş kapsamlı incelenmesi gerektiği için bu çözüm türü ancak geçici koruma kapsamında yer alan kişiler bakımından incelenecektir. Çalışma bu amaçla ilerlerken karşılaşılan en önemli sorunsu, özellikle milletlerarası antlaşmaların ve doktrinin çalışma konularının çoğunlukla mülteci statüsüne sahip kişiler için yapılmış olmasıdır. Bu sebeple giriş kısmında, mülteci hukukunda en önemli belge olan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşmesi'nde² (1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi) yer alan düzenlemelerin ve doktrinde yapılan açıklamaların geçici koruma statüsü sahipleri için de yapılıp yapılamayacağına açığa kavuşturulması gerekmektedir. Her ne kadar geçici koruma ile ilgili "Yurdundan Ayrılmaya Zorlanmış Kimselerin Kitleli Sığınma Durumunda Geçici Koruma Sağlamak İçin Asgari Standartlar Hakkında ve Üye Devletler Arasında Bu Tür İnsanları Ülkeye Kabul Etmesi ve Sonrasında Bunun Sonuçlarına Katlanması Çabalarında Denge Sağlayacak Önlemler Hakkında 2001/55 sayılı AB Konsey Yönergesi"³ (AB Geçici Koruma Yönergesi) ve Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından Geçici Koruma Rehberi⁴ yayımlanmış olsa da söz konusu belgeler bağlayıcılık arz etmemektedir. Elbette AB Geçici Koruma Yönergesi, Türk hukukunda geçici koruma statüsü kapsamında yer alan kişilere ilişkin yapılan düzenlemelerde etkili olmuştur. 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi ise alanda hâlâ etkililiğini korumaktadır. Konu doktrinde de tartışılmıştır.⁵ Öncelikle, herkese tanınan hak ve özgürlükler geçici koruma statüsü sahiplerine de tanınacaktır.⁶ Doktrindeki görüşe göre, tıpkı sığınmacılar gibi geçici koruma statüsü sahipleri de, 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi'nde yer alan mülteci tanımını sağlasın veya sağlamasın, Sözleşme'de yer alan bazı haklardan ya-

² RG, T.05.09.1961, S.10898.

³ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, OJ L.212/12, 07.08.2001. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF>, E.T.: 29.07.2019.

⁴ UNHCR (2014). Guidelines on Temporary Protection and Stay Arrangements. <https://www.unhcr.org/protection/expert/5304b71c9/guidelines-temporary-protection-stay-arrangements.html>, E.T.: 29.07.2019.

⁵ Neva Övünç Öztürk, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.66, S.1, ss.201-263.

⁶ Öztürk, a.g.m., s.234.

rarlanabilecektir.⁷ BMMYK da belli haklar konusunda benzer kararlar almıştır. Çalışmada karşılaştırmalı hukuk anlatılırken bu hususa ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Öte yandan bu husus, Türk hukuku bakımından YUKK'ta ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nde⁸ (GKY) açıklığa kavuşturulmuştur. YUKK'ta uluslararası korumanın tanımı yapılırken geçici koruma kapsamında yer alan kişiler sayılmamış ve konunun detayları GKY'de düzenlenmiştir. Bu durumda, Türk hukukunda kural olarak uluslararası koruma kapsamında yer alanlar için yapılan düzenlemeler, geçici koruma kapsamında yer alanlar için uygulanmazken, yabancılar için getirilen düzenlemeler geçici koruma kapsamında yer alanlar için uygulanabilecektir.⁹

Gönüllü geri dönüş çözüm türünün geçici koruma kapsamında yer alan kişiler bakımından incelenmesi oldukça güncel ve tartışılması gereken konulardandır. Çok yönlü ve bir yanıyla da planlandığı dönemin konjonktürüne bağlı olan bu konunun yalnızca hukuki boyutu sınırlı olarak ele alınmaya çalışılacaktır. Konunun hukuki boyutu ele alınırken, statüye bakılmaksızın herkese tanınan insan haklarının yer aldığı düzenlemelere de konuyla ilgili olduğu müddetçe yer verilecektir.

1. KALICI BİR ÇÖZÜM TÜRÜ OLARAK GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ

A. Genel Olarak Kalıcı Çözüm Türleri

Tarih boyunca devletlerin yaptıkları savaşlar sırasında ve sonucunda çok sayıda sivil hayatta kalabilmek için ülkelerini terk etmek zorunda kalmıştır. Bu dönemlerde ülkelerini terk eden kişiler başka devletlerin inisiyatifleri dâhilinde kabul edilmişlerdir. Bir başka devlet tarafından bu kişilere sağlanan koruma, genelde o dönemki sıkıntıları gidermeye yönelik ve bir standardı olmayan uygulamalar olmuştur. Ancak özellikle Yirminci Yüzyılda yaşanan iki büyük savaş sonrasında Avrupa'daki kitlesel ve dağınık göçler, geçici çözümler yerine standardı ve belli oranda bağlayıcılığı olan düzenlemelerin yapılmasını sağlamıştır. Milletler Cemiyeti 1921 senesinde Rus Mülteciler İçin Yüksek Komiserlik Ofisini Dr. Fridtjof Nansen Komiserliğinde kurduktan sonra mültecilerin hukuki statüsünün belirlenmesi ve ev sahibi ülkelerde istihdam edilmeleri veya ülkelere geri dönüşlerinin düzenlenmesi konusunda çalışmalar yapmıştır.¹⁰ İkinci

⁷ James C. Hathaway/R. Alexander Neve, "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized Solution-Oriented Protection", *Harvard Human Rights Journal*, 1997, vol.10, s.158'den aktaran Öztürk, *a.g.m.*, s.234.

⁸ RG, T.22.10.2014, S.29153.

⁹ Öztürk, *a.g.m.*, s.242.

¹⁰ Elif Uzun, "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK'nın Yapısı", *Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri*, *Göç Araştırmaları Dergisi*, 2016, C.2, S.2, ss.60-85, s.63.

Dünya Savaşı sona erene dek çeşitli organizasyonlar tarafından mülteci sorununa dönemseller çözümler aranmışsa da¹¹ asıl sorunun sistematik bir şekilde ele alınması Birleşmiş Milletler (BM) öncülüğünde gerçekleşmiştir. 1950 yılında BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, uluslararası korumayı sağlamak ve mülteci sorunlarına kalıcı çözüm bulmak adına BMMYK'yı kurmuştur.

1950 yılında BMMYK kurulduğunda, Tüzüğünün ilk maddesinde kalıcı çözümler düzenlenmiştir.¹² Tüzükte yer alan ifade şu şekildedir:

“... Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri, Birleşmiş Milletler'in nezareti altında, bu Tüzüğün kapsamı içine giren mültecilere uluslararası koruma sağlamak ve bu tür mültecilerin gönüllü olarak geri dönüşlerini ya da onların yeni ülkelerinin toplumları ile kaynaşmalarını hızlandırmaları için Hükümetlere ve ilgili hükümetlerin onay vermesi koşuluyla özel kuruluşlara yardım ederek mültecilerin sorunlarına kalıcı çözümler aramak görevini üstlenecektir.”

Tüzükte yer alan ifadeden anlaşıldığı üzere, kalıcı çözümün sağlanmasında BMMYK'nın görevi iki aşamalıdır. Birinci aşamada mülteciye yoksun kaldığı uluslararası korumanın sağlanması ilk amaçtır. İkinci aşamada ise, mülteciye uluslararası koruma sağlayan devlete yapılacak yardım ile mültecilerin kalıcı çözüme ulaşmaları gaye edinilmektedir.¹³ BMMYK, kendisine koruma sağlanan mültecinin uzun vadede, şartları uygun düştüğü ölçüde, ya menşe ülkesine dönmelerini sağlayacak, ya sığındıkları ülkeye entegre olmasını teşvik edecek ya da üçüncü bir devlete yerleştirilmesi için yardımcı olacaktır.

Bireyin yoksun kaldığı ulusal korumanın ikamesi olarak kabul edilen uluslararası koruma, ancak mültecinin kalıcı çözüme ulaşması ile sona erecektir.¹⁴ Mültecilerin yerinden edilme döngüsüne son vererek olağan şartlardaki yaşamlarına devam edebilmelerini sağlayacak çözüm yolları kalıcı çözüm (*durable solution*) yolları olarak adlandırılmaktadır.¹⁵ Geleneksel olarak benimsenmiş üç

¹¹ Devletlerin uluslararası işbirlikleri sonucu veya uluslararası organizasyonlar tarafından çalışma örnekleri için bkz.: Peter Gatrell, *The Making of the Modern Refugee*, Birleşik Krallık, Oxford Yayınevi, 2013, s.90-108; Uzun, *a.g.m.*, ss.60-85.

¹² BM Genel Kurulu (1950). BMMYK Tüzüğü A/RES/428(V). <https://www.unhcr.org/4d944e589.pdf>, E.T.: 04.08.2019.

¹³ Office of the UNHCR, *An Introduction to International Protection Protecting Persons of Concern to UNHCR Self-Study Module 1*, Cenevre, UNHCR, 2005a, s.7. <https://www.unhcr.org/publications/legal/3ae6bd5a0/self-study-module-1-introduction-international-protection-protecting-persons.html>, E.T.: 04.08.2019.

¹⁴ Ann Vibeke Egli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, s.16.

¹⁵ UNHCR (2005), *a.g.e.*, s.137.

kalıcı çözüm türü gönüllü geri dönüş (*voluntary repatriation*), yeniden yerleştirme (*resettlement*) ve yerel entegrasyondur (*local integration*).¹⁶

Her üç çözüm türünü kısaca tarif etmek gerekirse; gönüllü geri dönüş, mültecinin menşe ülkesine kendi isteğiyle geri dönmesidir. Yeniden yerleştirme, menşe devletine geri dönemeyen ancak ev sahibi ülkede de kendisine yeterli koruma sağlanamayan kişinin, kendisine koruma sağlamaya istekli bir başka devlete yerleştirilmesidir. Yerel entegrasyon çözüm türü ise bir süreçtir. Menşe devletine dönemeyen ve başka ülkeye de yerleşmeyen kişinin, ev sahibi ülkede kendine temel haklar sağlanarak kendi yaşamını idame ettirmesi amaçlanır ve devamında mülteci o ülkede yaşamını sürdürür.¹⁷

BMMYK Yürütme Komitesi 2005'te çözüm yollarının birbiri ile olan ilişkisini şu şekilde açıklamıştır:¹⁸

“... gönüllü geri gönderme, yerel entegrasyon ve yeniden yerleştirme geleneksel kalıcı çözümlerdir ve bunların hepsi geçerliliğini ve önemli etkilerini korumaktadır. Bunlar arasından gönüllü geri dönüş, çoğunlukla hâlâ en çok tercih edilen çözüm olarak kabul edilir. Kalıcı çözüm türleri içinden, her mültecinin durumunun özel şartları dikkate alınarak kendisi için en uygunu seçildiğinde kalıcı çözümler başarılabilir.”¹⁹

Devletleri kalıcı çözüm türlerinden birisini uygulamaya zorunlu kılan herhangi bir antlaşma olmadığı gibi, bu çözümlerin arasında birbirine göre uygulanması öncelik arz eden durum da yoktur. Ülkesini terk etmek zorunda kalan kişinin, terkine sebep olan koşulların ortadan kalkması ve ilgilinin evine dönmesi, çoğu zaman akla ilk gelen ve devletlerce de en çok istenen çözüm olabilmektedir. Ancak kalıcı çözüm türünün uygulanmasında ilgili kişinin o anki

¹⁶ Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.33-34; Barry N. Stein, “Durable Solutions for Developing Country Refugees”, *International Migration Review Special Issue. Refugees: Issues and Directions*, 1986, C.20, S.2, ss.264-282, s.268. Kalıcı çözüm türlerinin dördü tasnifi için bkz.: James C. Hathaway, *The Refugees Under International Law*, New York, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2005, s.917 ve s.953-963; Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s.387-395.

¹⁷ Cansu Kaya, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon*, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, 2017, s.170.

¹⁸ Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Baskı, New York, Oxford Yayınevi, 2007, s.491; Alexandra Fielden, *New Issues in Refugee Research, Local Integration: An Under-Reporter Solution to Protracted Refugee Situations*, Cenevre, BMMYK Yayınları, 2008, s.2.

¹⁹ UNHCR, *Executive Committee Conclusion No.104 on Local Integration, Report of the 56th Session, A/AC.96/1021, 2005b*. Karara şuradan ulaşılabilir: <https://www.unhcr.org/excom/exconcl/4357a91b2/conclusion-local-integration.html>, E.T.: 31.07.2019.

şartları göz önüne alınır. Ülkesinden ayrılmak zorunda kalan kişinin ülkesinden ayrılma sebepleri hâlâ varlığını koruyorsa ülkesine dönemez. Başka bir ihtimalde de ülkesine dönemeyen ve ev sahibi ülkede de uzun yıllar yaşayan kişi artık o toplumun bir parçası olmuştur. Böyle bir durumda entegrasyon ile kalıcı çözüm sağlanabilir. Başka bir ihtimalde ise kişi ne ülkesine dönebilmekte ne de sığındığı ülkede kendisine yeterli koruma sağlanmaktadır ve başka bir devlet kendisini ülkesine almaya isteklidir. Bu durumda da yeniden yerleştirme sözü konusu olabilir. İşte tüm bu ihtimallerin hangisi, ilgili kişinin şartlarına en uygun olursa o çözümün uygulanması gerekir. Çünkü kalıcı çözümün amacı, kişinin sürgün haline bir son vermektir. Mesela 1947 yılında kurulan Uluslararası Mülteci Organizasyonu'nun temel amacı, mültecileri ve yerinden edilmiş insanları korumak ve onların yeniden başka bir ülkeye yerleştirilmesi için planlar yapmak olmuştur.²⁰ 1949 yılının ardından Soğuk Savaş dönemi etkilerini göstermeye başlayınca, ülkelerine dönmek istemeyen yerinden edilmiş kişiler, kendilerini isteyen ABD ve Orta Avrupa devletlerine yeniden yerleştirilmişlerdir.²¹

Bazı dönemlerde ise bu çözüm türlerinden birden fazlası birlikte uygulanmıştır. 1970'li yıllarda Avrupa'daki mültecilerin bir kısmı ülkelerine dönerken, bir kısmı da ev sahibi devletin toplumuna entegre olmuş ve orada yaşamını sürdürmüştür.²²

1980'li yıllarda ise daha öncesinde yaşanan ev sahibi ve sığınmacı toplum arasındaki olumlu hava bozulduğu için, bu dönemde yeniden yerleştirme ve entegrasyon çözüm türlerinin uygulanması sekteye uğramıştır. BMMYK, geri dönüşün tek insanî çözüm olduğu inancıyla sadece menşe ülkeye gönüllü geri dönüşü odaklanmıştır.²³

Yukarıda verilen örnekler de göstermektedir ki her bir çözüm türü birbirinden farklı ve önemlidir. Her somut olayda ve dönemde, koşullar ayrı ayrı değerlendirilerek hangisinin uygun olduğu belirlenmelidir. Ve elbette kalıcı çözümlerin başarılı bir şekilde hayata geçirilmesi, ancak devletlerin siyasi istek ve eylemleri ile olabilecektir.²⁴

²⁰ Gatrell, *a.g.e.*, s.90-91; Uzun, *a.g.m.*, s.65-66.

²¹ Gatrell, *a.g.e.*, s.97.

²² Stein, *a.g.m.*, s.265.

²³ Gil Loescher, *UNCHR at Fifty: Refugee Protection and World Politics*, New York, Routledge Yayınevi, 2003, s.9-10.

²⁴ Stein, *a.g.m.*, s.267.

B. Gönüllü Geri Dönüş Çözüm Türünün Uluslararası Hukukta Düzenlenişi

Ülkesini terk etmek zorunda kalan kişiler için uzun vadede devletler tarafından en fazla desteklenen çözüm türünün gönüllü geri dönüş olduğu kabul edilir.²⁵ Gönüllü geri dönüşten beklenen, bir kurumun veya devletin üstlendiği görevin yerine getirilmesinden ziyade, insan haklarını ve onurunu da gözeten bir geri dönüşün gerçekleşmesidir.²⁶

Elbette kişilerin ülkelerine geri dönmeleri söz konusu olduğunda her zaman geri gönderme yasağı²⁷ akılda bulundurulmalıdır. İlke, aynı zamanda uluslararası teamül hukuku kuralı olarak da kabul edilmektedir.²⁸ İlkenin teamül kuralı olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bu ilkenin yer aldığı herhangi bir sözleşmeye taraf olmayan devlet dahi, ilkeye baştan itibaren itiraz etmediği müddetçe uygun davranmak durumunda kalacaktır. Dolayısıyla, herhangi bir devlet, geri gönderme yasağının düzenlendiği herhangi bir antlaşmaya taraf olsun veya olmasın, hiç kimseyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehlike altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir. Geri gönderme yasağının, özellikle işkence yasağı gibi mutlak bir hakkın ihlâline sebebiyet vereceği durumlarda istisna tanınmaksızın herkes bakımından uygulanması gerekmektedir.²⁹ Bu noktada gönüllü geri dönüş çözümü uygulanmak istenirken, *Goodwin - Gill* ve *McAdam*, devletlerin alacağı inisiyatifin teşvik mi; yoksa kolaylaştırma mı olduğuna dikkat edilmesi gerektiğini söylemektedir.³⁰ Gönüllü geri dönüşün devlet tarafından kolaylaştırılmasında, hali hazırda menşe ülkesine dönmek isteyen kişi vardır ve ev sahibi

²⁵ Anneke Smit, *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons*, Birleşik Krallık, Routledge Yayınevi, 2012, s.2.

²⁶ Goodwin-Gill/McAdam, *a.g.e.*, s.493.

²⁷ Geri gönderme yasağı için bkz.: Elif Uzun, "Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2012, C.8, S.30, ss.25-58; Gökhan Taneri, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012. Sığınmacı ve mültecilerin sınırdışı edilmeleri ile ilgili olarak bkz.: Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C.82, S.6, ss.2801-2838; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S.108, ss.211-258.

²⁸ UNHCR (2005a), s.28; Uzun, *a.g.m.*, s.25-58; Aslı Bayata Canyaş, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AIHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.5, S.1, ss.73-90, s.78; Yücel Acer/İbrahim Kaya/Mahir Gümüş, *Türkiye'nin İltica Stratejisi*, Ankara, USAK Yayınları, 2010, s.34.

²⁹ Öztürk, *a.g.m.*, s.221.

³⁰ Goodwin-Gill/McAdam, *a.g.e.*, s.494.

devlet, dönüş eylemini kolaylaştırıcı rol oynamaktadır. Gönüllü geri dönüşün teşvikinde ise, geri gönderme yasağının ihlali riskini barındırdığı için ev sahibi devlet tarafından daha temkinli olunmalı ve kişiye herhangi bir dayatmada bulunulmamalıdır.³¹

Goodwin - Gill ve McAdam'a göre gönüllü geri dönüşün geleneksel ve insan hakları boyutu vardır. Bu çözüm türünün geleneksel olması, BMMYK Tüzüğünde düzenlenmiş olmasından gelmektedir.³² Kişinin kendi ülkesine dönme hakkının insan hakları bağlamında ele alınması ise gönüllü geri dönüş çözüm türünün insan hakları boyutunu oluşturmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin³³ 9 ve 13. maddeleri konu ile ilgilidir. Beyanname'nin 9. maddesine göre, "*Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonulanamaz veya sürülemez.*" ve 13. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, "*Herkes, kendi memleketi de dahil olduğu halde, herhangi bir memleketi terketmek ve memleketine dönmek hakkını haizdir.*" Yine Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin³⁴ 5. maddesinin d bendinin ikinci cümlesinde taraf devletler, kişilerin "... *Kendi ülkesi dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmek ve kendi ülkesine geri dönmek hakkını...*" kullanırken hukuk önünde eşitlik haklarını güvence altına almayı taahhüt etmektedir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin³⁵ 12. maddesinin 4. fıkrasına göre, "*Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.*"

BMMYK Tüzüğünde de, devletlere gönüllü geri dönüşü kolaylaştırmaları için çağrı yapılmaktadır. Gönüllü geri dönüş, gerekli ve yeterli şartların sağlanması durumunda, mültecilik hâlini ve statüsünü sona erdirdiğinden önemlidir.³⁶

Kalıcı çözüm türleri 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir. Öncelikle birinci maddenin A bendinde mülteci tanımı yapıldıktan sonra, C bendinde Sözleşme'nin uygulanmasının sona ereceği haller düzenlenmiştir. C bendinin 4. cümlesine göre, "*Kendi arzusu ile terk ettiği veya zulüm korkusu ile dışında bulunduğu ülkeye kendi arzusu ile, tekrar yerleşmek üzere dönmüşse*" bu kişiye artık Sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. *Hathaway* burada yer alan düzenlemeyi "gönüllü yeniden yerleşim" (*voluntary reestablishment*) olarak adlandırmaktadır ve mülteci statüsünün sona ermesi kalıcı çözüm türlerin-

³¹ Goodwin-Gill/McAdam, a.g.e., s.495.

³² Goodwin-Gill/McAdam, a.g.e., s.492.

³³ RG, T.27.05.1949, S.7217.

³⁴ RG, T.09.04.2002, S.24721.

³⁵ RG, T.21.07.2003, S.25175.

³⁶ Geri dönme sürecinin "gönüllülüğü"ne dair eleştiri için bkz.: *Hathaway, a.g.e., s.917.*

den birisi olan gönüllü geri dönüşün gerçekleşmesi ile olmamaktadır.³⁷ Bu şekilde bir geri dönüşte, mülteci statüsüne sahip olan kişi, mülteci olmasına sebep olan koşullar sona ermemiş olmasına rağmen ülkesine dönmektedir. Ancak her ne kadar menşe devlette mülteci olmasına sebep olan şartlar devam etse de, Sözleşme’de yer alan “menşe ülke dışında olma” şartını sağlamadığı için Sözleşme kendisine uygulanmamaktadır. Elbette bu şekilde bir yorumun yapılabilmesi için sığınılan devletin geri gönderme yasağına uygun davranıyor olması ve ilgili kişinin menşe devletine kendi isteği ile dönmüş olması gerekir.³⁸

1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi’nin C bendinin 5. ve 6. cümlesine göre: “Mülteci tanınmasını sağlayan koşullar ortadan kalktığı için vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanmaktan sakınmaya artık devam edemezse”; “(6) Tabiiyetsiz olup da, mülteci tanınmasına yol açan koşullar ortadan kalktığı için, normal ikametgahının bulunduğu ülkeye dönebilecek durumda ise” Sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. Çünkü kişiyi mülteci yapan şartlar sona ermiştir. Bu durum gerçekleştiğinde, ev sahibi devlet, mülteci şartları sona ermiş kişinin, geri gönderme yasağına aykırı olmayacak şekilde, topraklarından ayrılmasını isteyebilir.³⁹

1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi’nin 1. maddesinin C bendinin 5. ve 6. cümlelerinde gönüllü geri dönüş için üç şart sayılmıştır. Bunlardan ilki, menşe ülkedeki değişikliklerin köklü olmasıdır. *Stein*’e göre, basit olaylar tarihsel göçlere sebep olamayacağı gibi, evlerini terk etmek zorunda kalan insanlar da önemli değişiklikler olmadan ülkelerine dönebilirler. Menşe ülkede yönetimin değişmiş olması, yeni anayasalar, demokratik seçimlerin yapılması, af ilanı, baskıcı hukuk kurallarının kaldırılması gibi değişiklikler, kişinin menşe ülkesine dönmesi halinde yaşamının kolayca tehdit altına alınamayacağını gösteren önemli değişikliklere örnektir.⁴⁰ Bir başka şart, değişikliklerin sürekli olmasıdır.⁴¹ Üçüncü olarak, kişinin menşe ülkesinde yalnızca zulme uğrayacağı konusunda haklı korkunun ortadan kalkması değil, aynı zamanda kişiye sağlanacak ulusal korumanın da yenilenmiş olması gerekir.⁴² Menşe ülkede beslenme, eğitim, çalışma, güvenlik, aile birleşimi ve barınma gibi temel hakların sağlanacak olması da yerinden edilmenin sona ermesinin anahtarı olarak görülmektedir.⁴³

³⁷ Maddenin detaylı analizi için bkz.: Hathaway, a.g.e., s.953-963.

³⁸ Hathaway, a.g.e., s.953.

³⁹ Hathaway, a.g.e., s.919 - 922.

⁴⁰ Stein, a.g.m., s.269; benzer açıklamalar için bkz.: Hathaway, a.g.e., s.923.

⁴¹ Hathaway, a.g.e., s.924; Özkan, a.g.e., s.388.

⁴² Hathaway, a.g.e., s.922; Özkan, a.g.e., s.388.

⁴³ Smit, a.g.e., s.9.

Geçmiş pratikler bu şartların gerçekleşmesinin, dönüşün kalıcı bir çözüm olmasında ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Menşe ülkede köklü değişiklikler sağlanmadan yapılan bir geri dönüşün nasıl onarılamaz sonuçlara yol açabileceğine ilişkin örnek olarak Tanzanya'da yaşayan Ruandalı mültecilerin geri dönüşü gösterilebilir. Tanzanya hükümeti 1996 yılında, tüm Ruandalı mültecilerin 31 Aralık'a kadar ülkelerine döneceklerini duyurmuştur.⁴⁴ Bu dönemde 500 binden fazla mülteci evlerine dönmüştür. Ancak bu durumda 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi'nin birinci maddesinin C bendinin 5. cümlesindeki hüküm tam olarak karşılanamamıştır. Ülkelerine geri dönen Ruandalı mültecilerin bir kısmının gözaltında kaybolduğu veya yaşamına son verildiği kayıtlara geçmiştir. Tekrar 2002 yılında BMMYK, Ruanda ve Tanzanya hükümetlerinden teminat aldıklarını, Ruanda'daki güvenliğin sağlandığını ve Tanzanya'da yaşayan 20 bin Ruandalı'nın gönüllü dönüşünün kabul edildiğini ilan etmiştir.⁴⁵ Bu sebeple, geri dönüş mutlaka menşe devletteki köklü değişiklikler, bu değişikliklerin süreklilik arz etmesi ve menşe devletin dönecek kişi üzerinde yeniden ulusal korumayı sağlayacağına dair emareleri gösterdikten sonra yapılması gerekir. Bu süreçte, ev sahibi devlet ve menşe devlet arasında ikili anlaşmalar yapılabileceği gibi, BMMYK gibi devlet dışı organizasyonların katılımı ve gözlemi altında da geri dönüş sağlanabilir.

BMMYK Tüzüğünde uluslararası korumanın kalıcı çözüm ile sona ereceği düzenlenmiştir. Bunun gibi, BMMYK Geçici Koruma Rehberi'nde de ülkede uzun süreli bulunma veya çözümlere ulaşımın geciktiği durumlarda, geçici korunan kişilerin haklarının kademeli olarak artırılmasını önerilmektedir.⁴⁶ Bu noktada BMMYK Geçici Koruma Rehberi'nin, bu korumanın çözüm odaklı, geçici ve zaman sınırlı olduğuna vurgu yaptığı söylenmektedir.⁴⁷ Rehberin 21. paragrafında geçici korumanın sona ereceği farklı hâller düzenlenmiştir. Bunlardan ilki de gönüllü geri dönüştür. Düzenlemeye göre, menşe devletteki belli emarelere dayanan objektif değerlendirmeler sonucunda, geçici korunanların ülkelerini terk etmelerine sebep olan durum sona ermiş ve gönüllü geri dönüşün makul ve insan onuru ile güvenliğine uygun bir şekilde yapılacağına karar verilmesi halinde geçici koruma sona erecektir.

⁴⁴ Amnesty International, *Great Lakes Region: Still Need of Protection: Repatriation, Refoulement and the Safety of Refugees and the Internally Displaced*, Doc. No. AFR/02/07/97, s.2. 1997, Belgeye şu siteden ulaşılabilir: <https://www.amnesty.org/en/documents/afr02/007/1997/en/>, E.T.: 04.08.2019.

⁴⁵ Hathaway, *a.g.e.*, s.952.

⁴⁶ UNHCR, (2014), para.17.

⁴⁷ Öztürk, *a.g.m.*, s.240.

AB hukukunda yapılan düzenlemeler kural olarak üye ülkeler için bağlayıcıdır. Bu düzenlemeler Birliğe henüz üye olmayan Türkiye için bağlayıcı olmasa bile, üyelik sürecinde olması bakımından büyük önem taşımaktadır. AB Geçici Koruma Yönergesi'nde de tıpkı BMMYK Geçici Koruma Rehberi'nde olduğu gibi geçici korumanın geçici ve hatta süreli olduğu kabul edilmiştir. Yönerge'nin 4. maddesine göre geçici korumanın süresi en fazla üç yıl olabilir. Yönerge'nin 6. maddesine göre koruma için öngörülen azâmi süreye ulaşıldığında koruma sona erecektir.

AB Geçici Koruma Yönergesi'nin 21. maddesine göre üye devletler geçici koruma statüsü sona ermiş veya hala statü sahibi kişilerin ülkelerine gönüllü geri dönüşlerini sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır.⁴⁸ Henüz geçici koruma süresi sona ermeden menşe devlete gönüllü geri dönüş yapan kişilerin ev sahibi devlete geri dönmek istemesi halinde ev sahibi devletin bu talebe olumlu yaklaşacağı da aynı maddenin ikinci cümlesinde düzenlenmiştir.

AB Geçici Koruma Yönergesi'nin 22. maddesinde ise üye devletlerin geçici koruma statüsü sona ermiş ve kabul edilmeye uygun olmayan kişilerin zorunlu geri dönüşlerinin insan onuruna saygı içinde gerçekleştirmek için gerekli önlemleri alacağını düzenlemiştir.

C. Tarihsel Süreçte Gönüllü Geri Dönüş Çözümü Uygulamaları

Gerçek anlamda bir gönüllü geri dönüşün sağlanabilmesi için menşe ülkede köklü değişikliklerin olması, bu değişikliklerin sürekli olması ve dönen kişiye menşe ülkesinde tekrar koruma sağlanıyor olması gerekir. Ancak bu durumda, ülkesini terk etmek zorunda kalan kişinin artık terk etmesine yol açan sebeplerin ortadan kalktığı ve başka bir devletin korumasına ihtiyaç duymadığı kabul edilir.

Menşe ülkede geri dönüşün yapılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartların varlığının tespitini, ev sahibi ülkenin tek başına yapması beklenemez. Tarihsel süreçte geri dönüşlerde, ya menşe devlet ve ev sahibi devlet arasında ikili anlaşmalar yapılmıştır ya da BMMYK gibi devlet dışı organizasyonlar veya üçüncü devletlerin gözlemi ve desteği ile geri dönüşler sağlanmıştır.

1956 yılında Macaristan'daki halk ayaklanması ile yaklaşık 190.000 insan 1957 yılının sonuna dek Avusturya'ya göç etmiştir ve sonunda BMMYK, Macaristan yetkilileri ile yaptığı görüşmelerle çok sayıda kişinin ülkesine geri dönmesine aracılık etmiştir.⁴⁹

⁴⁸ Doğa Elçin, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S.124, ss.9-80, s.69.

⁴⁹ Gatrell, a.g.e., s.111-113.

Şartlar henüz olgunlaşmadan yapılan geri dönüş ise onarılamaz sonuçlara yol açmış ve kalıcı bir çözüm de sunamamıştır. 1980’li yıllarda gönüllü geri dönüşün en uygun çözüm olduğu inancıyla BMMYK’nın gözlemi altında şartlar oluşmadan Afganistan, Burundi ve Liberya örneklerinde mülteciler güvenli olmayan yollarla ülkelerine geri dönmüş ve bu durumda da çoğu zaman çözüm yolu başarıyla sonuçlanamamıştır.⁵⁰

1990’lı yıllarda BMMYK kalıcı çözüm türlerinin gerçekleştirilmesinde devletlerarası işbirliğinin geliştirilmesi için çalışmalar yapmıştır. Gönüllü geri dönüş ile ilgili olarak da “4R” fikrini benimsemiştir: gönüllü geri dönüş çözümü için sürekliliği için menşe ülkeye geri dönüş, geri dönen ülkeye yeniden entegrasyon, (menşe ülkede) rehabilitasyon ve yeniden yapılanma (*repatriation, reintegration, rehabilitation, reconstruction*).⁵¹ Burada amaçlanan, geri dönüşün yalnızca menşe ülkeye dönmek olmadığı, aynı zamanda kişinin menşe ülkesine dönmelerini sağlayacak ortamın menşe ülkede yaratılmasının gerekliliğidir. Bu amacın gerçekleşmesi için o dönemde BMMYK, Dünya Bankası (*World Bank Group*) ve BM Kalkınma Programı (*United Nations Development Programme*) gibi kurumlarla geri dönüşlerle ilgili işbirliği yapmıştır. Bu dönemde Afganistan, Liberya, Sierra Leone ve Sri Lanka’ya geri dönüşler bu şekilde gerçekleşmiştir.⁵² BMMYK’nın gerek gözlemci, gerek kolaylaştırıcı, gerekse üstlenici rolü ve varlığı, devlet dışı bir oluşum olması sebebiyle de çoğu zaman gönüllü geri dönüşün gerçekleşmesinde etkili olmuştur.

Menşe ülke ve ev sahibi ülkenin anlaşması ile de geri dönüşler sağlanabilir. 1988 senesinde Afganistan ve Pakistan arasında, tüm mültecilerin ülkelerine dönmeleri halinde, kendilerine diğer yurttaşlara sağlanan hakların tanınacağına dair anlaşma yapılmıştır.⁵³

Bazen de hem menşe devlet hem ev sahibi devlet hem de BMMYK işbirliği içinde geri dönüşün insan onuruna aykırı olmayacak şekilde gerçekleşmesini sağlayabilir. 1983 senesinde Cibuti Cumhuriyeti, Etiyopya ve BMMYK temsilcilerinden oluşan üçlü komisyon, Etiyopyalı mültecilerin geri dönüşünü gerçekleştirmek için bir araya gelmiştir.⁵⁴ Öncelikle menşe devlete dönmek için şartların oluşup oluşmadığını inceleyen komisyon, devamında dönen kişilerin yaşamlarını yeniden kurabilmeleri için beslenme ve geçimleri için hayvan verilmesi

⁵⁰ UNHCR, *The Politics and Practice of Refugee Protection*, 2. Baskı, (Ed: G. Loescher/A. Betts/J. Milner), New York, Routledge Yayınları, 2012, s.115.

⁵¹ UNHCR, 2012, s.116; Özkan, *a.g.e.*, s.390.

⁵² UNHCR, 2012, s.116; Özkan, *a.g.e.*, s.390.

⁵³ Goodwin Gill/McAdam, *a.g.e.*, s.495.

⁵⁴ Stein, *a.g.m.*, s.270.

yardımlında bulunmuştur. 1984 senesinin sonuna gelindiğinde, yaklaşık 32 bin mülteci Cibuti Cumhuriyeti'nden Etiyopya'ya geri dönmüştür.⁵⁵

Verilen örneklerin sayısı daha da artırılabilir. Tüm bu örnekler göstermektedir ki, sürdürülebilir bir gönüllü geri dönüş sağlanabilmesi için ve bu dönüşün kalıcı bir çözüme dönüşebilmesi için öncelikle menşe ülkeden ayrılmaya sebep olan çatışma ortamının sona ermiş olması gerekir. Bunun yanında, devletlerin çözüm yoluna başvurmakta istekli olmaları ve sürecin yalnız ilgili devletler değil, diğer üçüncü devletler ve/veya BMMYK gibi devlet dışı organizasyonlar tarafından da desteklenmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde başarılı ve kalıcı bir çözüm olarak gönüllü geri dönüşten bahsedilebilecektir.

2. TÜRK HUKUKUNDA GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ

A. Genel Olarak Kalıcı Çözüm Türleri

Türkiye, gerek Cumhuriyet öncesi dönemde gerekse Cumhuriyet'in ilanından sonra, yaşadığı devleti terk etmek zorunda kalan kişileri topraklarına kabul etme geleneğine sahip olan bir devlet olmuştur.⁵⁶ Her dönemde de o dönemin şartlarına bağlı olarak farklı bir uygulamaya gidilmiştir. Çoğu zaman sığınmacıların büyük çoğunluğu ülkelerine dönmüş olsa da diğer çözüm türleri de dönemin şartları uygun olduğu müddetçe uygulanmıştır. Mesela, 1989 yılında Bulgaristan'dan gelen ve Türk soyundan olan kişilere İskân Kanunu kapsamında Türk vatandaşlığı verilmiştir.⁵⁷

YUKK 2014 tarihinde yürürlüğe girene kadar uluslararası koruma alanında kanun düzeyinde bir düzenleme söz konusu değildi. Kalıcı çözüm türleri YUKK ile kanun seviyesinde ilk kez düzenlenmiş olsa da tarihin farklı dönemlerinde düzenlemelere konu edilmiştir. 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi'nin onaylanmasına ilişkin Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu'nda,⁵⁸ ülkede bulunan mülteci sayısının 1500 civarında olduğu ve bu kişilerin BMMYK kapsamında oldukları ifade edilmiştir. Raporla mültecilerin durumunun iyileştirilme-

⁵⁵ Stein, *a.g.m.*, s.270.

⁵⁶ Kemal Kirişçi, *Türkiye "Coğrafi Sınırlama"yı Kaldırıyor mu?*, Ankara, Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği, 1996, s.2; Nasih Sarp Ergüven/Beyza Özturanlı, "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.62, S.4, ss.1007-1061, s.1011-1012; Erder, "Türkiye'de Değişen Siyasal Konjonktür, Değişen Göç ve İskan Politikaları", *Türkiye'nin Uluslararası Göç Politikaları, 1923-2023*, (Ed.: A. İçduygu, S. Erder/Ö. F. Gençka-ya). İstanbul, Koç Üniversitesi Göç Araştırmaları Merkezi, 2014, s.82-99.

⁵⁷ Berrak Çeçen, "Bulgaristan'dan Türkiye'ye Gelen Düzensiz Göçmenlerin Yasallaşma Süreçlerinde Değişen Yasal Düzenlemelerin Rolü" *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, C.29, S.2, ss.265-282, s.266.

⁵⁸ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/KM__d00/c002/km__00002024ss0053.pdf, E.T.: 01.08.2019.

si için “... entegrasyonlarını temin etmek, veyahut mülteciler bizzat arzu izhar etmeleri halinde yurtlarına iade veya başka memleketlerde iskânları imkânlarını araştırmak...” ifadesi yer almaktadır. Aynı Raporda 1960 yılının dünya mülteci yılı olarak BM Genel Kurulu tarafından 1285 sayılı Kararla kabul edildiği ve söz konusu Kararda üç sonuca varıldığı ifade edilmiştir. Varılan sonuçlardan üçüncüsünde, “*Tamamen insani gayelerle, mülteciler lehine, iskân, entegrasyon veya bizzat mülteci tarafından izhar edilen arzu üzerine eski yurduna iade gibi daimî hal tarzları temini için imkânlar...*” hazırlanacağı belirtilmiştir. Rapordan anlaşıldığı üzere, mültecilerin “*durumlarının ıslahı için*” buldukları ülkede entegrasyonlarını sağlamaya, başka memleketlerde iskânına ve de bizzat kendilerinin istemeleri halinde ülkelerine dönmeleri için imkânlarının araştırılmasına önem verilmiştir.

YUKK’ta da kalıcı çözüm türleri düzenlenmiştir. Kanunun 87. maddesinde gönüllü geri dönüş çözüm türü düzenlenmiştir. Maddeye göre, uluslararası koruma başvuru sahibi kişiler ile mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsüne sahip kişilerden gönüllü olarak geri dönmek isteyenlere, aynı ve nakdi destek sağlanarak ülkelerine dönüşleri sağlanabilecektir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, gönüllü geri dönüş çalışmalarını, BMMYK gibi uluslararası kuruluşlar, kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içerisinde yapabilecektir (YUKK m.87/f.2). Kanunun gerekçesinde de menşe ülke bilgi sisteminin kurulması ve işletilmesine ilişkin hususların düzenlendiği belirtilmiştir. Özellikle geri dönüş uygulamasına geçilmeden önce menşe ülkedeki gelişmelerin izlenmesi adına bilgi sisteminin kurulmasına önem verilmesi oldukça yerinde bir düzenlemedir. Bu sayede, menşe devlette kaçmaya sebep olan koşulların ortadan kalkıp kalkmadığına dair veriler belli bir sistem halinde edinilebilecektir.

Bir başka kalıcı çözüm türü olan yeniden yerleştirme ile ilgili olarak, bu başlık altında YUKK’ta herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak YUKK’un 62. maddesinde şartlı mülteci statüsünün tanımı yapılırken, bu kişilerin üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye’de kalmalarına izin verileceği düzenlenmiştir. Ancak üçüncü ülkeye yerleştirmeye dair Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak, YUKK Uygulama Yönetmeliği’ne baktığımızda, Yönetmeliğin 94. maddesinde, uluslararası koruma kapsamında yer alan yabancıların üçüncü ülkeye yerleştirme işlemlerinin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yürütüleceği; üçüncü ülkeye yerleştirme işlemlerinde, kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla da işbirliği yapılacağı düzenlenmiştir. Üçüncü ülkeye çıkış izninin de Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya yetki verilmesi halinde valilikler tarafından verileceği maddede düzenlenmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği’nde ise 44. maddede ise üçüncü ülkeye çıkış ve yerleştirme düzenlenmiştir. Geçici

koruma statüsü sahibi olan yabancılar, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü izni ile geçici veya daimi olarak üçüncü ülkeye çıkış yapabileceklerdir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün, Yönetmelik kapsamındaki yabancıların geçici veya daimi olarak üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri amacıyla uluslararası kuruluşlar ve ülkeler ile işbirliği yaparak proje ve programlar geliştirebileceği düzenlenmiştir.

Yerel entegrasyon adı altında da hukukumuzda herhangi bir düzenleme sözü konusu değildir. YUKK ile birlikte hukukumuzda ilk kez giren “uyum” düzenlemesi ise, yerel entegrasyondan çok, uluslararası hukukta mültecinin kendi kendine yetebilmesi (*self reliance*)⁵⁹ uygulamasına benzemektedir. YUKK'un 96. maddesinde düzenlenen uyum ile, “*yabancı ile başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ülkemizde toplumla olan karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak ve ülkemizde, yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırmak amacıyla*” gerçekleştirilmek istenmektedir. Kendi kendine yetebilmenin sağlanması, her üç çözüm türünde de gerekli olduğu, mültecinin sürece kolay adaptasyonunu sağlama amacı taşıdığı kabul edilmektedir. YUKK ile düzenlenen uyumda, yabancıların Türkiye’de, yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndükleri ülkelerinde sosyal hayata başka kişilerin aracılığı olmadan kolay adapte olabilmelerini ve bağımsız hareket edebilmeleri amaçlanmaktadır. Her ihtimalde uyum adına yapılacak çalışmalar, entegrasyonun sağlanmasında önemli rol oynamaktaysa da yerel entegrasyon çözümü YUKK ile hukukumuzda giren “uyum” düzenlemesinden daha kapsamlıdır.⁶⁰

B. Gönüllü Geri Dönüşün Türk Hukukunda Düzenlenişi

YUKK'un 87. maddesinde yalnızca uluslararası koruma başvuru sahipleri ve statüsü sahiplerinin gönüllü geri dönüşleri düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ise gönüllü geri dönüş konusunda işbirliğine vurgu yapması bakımından önemlidir. 87. maddenin 2. fıkrasında gönüllü geri dönüşün uluslararası kuruluşlar, kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içerisinde yapılabileceği düzenlenmiştir.

⁵⁹ Uluslararası korumanın sona ereceği üç kalıcı çözüm türünden birine erişimde ara süreç olarak kabul edilen kendi kendine yetebilme (*self reliance*), kişinin yaşamını idame ettirmesini kolaylaştıracağı gibi, uzun vadede, dışarıdan sürekli yardım alma ihtiyacını da azaltacaktır. UNHCR, *Handbook for Self-Reliance*, Cenevre, UNHCR, 2005c, s.1. <https://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf>, E.T.: 02.08.2019..

⁶⁰ Kaya, a.g.e., s.122. Konuya dair Türk hukukundaki bir tartışma örneği olarak bkz.: Mesut Aygün, “Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde”, *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2018, C.37, S.2, ss.167-194.

YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin 121. maddesinde de gönüllü geri dönüş düzenlenmiştir. Yönetmelikte “gönüllü geri dönüş” başlığı ile yer alan düzenleme, YUKK'ta yer alan düzenlemeden kapsamı bakımından farklıdır. Kanundaki düzenleme yalnızca gönüllü geri dönüşü düzenlerken; Yönetmelik gönüllü geri dönüşün yanı sıra üçüncü ülkeye yerleşimi de düzenlemektedir. Yine, YUKK'ta yalnızca uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi ve statü sahipleri için gönüllü geri dönüş düzenlenmişken; Yönetmelikte, Kanunda yer alan tüm yabancılar için düzenleme getirilmiştir.⁶¹ Maddeye göre, bu kişilerin gönüllü geri dönmek istemeleri halinde, geri dönüşlerini ve gittiklerinde uyum sağlamlarını kolaylaştıracak şekilde kendilerine gönüllü geri dönüş desteği verilebilecektir. Destek, aynı veya nakdi olabileceği gibi mesleki eğitim şeklinde de olabilir. Mesleki eğitim Türkiye'de ya da yabancıların menşe ülkesinde verilebilecektir. Uzun zaman menşe devletten uzakta kalmış kişinin geri döndüğünde olağan yaşamına devam edebilmesi için bu türden desteğin verilmesi oldukça önemlidir. Destekten yararlanarak, menşe ülkelerine dönen yabancılar hakkında Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınmayabilecektir (m.121/f.1-c).

YUKK Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenen bir başka husus ise gönüllü geri dönmek için başvuran kişinin gözetim altında olma ihtimalidir. Böyle bir durumda ilgili kişi, dönüş işlemlerinin kolaylaşması ve kolay takibi açısından başka bir gözetim merkezine alınabileceği gibi, hakkındaki idari gözetim kararı sona da erebilecektir (m.121/f.2).

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, gönüllü geri dönüş desteğini sağlarken ve uygularken, kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar, ilgili ülke makamları ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapabilir ve uluslararası kuruluşların fonlarından yararlanabilir (m.121/f.3). Gönüllü geri dönüş gerçekleştirilirken işbirliğinin önemi sebebiyle gerek YUKK, gerekse Uygulama Yönetmeliğinde, gönüllü geri dönüşlerde uluslararası işbirliği ve desteğe vurgu yapılması son derece önemlidir.

Gönüllü geri dönüş talebinde bulunan kişinin bu talebini sonradan geri çekmesi de mümkündür (m.121/f.4). Bu durumda ilgilinin sahip olduğu statüsü korunacak, başvuru sahibinin ise işlemleri kaldığı yerden devam edecektir (m.121/f.4).

C. Gönüllü Geri Dönüş ve Geri Gönderme Yasağı İlişkisi

Gönüllü geri dönüş eylemi düşünülürken her zaman akılda bulundurulması gereken en önemli konu, ev sahibi devletin geri dönüşü “*teşvik ederken*

⁶¹ Kaya, a.g.e., s.117.

/kolaylaştırırken” geri gönderme yasağına uygun davranmasıdır. Çünkü ülkesine geri gönderilen kişi eğer ki ülkesinden kaçma sebepleri sona ermemişse, bu durumda hem gönderen devlet ilkenin en başta teamül hukuku kuralı olması sebebiyle sorumlu olacak hem de gönderilen kişi için geri dönülemez olumsuz sonuçlar doğabilecektir. Özellikle kitlesel hareketlerde buna daha çok dikkat edilmelidir. Çünkü bu gibi durumlarda, mesela menşe devletteki çatışmalar sebebiyle ülkesinden kaçan kişileri düşündüğümüzde, geri dönüşte her bir kişiyi barış ortamı beklemiyor olabilir. Bu sebeple, özellikle kitlesel hareketlerde, geri dönülecek devlette barış ve huzur ortamının yaratıldığından emin olunmalıdır.

Türk hukuku bakımından geri gönderme yasağı, ilke aynı zamanda teamül hukuku kuralı olduğundan zaten bağlayıcıdır. Bunun yanında, Türkiye taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarla da geri gönderme yasağına uygun davranmakla yükümlüdür. Bölgesel anlaşmalardan biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS)⁶² sığınma konusunda doğrudan bir hüküm bulunmakla birlikte, Sözleşme’nin 3. maddesi geri gönderme yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından önemlidir.⁶³ Maddeye göre, *“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”*

Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerin yanında YUKK ile de geri gönderme yasağı oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunun 4. maddesinde geri gönderme yasağı Kanun kapsamındaki tüm yabancılar için ve herhangi bir istisna getirilmeksizin düzenlenmiştir. Dolayısıyla geçici koruma statüsü sahipleri de dâhil olmak üzere, hiçbir yabancı işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyecektir (YUKK m.4).

GKY’nin 6. maddesinde de geri gönderme yasağı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, geçici koruma kapsamında yer alan hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez. Eğer ki mevzuat gereği geçici koruma kapsamında olan kişinin ülkeden gönderilmesi gerekirse ve kişi geri gönderme yasağı kapsamında yer alıyorsa yine gönderilmez ve hakkında ülke içinde idari tedbirler alınabilir (GKY m.6/f.2).

⁶² RG, T.19.03.1954, S.8662.

⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 3. maddeyi bu şekilde yorumlamıştır: Neslihan Özkerim Güner, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, 2016, C.2, S.2, ss.212-241, s.216-226.

D. Geçici Koruma Kapsamında Yer Alanlar Bakımından Gönüllü Geri Dönüş

Geçici koruma Cumhurbaşkanı kararıyla veya bireysel olarak sona erebilir. GKY'nin 11. maddesinde geçici koruma uygulamasının Cumhurbaşkanı⁶⁴ kararıyla sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı'nın geçici koruma kararını sonlandırmasıyla birlikte alabileceği kararlardan bir tanesi de “geçici korumayı tamamen durdurarak geçici korunanların ülkelerine dönmeleri”dir (GKY m.11/f.2-a).⁶⁵ Eğer ki bu kişiler hakkında geçici koruma statüsü kaldırılmışsa ve ülkelere geri gönderilmelerine karar verilmemişse, Türkiye’yi terk etmek zorunda değildirler.⁶⁶ Ayrıca geçici koruma statüsü sona ermiş olsa bile, geri gönderme yasağı ilkesi dolayısıyla, bu yasak kapsamında yer alan yabancıların ülkelere gönderilmeleri mümkün değildir.⁶⁷

Yönetmeliğin 14. maddesinde de, Cumhurbaşkanı'nın geçici korumayı sona erdirmeye kararının ardından, geçici korunanların Türkiye’den çıkış yapmasının esas olduğu düzenlenmiştir. Ancak grup temelli toplu statü kararı alınması veya uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirmeye alınması ya da bu yabancıların Kanun kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye’de kalmasına izin verilmesinin kararlaştırılmış olması halinde buna göre işlem yapılacaktır (Yön. m.11/f.2).

Geçici koruma bireysel olarak da sona erebilir. Yönetmeliğin 12. maddesine göre kendi isteği ile Türkiye’den ayrılan kişinin de geçici korunması bireysel olarak sona erer (GKY m.12/f.1-a).⁶⁸ Ancak ülkeden kendi isteği ile ayrılan kişi,

⁶⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Geçici 21. maddesinin G fıkrası uyarınca “Kanunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapılmıyaya kadar Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır.” RG, T.11.02.2017, S.29976.

⁶⁵ Cumhurbaşkanı ayrıca:

b. Geçici korunanlara, koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesine ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine (GKY m.11/f.2-b),

c. Geçici korunanların, Kanun kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye’de kalmalarına izin verilmesine (GKY m.11/f.2-c) karar verebilir. Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.169-170; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s.175-178.

⁶⁶ Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi” *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C.88, S.6, ss.65-89, s.78.

⁶⁷ Ekşi, *Yabancılar*, s.175.

⁶⁸ Geçici koruma statüsünün geçici korunana bağlı olarak sona erebileceği diğer haller, geçici korunanların:

b. Üçüncü bir ülkenin korumasından yararlanması (GKY m.12/f.1-b),

c. Üçüncü bir ülkeye insani nedenler veya yeniden yerleştirme kapsamında kabul edilmesi ya da üçüncü bir ülkeye çıkış yapması (GKY m.12/f.1-c),

ç. Ölmesi (GKY m.12/f.1-ç).

ülkede geçici koruma uygulamasının devam ettiği süre içinde geçici korumadan faydalanmak üzere tekrar Türkiye sınırına gelirse veya sınırı geçerse, bu durumda kendisine tekrar geçici koruma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına GİGM karar verecektir (GKY m.13).

Geçici koruma kapsamında yer alan kişinin kendi isteği ile ülkesine dönmesi halinde geçici korumanın bireysel olarak sona ereceğini düzenleyen Yönetmeliğin 12. maddesi, tam anlamıyla bir gönüllü geri dönüş düzenlemesi olarak nitelendirilemez. Aşağıda görüleceği üzere, Yönetmeliğin 42. maddesinde yer alan gönüllü geri dönüş düzenlemesinde gönüllü geri dönüşün GİGM tarafından, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla birlikte planlanabileceği düzenlenmiştir.⁶⁹

Yönetmeliğin 42. maddesinde gönüllü geri dönüş düzenlenmiştir. Buna göre, Yönetmelik kapsamındaki yabancılardan gönüllü olarak ülkesine dönüş yapacaklara gerekli kolaylık gösterilir ve imkânlar ölçüsünde destek sağlanabilir. Yönetmeliğin tanımlar kapsamında yapılan yabancı tanımından hareketle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişilerin gönüllü olarak ülkelerine dönmek istemeleri halinde kendilerine gerekli kolaylık sağlanacak ve imkânlar ölçüsünde destek verilecektir.

42. maddenin 2 ve 3. fıkralarında gönüllü geri dönüşün gerçekleşmesinde uluslararası işbirliğine vurgu yapılmıştır. Maddenin son fıkrasında ise, gönüllü geri dönecek kişilere yapılacak yardımlar ile geri dönüşün uygulanmasına dair usul ve esasların Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından belirleneceği ve valilikler tarafından uygulanacağı düzenlenmiştir.

YUKK'un 96. maddesinde yer alan uyum düzenlemesi de geri dönüşlerde rol oynayacaktır. Esasında düzenleme uyum başlığı altında ve yabancılar ile uluslararası koruma kapsamında yer alanları kapsayacak şekilde ortak hüküm olarak getirilmiştir. Buna göre, GİGM, ülkenin ekonomik ve mali imkânları doğrultusunda, yabancılardan ülkelerine geri döndüklerinde sosyal hayata uyumlarını kolaylaştırmak adına faaliyetlerde bulunacaktır. Burada geri dönüş için önemli olan husus, yapılan faaliyetlerin aynı zamanda menşe ülkeye geri döndükten sonraki yaşama da uyumu kolaylaştırmak maksadı taşımasıdır. Konu ile ilgili olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Uyum ve İletişim Dairesi Başkanlığı ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği iş birliğinde faaliyetler yapılmaktadır.⁷⁰

⁶⁹ Ekşi, a.g.e., s.177.

⁷⁰ GİGM'nin faaliyetlerine ulaşmak için bkz.: <https://www.goc.gov.tr/faaliyet>, E.T.: 02.08.2019.

Türk Kızılayı'nın 2016 yılında yayımladığı Rapora göre, gönüllü geri dönüş kapsamında ülkesine dönmek isteyenlerin öncelikle il göç idaresi müdürlüğüne giderek Türkçe ve Arapça dillerinde Gönüllü Geri Dönüş formu doldurmaları gerekmektedir. Bunun üzerine kendilerine Yol İzin Belgesi ve Gönüllü Geri Dönüş formunun bir nüshası verilir.⁷¹ Gönüllü geri dönüş formunda ilgili yabancı kişinin gönüllü olduğuna dair imzası, o işlem ile ilgilenen kamu görevlisinin, tercümanın ve BMMYK yetkilisinin imzası yer alır.⁷²

Düzenlemeler göstermektedir ki geçici koruma statüsü sahipleri menşe ülkeye geri dönüşlerini bireysel veya Cumhurbaşkanı kararı ile toplu olarak yapabilirler. Cumhurbaşkanının geçici koruma uygulaması kararına son vermesi halinde alınabilecek kararlardan birisi de menşe ülkeye geri dönüştür. Ancak bu ihtimalde geri gönderme yasağının ihlal edilmemesine gerekli özen ve hassasiyet gösterilmelidir. Bunun yanında geçici koruma kapsamında bulunan kişi kendi isteği ile de menşe ülkesine dönmek isteyebilir. Bu durumda kendisine Göç İdaresi tarafından gerekli yardım yapılır ve kendisine gönüllü geri dönüş formu imzalatılır. Bu kişi daha sonra geçici koruma uygulaması devam ederken tekrar Türkiye sınırlarına gelebilir. Ancak bu durumda kendisinin tekrar geçici koruma statüsünden yararlanıp yararlanamayacağına Göç İdaresi Genel Müdürlüğü karar verecektir.

SONUÇ

Uluslararası koruma, menşe devlet korumasından yararlanamayan kişinin, ikame bir koruma ile korunmasıdır. Bu kişilerin sahip oldukları statüler ve kendilerine sağlanan ikame korumanın geçici olması istendiğinden, uluslararası alanda kendilerinin olağan yaşamlarına erişmelerini sağlayacak çözüm yolları düşünülmüştür. Bu çözüm türlerine kalıcı çözüm türleri denir. Kalıcı çözümlerin gerçekleşmesiyle birlikte özellikle mülteci statüsünün sona ereceğine inanılır.

Uluslararası hukukta genel kabul görmüş üç kalıcı çözüm türü vardır. Bunlar gönüllü geri dönüş, yeniden yerleştirme ve yerel entegrasyondur. Herhangi bir devletin bu üç kalıcı çözümden bir tanesini uygulaması zorunlu olmayıp söz konusu çözümler gerek ulusal gerek uluslararası metinlerde düzenlenmişlerdir. Uygulanmalarına yönelik aralarında herhangi bir öncelik sıralaması olmamasına rağmen, döneme bağlı olarak tatbikleri devletlerin izledikleri politikalara göre değişiklik göstermiştir.

⁷¹ Türk Kızılayı Göç ve İstatistik Raporu, 2016, s.19, https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/49523293_goc-istatistik-raporu-kasim-2016.pdf, E.T.: 03.08.2019.

⁷² Türk Kızılayı (2016), s.19. BMMYK yetkilisinin olmaması halinde sırayla Türk Kızılayı yetkilisi, yoksa sivil toplum kuruluşu temsilcisi veya valilik insan hakları ve eşitlik birimindeki görevlilerden bir kişi süreçte yer alır: Türk Kızılayı (2016), s.19.

Gönüllü geri dönüş, belli şartların oluşması ile mültecinin ülkesine kendi isteğiyle geri dönmesidir. Belli şartlar, özellikle menşe ülkede dönmeyi sağlayacak değişikliklerin olması, bu değişikliklerin sürekli olması ve en önemlisi menşe ülkede ulusal korumanın tekrar sağlanabilecek olmasıdır.

Gönüllü geri dönüşün sağlanmasında en önemli unsurlardan bir tanesi işbirliğidir. Başarılı bir gönüllü geri dönüşün sağlanabilmesi için menşe devlette gereken şartların oluşup oluşmadığının çok iyi tespit edilmesi gerekir. Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için menşe devlet ve ev sahibi devlet yanında BMMYK gibi devlet dışı kurumlar veya üçüncü devletlerin varlığı oldukça önemlidir. Bunun için menşe devlet, ev sahibi devlet ve üçüncü bir devlet veya kurumun temsilcilerinden oluşan komisyonun incelemeleriyle yapılacak bir ön hazırlık sonrası geri dönüşün tarihteki örneklerinde de görüldüğü gibi, başarılı olma ihtimali yüksektir.

Gönüllü geri dönüş kitleler halinde olabileceği gibi bireysel de olabilir. Her iki ihtimalde de ev sahibi devlet desteği gerekli ve önemlidir. Ancak bu destek aşamasında dahi geri gönderme yasağının ihlal edilmemesine her aşamada dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Alexandra Fielden, *New Issues in Refugee Research, Local Integration: An Under-Reporter Solution to Protracted Refugee Situations*, Cenevre, BMMYK Yayınları, 2008.
- Ann Vibeke Egli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- Anneke Smit, *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons*, Birleşik Krallık, Routledge Yayınevi, 2012.
- Aslı Bayata Canyaş, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelemesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.5, S.1, ss.73-90.
- Barry N. Stein, “Durable Solutions for Developing Country Refugees”, *International Migration Review Special Issue. Refugees: Issues and Directions*, 1986, C.20, S.2, ss.264-282.
- Berrak Çeçen, “Bulgaristan’dan Türkiye’ye Gelen Düzensiz Göçmenlerin Yasallaşma Süreçlerinde Değişen Yasal Düzenlemelerin Rolü” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, C.29, S.2, ss.265-282.
- Cansu Kaya, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon*, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, 2017.
- Doğa Elçin, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S.124, ss.9-80.
- Elif Uzun, “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2012, C.8, S.30, ss.25-58.
- Elif Uzun, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK’nın Yapısı”, *Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri, Göç Araştırmaları Dergisi*, 2016, C.2, S.2, ss.60-85.
- Gil Loescher, *UNCHR at Fifty: Refugee Protection and World Politics*, New York, Routledge Yayınevi, 2003.
- Gökhan Taneri, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012.
- Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Baskı, New York, Oxford Yayınevi, 2007.
- Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S.108, ss.211-258.

- Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013.
- James C. Hathaway, *The Refugees Under International Law*, New York, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2005.
- Kemal Kirişçi, *Türkiye "Coğrafi Sınırlama"yı Kaldırıyor mu?*, Ankara, Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği, 1996.
- Mesut Aygün, "Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2018, C.37, S.2, ss.167-194.
- Nasih Sarp Ergüven/Beyza Özturanlı, "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.62, S.4, ss.1007-1061.
- Neslihan Özkerim Güner, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü", *Göç Araştırmaları Dergisi*, 2016, C.2, S.2, ss.212-241.
- Neva Övünç Öztürk, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.66, S.1, ss.201-263.
- Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Nuray Ekşi, "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi" *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C.88, S.6, ss.65-89.
- Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, C.82, S.6, ss.2801-2838.
- Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.
- Peter Gatrell, *The Making of the Modern Refugee*, Birleşik Krallık, Oxford Yayınevi, 2013.
- Sema Erder, "Türkiye'de Değişen Siyasal Konjonktür, Değişen Göç ve İskan Politikaları", *Türkiye'nin Uluslararası Göç Politikaları, 1923-2023*, (Ed.: A. İçduygu, S. Erder/Ö. F. Gençkaya). İstanbul, Koç Üniversitesi Göç Araştırmaları Merkezi, 2014.
- UNHCR, *The Politics and Practice of Refugee Protection*, 2. Baskı, (Ed: G. Loescher/A. Betts/J. Milner), New York, Routledge Yayınları, 2012.
- Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Yücel Acer/İbrahim Kaya/Mahir Gümüş, *Türkiye'nin İltica Stratejisi*, Ankara, USAK Yayınları, 2010.

İnternet Kaynakları

- Amnesty International, *Great Lakes Region: Still Need of Protection: Repatriation, Refoulement and the Safety of Refugees and the Internally Displaced*, Doc. No. AFR/02/07/97, s.2. 1997, Belgeye şu siteden ulaşılabilir: <https://www.amnesty.org/en/documents/afr02/007/1997/en/>, E.T.: 04.08.2019.
- BM Genel Kurulu, BMMYK Tüzüğü A/RES/428(V), 1950, <https://www.unhcr.org/4d944e589.pdf>, E.T.: 04.08.2019.
- Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, <https://www.goc.gov.tr>, E.T.: 03.08.2019.
- Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, OJ L.212/12, 07.08.2001. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF>, E.T.: 29.07.2019.
- Office of the UNHCR, *An Introduction to International Protection Protecting Persons of Concern to UNHCR Self-Study Module 1*, Cenevre, UNHCR, 2005a, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3ae6bd5a0/self-study-module-1-introduction-international-protection-protecting-persons.html>, E.T.: 04.08.2019.
- Türk Kızılayı Göç ve İstatistik Raporu, 2016, s.19, https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/49523293_goc-istatistik-raporu-kasim-2016.pdf, E.T.: 03.08.2019.
- UNHCR Guidelines on Temporary Protection and Stay Arrangements, 2014, <https://www.unhcr.org/protection/expert/5304b71c9/guidelines-temporary-protection-stay-arrangements.html>, E.T.: 29.07.2019.
- UNHCR, *Executive Committee Conclusion No.104 on Local Integration, Report of the 56th Session*, A/AC, 96/1021, 2005b, Karara şuradan ulaşılabilir: <https://www.unhcr.org/excom/exconc/4357a91b2/conclusion-local-integration.html>, E.T.: 31.07.2019.
- UNHCR, *Handbook for Self-Reliance*, Cenevre, UNHCR, 2005c, s.1. <https://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf>, E.T.: 02.08.2019.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri^(*)

Presidential Decrees;
Legal Nature, Regimes, Auditing and the Place in Comparative Law

Berat DUMAN^(**)

Öz

21 Ocak 2017 tarihli Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanına, herhangi bir yetki kanununa veyahut bir kanuna dayanmaksızın meşruiyetini doğrudan anayasadan alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile devleti ve yürütmeyi şekillendirecek yasama niteliğinde asli düzenlemeler yapma yetkisi verilmiştir. 1982 Anayasasının 104/17'de düzenlenen şekliyle yeni bir müessese olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, parlamenter sistemin yürütmenin düzenleyici işlemler bakımından kabullerinden ziyade Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine göre ve anayasa koyucunun iradesine göre yorumlanarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, kararname kavramı ve türleri, hukuki nitelikleri, karar ve kararname farkı ile kararnamelerin denetimi bu çalışmada ele alınmaktadır. Özellikle asli kararnamelerin Cumhurbaşkanına mahfuz bir alanda düzenleme yapma yetkisi tanıyıp tanımadığı hususlarına değinilerek dünyadaki başlıca başkanlık sistemi uygulayan ülkelerdeki kararname sistemi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mukayesesi, bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı Kararı, Mahfuz Yetki, 2017 Değişiklikleri, Yasama Niteliğinde Yürütme İşlemi, Cumhurbaşkanlığı İşlemleri.

Abstract

With the 2017 constitutional amendments, the President has been granted the authority to make essential legal arrangements that would shape the state and the executive power with presidential decrees that derive their legitimacy directly from the constitution without relying on any empowering law or law. Presidential decrees, which are a new establishment in terms of Turkish Constitutional Law, should be interpreted according to the Presidential Government System rather than the regulatory procedures of the parliamentary system, and to the legislator will. In this respect, the concept and types of the decree, the legal characteristics, the difference between the decision and the decree and the supervision of the decrees are discussed in this study.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 27.11.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 27.11.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 02.12.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 27.11.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 16.12.2019.

(**) Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi,
E-posta: beratdmn@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7795-2286>.

In particular, the main objective of this paper is to study whether with the primary regulatory power the President has the authority to make arrangements in an reserved regulatory sphere and to compare Presidential decrees with the legal systems of some major countries implementing the presidential system.

Keywords

Presidential Decrees, Presidential Decision, Reserved Regulatory Authority, 2017 Amendments, Executive Procedure in Legislative Nature, Presidential Procedures.

GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihli referandumla Cumhuriyet tarihinin en kapsamlı idari, siyasi, yasal, anayasal değişim ve dönüşümleri gerçekleşmiştir. 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 1982 Anayasasının 49 maddesinde tadil yapılarak 21 maddesi ise ilga edilerek toplamda 70 maddelik bir değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikler üç aşamalı olacak şekilde yürürlüğe girmiştir. İlki referandumun kabul edildiği tarih, ikincisi seçim takviminin başladığı tarih olan 30 Nisan 2018 üçüncüsü ise Cumhurbaşkanımızın yemin ederek görevine başladığı tarih olan 09 Temmuz 2018 tarihi olarak anayasa koyucu tarafından belirlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi ile birlikte; genel itibarla, Başbakanlık, Bakanlar Kurulu, güvenoyu, gensoru, kanun hükmünde kararname, tüzük gibi parlamenter sisteme özgü birtakım müesseseler ile Askeri Yargıtay, sıkıyönetim, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği gibi kurum ve mekanizmalar kaldırılmıştır. Gerek 703 sayılı KHK gerekse 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile siyasi irade devlet teşkilatında sadeleşme ve bürokrasiyi azaltmadan yana tercihini kullanmıştır.

Bu sistemin anayasal yapı taşı ise, Cumhurbaşkanına yasama organından özerk olarak ilk elden, asli bir şekilde genel düzenleyici işlem yapma yetkisi veren kararnameler olmuştur. Aslında 1982 Anayasasının ilk halinde sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği konusu ile sınırlandırılmış bir alan olan kararnameler, 2017 değişikliklerinin akabinde yürütmeye ilişkin her alanda düzenleme yapabilme imkanı getirmiştir. Cumhurbaşkanına bağımsız düzenleme alanı tanıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin nevi'leri, muhteviyatı, hukuki nitelikleri ile yargısal denetimleri ve mukayeseli hukuktaki yerinin açıklığa kavuşturulması bu bağlamda muazzam önem arz etmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak 1982 Anayasasının ilk hali ve tarihi perspektifi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki nitelemesi, kavramı, mahfuz yetki deyi mi ile Cumhurbaşkanlığı kararı ile kararnamesi arasındaki fark ve kararnamenin nevi'leri üzerinde durulacaktır. Burada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir

sınıflandırması yapılarak bunların arasındaki idari ve anayasal farklar ortaya konacaktır. Bunun akabinde olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal çerçevesi çizilerek işlemin unsurları ve yargısal denetimi bakımından incelenecek ve olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aynı usulde ele alınacaktır. Son olarak ise, başkanlık sisteminin uygulandığı ülkeler olan Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve Rusya anayasalarında, başkanların kararname çıkarma yetkileri genel olarak ele alınarak mukayeseli hukuk kapsamında değerlendirilecektir.

1. CUMHURBAŞKANLIğI KARARNAMESİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİğİ VE TÜRLERİ

21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,¹ 24 Haziran 2018 tarihinde cumhurbaşkanlığı seçiminin sonuçlanması ile aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Anayasa değerikliği ile yeni bir hükümet sistemi kurulmuş ve bu sistemin adına, “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*” denmiştir. Bu sistemde cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulunun lağvedilmesi ile yürütmenin başı haline getirilmiş, yürütmedeki iki başlılık sona erdirilmiştir. Cumhurbaşkanının, parlamenter sistemdeki gibi yürütmenin sorumsuz kanadını temsil etme durumu ortadan kaldırılarak bilakis siyasi-cezai-hukuki sorumluluğu haiz olarak yürütmenin kendisi konumuna getirilmiştir.² Bu değeriklikler neticesinde, kamu tüzelkişiliği kurabilen ve ülke çapında uygulanabilecek yönetmelik çıkarabilen Cumhurbaşkanı, aynı zamanda idarenin de en üst makamı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle, Cumhurbaşkanı, kendi yardımcıları ve bakanlar üzerinde bu konumlarından kaynaklanan hiyerarşik³ yetkiler⁴ elde etmiştir. Anayasa 104/9 m. si, Bakanın, bakanlık içinde politika ve

¹ Kanun bilgileri için bkz: RG, T.11.02.2017, S.29976.

² Ali Ulusoy, “*Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor*”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>. “*Artık bakanların meclise karşı siyasal sorumlulukları kalmamıştır. TBMM'nin “güvenoyu” ile görevde kalabilen ve TBMM tarafından “gensoru” ile düşürülebilen Bakanlar Kurulu ve Başbakanın varlığına son verilmesi, diğer bir ifadeyle doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile TBMM arasında işbaşına gelmede ve görevde kalmada “güvenoyu” veya “gensoru” gibi hiçbir hukuki bağ kurulmaması ve yürütme erkini temsilde Cumhurbaşkanı dışında bir siyasal güç bulunmaması tipik başkanlık sistemi özelliği taşımakta ve parlamenter sisteme son verildiği anlamına gelmektedir.*”

³ Mehmet Artuk Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2017/3, s.26. “*karşı-imza kuralının kaldırılması ile bakanların, Cumhurbaşkanının tasarruflarına müdahale imkanları da bulunmadığı dikkate alındığında, bakanların Cumhurbaşkanına karşı sorumlulukları siyasal bir bağlılıktan öte idari bir bağlılık olarak değerlendirilmelidir. Ortak bir hükümet programı ve belirlenmiş bir siyasetin parçası olmadıklarından, tüm bunların belirleyicisi olan Cumhurbaşkanının kararlarını uygulayan astlar olarak görevlerini ifa edecek ve bu manada onlara tanınan yetkilerin kullanıcısı olacaklardır.*”

⁴ Bu hükümet sisteminde, bakanların statüsünün, Bakanlar Kuruluna yer verilmemesi, yasama organına karşı siyasal bir sorumlulukları olmaması ve parlamentonun bir üyesi olmamaları müşahede edildiğinde, Cumhurbaşkanı tarafından atandıkları bakanlık teşkilatının başında yer alan, ancak siyasal niteliği bulunmayan devlet sekreterleri yani idarenin kamu görevlileri haline getirildiği söylenebilir.

birlikte çalışacağı “*üst kademe kamu görevlilerini tespit etme*” yetkisinden tümüyle mahrum olduğunu göstermektedir. Yine 23.04.1981 tarih ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda ve özel kanunlarında Bakanlar Kurulu kararıyla veya müşterek kararname ile atanacakları düzenlenen kamu görevlileri Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktır. Ayrıca üçlü kararname ile atanan müsteşarlık kurumuna da yeni sistemde son verilmiştir Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde (CHS) bakanlar, başkanlık sisteminin özüne uygun olarak, siyasi sorumluluğu olmayan, Cumhurbaşkanının eylem ve iradesine yön veremeyen sadece onun talimatını yerine getirmekle sorumlu sekreterler olarak görülmelidir. Yani bir bakıma bakanlık makamı, 703 sayılı KHK öncesinde var olan müsteşarlık makamına eş değer olarak dizayn edilmiştir. Bu bakımdan müsteşarlık makamının idare teşkilatı içerisinde yer almaması bakan ve müsteşar arasında olası yetki çakışması ve çatışmalarını engelleyici olduğundan yerinde olarak müşahede edilmelidir. Örneğin, Hazine Müsteşarlığı, hükümet sistemi değişikliği ile beraber Maliye Bakanlığı ile birleştirilerek “*müsteşar-bakan*” denkleminde her iki unvanın siyasi irade tarafından yeni sistemde eş değer görüldüğü kanaatine ulaşılabılır. Bu sistemin özü; hızlı karar alma ve icra etme mantığına dayalı olarak Cumhurbaşkanının sistemin merkezinde olduğu, yürütmede ona herhangi bir ortak olmayacağı, tek teşkilat ve tek siyasi irade olduğu görüşüne dayanmaktadır. Şöyle ki gerek 703 sayılı KHK gerekse 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı karnamesi neticesinde bakanlık sayısının düşürüldüğü yine buna paralel olarak bakanlık teşkilatı içerisinde bulunan birim sayılarının ve bürokrat kadrolarının azaltılması dikkate alındığında, siyasi iradenin, devlet teşkilatında sadeleşme ve bürokrasiyi azaltmadan yana tercihini kullandığı görülmektedir. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanını bu hükümet sisteminde yürütmenin başı yaptığı kadar hatta ziyadesiyle idarenin de başı haline getirmiştir. Bahse konu düzenlemeler, yetki gaspı vs. durumlar dikkate alındığında olumlu mütalaa edilmelidir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasa hukukumuzda girmesi ve bahsedilen değişikliklerle normlar hiyerarşisinde köklü değişiklikler olduğu gözlemlenmektedir. Anayasa, temel insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler, kanun ve olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı karnamesi, diğer uluslararası sözleşmeler, Cumhurbaşkanlığı karnamesi, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği, Bakanlık ve Kurum yönetmelikleri ve adsız düzenleyici işlemler şeklinde yeni hiyerarşi doktrinde ileri sürülmektedir. Yine Cumhurbaşkanının, bakanlık ve kurum yönetmeliklerin Resmi Gazetede ilanını reddedip hukukilik denetimini yapabileceği unutamamalıdır.⁵ Burada biz de asli kararnameler ile kanunların aynı düzeyde yer aldığını belirterek diğer sıralamaya aynen iştirak etmekteyiz.

⁵ Fendoğlu, *agm.*, s.502.

Normlar hiyerarşisinin en altında yer alan idarenin/yürütmenin düzenleyici işlemlerinde yürürlüğe giren anayasa deđişikliđi⁶ ile kapsamlı bir değişikliğe gidilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde artık Bakanlar Kurulu'ndan söz edilemeyeceği için Kanun Hükümünde Kararnameler (KHK) ve Tüzükler, yine başbakanın veya bakanlar kurulunun dahil olacağı ve devlet başkanının işleminden kaynaklanabilecek siyasi ve/veya cezai sorumluluğun, başbakan ve ilgili bakanlarca üstlenilmesi temel işlevini temin eden karşı imza⁷ müessesesinin işletildiği kararname türleri artık eşyanın tabiatı gereği yeni anayasada yer almamıştır. Başka bir ifade ile, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Kanun Hükümünde Kararnameler,⁸ tüzükler,⁹ Bakanlar Kurulunun çıkardığı yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, üçlü ve ikili kararnameler, Başbakanlık kararları gibi düzenleyici idari işlemler kaldırılmıştır.¹⁰ Bu işlemlerin yerine, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi¹¹ getirilmiştir. Bu değişiklikler neticesinde, kanun hükümünde kararname çıkarılamayacak olsa da yürürlükteki kanun hükümünde kararnameler normlar hiyerarşisinde kanun

⁶ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG, T.11.02.2017, S.29976) 16 Nisan 2017'de halk oylamasına sunulmuş ve resmî sonuçlara göre %51,41 oyla kabul edilmiştir. Halkoylaması sonuçları için bkz. RG, T.27.04.2017, S.30050 mükerrer.

⁷ Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, 2.Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016, s.236, "Karşı-imza (countersignature, contreseing, Gegenzeichnung, controfirma)", devlet başkanının yazılı bir işleminde devlet başkanının imzasının altına, bu işlemde kaynaklanan sorumluluğun üstlenilmesi amacıyla başbakan veya ilgili bakanın veya her ikisinin attığı imzadır."

⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.05.1989 tarih ve E.1989/4 ve K.1989/23 sayılı kararı; ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesinin E.2017/52 ve K.2017/32 sayılı kararı. Anayasa Mahkemesine göre, "Anayasa'nın herhangi bir Maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi KHK çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe, KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz."

⁹ Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tüzüklerle karşılaştırıldığında güçlendirilmiş bir düzenleme yetkisi oldukları görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tüzüğe nazaran güçlendirilmiş yönü kanuni bir dayanağa ihtiyaç duymaması ayrıca Danıştay incelemesine de tabii olmamasından ileri gelmektedir.

¹⁰ 6771 sayılı Kanunla Anayasaya eklenen geçici madde 21/B uyarınca, anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir.

¹¹ Salih Taşdöğen, *agm.*, s.940 Ankara. "1982 Anayasasının 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmektedir. Anayasanın bu hükmüne istinaden, 18.08.1983 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiş ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi isimli işlem hukukumuzda ilk kez uygulanmıştır." Anayasanın 123/1. maddesinde, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasanın 123. maddesinde düzenlenen idarenin kanunla kurulması ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirilebilir. ayrıntılı bilgi için Bkz. Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013 s.374

gücünde olmalarından ötürü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üzerinde yer aldığı doktrinde iddia edilmektedir.¹²

Yine aynı şekilde tüzüklerin varlığına son verilmele beraber usulüne uygun olarak 09.07.2018 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan tüzükler yürürlükte kalmaya devam edeceklerdir. Burada, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürürlükteki tüzüklerin farklı hükümler içermesi durumunda hangi düzenleyici işlem hükmünün uygulanacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde tüzükler ile kararnamelerin aynı güçteki normlar olduğundan bahisle bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü ile bir tüzük hükmü çatıştığı takdirde “*sonraki kanun önceki kanunu ilga eder*” ilkesinin uygulanması gerektiğini belirten yazarlar¹³ olmasına rağmen kanaatimizce artık bakanlar kurulu diye bir kurumun olmaması, tüzüklerin kanuna dayanarak çıkartılması zorunluluğu yanında Danıştay incelemesinden geçen türev işlemler olup idari yargı denetimine tabi tutulması dikkate alındığında bu iki normun birbiri yerine ikame edilmesinin hukuki gerekçelendirmesini yapmak güçtür. Hatta farklı bir görüşe göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri herhangi bir kanuna ihtiyaç duymadan yapılabilen idari işlemler olarak tüzüklerin dahi üstünde görülebilir.¹⁴ Öte yandan parlamenter sistemde atama kararnameleri, müşterek kararnameler¹⁵ bireysel işlem olarak; Anayasa’nın 73. ve 167. maddelerinde¹⁶ Bakanlar Kurulu’na verilen ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin Anayasal istisnası olan yetkilerin kullanım biçimi olarak Kanun Hükmünde Kararnameler genel düzenleyici kararname türü olarak; ayrı bir yer tutmaktaydı.

1982 Anayasasının 104/17. maddesi genel bir hüküm olarak karşımıza çıkan¹⁷ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 2017 değişiklikleri ile Türk anayasa hukukunda asli niteliğe bürünerek yürütmenin en önemli düzenleyici işlemi olarak vücut bulmaktadır. Bu değişiklikler öncesinde yürütmenin işlemleri yasama karşısında ikincil nitelikteydi.¹⁸ Cumhurbaşkanı kararnamelerinin kanuna

¹² Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s.437- 440

¹³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.899, “*Bakanlar Kurulu’nun yetkilerinin Cumhurbaşkanı’na verilmesi “organlar hiyerarşisi” açısından Bakanlar Kurulu ile Cumhurbaşkanı eş seviyeye getirmişti. Eş seviyede bulunan iki makamın işlemleri arasında da hiyerarşi söz konusu olmayacaktır.*”

¹⁴ Cemre Akyılmaz, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2019, C.XXIII, S.1, s.200.

¹⁵ Özen Ülgen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, s.5.

¹⁶ Burada Bakanlar Kurulunun kullandığı yetkinin artık Cumhurbaşkanıya verildiği görülmektedir.

¹⁷ Abdurrahman Eren, “Anayasa Mahkemesinin KHK’lara İlişkin İçtihatları Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, 36(1), s.3.

¹⁸ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.329-330.

dayanma zorunluluğunun olmaması, TBMM'nin onayına sunulmaması hatta görüş için dahi Danıştay'a gönderilmemesi dikkate alındığında ikincil yani türevsel bir işlem olduğunu kaynağını doğrudan anayasadan alan asli kararnameler¹⁹ bakımından söylemek mümkün değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri elbette kanunlara aykırı hükümler içerebilecektir ancak kaynağını anayasadan alan bir "aslilik-ilkellik" durumu söz konusudur.²⁰

2017 değişiklikleri öncesi iki farklı kararname çeşidinden söz edilmekteydi. İlki yine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri diğerisi ise Bakanlar Kurulunun bir kanuna dayanarak çıkardığı kararnamelerdi. Bu dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari işlem niteliğinde olduğu görülmekteydi.²¹ Değişiklikler neticesinde, Cumhurbaşkanlığı makamınca yapılabilecek; soyut, kişilik dışı, objektif işlemler ile (-ki bunlar yürütmenin düzenleyici işlemleridir-), özel, somut, sübjektif (birel) işlemler bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin teori ve uygulamada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, ikincisine ise teoride Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olmasına rağmen uygulamada Cumhurbaşkanlığı kararı olarak adlandırıldıkları müşahede edilmektedir.²²

Cumhuriyet dönemi öncesinde, 1876 Kanun-i Esasi yürürlükte iken kanun-u muvakkat ile esas itibarıyla kararname terimi, anayasa hukukumuzda girmiştir. Kanun-i Esasi'nin 36. maddesi uyarınca yasama organı toplantıda olmadığı zamanlarda, devletin varlığına karşı telafisi güç zararların doğabilecek olması ihtimali ve kamu güvenliğinin temini maksadıyla padişahın buyruğu ile kararname çıkarılabilmekteydi. Bu kararnameler meclisin toplanması neticesinde uygun bulunur veya reddedilirdi.²³ Bu yönüyle kanun-u muvakkatların, OHAL (Olağanüstü Hal) kararnamelerine yakın olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁹ Anayasaya dayanılarak çıkarılabilecek kararnameler; olağan dönem kararnameleri olarak adlandırılan ve çeşitleri itibarıyla asli, tali ve bireysel olarak adlandırılabilir olan kararnamelerdir. Bu bağlamda da asli kararnameler; 104/17. maddesine göre yürütme yetkisine ilişkin genel kararnameler, Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/son ve 118/son maddelerinde yer alan mahfuz yetki kapsamında olduğu belirtilen kararnameler ve kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi veren kararnameler şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunlara ilaveten yürütmenin en güçlü düzenleyici işlemi olarak kabul edilmesi gereken olağanüstü hal kararnamelerini ekleyebiliriz.

²⁰ Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Monopol Yayınları, 2018, s.490, Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s.587.

²¹ Sıddık Sami Onar, "Amme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Mürakabe", Cemil Birsal'e Armağan, *IÜHFY*, İstanbul, 1939, s.319-320.

²² Hasan Tahsin Fendoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırılmalı)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s.495.

²³ Eren, *agm.*, s.11.

1921 Anayasası yürürlükte iken 144 sayılı Kanun ile Atatürk'e kanun eş değerinde düzenleyici işlem yapma yetkisi verildiği yine aynı dönemde Bakanlar Kurulu'na İstiklal Mahkemesi kurma yetkisi tanındığı görülmektedir.²⁴ Dolayısıyla yasama organı tarafından yapılması gereken işlemlerin kararname mahiyetine benzer işlemler ile yapıldığını görmekteyiz.

Cumhuriyet döneminde ise, 1982 Anayasası ile ilk kez “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” kavramının Anayasa hukukumuzda kazandırıldığı görülmektedir. 1982 Anayasasının değişmeyen halinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tek konusu “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği” teşkilatıdır. Bu açıdan istisnai bir işlem türü ve mahfuz²⁵ yetki²⁶ kapsamında olduğunun ileri sürülmesi nedeniyle anayasanın 107. maddesinde belirtilen bu konu sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecekti. Dolayısıyla bu konuda idare, başka bir düzenleyici işlemle ya da yasama organı kanun veya kararlarla bir düzenleme yapamayacaktı.²⁷ Buna paralel olarak, TBMM, 07.08.1983 yılında kabul ettiği 2879 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin *kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları, (yani yürütme alanı dışında kalan konuları)* düzenlemiştir. Yani TBMM bu alanda Cumhurbaşkanının mahfuz yetkisini kabul etmişti. Yine doktrinde buna benzer sayılabilecek bir düzenleme olarak, 2180 sayılı ve 16 Mayıs 1933 günü kabul edilen “Riyaset-i Cümhur Daire-i Teşkilat Kanunu” adını taşıyan kanun ileri sürülmektedir. Bu kanuna göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Bakanlar Kurulunun kararı ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanmaktaydı. Buna karşın aynı Kanunun 11. maddesinin (c) ve (ç) bentlerinde; Cumhurbaşkanlığı Dairesine bağlı bir takım memurların, Genel Sekreterin inhası ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanacakları öngörülmüştü. O dönem yürürlükte olan 1924 Anayasasının md.24'e göre Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu esas olmakla beraber atamalarda Başbakan ve Bakanlar

²⁴ Hasan Tahsin Fendoğlu, *agm.*, s.493.

²⁵ Mahfuz için bkz <http://sozluk.gov.tr/> sıfat, eskimiş, Arapça mahfuz, saklanmış, korunmuş, korunan, saklı

²⁶ 2017 değişiklikleri öncesi yürütmenin mahfuz bir yetki alanı olmadığı tezine dair bkz <http://www.anayasa.gen.tr/yasamafonksiyonu.htm> “...salf yürürlükte olan kanunların uygulanmasından ibaret olan işlemlerin yasama organı tarafından kanun yoluyla yapılamayacağı sonucuna varılmaktadır. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla valilik gibi bir kamu görevi ihdas edebilir. Ancak böyle bir görevi ihdas ettikten sonra bu göreve bizzat bir kişinin atanmasına dair bir işlem yapamaz. Aksi halde, Özbudun'a göre, fonksiyonlar ayrılığının, özellikle Yürütme görevini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna veren Anayasamızın 8'inci maddesinin bir anlamı kalmaz. Bu konuda Özbudun şu sonuca varmaktadır: “Türkiye’de yürütme organının mahfuz bir düzenleme yetkisi olmamakla beraber, mahfuz bir yetki alanı vardır. O da yürürlükteki kanunların uygulanmasıdır. Yasama organı, bu alana müdahale edemez.” E.T.: 28.10.2019.

²⁷ Salih Taşdöğen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C.65, S.3, s.940 vd.

Kurulu üyelerinin imzalarının bulunması anayasal bir zaruretti.²⁸ Kanaatimizce, isim ve oluşturulan teşkilat yönünden maddi ve şekli benzerlik olmakla beraber bu düzenlemenin esasen kanun ile yapıldığı ve kanun ile Cumhurbaşkanına tanınan bir atama yetkisi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla adı geçen kanuna göre Cumhurbaşkanınca yapılan işlem türevsel-ikincil nitelikte bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenleme, bu bakımdan, 1982 Anayasasının 107. maddesi ve halihazırdaki anayasanın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini düzenleyen ilgili maddeleri ile kıyası kabil durmamaktadır. Zira bu tür işlemlerde Cumhurbaşkanı asli olarak ilgili teşkilatı kurmaya ve düzenlemeye yetkilidir. Adı geçen kanundaki gibi yasama organından bir yetki veya icazet alması gerekmemektedir. Özetle, 1982 Anayasasının ilk halinde yer alan 107. maddeye göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmekteydi.²⁹ 1982 Anayasasında bu husus yasama yetkisinin genelliği ilkesinin yegane istisnasını oluşturmaktaydı. Zira bu hususun sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği kanun ile düzenlenemeyeceği kabul ediliyordu.³⁰ Ancak doktrinde bu düzenlemenin mahfuz yetki sayılamayacağına ilişkin görüşler de mevcuttu.^{31 32}

Hukuki niteliği bakımından kararnameler, organik olarak bir yürütme işlemidir. Fonksiyonel olarak ise, asli kararnameler bakımından, bir yasama işlemi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yasama işlemleri; ilk elden, Anayasa Mahkemesi denetimine tabii ve kanun gücünde olma özelliklerine haizdir.³³ Karar-

²⁸ Cem Eroğul, "Parlamentar Demokrasilerde Cumhurbaşkanını", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Haziran 1993, C.17, S.156, s.48. "Burada dikkati çeken nokta; Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ve yapacağı atamaların Başbakan ve bakanlarca imzalanmasını öngören 1924 Anayasası (md.24) yürürlükte olmasına karşın, Cumhurbaşkanlığı Dairesine bağlı bir takım memurların, Başbakan ve ilgili Bakanın imzası olmadan Cumhurbaşkanınca doğrudan atanabilmesidir."

²⁹ Benzer bir sınırlama Anayasa'nın ilk halindeki 107. madde bakımından da geçerliydi. Tartışmaların sonunda kabul edilen anılan kanunun 1. maddesi ise şu şekildedir: "Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler." Bu kapsamda, mali hükümler (bütçe), kadro cetvelleri ve personele ilişkin bazı hükümler kanunla düzenlenmiştir. Bu Kanun aynı zamanda daha önce yürürlükte olan 23.05.1933 tarih ve 2180 sayılı Riyaseti Cumhur Dairesi Teşkilatı Kanununu da yürürlükten kaldırmıştır.

³⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s.19; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005, s.246.

³¹ Lütfi Duran, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1983, C.4, S.1-3, s.40 "Bu kararname, Cumhurbaşkanlığının iç yapısı ve işleyişi ile ilgili kuralları ve usulleri içerdiği için, bireyler ve topluluklar üzerinde etkili ve geçerli olmayacağı değerlendirilerek, bu bakımdan tam anlamıyla özerk bir düzenleme işlemi sayılamayacağı ileri sürülmüştür."

³² Duran, *agm.*, 1983, s.34-35. "Düzenleme yetkisinin "özerk" nitelikte olması için, düzenleyici işlem yaparken, Anayasa'da veya kanunlarda bir dayanak aramak ve bulmak zorunda olmaksızın, herhangi bir konuyu serbestçe ve diledikleri gibi düzenleyebilmeleri gerekir."

³³ Eren, *agm.*,26.

name deyince ilk elden düzenleme olup Anayasa Mahkemesinin denetimine tabii işlemlerden söz etmekteyiz. Burada sadece kararnamelerin kanun gücünde olup olmadığı hususunda doktrinde bir tartışma olduğu görülmektedir. Atar'a³⁴ göre asli nitelikteki kararnameler kanun gücünde iken, Söyler'e göre mahfuz yetki kapsamında olan kararnameler sadece kanun gücünde, diğerleri kanunların altındadır.³⁵ Özbudun³⁶ ile Gözler³⁷ ise kararnamelerin ayrıma tabi tutulmaksızın kanunların altında yer aldığını savunmuştur. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 1982 Anayasasının 104/17 hükmü uyarınca normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığı doktrinde ileri sürülmektedir. Zira kanunlara aykırı hüküm içerebilecek olan kararnameler, eğer kanunlar ile bir çatışma içerisine girerler ise *-anayasanın bu amir hükmü gereğince özel-genel hüküm, eski-yeni hüküm gibi yoruma mahal bırakmayacak şekilde-* kanunların üstünlüğü görülmektedir. Öte yandan, yine Anayasasının amir hükmü gereğince, kararname ile düzenlenen bir alanda kanun çıkarılması halinde kararnamenin kanuna aykırı hükümleri ilga olacaktır.

Kanaatimizce, buradaki hiyerarşi bakımından yürütmeye ilişkin çıkarılan asli kararnameler konusunda Atar'ın görüşüne iştirak etmekteyiz. Şöyle ki; artık Cumhurbaşkanının yürütme konusunda (*ileri de değineceğimiz üzere*) bir mahfuz alan kendisine Anayasada tanınmıştır. Bunun mefhumu muhalifinden hareketle, sert kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, parlamentonun yürütmeye ilişkin konularda kanun çıkarmaması yönünde yaklaşım benimsemesinin, bu sistemin çekirdeğini oluşturduğu ileri sürülebilir.³⁸ Eğer parlamento yürütmeye ilişkin bir alanda kanun çıkarırsa bu kanunun Cumhurbaşkanınca veto edilmesi bunun akabinde parlamento tarafından tekrar yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanına gönderilmesi halinde, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine iptal davası açması kuvvetle muhtemel görülmektedir. Öte yandan asli kararnamelerin meşruiyetini doğrudan anayasadan almaları herhangi bir kanuna dayanma mecburi-

³⁴ Yavuz Atar, "Türk Anayasa Hukuku", Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s.276.

³⁵ Yasin Söyler, "Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s.166.

³⁶ Özbudun, *age.*, 2018, s.248

³⁷ Gözler, *age.*, 2018, s.896

³⁸ Ayrıntılı bilgi için, Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasalılık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.241-259; bizim de katıldığımız görüş uyarınca "kanun ile kararname arasında hiyerarşi olsaydı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır" şeklinde bir düzenleme yapmaya gerek duymazdı. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi sadece Anayasaya uygunluk açısından yapılır ve bu denetimi Anayasa Mahkemesi yapar. Anayasada, kanunlarda olduğu gibi kararnameler bakımından da yönetmelik çıkarılması öngörülmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri gibi kanuna dayalı (bağlı) işlemlerden değildir."

yetinin olmaması dikkate alındığında iptal davalarında dahi kararnamelerin kanunlara uyup uymadıkları hususunda herhangi bir inceleme, denetim yapılmaz. Burada 104. m. kapsamında yapılacak olan denetimde iptal kararı çıkacaksa “kanunlara aykırı olmasından” değil “104. m.’deki şartları taşımaması” gerekçesi ile olacağı aşıkardır. Dolayısıyla burada bir normlar hiyerarşisinden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.³⁹

Kanaatimizce, her ne kadar yasama organı asli kararnameler kapsamında kalan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alanına giren konularda yasa çıkaramaz görüşü tarafımızca benimsenmiş olsa dahi gerek Tanör gerekse Özbudun’un da belirttiği üzere, anayasada, TBMM’yi bu yetkiden men eden vazıh veya zımnı herhangi bir hüküm bulunmaması karşısında asli ve ilk elden düzenleme yetkisine dayanarak yasama organı bir kanun çalışması yapabilir. Bu durumda sonra çıkan kanun, asli kararname kapsamında çıkarılan kararnameyi ilga mı edecektir? Veya yürütme alanında çıkarılan bir kanun, daha sonra aynı alanda çıkarılan bir kararname neticesinde mülga mı olacaktır? Kanımızca, bu gibi hususlar kül halinde ele alındığında, burada uygulamayı Anayasa Mahkemesinin içtihadı belirleyecek olmakla beraber, bu alanda Anayasada özel bir düzenleme yapılmak suretiyle “yürütmeye ilişkin konularda kanun çıkarılamaz” hükmü eklenmelidir. Yine uygulamada bir mevzuat taraması yapılarak yürütme alanında çıkarılan kanunların başka bir kanun ile sistem değişikliği gerekçesi ile mülga edilerek bu alanlarda hızla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çalışması yapılmalıdır.

Anayasa’nın 8. maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilecektir. Bu icra faaliyeti kapsamda, Cumhurbaşkanı tarafından genel düzenleyici yani bireyi ve toplumu ülke çapında ilgilendirecek işlemler yanında bireysel, idari işlemler de icra edilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi işte bu işlemlerin bütününe verilen addır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi ile birlikte birbirinden farklı idari işlemlerin artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi⁴⁰ olarak adlandırıldığı görülmektedir. Diğer bir deyişle, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanı tarafından yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan tek taraflı bir idari işlemdir. Bu idari işlemleri yapma yetkisi yalnızca Cumhurbaşkanıya aittir. Cumhurbaşkanı, herhangi bir organ ya da makamın teklifine veya onayına ihtiyaç duymaksızın Cumhurbaşkan-

³⁹ Volkan Aslan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, 36(1), s.152.

⁴⁰ Eski sistemde 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden söz edilmekteydi. Ancak bu kararname türü, işlemin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından yapılan kararnameleri açıklamak üzere kullanılan idari bir terimdi. ayrıntılı bilgi için bkz. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. Bası, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1997, s.220.

kanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini haizdir. Olağan dönemde yürütmeye ilişkin konularda, olağanüstü dönemde ise olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapmak Cumhurbaşkanının tek başına takdir edeceği bir yetki kullanımını olanağını ifade eder.

Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasa'dan aldığı yetki ile yapacağı genel düzenleyici nitelikteki işlemler Anayasa'da "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" olarak adlandırılmaktadır. Aynı bir yasal yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmamasından ötürü kararnameler kural işlemi niteliğindedir.⁴¹ Cumhurbaşkanlığı kararnamesi teknik olarak Cumhurbaşkanının asli yetki kullandığı genel düzenleyici işlemlere verilen ad olarak kabul edilmelidir. Bu işlemlerin ortak özelliği, ayrıca bir yetkilendirmeye ihtiyaç olmaksızın, Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasadan aldığı yetkiye dayanmasıdır. Buna paralel olarak, bu işlemlerin yargısal denetimi için Anayasa Mahkemesi uygun görülmüştür. Ancak, olağanüstü hâllerde, olağanüstü hâlin gerektirdiği konuda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından bir denetim yasağı söz konusudur. Asli nitelikteki yani doğrudan genel düzenleyici idari işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri; önce olağan dönem / olağanüstü hâl dönemi olarak ayrılıp, daha sonra olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dahilinde kendi içinde gruplandırılabilir. Her iki kararnamenin ise siyasi denetim yerinin TBMM olduğu kabul edilmelidir. Şöyle ki, her ne kadar olağan dönem kararnamelerinde siyasi denetim yapıldığına ilişkin bir hüküm olmasa dahi, parlamento, olağan dönem kararnamelerinin düzenlediği konu hakkında kanun çıkarmak suretiyle; olağanüstü hal kararnamelerini ise zaten anayasa gereği 3 ay içerisinde uygun bulmak veya bulmamak suretiyle bu denetimi yapabilecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri; asli kararnameler hariç, yasama organınca, kararnamenin düzenlediği alanda kanun çıkararak veya o alanda kanun çıkarmasına dahi kararnamenin iptaline ilişkin tek maddelik bir kanun çıkarmak suretiyle veyahut bir kanun ile birden fazla kararnamenin yürürlükten kaldırıldığını belirtmek suretiyle, ilga edilebilir. Kararnameleri yürürlükten kaldıran kanun mülga olsa dahi kararnameler resen yürürlüğe girmeyecektir. Öte yandan, Cumhurbaşkanı kendisinin çıkardığı kararnameyi başka bir kararname ile yürürlükten kaldırabilir veya sonradan gelen Cumhurbaşkanı, kendisinden önce çıkarılmış olan kararnameleri tamamıyla yürürlükten kaldırabilir. Üçüncü olarak Anayasa Mahkemesi kararnameyi iptal ederse geleceğe yönelik kararname ilga olur.⁴²

⁴¹ Fendoğlu, *agm.*, s.495

⁴² Fendoğlu, *agm.*, s.521.

Sonuç olarak, Anayasa'ya dayanılarak çıkarılabilecek kararnameler, olağan dönem kararnameleri olarak adlandırılan ve eşitleri itibarıyla asli, tali (türevsel) ve bireysel olarak adlandırılabilir olan kararnamelerdir. Bu bağlamda asli kararnameler; 104/17. maddesine göre yürütme yetkisine ilişkin genel kararnameler, -*Yüksek Askeri şuranın Kuruluş ve Görevleri, Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar, Genel Kadro ve Usulü hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi*- Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/son ve 118/son maddelerinde yer alan mahfuz yetki kapsamında olduğu belirtilen kararnameler ile kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi veren kararnameler şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunlara ilaveten yürütmenin en güçlü düzenleyici işlemi olarak kabul edilmesi gereken olağanüstü hal kararnamelerini ekleyebiliriz. Zira bu olağanüstü hal kararnameleri diğerlerinden farklı olarak yargısal denetime tabi olmamasının yanında 3 ay içinde yasama tarafından uygun bulunmazsa yürürlükten kalkmasına rağmen hükümsüz kalmadığı için, o süre içerisinde yapılan işlemler bakımından hüküm ifade edeceği açıktır. Bir başka deyişle, bu dört grup şeklinde sayılabilecek olan kararnameler, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin ana omurgasını oluşturarak devletin teşkilatı ve işleyişini temin edecek düzenleyici işlemler olarak görülmelidir.⁴³

i) “Mahfuz Yetki” Terimi

Anayasa Hukukunda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin “mahfuz yetki” deyiminden anlatılmak istenen, bir alanın müstakilen ve münhasıran, Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan kaynağını anayasadan alan bir meşruiyet ile herhangi bir organdan yetki, onay, icazet almadan sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesidir. Bu düzenlemeler öyle düzenlemelerdir ki, başka bir organ tarafından bu saklı alana müdahale edilemez, bu alana ilişkin herhangi bir düzenleyici işlem yapılamaz. 1982 Anayasasının ilk halinde mahfuz yetkinin sadece “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği” düzenlemesi ile sınırlı olduğunu yukarıda belirtmiştik.

6771 sayılı kanun ile yapılan değişikler ile 104/9, 106/11, 108/son, 118/son maddelerinin Cumhurbaşkanına mahfuz yetki tanıdığı dolayısıyla bu alanlarda sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılabileceği doktrinde bir kısım yazarlar tarafından belirtilmiştir. Buna karşılık ise bazı yazarların, yasanın üstün durumunu koruması ve asliliği karşısında mahfuz yetkiden

⁴³ M. Artuk Ardiçoğlu, *agm.*, s.25 “...cumhurbaşkanlığı kararnameleri marifetiyle kanuni bir dayanağı veya parlamentonun verdiği bir yetki olmaksızın, ilk elden/asli düzenleme yapma yetkisi ile donatılmıştır. Bu anlamda egemenlikten kaynaklanan ve Türk milleti adına kullanılan yasama yetkisinin artık Cumhurbaşkanı tarafından da kullanılabilceği ileri sürülebilecek, buna karşın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabileceği karşı bir görüş olarak yer alacaktır.”

bahsedilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Doktrinde aksi tez olarak, Tanör/Yüzbaşıoğlu bu düzenlemelerin yürütmeye mahfuz alan sağlamadığı görüşündedir. Çünkü 1982 Anayasasında bunların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasının yanı sıra kanunla düzenleme yasağı bulunmadığı dolayısıyla yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca bu konularda yasal düzenleme yapılabileceği ve yasa ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi farklı hüküm içerirse yasanın uygulanacağını ileri sürmüşlerdir.⁴⁴ Gözler,⁴⁵ Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği belirtilen alanları mahfuz düzenleme alanı olarak kabul ederek şayet anayasa koyucu bu alanların kanun ile de düzenlenebileceğini kabul etmek isteseydi “düzenlenebilir” ya da “kanunla veya Cumhurbaşkanı kararıyla düzenlenir” ifadelerini kullanabileceğini ortaya atmıştır.⁴⁶ Fendoğlu ise, Cumhurbaşkanının asli yetkisinin olduğunu ancak bunun bir mahfuz alan yaratmadığını, sadece Cumhurbaşkanının ilk hareket eden konumunda olmasından kaynaklı bir avantajının bulunduğunu belirtmiştir.⁴⁷

Kanaatimizce, yukarıda zikrettiğimiz maddeler Cumhurbaşkanına mahfuz düzenleme alanı sağlamaktadır. Yani bu alanlarda ne yasamanın ne de yürütme içerisinde başka bir makamın düzenleme yapması mümkün değildir. Bu görüşümüze gerekçe olarak, öncelikle, değişiklik metninde Anayasa’nın Geçici 21/B maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.” şeklinde yer almasını gösterebiliriz. Bu hükümde yer alan altı ay içinde düzenleme yükümlülüğünün bu dört maddeye ilişkin olduğu müşahede edilmektedir.⁴⁸ İkinci bir argüman olarak, bu konuların kanunla da düzenlenmesi mümkün olsaydı, kullanılması gereken ifade “düzenlenebilir” olmalıydı. Nitekim 123. maddede yani kamu tüzel kişiliğinin kurulmasında olduğu gibi, açık bir şekilde “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” biçiminde bir ifade kullanılması da mümkündü. Ancak, her iki olasılık da tercih edilmemiş ve Anayasa’da özel

⁴⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, *age.*, s.438.

⁴⁵ Gözler, *age.*, s.888. Yine de Gözler, karşıt görüştekilerin muhtemel argümanlarından yola çıkarak ilgili hükümlerin yoruma açık ve izaha muhtaç olduğu kanısını ayrıca belirtmektedir.

⁴⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Ardıçoğlu, s.38 vd. “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ifade edilen konularda TBMM’nin kanunla düzenleme yapmasının önünde bir engel yoktur. 104’üncü madde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenen bir hususta TBMM’nin bir kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğini de hüküm altına almıştır. Yani Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir hususta kanun çıkarılmasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yürütme organının mahfuz düzenleme alanının olduğu söylenemez.”

⁴⁷ Fendoğlu, *agm.*498.

⁴⁸ Ülgen, *agm.*, s.20.

olarak sayılan bazı hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörölmüştür. Üçüncü argüman olarak ise, mahfuz yetki kapsamındaki maddeler hem 104. hem de 123. m.'ye göre genel düzenlemenin özel istisnası niteliğinde düzenlemelerdir. Özel hüküm genel hükümden önce uygulanır kuralı gereği bu alanların mahfuz yetki kapsamında kaldığını söyleyebiliriz. Son olarak ise, anayasanın gerek sistematik gerek lafzi ve gai yorumundan anayasa koyucunun, bu değişiklikten maksadının yürütme erkini kuvvetlendirmek ve karar alma mekanizmalarını hızlandırmak olduğu düşünöldüğünde, mahfuz yetkinin varlığının kabulü gerekmektedir. Zira bunun mefhumu muhalifinden Cumhurbaşkanına mahfuz alan tanınmaz ise, TBMM'nin bu mahfuz yetki alanı kapsamında kalan alanlarda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanı bu alanda asla düzenleme yapamayacak ve kararname işlemi çok nadir kullanılan bir yetkiye dönüşecektir. Bu husus ise güçlü yürütme ilkesini benimseyen anayasa değişiklikleri ile çatışır vaziyettedir.⁴⁹

ii) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Kararı Terimleri

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin anayasa tarafından benimsenmesi ile birlikte başkanlık sistemi yönü ağır basan yeni bir hükümet sistemine geçilmiştir. Bu hükümet sisteminde Cumhurbaşkanlığı makamının icrai yetki ve görevinin artması ile birlikte bu görevi gerçekleştirirken üç değişik işlem türü gündeme gelmektedir. Bunlar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kararları ve yönetmelikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁰

Hali hazırda, anayasaya göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, sadece düzenleyici idari işlem niteliğinde olmamakla beraber, başta üst düzey kamu görevlilerinin atanması, görevlerine son verilmesi ve benzeri işlemleri kapsayan bireysel idari işlem⁵¹ niteliğinde dahi olabilecektir. Fiiliyatta önemli bir ayırım olmasına rağmen hukuk doktrinimizde ve anayasal metinlerimizde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasında yazım ve hukuk tekniği bakımından bir ayırım yapılmadığı görölmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hukuki terimi ile hem bireysel hem de genel düzenleyici işlemler ifade edilmektedir.⁵² Cumhurbaşkanlığı kararı ile ilgili olarak 1982

⁴⁹ Eren. *agm.*, s.46.

⁵⁰ Şeref İba/Yasin Söyler, Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, S.36(1), s.197.

⁵¹ Birel idari işlemlere anayasadan verilebilecek örnekler m.104/9'da düzenlenmiş olan üst kademeye kamu yöneticilerini atama ve görevlerine son verme ile m.130/6'da yer verilen üniversite rektörlerini atama yetkisi olarak gösterilebilir.

⁵² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.875-878. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.437, "Cumhurbaşkanı, genel, soyut, objektif, kişilik dışı ve süreklilik kuralları"

Anayasası'nın 107. madde gerekçesine bakıldığında, yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ikamesi olarak kullanıldığı görülmektedir.⁵³ Bu durum nedeniyle, uygulamada olmasa da doktrinde karar ile kararname terimlerinin birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Bunun yanında, bu kavram kargaşasının, Cumhurbaşkanının bir işlem tesis etmesinin akabinde, bu tesis edilen işlemin kaynağı ve hukuki denetimine kadar bir dizi tartışmayı beraberinde getirdiği mülahaza edilmektedir.

Uygulama yönü ile kararname ve karar ayrımı son derece önemlidir. Zira işlemin Resmi Gazetede yayımlanmasından denetimi konusunda hangi yargı merciine tabii olduğuna kadar pek çok husus Cumhurbaşkanınca yapılan işlemin türünün hukuki niteliğine bağlıdır. Kararnameler anayasa uyarınca resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe gireceklerdir. Kararlar bakımından ise böyle bir netlik bulunmamakla beraber 10 sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4/1-ç maddesi gereği kararların yayımı hususunda Cumhurbaşkanının takdir yetkisi bulunmaktadır.⁵⁴

Kanaatimizce, kararname ve karar arasında farkı açık ve lafzi bir şekilde ortaya koyan, açıklayan, anayasal veya yasal bir metin hukukumuzda bulunmamakla beraber⁵⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnamesi *-ilk elden düzenleme yapan asli nitelikteki kararnameler-* ile Cumhurbaşkanlığı kararının farkını açıklamak için yasama işlemi ile yürütme işlemini birbirini ayırmada kullanılan *"maddi kriter"* ile *"organik-şekli kriter"*den faydalanabiliriz. Şöyle ki, Cumhurbaşkanınca resmi gazetede yayımlanan kararname veya karar adı altındaki işlem; genel, soyut, sürekli, objektif, kişisel olmayan kural mahiyetinde ise bu işlem asli nitelikteki kararnamedir ve ilk elden düzenleme içerir, yasama niteliğinde yürütme işlemidir. Eğer işlem, subjektif ve somut ise Cumhurbaşkanlığı kararı adında idari işlem olarak kabul edilebilir.⁵⁶ Başka bir anlatımla, Cumhurbaşkanlığı kararları, Cumhurbaşkanı'na kanunlarla verilmiş olan seçme ve atama dahil her tür yetkinin kullanılmasına dair yetkilerin somut olayda kullanılmasını ifade eden idari işlemler olarak tanımlayabiliriz. Bu yetkilere örnek olarak⁵⁷; kamulaş-

koymanın haricinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir atama işlemi gerçekleştirilebilir. Parlamenter sistem incelendiğinde Cumhurbaşkanının, birel işlemleri "Cumhurbaşkanı kararı" ile yaptığı görülmektedir. Bu sebeple bu tercih dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem olduğu söylenebilir. Yine de bu belirlemenin anayasal bir dayanağı yoktur. Neticeten "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" başlığı altında birel işlem de yapılabilecektir."

⁵³ Mehmet Akad/Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası*, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998, s.435.

⁵⁴ İba/Söyler, *agm.*, s.198.

⁵⁵ Aksi görüş için İba/Söyler, *agm.*, 199-201.

⁵⁶ Eren, *agm.*, s.17.

⁵⁷ Cumhurbaşkanı'nın 12.08.2018 tarihinde vermiş olduğu 85 Sayılı "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar".

tırma kararı,⁵⁸ tespit kararı, ithalatta tarife kontenjanı uygulanması hakkında karar ve ileri saat uygulamasına devam edilmesi ile ilgili karar verilebilir. Cumhurbaşkanlığı kararı idari işlem niteliğindedir.

Cumhurbaşkanlığı kararları, Cumhurbaşkanlığı'nın kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde aldığı, düzenleyici veya bireysel işlem niteliğine haiz ve Danıştay denetimine⁵⁹ tabi kararlar olduğu söylenebilir. Öte yandan Tanör/Yüzbaşıoğlu'na⁶⁰ göre "Cumhurbaşkanlığı, genel, soyut, objektif, kişilik dışı ve sürekli kurallar koymanın haricinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir atama işlemi gerçekleştirebilir. Parlamenter sistem incelendiğinde Cumhurbaşkanlığı'nın, birel işlemleri "Cumhurbaşkanlığı kararı" ile yaptığı görülmektedir. Bu sebeple bu tercih dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem olduğu söylenebilir. Yine de bu belirlemenin anayasal bir dayanağı yoktur. Neticeten "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" başlığı altında birel işlem de yapılabilecektir." Buna benzer bir görüş olarak, meşruiyetini doğrudan anayasadan alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasının gerektiği bununla beraber türevsel nitelikte, yani ikincil meşruiyetini kanunlardan alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise Danıştay'ın denetimine tabi tutulmasının uygun olduğu ifade eden görüşler de bulunmaktadır.⁶¹ Özbudun ise, kararnamelerin denetim mercisinin Anayasa Mahkemesi olduğunu bu tip ayrımların Anayasaya aykırılık teşkil edebileceğini belirtmiştir.⁶²

Kararnameler ile kararların denetim yeri konusunda, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun, Danıştay'ın görev ve yetkilerini düzenleyen 23. ve devamı maddelerinde⁶³ Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak karara bağlayacağı işlemler

⁵⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/20.5.847.pdf>, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde de bu tarz kararnamelere Cumhurbaşkanlığı Kararı denilerek resmi gazetede yayımlanması uygulamasına devam edildiği müşade edilmektedir."

⁵⁹ Madde 24 - (Değişik: 2/6/2000 - 4575/2 md.) 1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanlığı kararlarına...karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ... idari davaları karara bağlar.

⁶⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, *age.*, s.437.

⁶¹ Turhan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, C.23, S.2, s.17, <http://dergipark.gov.tr/maruhad/issue/36535/414732>.

⁶² Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku", s.386.

⁶³ Madde 24 - (Değişik: 2/6/2000 - 4575/2 md.) 1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanlığı kararlarına,

b) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanlığı çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere,

c) (Değişik: 2/7/2012-6352/45 md.) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere...karşı

arasında “Cumhurbaşkanlığı kararı ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikler” son değişiklikler ile eklenmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan yönetmeliklerin veya kararların yargısal denetimi ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay tarafından yapılacaktır.⁶⁴ Burada Cumhurbaşkanı’nca çıkarılan ama esas itibarıyla tali, bireysel ve türevsel kararname şeklindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulamada Cumhurbaşkanı kararı olarak ele alındığını ve bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla yetkilendirildiği görülmektedir.

Öte yandan Danıştay 5. Dairesi, E.2005/5627, K.2007/72, 24.01.2007 tarihli kararında⁶⁵; yerel mahkemenin idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlayarak; bir işlemin idari işlem olarak tanımlanabilmesi için, o işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmesi gerektiğini belirten, kuvvetler ayrılığını benimsemiş olan Anayasamızda TBMM’nin görev ve yetkilerinin Yasama bölümünde düzenlendiği, bu haliyle TBMM Genel Kurulu’nun idari makam olarak düşünülmesinin mümkün olmadığı; bu nedenle, “idari bir makam” olarak kabul edilmeyeceği tartışmasız olan yasama organının RTÜK’e üye seçmesiyle ilgili aldığı kararın idari yargı denetimine tabi tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesi ile önüne gelen dosyada; “İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin,

açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar (2575 SK. m.24).

⁶⁴ 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile değişik 24’üncü maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı kararları ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemler Danıştay’ın denetimine tabidir. Bu bakımdan genel esasları belirleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararlarının da yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılmalıdır tezi ileri sürülebilse de bir kararnamenin genel esasları düzenlemediği gerekçesiyle “karar” olarak adlandırılmasını sağlayacak herhangi bir anayasal, yasal, kararname çeşidinde düzenleme olmadığı gibi bu yönde bir içtihat dahi bulunmamaktadır.

⁶⁵ Anılan kararda “‘‘Hukuk Devleti’’, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa’nın 197 ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır. Nitekim, Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, ‘‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.’’ hükmü getirilmiştir; ‘‘Yargı yolu’’ başlıklı 125. maddenin birinci fıkrasında da; ‘‘İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır’’ kuralına yer verilmiştir’’ denilmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin yapılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez. Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup, Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen idare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” demek suretiyle yerel mahkemenin kararını bozduğu görülmektedir.

Kanımızca, hukuki olarak, Cumhurbaşkanınca yapılan bir idari işleme Cumhurbaşkanlığı kararı dememizi sağlayan ve onu hukuk tekniği bağlamında diğer kararnameden ayıran herhangi bir anayasal, kanuni dayanak, şekli ve maddi unsur bulunmamaktadır. Bu konuda anayasada bir düzenleme yapılarak bu tartışmalı alana son verilmesinin faydalı olacağı mütalaa edilebilir. Başka bir deyişle, birel işlem niteliğindeki kararnameler türev yani ikincil kararname olarak görülerek denetiminin anayasada herhangi açık bir yasaklayıcı hüküm bulunmaması karşısında idari yargıya ve idari işlemin muhatabına dava açma hakkı tanınmak suretiyle bırakılması gerekmektedir. Buradaki yoruma açık hususun yapılacak bir anayasa değişikliği ile giderilerek yargı mercii belirlenmesi konusunda yorum ve içtihat farklılıklarının önüne geçilmesi gerekmektedir.

A. Asli Nitelikteki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasanın 104/17. maddesi uyarınca çıkarılan kararnameler, mahfuz yetki kapsamında kalan maddelere dayanarak çıkarılan kararnameler, kamu tüzel kişiliği kuran kararnameler ve olağanüstü hal dönem kararnameleri; asli kararname yani niteliği itibarıyla doğrudan yürütmeye ilişkin genel, soyut ve ülke çapında etki doğuracak kararnameler olarak görülmelidir. Esasen, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin temel taşı ve omurgasını oluşturan yasama niteliğindeki yürütme işlemlerini ifade eden kararname türü budur. Cumhurbaşkanı bu müessese ile devleti, geniş anlamda yürütmeyi ve idareyi yönetir.⁶⁶

⁶⁶ Cumhurbaşkanı yürütme erki olarak Anayasa Hukukunun, idarenin başı olarak da İdare Hukukunun inceleme alanına girmiştir. <http://www.anayasa.gen.tr/yurutme.html> "idare, esas itibarıyla yürütme organının bir parçasıdır ve Anayasamızın sistematiği içinde "yürütme" başlıklı üçüncü kısmın ikinci bölümü içinde "IV"üncü başlığı olarak 101 ve devamı maddelerde düzenlemiştir. O nedenle, "idare" ile "yürütme"yi birbirinden ayırmak mümkün değildir. Ancak, Anayasamızın sistematiğinde, "idare", "yürütme"nin sadece bir kısmını oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle "yürütme organının idare dışında kalan bir kısmı" da vardır."

Doktrinde mahfuz/saklı yetki olarak nitelendirilen dört maddede 104/9, 106/11, 108/son, 118/son fıkrasında belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür.⁶⁷

Anayasa madde 123/1 maddesinde düzenlenen “*kanuni idare*” ilkesi gereğince, idarenin kuruluşu ve görevleri kanunla düzenlenir. Yani, bu amir hüküm uyarınca yasama organı tarafından kuruluş esasları ve görevleri ile yetkileri düzenlenmemiş bir idari teşkilatlanmanın Türk idare teşkilatı içerisinde yer alamayacağını kabulü gerekir.⁶⁸ Öte yandan mahfuz yetki kapsamında olan dört maddede (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) ise, belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Her ne kadar, bu durum Türk İdari Teşkilatının görevini belirleme ve düzenleme yetkisi konusunda bir ikilik yaratmakta gibi görünse de kanımızca⁶⁹ anayasanın bu emredici hükmü ile bu konuların kararname ile düzenlenmesi gerekmektedir. Kamu tüzelkişiliğinin kurulmasında olduğu gibi, açık bir şekilde “*kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*” biçiminde bir ifade kullanılması da mümkündür. Ancak, her iki olasılık da tercih edilmemiş ve Anayasa’da özel olarak sayılan bazı hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, mahfuz yetki kapsamındaki maddeler hem 104. hem de 123. m.’ye göre genel düzenlemenin özel istisnası niteliğinde düzenlemelerdir. Fakat bu alanlarda gerek yasamanın genelliği gerekse Anayasanın 123. m. gereği yasama organının kanuni bir düzenleme yapabileceği göz ardı edilmemelidir. Yine Anayasanın, yasamanın genelliği ve asli oluşuna ilişkin 7. ve 87. maddelerinde bu hususlarda herhangi bir düzenleme ve sınırlama olmadığı görülmektedir.⁷⁰

⁶⁷ Mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri “üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları (m.104/9)”, “bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması (m.106/11)”, “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m.108/son)” ile “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/son)” ile sınırlıdır. Bu sayılanlar mahfuz yetki kapsamında bir düzenleme olarak görülmelidir. Zira Anayasa’nın 106. maddesinde yapılan değişiklik ile Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağı hükmü dikkat çekicidir. Anayasanın 104/17-1 maddesi ile Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarması için genel yetki verilmiş olmasına karşın Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağını ayrıca md.106/son’da düzenlenmesi doktrinde tereddüde yol açmıştır. Bu konuda ayrık bir düzenleme yapılması ile bu madde kapsamındaki konularda kanuni bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece asli değil ayrıca “mahfuz” bir düzenleme alanı bırakılması istenildiği mülahaza edilmektedir.

⁶⁸ Ardıçoğlu, *agm.*, s.17 “Yürütme ve idarenin kendi başına bir “teşkilatlanma” yetkisi olmayıp, bu yetki yasama organındadır.”

⁶⁹ Farklı görüş için bkz. Ardıçoğlu, *agm.*, s.37 vd. “Kanuna eş bir hukuk kaynağı olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun önünde bir engel oluşturduğunu kabul etmek sistematik açıdan mümkün görünmemektedir.”

⁷⁰ Madde 7 - Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. Madde 87 - (Değişik: 21/1/2017-6771/5 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası antlaş-

Bu kararname türünde, dikkat edilmesi gereken yürütme ve yasamanın çatışma alanı olabilecek hususlardan biri, TBMM’de kanun yapma çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının farklı siyasi geleneklerden geldiği, yani uyumlu çalışmadığı durumlarda, yürütme yetkisine ilişkin sorun yaşanabilecek olmasıdır. Şöyle ki, bizim de katıldığımız görüşe göre, her ne kadar doktrinde mahfuz yetki kapsamında bulunan kararnameler hususunda yasama organı düzenleme yapamayacağına dair görüşler olsa da, esasen bu konuda yasamayı sınırlayan herhangi özel bir hüküm anayasada bulunmamaktadır.⁷¹ Nitekim ABD’de farklı siyasi geleneklerden gelen başkan ve kongre yapısının bulunduğu hallerde kararname uygulamasında yasama lehine farklılıklar göze çarpmaktadır. Aynı gelenekten geldikleri dönemde Başkanlık kararnamelerinin daha çok çıkarıldığı görülmektedir.⁷² Diğer bir ifadeyle, TBMM’nin asli düzenleme yetkisine sahip yasama kuvveti olarak üstün durumunu koruması karşısında, TBMM’nin mahfuz alanı ilgilendiren konularda kanun çıkarması durumunda, Anayasa Mahkemesine mahfuz yetki kapsamında Cumhurbaşkanının iptal başvurusunda⁷³ bulunması kuvvetle muhtemel bir durumdur. Bu durumda Anayasa Mahkemesi içtihadı yoluyla mahfuz yetkinin olup olmadığı belirlenecektir. Ancak yine iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadarki kanuni uygulamalar, “geriye yürümezlik kuralı” gereği, hukuk aleminde hüküm ifade edecektir. Bu husus o kadar önemlidir ki, örneğin, eski Genel Sek-

maların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.

⁷¹ Ardıçoğlu, *agm.*, s.44. Anayasada, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılmaz” gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturmaz. Anayasada belirli konulara ilişkin “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler/ düzenlenir” (Üst kademe kamu yöneticileri m.104/9, Bakanlıklar m.106/son, Devlet Denetleme Kurulu m.108/son, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği m.118/6) lafzı tek başına münhasır bir alan yaratma gücüne sahip değildir. Bu sayılanlar Cumhurbaşkanına bu alanlarda kararname biçiminde düzenleme yapma yetkisi veren normlar olup, mefhumu muhalifinden yasama organının yetkisine son verildiği sağlam bir çıkarım olmaz. Anayasa değişiklikleri ile yürütme organına açık bir münhasır düzenleme alanı tanınmamış, aksine kanun alanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı, kesişim alanında iki normun bulunması halinde ise kanunun uygulanacağı veya Cumhurbaşkanı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği hükümlerine yer verilmiştir.”

⁷² Fendoğlu, *agm.* s.497.

⁷³ Madde 150 - Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ... veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.

Madde 153 - Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükümünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi...iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. İptal kararları geriye yürümez.

reterlik Teşkilatı benzeri bir “İdari İşler Başkanlığı Teşkilatı”na anayasada yer verilmemiş olması karşısında Cumhurbaşkanlığı makamının idari işlerini yürütecek olan bir teşkilat yapılanması dahi ancak kanunla düzenlenmediği takdirde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecektir. Bunun mefhumu muhalifinden hareketle, yasama organı Cumhurbaşkanlığının Teşkilat Yapılanması Hakkında bir kanun çalışması yapabilir ve bu kanunun, ilgili kararnameyi yürürlükten kaldıracığı iddiası gündeme gelebilir.⁷⁴ Kanımızca, ilk olarak böyle bir düzenleme eşyanın tabiatına aykırı olur. Zira kendisine mahfuz bir düzenleme alanı bırakılan güçlü yürütme ilkesinin benimsendiği anayasada Cumhurbaşkanının kendi çalışacağı teşkilatın parlamento tarafından ihdas edilmesi anayasaya aykırı olur. Burada Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu gibi İdari İşler Başkanlığının, anayasa koyucunun gerçek iradesini yoruma yer bırakmayacak şekilde anayasa metnine dercederek herhangi bir yargısal aktivizm⁷⁵ - Lino Graglia’ya göre: “*yargısal aktivizm ile söylemek istediğim çok basit ve özgül bir biçimde, diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasi tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir.*”⁷⁶; yine Atar’a göre “*Yargısal aktivizm, yargıçların kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme istekleri...*”⁷⁷ - ve yerindelik denetiminin önüne geçilmesi⁷⁸ sağlanabilir.

Yine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile artık “*kamu tüzel kişiliği*” kurulabilecektir. Anayasanın “*İdare*” kenar başlıklı 123’üncü maddesinin son fıkrasına göre, “*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle*

⁷⁴ Anayasa koyucunun gerçek iradesinin yoruma yer bırakmayacak şekilde anayasa metnine dercedilmesi gerekir. Nitekim 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu, 703 sayılı KHK’nın 46. maddesi ile 09/07/2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına ilişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir. Bu kanunda TBMM istediği düzenlemeyi yapabilecektir. Öyle ki, bu düzenlemeler, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ikinci kısmında düzenlenen “Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı” hükümleri ile çelişmesi halinde, anayasanın amir hükmü gereği kanunların uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanının özerk çalışma alanına müdahale olabileceği görülmektedir.

⁷⁵ Ozan Ergül, Berraklaşmılamayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, 2013, S.104. “*Mahkeme Anayasa’nın açık sınırlarının dışına çıkıp diğer devlet organlarının işlemlerini yasakladığında “yargısal aktivizm” sergilemiş olur*”, s.45.

Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr.Yavuz Sabuncu’ya Armağan), 2007, C.62, S.3, ss.258-268.

⁷⁶ Lino A., Graglia, “*It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism*”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol.19, 1996, s.296.

⁷⁷ Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı*, 2008, s.97.

⁷⁸ Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, 3.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.233-240.

kurulur.” demek suretiyle bu hususu açık şekilde düzenlemiştir.⁷⁹ Kanaatimizce, burada maddenin lafzına bakılacak olursa “... *kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile...*” denilmek suretiyle kamu tüzel kişiliğini ihdas eden kararnamelerin esasen kanun değeriinde olduğunun anayasanın tevilli olarak söylediği mülahaza edilebilir. Dolayısıyla kaynağını doğrudan anayasadan alması ve Cumhurbaşkanına ilk elden düzenleme yetkisi vermesi de dikkate alındığında bu tür kararnamelerin asli yürütme işlemleri niteliğinde kararnameler olduğu değerlendirilerek denetiminin Anayasa Mahkemesinde olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli yani doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de kanun niteliğinde sayılması gerektiğine dair görüşler mevcuttur.⁸⁰ Fakat bu husus bu kararnamelerin denetiminin, kanun gibi olacağına işaret etmez. Zaten Anayasa’da özel olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi yasa ve eşdeğer işlemlerin (*kanun değeriinde olmasına rağmen denetimi anayasanın amir hükmü gereği yapılamadığından uluslararası sözleşmeler hariç*) norm denetimini yapmakla görevli Anayasa Mahkemesine verilmektedir.

B. Bireysel - İdari Nitelikteki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasa’nın çeşitli hükümleri, Cumhurbaşkanının bireysel, idari nitelikteki işlemlerle gerçekleştireceği yetkilere yer vermektedir. Bu hükümlerin hiçbirinde işlemin niteliği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak belirtilmemiştir.⁸¹

Cumhurbaşkanının atama/seçme ya da diğer bireysel işlemleri Anayasa ve ilgili kanunlar ile kendisine tanınmıştır. Yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de bu tür yetkiler yürütmenin başı konumundaki Cumhurbaşkanına verilmiştir. Aslında, bu yetkilerin bir kısmı, değişiklik öncesinde dahi Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kapsamındaydı. Fakat bu işlemlerin yargı denetimi dışında yer alması nedeniyle, söz konusu işlemlerin denetim yeri düzenlenmemiştir.

⁷⁹ Özgen, *agm.*, s.36, “Kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilir. Kanunla da kamu tüzel kişiliği kurulabilirdiği için, mahfuz yetki kapsamında değildir. Anayasanın kanunla kurulmasını öngördüğü bir alanda alternatif yetki getirdiği için, tam olarak genel yetki kapsamında da değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, kendine özgü ayrı bir grup oluşturuğu kabul edilmiştir.”

⁸⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.213.

⁸¹ Cumhurbaşkanının, parlamentonun feshi, seçimlerin yenilenmesi kararı, kanunları yayımlama ve tekrar görüşülmek üzere TBMM’ye geri gönderme, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma gibi kararları da bulunmaktadır ancak bunların gerek hukuki rejimi gerekse idari nitelikte olmamaları dikkate alındığında kararname kapsamında incelenemeyeceği malumdur.

Bireysel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak olan idari işlemler, kararname olarak adlandırılacaktır. Zira yürütmenin işlemleri bakımından karar/kararname terimleri birbirlerinin yerine geçecek biçimde kullanılmaktadır.⁸² Cumhurbaşkanlığı kararname, yürütme müessesesine özgü genel düzenleyici nitelikte işlemin adı olarak hukuk sistemimizde yer aldığını belirtmiştik. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının bireysel, idari nitelikte işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararı olarak adlandırılarak, Cumhurbaşkanının genel düzenleyici işlemlerinden ayrılması yararlı olacaktır. Bu ayırım korunarak, bireysel işlem ile genel düzenleyici işlem farkı daha açık hale getirilebilir. Nitekim uygulamada bu işlemler Cumhurbaşkanlığı kararı adında çıkarılmaktadır.

6771 sayılı Kanun değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararı ile yapılacak olan dayanağı anayasa olan bireysel işlemlerini şu şekilde sıralayabiliriz:⁸³

- **m.104/8:** *Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir.*
- **m.104/9:** *Üst kademe yöneticilerini atar ve görevlerine son verir.*
- **m.104/16:** *Sürekli hastalık, sakatlık, kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.*
- **m.104/son:** *Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve kullanır.*
- **m.108/3:** *Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanınca atanır.*
- **m.117/son:** *Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı*
- **m.127/son:** *Mahallî idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları*
- **m.130/6:** *Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, seçilir ve atanır.*
- **m.131/2:** *Yükseköğretim Kurulu, Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.*
- **m.146/3:** *Anayasa Mahkemesi; Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca arasından seçer.*

⁸² Nitekim Resmî Gazetede bu işlemler "atama kararı", "seçme kararı", "cezanın kaldırılması kararı" başlığı ile Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanmıştır.

⁸³ Ülgen, *agm.*, s.8.

- **m.154/4:** *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanını tarafından dört yıl için seçilirler.*
- **m.155/3:** *Danıştay üyelerinin dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanını; tarafından seçilir.*
- **m.159/3:** *Kurulun, üç üyesi adli yargı hâkim ve savcılarını arasından, bir üyesi idari yargı hâkim ve savcılarını arasından Cumhurbaşkanınıca seçilir.*

Kanaatimizce, asli nitelikteki ve genel düzenleyici işlem kapsamında olan kararnameler ile bireysel, idari işlem ve türevsel nitelikteki Cumhurbaşkanını kararlarının birbirine eş değer görülmemesi gerekmektedir. Zira bunun tersi eşyanın tabiatına aykırıdır. Anayasa'nın öngördüğü özel Cumhurbaşkanını kararnamesi rejiminden farklı olarak, Cumhurbaşkanınılığının diğer işlemleri, yürütme/idare işlemlerinin yargı kolu olan idari yargı tarafından denetlenmelidir. Kaldı ki, bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştiremez ve ortadan kaldıramaz.

C. Türevsel Nitelikteki Cumhurbaşkanını Kararnameleri

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde, Cumhurbaşkanını tarafından yapılması öngörülen başka genel düzenleyici işlem biçimleri bulunmaktadır. Dolayısıyla bunların birbirleri ile aynı olmadıkları bu noktadan anlaşılabilir. Bunlara ilaveten birbirlerinin farklarının da tespit edilmesi bir zarurettir. Yine Anayasa'nın 73.⁸⁴ ve 167/2.⁸⁵ maddesinde yapılan değişiklik ile Bakanlar Kurulu olmadığı için, yetki Cumhurbaşkanınına verilmiş olmakla birlikte, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bakımından işlemin özel niteliği de devam etmektedir. Bu bakımdan işlemin türevsel niteliğinde bir değişiklik yapılmamıştır.⁸⁶

Oluşan yeni normlar hiyerarşisi dikkate alındığında, kanun veya Cumhurbaşkanını kararnamesiyle ayrıca *-anayasada zaten yönetmelik yetkisi verilmiştir-* Cumhurbaşkanınılığına yönetmelik veya başkaca düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmesi pek tabii mümkündür. Başkaca işlemlerden pratikte genelge, yönerge, sirküler vb. işlemler anlaşılabilir. Burada yargısal denetim bakımından

⁸⁴ 73. m. son fıkrası "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanınına verilebilir."

⁸⁵ 167/2. m. "Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerinde vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanınına yetki verilebilir."

⁸⁶ Bu tür kararnamelere doktrinde diğer kararname türlerinden ayırımın tam olarak yapılabilmesi için Cumhurbaşkanınılığının "objektif/kaide kararnameleri" olarak adlandırılanlar bulunmaktadır. Bkz., Ülgen, *agm.*, s.11.

önemli olan nokta işleme verilen isim değil bu işlemin fonksiyonu, muhtevası gibi hususlardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, uygulamada yürütme organının ve idarenin, tüzük ve yönetmelik dışında talimat, yönerge, genelge, sirküler, karar, tebliğ gibi değişik adlar altında idari düzenlemeler yaptığını, tüzük ve yönetmeliklerin şekil şartları saklı kalmak kaydıyla bütün idari düzenlemelerin anayasal ve hukuksal temellerinin aynı olduğunu belirtmiştir.⁸⁷ Dolayısıyla, yeni hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanının yönetmelik ve benzeri işlemler yapması Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farklı olarak türev niteliktedir. Kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine meşruiyetinin dayanması gereken işlemlerdir. Bu işlemler yine Cumhurbaşkanı tarafından yapılacaktır. Ancak, doğal olarak asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farklı olan bu işlemler idari yargı denetimine tabidir. Diğer bir deyişle, asli düzenleme kapsamında olan kararnameler ile bireysel işlem niteliğindeki kararnameler ve türevsel nitelikteki kararnamelerin birbirine eş değer görülmemesi gerekmektedir. Burada Cumhurbaşkanınca yapılan işlemin kararname mi yoksa bireysel ve/veya türev işlem niteliğindeki kararname mi *-uygulamadaki adı ile karar-* işlemin muhtevası ve fonksiyonuna göre karar verilecek ve denetim yeri buna göre tayin edilecektir.

İdare hukukunun genel ilkeleri uyarınca idarenin düzenleme yetkisi, türevsel yani ikincil niteliktedir. Diğer bir deyişle daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alan idare tarafından düzenleme konusu yapılamaz. Aksinin kabul edilmesi, idarenin kanuniliği ilkesinin anayasal dayanaklarından olan Anayasa'nın 123'üncü maddesindeki, "*idare, kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmüne aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi (AYM) bu hususu bir kararında şöyle ifade etmiştir: yasa ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.⁸⁸ Burada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen bir alanda, idarenin, türevsel yetkisini kullanarak ikincil bir takım düzenlemelere gitmesi muhtemeldir. Mesela, kararname ile yurt dışında görevlendirilecek per-

⁸⁷ E.1996/5, K.1996/26, T.26.06.1996, RG, T.30.06.2001, S.24448.

⁸⁸ AYM, 16.1.2003, E.2001/36, K.2003/3, RG, T.21.11.2003, S.25296, Bu yöndeki bir AYİM kararı ise şöyledir: "Kamu hukukumuzda idarenin bir düzenleyici işlem tesis edebilmesi için; kanunun bir hizmet alanını ele alması, o hizmet alanı ile ilgili ana esasları belirlemesi ve sınırlamalar getirecek ise o sınırları çizmesi zorunlu olmaktadır. kanunla bu belirleme yapıldıktan sonradır ki, idare o hizmet dalında ve çizilen sınırlar dışına çıkmadan düzenleme yapmak suretiyle tesis edeceği işlemlerle hizmeti yerine getirebilecektir. Yürütme yetki ve görevinin kanunlara uygun olarak kullanılması ve 1961 Anayasasının deyimi ile 'kanunlar çerçevesinde' yerine getirilmesinin anlamının da böyle anlaşılması gerekmektedir." AYİM Daireler Kurulu, T.24.9.1987, E.1987/1, K.1987/29, AYİM Dergisi, S.1, Kitap:1, s.308-313.

sonele ilişkin dzenleme yapılmasının ardından Dışışleri Bakanlığı bu kararnamenin uygulanmasına ilişkin bir ynetmelik çıkarabilir. Burada esas mesele kararname ile dzenlenen bir alanda yasama organı tarafından bir kanunun kabul edilmesi halinde durum ne olacaktır? İlgili kanun, hem dzenleme alanı aynı olan kararnameyi hem de bu kararnameye bağlı yetki kapsamında turevsel olarak çıkarılan diğer idarenin dzenleyici işlemleri yururluktan kaldıracabileceği ileri surulebilir.

2. OLAĞAN DÖNEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

A. Kavram, Türk Hukukuna Girişi ve Hukuki Niteliği

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, mstakilen ve münhasıran Cumhurbaşkanınca herhangi bir izne veya onaya, yetki devri veyahut başka bir işleme gerek duyulmaksızın yurutme yetkisine ilişkin olarak ve bu konularla sınırlı çıkarılan tek taraflı bir idari işlemdir.⁸⁹

Olağan dönem kararnamelerinde, bu kararnamelerin olağanüstü kararnamelerden farklı olarak sebep unsuruna yer verilmediği gorulmektedir. Özü itibarıyla bir idari işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin her idari işlemdede olduğu gibi bir sebebe dayanması gerekmektedir. Tabi burada sebep unsuruna yer verilmemiştir derken yurutme yetkisi kapsamında kararname çıkararak Cumhurbaşkanının takdiri ve işlemin sebebi olarak gorulmelidir.⁹⁰

Genel ve basit anlamda hukuki niteliklerine bakacak olursak; “*Kanun*” yapılan hukuki bir işlenin yasama niteliğini ön plana koymak için soylenen bir kelimedir. Aynı şekilde “*kararname*” kelimesi de bir hukuki işlemin yurutme işlemi olduğunu aslında gostermektedir.⁹¹ Diğer taraftan şüphesiz, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri işlemi yapan organın esas alındığı organik kritere gore yurutme işlemi; işlemin niteliğinin esas alındığı maddi kritere gore ise yasama işlemi niteliğindedir.⁹²

B. Yetki

Cumhurbaşkanının burada ilk elden asli olarak bir dzenleme yapması söz konusudur. Yasama organının yetkilendirmesine veyahut bir kanuna dayanması

⁸⁹ Akyılmaz, *agm.*, s.191.

⁹⁰ Mehmet Boztepe, 2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Bahar 2018, S.5(1), s.15.

⁹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, *age.*, s.436.

⁹² Selin Hışım, *Kuvvetler Ayrılığı ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2019, s.102.

gerekliliği yoktur. Bu işlem meşruiyetini bizzat anayasadan almaktadır. Başka bir deyişle Anayasa yoruma yer bırakmayacak açıklıkta tek yetkilinin Cumhurbaşkanının kendisi olduğunu belirtmiştir.

C. Konu

İdari işlemin konu unsuru, idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç, hukuk âleminde meydana getirdiği değişikliktir.⁹³ Genel kural, Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine⁹⁴ ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, asli olarak ilk elden yürütmeye ilişkin ve kanunların uygulamasını göstermek üzere çıkarılabileceği gibi, atama, görevden alma gibi birel, sübjektif nitelikte işlemler de olabilmektedir. Ancak uygulamada birel nitelikli işlemlerin Cumhurbaşkanı kararı⁹⁵ ile düzenlendiğini belirtmiştik. Birel işlem niteliğinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararı) çıkarılabilemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁹⁶ Hatta maddi kritere göre bu kararlar dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesidir.

Yukarıda belirttiğimiz genel kuralın ilk ve en önemli istisnası Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler konusunda kararname çıkartılamamasıdır. Diğer bir deyişle yürütmeye ilişkin pozitif haklar düzenlenebilecektir.⁹⁷ Ancak sosyal ve ekonomik alandaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, Anayasada bu alana ilişkin kanunla düzenlenmesi belirtilen konular, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Bu cümleden olarak, Anayasa m.42/2 uyarınca “*öğrenim hakkının kapsamı*”, m.44 uyarınca “*toprak mülkiyeti*”, m.46 uyarınca “*kamulaştırma*” ya ilişkin düzenlemeler kanunla yapılır, yine m.47 uyarınca “*devletleştirme ve özelleştirme*” ye ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi kılınması gibi konular kanunla düzenlenir. Diğer taraftan m.49 vd. alan “*çalışma hayatı*”na ilişkin bir dizi konu özellikle iş hukukunun ana eksenini oluşturan sendika, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt kanunla düzenlenmek zorundadır.⁹⁸

⁹³ Mehmet Boztepe, *agm.*, s.15

⁹⁴ Ergun Özbudun, “Yürütme Yetkisi” tabirinin sınırlarının çok geniş olması eleştirisi için bkz. s.251.

⁹⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/05/20190522-23.pdf>, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının atanmasına ilişkin 22 Mayıs 2019, Resmî Gazete Sayı: 30781 Cumhurbaşkanlığı Kararı

⁹⁶ Selin Hışım, *age.*, s.103

⁹⁷ Kemal Gözler, “*Türk Anayasa Hukuku*”, s.879-880. L L. John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. Thomas I. Cook, Hafner Press Co., New York, 1947, s.198.

⁹⁸ Ardıçoğlu, *agm.*, s.21.

Kanunla düzenlenmesi Anayasada açıkça öngörülmeven sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu olabilecektir. Bunlara ilişkin ise şu örnekler verilebilir; “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56’ncı madde ile “konut hakkı” başlıklı 57’nci madde kapsamında ve “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” hakkında düzenlemeler göze çarpmaktadır. Ancak bu konulara ilişkin olsa da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlemeyecek alanlar mevcuttur. Bunların bir kısmı anayasanın açık hükmünden kaynaklanabilir ki, m.56/son fıkrada yer alan “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” hükmü uyarınca genel sağlık sigortası kurulması münhasır kanun konusudur. Bir diğer sınır ise, m.57 kapsamındaki konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırken, temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği anayasa bölümü nedeniyle mülkiyet hakkının kullanımını üzerinde bir etki doğuran düzenleme yapılamayacak olmasıdır. Bir diğer sınır ise aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konunun, kanunla düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin 01.07.2005 tarihli 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmadığı sürece, Anayasa m.104/17 dördüncü cümlesinde yer alan “kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü uyarınca bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere burada bir mevzuat taraması yapılarak yasama organının, yürütme alanında çıkarmış olduğu kanunların tespit edilerek bir kanun ile yürürlükten kaldırılması, bu alanda Cumhurbaşkanının asli kararnameler ile düzenleme yapması gerekmektedir.

Esasen burada dikkat edilmesi gereken husus, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile, Anayasada sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde düzenlenmiş anayasal hakların hayata geçirilmesi konusunda Devlete verilen pozitif görevlere ilişkin tedbirler düzenlenebilirken, kişilerin bu haklardan yararlanması kısıtlanamayacak veya ödev niteliğinde yükümlülükler getirilemeyecektir. Zira, anayasanın amir hükmü gereği temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yasama organı tarafından kanunla yapılabilecektir.⁹⁹

İkinci istisna olarak, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Fakat, burada yoruma muhtaç olan husus, anayasada yasama ve yürütme organlarının düzenleme alanlarına dair bir sınıflandırma belirtilmediğinden “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ile ne denilmek istenildiği açık değildir. Ayrıca anayasada hiç bir hükümde yasama organının münhasıran yetkili olduğuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca anayasada “... ancak-sadece kanunla düzenlenir.” denilen hususlarda Cumhurbaşkanı konu bakımından kararname

⁹⁹ Ardiçoğlu, *agm.*, s.41

çıkaramayacaktır. Doktrinde bazı yazarlar “*ancak-sadece-münhasıran*” ifadeleri olmaksızın “... *kanunla düzenlenir*” ibaresi olması durumunda yine kararname çıkarılmayacağı görüşünü savunmuşlardır. Bu bağlamda Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na¹⁰⁰ göre “*Anayasa’da kanunla düzenleneceği ifade edilen hiçbir konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılamaz*”, diğer taraftan Tan ve Ardıçoğlu¹⁰¹ ise, kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda 2017 değişiklikleri öncesinde kanun hükmünde kararname çıkarabildiğini ama bu durumun Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için uygulanamayacağını, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde kararnameler gibi kanun gücünde olmadığını, bu sebeple kanun ile düzenleneceği belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı şeklinde görüşlerini beyan etmişlerdir. Fakat 1982 Anayasasında, kanun ile düzenleme lafzini içeren maddeler tahlil edildiğinde, “*ancak-sadece kanunla düzenlenir*” ifadesi az olması “*kanunla düzenlenir*” ifadesinin çokluğu dikkate alındığında kararnamenin anayasa koyucunun öngörmediği bir şekilde sınırlanabileceği öngörülmektedir. Öte yandan anayasa metninde bulunan “*münhasıran*”¹⁰² kelimesi “*yalnız, özellikle*” anlamlarında kullanılmaktadır. Buradan hareketle sadece ve yalnız kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen alanlarda lafzi, genişletici ve sistematik yorum çerçevesinde bakıldığında kararname çıkarılabilecektir.¹⁰³ Kanaatimizce, münhasıran kanunla düzenlenmesi belirtilen lafzından, bir hukuki düzenlemenin sadece kanun ile yapılabileceği anlaşılmalıdır. Aksi takdirde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından amacını aşacak şekilde sınırlandırılmış olur ki bu anayasa koyucunun amacına ve hükümet sisteminin sistematığına aykırı olacaktır.

¹⁰⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.438.

¹⁰¹ Ardıçoğlu, *agm.*, s.43-44.

¹⁰² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=M%C3%9CNHASIR, “*yalnız özellikle*” anlamına gelmektedir.

¹⁰³ Benzer mahiyette görüş için ayrıca bkz Gözler, “*Tük Anayasa Hukuku*”, s.370; “*1982 Anayasasının 2’nci kısım, 3’üncü bölümünde yer alan ‘Kıyılarda yararlanma’ kenar başlıklı 43’üncü maddesi, ‘Toprak mülkiyeti’ kenar başlıklı 44’üncü maddesi, ‘Kamulaştırma’ kenar başlıklı 46’ncı maddesi, ‘Devletleştirme ve özelleştirme’ kenar başlıklı 47’nci maddesi, ‘Çalışma şartları ve dinlenme hakkı’ kenar başlıklı 50’nci maddesi, ‘Sendika kurma hakkı’ kenar başlıklı 51’inci maddesi, ‘Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı’ kenar başlıklı 53’üncü maddesi, ‘Grev hakkı ve lokavt’ kenar başlıklı 54’üncü maddesi, ‘Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması’ kenar başlıklı 56’nci maddesi, ‘Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler’ kenar başlıklı 61’inci maddesi ve ‘Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması’ kenar başlıklı 63’üncü maddesi ilgili hak ve ödevlerin kanun ile düzenleneceğini hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeler bakımından ‘ancak kanunla düzenlenir’ ifadesi kullanılmadığından münhasır kanun alanının oluşmadığı düşünülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esaslar kenar başlıklı 38’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının ifadesine göre, ‘Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur’ hükmü münhasır kanun alanı oluşturmaktadır. Anayasa’nın ‘Türk vatandaşlığı’ kenar başlıklı 66’nci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, ‘Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarda kazanılır ve ancak kanunda gösterilen hallerde kaybedilir’. Madde metnine bakıldığında, vatandaşlığın kaybedilmesi ancak kanunla düzenlenebilecek bir konu olarak belirlenmiş olup münhasır kanun alanı oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.”*

Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konularda, parlamento çıkara-cağı bir kanun ile bu alanda kararname ile düzenleme yapılacağına ilişkin bir düzenleme yapıp yapılamayacağına ilişkin soru gündeme gelebilir. Bu husus-ta, parlamentonun böyle bir düzenleme yapamayacağı doktrinde ileri sürülmüş-tür.¹⁰⁴ Kanaatimizce, burada yasama organı genel bir kanun çıkararak anayasada kanun ile düzenlenmesi gereken konuyu adeta bir yetki kanunu ile kararname alanına bırakması anayasanın lafzına ve amacına aykırılık oluşturacaktır.

Üçüncü istisna olarak, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu istisna, kanun ile düzenlenmesi gereken konulardan farklı olarak hali hazırda kanun ile açıkça düzenlenmiş konuları kapsar. Şöyle ki yasama yetkisinin genelliği ve asliliği dikkate alındığında yasama organı herhangi bir alanda herhangi bir ko-nuyu kanun ile düzenlemiş olabilir. İşte bu noktada artık o düzenlenen alandaki konu ile ilgili olarak kararname çıkarılmayacaktır. Bu konuda anayasada mün-hasıran kanunla düzenlenir demesine dahi gerek yoktur. Burada izaha muhtaç olan husus ise “*açıkça kanun ile düzenlenmiş*” olmak hususudur. Bir konunun açıkça kanun ile düzenlenip düzenlenemeyeceği hususunda şüphesiz Anayasa Mahkemesinin içtihatları önem arz edecek ve uygulamayı şekillendirecektir.¹⁰⁵ Veyahut buna ilişkin bir anayasal düzenleme yapılabilir. Zira ilgili konu hak-kında kanun çıkarılması ile o konunun açıkça düzenlenmiş sayılıp sayılmaya-cağı hususu muğlaklığını korumaktadır.

Mahfuz yetki başlığı altında belirttiğimiz üzere, 1982 Anayasasının 104/9, 106/11, 108/son, 118/son maddeleri incelendiğinde, kanımızca, bu dört madde, Anayasa'nın 104/17. maddesinde yürütmeye ilişkin konularda verilen genel yetkiye göre özel hüküm niteliğindedir. Ancak yukarıda sayılan dört maddeye ilişkin yasama organı kanun yaparsa bu yasama işleminin anayasaya aykırı ol-duğu iddia edilse dahi söz konusu kanun hükümleri yürürlüğe girebilecek ve Anayasa Mahkemesi iptal etmediği sürece yürürlükte kalacaktır. Bu sırada iki normdan hangisinin uygulanacağı sorununun, Anayasa'nın 104/17. maddesinin öngördüğü gibi kanuna öncelik verilerek çözülmesi, bu dört maddedeki yetkile-rin mahfuz niteliği ile çelişecektir. Kanımızca bu konudaki tartışmalar Anayasa Mahkemesinin içtihatları yolu ile çözülebilecektir.

Mahfuz yetki alanında kaldığını belirttiğimiz Cumhurbaşkanlığı kararna-meleri de Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamalara tabi olacaktır zira kararnamelerin Anayasa'ya uygun olmak zorunda olduğu hususunda şüphe

¹⁰⁴ Söyler, *age.*, s.95; Aslan, *agm.*, s.155.

¹⁰⁵ Gözler, *age.*, s.886 vd.

yoktur. Anayasa'nın başka maddelerinde bu hükümlere göre daha özel nitelikte kalan hükümler bulunması halinde bu sınırlamalara da dikkat edilmelidir. Örneğin, dekanların¹⁰⁶ Yükseköğretim Kurulunca seçilip atanması Anayasa'nın 130. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenecektir. Ancak, kimlerin üst kademe yönetici sayılacağı, bunların mesleğe kabulü, yetiştirilme usul ve esasları gibi diğer konular kanunla düzenlenebilecektir. Burada sadece kanunla düzenlenebileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle bu alanda kanımızca kararname çıkarılabilir. Lakin, üst kademe yöneticilerin yetiştirilme usul ve esasları, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konudur. Bu konuda kararname çıkarılamaz. Zira burada madde metninde özel olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile üst kademe yöneticilerin atanma usulünü belirleme konusundaki genel yetki, Anayasa'nın 130. maddesindeki özel hüküm dik-kate alınmaksızın kullanılamaz.

Mahfuz yetki alanında en geniş düzenleme, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkindir. Bakanlıkların görev ve yetkisinin belirlenmesinin kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımının belirlenmesi olarak anlaşılması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bakanlıkların görevlerin yürütürken teşkilatlanmalarını düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine temel haklara ilişkin olarak herhangi bir kısıtlayıcı hüküm konulamayacaktır.¹⁰⁷ Yine, Anayasa'nın ilgili maddelerinde sarıh bir şekilde belirtilen Adalet, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri ve Milli Eğitim Bakanlıklarının kaldırılması gibi bir yetki kullanılması Anayasaya aykırı olacaktır.¹⁰⁸

Son olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile artık "*kamu tüzel kişiliği*" kurulabilecektir. Anayasanın "*İdare*" kenar başlıklı 123'üncü maddesinin son fıkrası

¹⁰⁶ Üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bugün yürürlükteki 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu m.6/2-3'e göre, YÖK Başkanı, YÖK üyeleri, Rektör, Dekan, Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Büyükelçi ve Vali üst düzey yönetici kapsamındadır.

¹⁰⁷ 703 s.KHK ile mülga 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1 ve 2'inci maddeleri uyarınca "*kamu düzeninin ve genel ahlakın korunması*" İçişleri Bakanlığının görevleri arasındaydı. Yürütülecek kolluk faaliyeti kapsamında temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını gerektiren bir dizi yetki kullanılması olasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise yukarıda da tartışıldığı gibi ancak yasa konusu olmaya devam etmektedir. Bu nedenle bu çeşit normlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Somutlaştırmak gerekir ise, anayasa hükümleri uyarınca, İçişleri Bakanlığının merkez, taşra ve bağlı kuruluşlarının idari yapılanmasına ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabilecek, ancak bu idari birimlerin tesis edeceği idari işlemlerin başta sebep ve konu ögesi gibi unsurları 04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun konusu olmaya devam edecektir.

¹⁰⁸ Ülgen, *agm.*, s.23.

sına göre, “Kamu tüzelişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.” demek suretiyle bu hususu açık şekilde düzenlemiştir. 16.7.2018 tarihli ve 11 numaralı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile arşiv hizmet ve faaliyetlerini düzenlemek ve kamuda belge yönetimini sağlamak üzere Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak genel bütçeye tabi Devlet Arşivleri Başkanlığı’nın kurulmasında, 24.7.2018 tarihli ve 13 numaralı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Strateji ve Bütçe Başkanlığı’nın kurulmasında ve yine 13.12.2018 tarihli ve 23 numaralı Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Türkiye Uzay Ajansı’nın kurulmasında görölmektedir.¹⁰⁹

D. Şekil ve Usul

15.7.2018 tarihli ve 10 numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemişse resmi gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Özetle Cumhurbaşkanının imzası ve yayımlanma koşulu ile hukuk alanında hüküm ifade etmeye başlarlar.

E. Yargısal Denetim

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolu 2017 değişiklikleri ile artık açılmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, şekli anlamda bir yürütme işlemi olmakla birlikte bu kararnamelerin denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında anayasaya aykırılık iddiası iptal veya itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine yapılacaktır.

Anayasanın 148. maddesinde sarıh bir şekilde belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir: “Anayasa Mahkemesi, ... Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ... Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ...” denilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyecek olan konuların düzenlenmesi, anayasa m.104/17’deki sınırlamalara uyulup uyulmadığı, kişi hakları ve ödevleri, siyasi haklar ve ödevler, münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken alanları ile açıkça kanunla daha önce düzenleme olup olmadığı hususlarını Anayasa Mahkemesi esastan denetleyecektir. Diğer taraftan, anayasada açık bir şekilde belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi, kararnamelerin anayasaya uygunluğunu denetleyecektir. Fakat doktrinde anayasanın 104/17 yollaması ve ilgili maddenin yorumundan anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi, Cumhur-

¹⁰⁹ Hişim, *age.*, s.108.

başkanlığı kararnamelerinin kanunlara uygun olup olmadığını da denetleyeceği ileri sürülmüştür. Evleviyet ilkesi uyarınca şüphesiz üst norm için geçerli olan bir denetim ölçütü onun bir alt normu için de geçerli olacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan kararnamenin denetimi sırasında, Anayasa Mahkemesince, esas-tan yapılacak olan denetimde, kanunların denetimi sırasında kullanılan; ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri, eşitlik gibi bir dizi anayasal norm ve ilke, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de kullanılacak ilke ve kurallar olarak gündeme gelebilecektir.¹¹⁰ Burada hiç şüphesiz uygulamayı Anayasa Mahkemesinin içtihatları şekillendirecektir. Bu görüşe göre, yüksek mahkeme Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde sadece anayasaya uygunluk denetimi değil kanunilik denetimi de yapacaktır. Ancak doktrinde bunun aksi fikri savunan yazarlar bulunmaktadır. Aslan'a göre¹¹¹ kararnameler zaten anayasaya dayanılarak çıkarıldıkları için kanunlara uyup uymadıkları hususunda herhangi bir inceleme yapılamaz. Burada 104. m. kapsamında yapılacak olan denetimde iptal kararı çıkacaksa "*kanunlara aykırı olmasından*" değil "*104. m. 'deki şartları taşıyamaması*" gerekçesi ile olacaktır. Yani, mesela, resmi gazete hakkında bir kararname çıkarılsa ve fakat aynı konu hakkında TBMM bir düzenleme yapsa, bu durumda esasen kararname anayasaya aykırı olmayacak lakin kanunda açıkça düzenlenen konular kararname ile düzenlenemeyeceğinden iptali kabil olacaktır.¹¹² Kanaatimizce meşruiyetini herhangi bir kanundan değil doğrudan anayasadan alan kararnamelerin kanuniliğini denetlemek anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Anayasanın 150. maddesi gereği iptal davası açmaya ehliyeti olanlar; Cumhurbaşkanı, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve TBMM'nin üye tamsayısının beşte biri tutarındaki yani 120 milletvekili, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin RG'de yayınlandığı tarihten itibaren altmış gün içerisinde iptal davası açma hakkını kullanması gerekmektedir. Önüne gelen uyuşmazlık konusuna tatbik edilecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, anayasaya aykırı olduğunu düşünen bir mahkeme, Anayasa md.152 uyarınca -*somut norm denetimi*- itiraz yoluna müracaat edebilecektir.¹¹³ Burada mahkeme

¹¹⁰ Ardıçoğlu, *agm.*, s.46.

¹¹¹ Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, S.36(1), s.152.

¹¹² Yavuz Atar, "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*", ss.241-259.

¹¹³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, *age.*, s.549-551. "*Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini re'sen anayasaya aykırı gördüğü takdirde veyahut dava taraflarından birisinin ileri sürmüş olduğu Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varması halinde, Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili kararına kadar davayı geri bırakacaktır.*"

önüne gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna aykırı hükümler içerdiğini düşünüyorsa peki ne yapacaktır? Buna ilişkin açık bir hüküm anayasada bulunmamakla beraber Anayasa md.104/17 yorumu neticesinde kanuna aykırı olan bir kararnamenin “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*” amir hükmü gereğince Anayasa Mahkemesince denetlenerek bu hukuka aykırılığın tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira aksi düşünce, hukuken sakat olan bir durumun, hukuk aleminde sürekli bir şekilde hüküm ifade edeceği anlamına gelebilir. Burada uyuşmazlığa bakan mahkeme, somut norm denetimi yoluna gitmeksizin kararname ile kanunun çatıştığını gerekçesinde belirterek Anayasa md.104/17 uyarınca kanunu uyuşmazlık konusu olaya tatbik etmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Bununla beraber, kanaatimizce, mahkeme kararnamenin kanuna aykırı hükümler içerdiğini düşünüyorsa uyuşmazlık konusu olay hakkında bekletici mesele olarak bir ara karar vermeli ve Anayasa Mahkemesi’ne somut norm denetimi için müracaatta bulunmalı, orada yapılacak denetim neticesinde çıkan karara göre gerekçeli kararını açıklamalıdır.

Öte yandan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin şekli bakımından denetlenmesi hususunun Anayasada açıklığa kavuşturulmadığı görülmektedir. Şöyle ki; 148’inci maddenin 2’nci fıkrasında, sadece kanunların ve anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin sınırları gösterilerek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil bakımından, hangi yönlerden denetleneceğine yer verilmemiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde kanunlar gibi teklif, çoğunluk ve oylama aşamalarının bulunması imkanı olmaması sadece Cumhurbaşkanının iradesinin önem kazanması dikkate alındığında, sadece kararnamede Cumhurbaşkanının imzasının yer alıp almadığı ve Resmî Gazetede yayımlanıp yayımlanmadığı ile sınırlı tutulması gerektiği kanısındayız. Yine zikredilen maddeye göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil bakımından denetiminde 10 günlük süre öngörülmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hem şekil bakımından hem de esas bakımından denetiminde dava açma süresi Anayasanın 151’inci maddesi gereğince 60 gün olması gerektiği kanaatindeyiz.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasada asli, tali, idari kararnameler gibi herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutulmadığı görülmektedir. Burada yargısal denetim anlamında sıkıntı doğurabilecek husus ise esasen yürütme yetkisine dahil olmakla beraber idari fonksiyonu yerine getirmek için kullanılan birel işlemler niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetim merciinin neresi olacağı ve bu kararnameyi kimlerin ilgili yargı merciine taşıyabileceğinde kilitlenmekte olduğudur. Şöyle ki; üst kademe kamu yöneticilerini atamak ve görevlerine son vermek, kamu tüzel kişiliği ihdas etmek ve mahfuz yetki husus-

larında anayasada açıkça belirtildiği üzere kaynağını doğrudan anayasanın verdiği yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir. Bu çeşit idari nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari yargı kolunda denetimine ilişkin açık bir Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Her ne kadar Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmekte ise de, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliği nedeniyle idari yargı yerleri tarafından denetiminin yapılmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak birel işlem niteliğinde olan bu kararname çeşidinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine alınması işlemin konusu ve şekli bakımından sıkıntılı görülmektedir.¹¹⁴ Bunun bir nedeni kararnamelere karşı yargı yoluna gidebilecek olan kimselerin tahdidi ve yoruma yer bırakmayacak vazihlikta anayasada belirtilmiş olmasıdır. Yani kararname ile menfaati ihlal edilen kişinin yargı yoluna gidemeyeceği ileri sürülebilir. Diğer nedeni ise, Anayasa Mahkemesi idari yargı yerleri gibi birel işlem niteliğinde bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesini idari işlemin unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadıkları yönüyle değil; sadece Anayasaya uygunluk çerçevesinde denetleyebilecektir. Bu hususta idari işlemin özü itibarıyla denetlenebilmesi mümkün görünmemektedir. Örneğin, bir rektörün, Devlet Denetleme Kurulu Başkanının veya Yüksek Öğretim Kurumu Üyesinin atanmasında herhangi bir idari sakatlık olduğu iddiası gündeme gelirse bu konuda bu işlem ana muhalefet partisi ve/veya diğer anayasada belirtilen başvuru hakkı sahiplerince Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi veya bir şekilde işlemin öznesi olan kişi tarafından götürülebilmesi söz konusu olabilecektir. Çünkü, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma yetkisi herkese tanınmamıştır.¹¹⁵

Her ne kadar doktrinde yukarıda izah edildiği gibi anayasanın lafzi yorumundan hareketle görüşler bulunsun da, kanımızca Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan her kararnamenin asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Çünkü normlar hiyerarşisinde¹¹⁶ aynı sırada yer alması mümkün olmayan işlemler söz konusudur. Başka bir deyişle, bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle Cumhurbaşkanı'na verilen düzenleme yetkisi türev yani ikincil niteliktedir. Bu tür işlemlerin adı ne olursa olsun hukuki nitelendirilmesi yargı organı tarafından yapılarak, denetimi idari yargıya bırakılmalıdır. Zira, kanuna eşdeğer değil, kanunun ve asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik olarak altında yer alan düzenlemeler söz konusudur. Esasen burada

¹¹⁴ Akyılmaz, *agm.*, s.199.

¹¹⁵ Gözler, *age.*, s.895.

¹¹⁶ Ferhat Uslu, *Anayasa Hukukunun 99 Konusu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.62-64.

adı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olsa dahi esasen incelendiğinde bu türden işlemlerin gerek parlamenter sistemde gerekse halihazırdaki hükümet şeklinde “Cumhurbaşkanlığı Kararı” olarak algılanması gerekmektedir. Yine uygulamada teknik adı kararnama olsa dahi “Cumhurbaşkanlığı Kararı” olarak adlandırılan ve yayımı resmi gazetede bu adla gerçekleştirilen birel ve türevsel nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olduğunu ve bu kararlarının denetim mercii olarak, -çalışmamızın ilk bölümünde tafsilatlı şekilde açıklandığı üzere - *ilk derece mahkemesi sıfatıyla*- Danıştay olduğunu belirtmiştik. Burada önem arz eden konu Cumhurbaşkanınca çıkarılan kararnamenin nitelik incelemesidir. Şöyle ki, asli nitelikte kararnameler arasında yer alıyorsa denetimi Anayasa Mahkemesi eğer yer almıyorsa denetimi Danıştay yapacaktır. Nitekim görevli yargı yerinin belirlenmesi konusundaki sorun, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan, ülke çapında uygulanacak yönetmelikler ve kararlar bakımından son yapılan değişiklikler ile giderilmiştir. 2576 sayılı Kanunda, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri veya Vergi Mahkemelerinin bu konuda bir görev ve yetkisi bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bireysel başvuruya iç hukuk yolları tüketildikten sonra konu olabilecektir. Bu kararnamelerin uygulanması sırasında kişiler anayasada koruma altına alınmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de sayılmış haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa mahkemesine başvurabileceklerdir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta anayasa mahkemesine kadar olan iç hukuk yollarının (ilk derece-istinaf-temyiz) 6216 sayılı Kanunun 45’inci maddesi uyarınca mutlak surette tüketilmesi gerektiğidir. Bu yolların tüketilmesinin akabinde, hukuki bir yol ön görülmemişse, ihlalden itibaren veya ihlalin öğrenilmesinden itibaren otuz gün içerisinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilir.

3. OLAĞANÜSTÜ HAL CUMHURBAŞKANLIğI KARARNAMELERİ

A. Kavram ve Hukuki Niteliği

Olağanüstü hal, belirli sebeplerle ilan edilen ve geçici olarak kişilerin temel hak ve hürriyetlerini kısmen veya tamamen durdurulmasına ve gerçek ve tüzel kişiler için para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin getirilmesine olanak veren bir olağanüstü yönetim usulüdür¹¹⁷ 6771 sayılı kanun ile yapılan anayasa değişiklikleri ile sıkıyönetim artık olağanüstü hâl rejimleri arasında değildir. Anayasanın “*Sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş hali*” başlığını taşıyan 122. maddesi artık mülgadır. Anayasanın 119. m. ise “*Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerekti-*

¹¹⁷ Selami Turabi, *Olağanüstü Hal Hukuku ve Bireysel Başvuru*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.23.

recek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.” demektedir.

Aynı maddenin 119/6. maddesinde “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104’üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” amir hükmü yer almaktadır. Yine maddenin devamında, Olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, olağan kararnamelerden farklı olarak, “*kanun hükmünde*” olduğu Anayasa’da açıkça belirtilmiştir: “*Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.*” Bu haliyle bu çeşit Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, parlamenter sistemdeki -sıkıyönetim hariç- olağanüstü hal KHK’larının Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine uyarlanmış halidir diyebiliriz.

Yine bu kararnamelerin en önemli ve ayırt edici özelliği, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tabii olduğu sınırlamalara, -104/17. madde kapsamında- tabii olmamaları ve yargısal denetim dışında¹¹⁸ tutulmalarıdır. Bu ayrıcalıkları, bu çeşit kararnameleri daha icrai kılan yönü olarak ön plana çıkarmaktadır.

Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı bir rejime tabi olan olağanüstü hâlde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa’nın 104/17. maddesinin 2. cümlesinde yer alan sınırlamanın geçerli olmadığını açıkça belirtilmesi karşısında her ne kadar olağanüstü halde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüm temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yapılabilecek olsa da Anayasa’nın 15’inci maddesindeki sınırlamalar¹¹⁹ şüphesiz

¹¹⁸ AYM’nin eleştirel bir kararı için bkz. E.2016/166, K.2016/159, T.12.10.2016, RG, T.04.11.2016, S.29878.

¹¹⁹ Anayasa 15. m. “*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*”

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerlidir. Dolayısıyla çekirdek haklara dokunamama ve sınırlamanın ölçülü olması bu kararname çeşidinde de uygulama alanı bulacaktır.

Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki nitelemesine baktığımızda normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan kanun hükmünde oldukları görülmektedir. Hatta, kanunlara iptal davası açılabilirken bu çeşit kararnamelere iptal davası açılmaması dikkate alındığında olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanımızca kanunlardan daha etkili bir yasama işlemi olduğu ileri sürülebilir.

B. Yetki

Cumhurbaşkanının burada ilk elden asli olarak bir düzenleme yapması söz konusudur. Başka bir deyişle yasama organının yetkilendirmesine veyahut bir kanuna dayanması gerekliliği yoktur. Bu işlem meşruiyetini bizzat anayasadan almaktadır. Anayasa yoruma yer bırakmayacak açıklıkta tek yetkilinin Cumhurbaşkanının kendisi olduğunu belirtmiştir.

C. Konu

Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusunu öncelikle bir olağanüstü halin varlığı oluşturur. Dolayısıyla olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde anayasada idari işlemin yani kararnamenin sebebi açıkça belirtilmiştir. Burada idare yani Cumhurbaşkanı, sadece olağanüstü hale dayanarak bu çeşit kararnameleri çıkarabilecektir. Buna idarenin sebebe bağlı takdir yetkisi denmektedir.¹²⁰ Sebep, idari işlemlerin yapılış nedenidir ve idari işlemin diğer unsurlarından farklı olarak işlem tesis edilmeden önce vuku bulmalıdır. Sebep; herhangi bir hukuki, fiili durum olarak tanımlanabilir.¹²¹ Yani konu sebebe sıkı sıkıya bağlıdır. Bir sebep olmalıdır ki olağanüstü hal ilan edilsin ve bu olağanüstü halin gereklerine uygun konularda kararname düzenlensin. Onar, bir idari işlemin sebebi o işlemin varlık nedeni ve yapılması gerekliliğini belirleyen durum, olay veya tasarruf olarak tanımlamaktadır.¹²²

Bu kararnameler ile kişi ve siyasi hak ve ödevlere dahi dokunularak birtakım düzenlemeler yapılabilecektir. Ancak Anayasa md.15 uyarınca çekirdek haklara olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacaktır.¹²³

¹²⁰ Fatih Kırışık/Nizamettin Aydın, İdari İşlemin Unsurlarında takdir yetkisinin varlığı Sorunu, *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF*, 2002, C.7, S.2, s.333 vd.

¹²¹ Kırışık/Aydın, *agm.*, s.339.

¹²² Sıddık Sami Onar, *“İdare Hukukunun Umumi Esasları”*, 1. Cilt İstanbul, 1960 s.425.

¹²³ Kemal Gözler, *“Türk Anayasa Hukuku”*, s.383.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Anayasa md.104/17 ikinci cümledeki sınırlamalara olağanüstü hal kararnamelerinin tabii olmadığı hususu, Anayasa md.119/6. açıkça belirtilmiştir. Mefhumu muhalifinden hareketle Anayasa md.104/17'nin üçüncü ve dördüncü cümlelerinde yer alan “*münhasıran kanunla düzenleme*”, “*kanun ile açıkça düzenlenmesi*” ifadelerinden oluşan sınırlamalara olağanüstü hal kararnamelerinin tabii olduğudur. Kanımızca bu hüküm Cumhurbaşkanının iradesini kısıtlamakta ve bu kararnamelerin çıkarılış amacı ile çelişmektedir. Şöyle ki, kişiler için daha ağır yükümlülükler getirebilecek nitelikte olan kişi, siyasi hak ve ödevlerine ilişkin temel haklara dokunulabilirken, sınırlama olarak onlardan daha alt seviye olarak yorumlanabilecek “*münhasıran kanunla düzenleme*”, “*kanun ile açıkça düzenlenmesi*” gibi alanlara evleviyetle dokunulabilmesi gerekirdi. Zira bunun tersi anlayış Olağanüstü hal müessesesinin gerekliliğini kılan takdir hakkı ile bağdaşmayacağı kanısındayız.

D. Yer ve Süre

Sebeup ve konu haricinde olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri süre ve yer bakımından da sınırlandırılmıştır. Çıkarılacak kararnameler, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal ilan edilen yer ile sınırlı olarak uygulanır. Olağanüstü hal kalktıktan sonra bu kararnameler uygulama alanı bulamazlar. Bunun bir sonucu olarak, tıpkı olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de olağanüstü hal döneminin dışında kanunlarda değişiklik yapılamaz.

E. Şekil ve Usul

15.7.2018 tarihli ve 10 numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemişse resmi gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Özetle Cumhurbaşkanının imzası ve yayımlanma koşulu ile hukuk alanında hüküm ifade etmeye başlarlar.

Ancak olağan dönem kararnamelerinden farklı olarak, bu kararnamelerin kanun gücünde olması yani normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alması bakımından, anayasa koyucu, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin 3 ay içerisinde *-savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere-*, olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM tarafından görüşülmemesi halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacağını belirtmektedir. Bu hükümde “*hükümsüz olma*” yerine “*yürürlükten kalkma*” ifadesinin seçildiğine dikkat edilmelidir. Yani olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri TBMM tarafından onaylanmasa dahi yürürlükte bulunduğu sürede yapılan işlemler bakımından geçerli-

dir. Re'sen işlemin yoklukla malul olması söz konusu olmayacaktır. Zira bu olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri diğerlerinden farklı olarak yargısal denetime tabi olmamakla beraber 3 ay içinde yasama tarafından uygun bulunmazsa yürürlükten kalkmasına rağmen hükümsüz kalmadığı için, yürürlükte kaldığı süre içerisinde yapılan işlemler bakımından hüküm ifade edeceği açıktır.

F. Yargısal Denetim

Anayasanın 148. maddesinde, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi söz konusu değildir. Bu yönü ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yerini aldığı görülmektedir. Bu husus doktrinde hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği belirtilerek eleştirilmiştir.

Bu çeşit kararnameler için hukuki denetimden ziyade olağanüstü hal Kanun Hükmünde Kararnamelerindeki gibi siyasi denetim öngörülmüştür. 3 ay içerisinde TBMM'nin toplanamaması hâli hariç olmak üzere, olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM tarafından onaylanması gerekmektedir. Yani olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimini yapacak olan makam TBMM'dir. Bununla beraber geçmişte Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal Kanun Hükmünde Kararnamelerini belli başlı denetim ilkeleri çerçevesinde; süre, konu ve yer bakımından denetlemiştir.¹²⁴ Ancak 2016 yılında bu içtihadından dönerek denetleme yetkisi olmadığını belirtmiştir.¹²⁵ Burada Anayasa Mahkemesinin lafzi yorumu benimsediğini söyleyebiliriz. Anayasa Mahkemesinin denetimine açılması kesin olarak yasaklanmıştır.¹²⁶

¹²⁴ Anayasa Mahkemesi E.1990/25, K.1991/1, RG, T.05.03.1992, S.21162, Anayasa Mahkemesi, E.1991/6 K.1991/20, RG, T.08.03.1992, S.21165, Anayasa Mahkemesi, E.2003/28, K.2003/42, RG, T.16.03.2004, S.25404.

¹²⁵ İlgili kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2016/166, K.2016/159, RG, T.04.11.2016, S.29878, Anayasa Mahkemesi, E.2016/167, K.2016/160, RG, T.04.11.2016, S.29878, Anayasa Mahkemesi, E.2016/171, K.2016/164, RG, T.08.11.2016, S.29882, Anayasa Mahkemesi, E.2016/172, K.2016/165, RG, T.08.11.2016, S.29882. "Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme rağmen yapılacak denetim, Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almadığı bir Devlet yetkisini kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz."

¹²⁶ Aksi görüş için bkz. European Court of Human Rights, "Case of Aksoy v. Turkey", Application No: 21987/93, European Court of Human Rights, "Case Of Sakık and Others v. Turkey", Application No: 87/1996/706/898-903, European Court of Human Rights, "Case of Abdülsamet Yaman v. Turkey", Application No: 32446/96.

Ancak kanaatimizce TBMM bu kararnameleri onayladıktan sonra artık kanun hükmünde ve niteliğinde olacağından kanunların tabii olduğu denetim şeklinde Anayasa Mahkemesinin önüne götürülebilir. Dolayısıyla, her ne kadar bu zamana dek örneğine rastlanmasa da Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de benzer bir yaklaşım sergileyeceği söylenebilir.

Öte yandan 6216 s. Kanun'un 45/3'e göre "Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz". Bu bakımdan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile, bireysel başvuruya konu olabilecek herhangi bir hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılması mümkün olmayacaktır.

4. MUKAYESELİ HUKUKTA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN YERİ

A. Amerikan Hükümet Sisteminde Başkanlık Kararnameleri

Başkanlık sisteminin¹²⁷ en eski ve köklü uygulayıcılarından olan ABD'de Başkanlar, devleti ve ülkeyi kararnameler ile yönetirler. İlk olarak 1793'te Başkan George Washington, Fransa ile İngiltere arasındaki savaşta ABD'nin tarafsızlığını ilan eden bir kararname yayımlamıştır. Bu kararname ilk Amerikan Başkanlık sisteminin kararnamesi olarak kabul edilmekle birlikte esasen yayımlanmış ve sıra numarası almış ilk kararname Abraham Lincoln dönemine aittir.¹²⁸ Lincoln döneminden sonra başkanlık kararnamelerinin yayımlanması ve belli bir numara alması gerektiği görülmektedir.

Aslında, ABD Anayasası, başkana kararname çıkarma yetkisi vermemektedir.¹²⁹ Bu nedenle, doktrinde bu kararname yetisinin ABD Anayasasında açıkça yazılmaması karşısında teamüli gelişen bir yetki olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁰ ABD Anayasasında karar veya kararname yetkisine ilişkin herhangi bir açıklık¹³¹ olmamasına rağmen, başkanlar kararname çıkarma yetkisinin meşruiyet

¹²⁷ ABD'de yürütme yetkisi Başkan tarafından tek başına kullanılır ve yasama organına karşı hesap vermez. Başkan görevi ile ilgili işlerden dolayı sorumsuzdur ve dört yılda bir yapılan seçimlerle doğrudan halka hesap verir. Ancak, Senato'nun görevini kötüye kullanma ve vatana ihanet gibi suçlardan Başkanı yargılama (soruşturma, *impeachment*) ve Yüce Mahkemeye sevk etme yetkisi vardır. Ayrıca, Başkanın önemli atama kararları da Senato tarafından onaylanmak zorundadır. Başkanın kabinesinde yer alan "sekreterlerin" Başkanın kararlarına olur vermek gibi bir yetkileri yoktur.

¹²⁸ Richard M. Pious, *The American Presidency*, Basic Books, New York, 1979, s.51.

¹²⁹ Recep Bozlağan, *Türk Tipi Başkanlık*, İstanbul, Hayat Yayın, 2016. s.57.

¹³⁰ Kemal Gözler, "Devlet Başkanları", s.4.

¹³¹ ABD başkanlık tarihinin tek kararname çıkarmayan başkanı 1841 yılında göreve gelen William Henry Harrison, 31 günlük görev süresiyle ABD tarihinin en kısa süreli Başkanıdır.

zemi olarak ABD Anayasasının 2. maddesini görerek yasama fonksiyonu niteliğinde, tek taraflı ve dolaysız yapabildikleri, genel ve kişilik-dışı kurallar koyma yetkileri olarak kararnameleri (executive order) kullanmışlardır.¹³² Güçlü bir yürütme erki olarak ortaya çıkan bazı ABD başkanların anayasanın bu maddesine dayanmak suretiyle kararname çıkarmak suretiyle yetkilerini en üst seviyede kullandıkları görülmektedir. Özellikle, George Washington, kararnameler ile Başkan'ın uluslararası ilişkileri koordine etmesini ve yürütmesini sağlamıştır. Yine Abraham Lincoln, köleleri özgürlüğe kavuşturmak için bu maddede belirlenen yetkileri kullanmıştır.¹³³

ABD başkanlık kararnamelerinin esasen teamüli bir yetki olduğunu belirledikten sonra uygulamada ABD'de üç çeşit kararnameden söz edebiliriz. Bunları şu Şekilde sıralayabiliriz; ilki meşruiyetini doğrudan anayasadan alan kararnameler (teamül ve içtihat yolu ile), ikincisi Kongre'nin yetki kanunu ile başkanı yetkilendirdiği kararnameler, son olarak ise herhangi bir kanuna dayanılarak çıkarılan kararnameler. Mesela dış ilişkiler ve savunma gibi hususlarda başkan doğrudan anayasaya dayanarak kararname çıkarmaktadır.¹³⁴

Amerikan Başkanının kararname çıkarması için herhangi bir makamdan yetki, onay, icazet alması gerekmez. Anayasanın 2. maddesi ve anayasal teamüllere dayanarak başkan kararname ıkatabilmektedir. Hatta bu kararnameler ile kanunları mülga edebildiği doktrinde ileri sürülmüştür.¹³⁵ Buna rnek olarak ise; Başkan Trump'ın, Başkan Obama döneminde çıkarılan sağlık ve iklim ile alakalı kanunları iptal etmesi gösterilmiştir. Ancak burada kararname ile bir yasa iptalinden bahsetmek mümkün değildir. Şöyle ki, adı geçen yasanın ilga edilmesi için meclisten başkana bürokratik yetki veren bir yasa çıkarılmasının

¹³² ABD Anayasasında yürütme erkinin düzenlendiği 2. madde şu ifadeleri içermektedir: "Yürütme yetkisi, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'na verilecektir. Bu göreve dört yıllık bir süre için sahip olacak ve aynı süre için seçilen bir Başkan Yardımcısı ile birlikte... Başkan, Birleşik Devletler Kara ve Deniz Kuvvetleri ve Birleşik Devletler için faal hizmete çağırıldıkları takdirde, eyaletlerin milis kuvvetlerinin başkomutanı olacaktır; yürütme organının her bölümünün en üst görevlilerinden kendi bölümünün işlevleri ile ilgili herhangi bir konuda görüşünü yazılı olarak isteyebilecek, ve görevi kötüye kullanma olayları dışında, Birleşik Devletler'e karşı işlenmiş suçlarda infazı erteleme ve affetme yetkisine sahip olacaktır, Başkan, Senato'nun tavsiye ve rızası ile, ve mevcut senatörlerin üçte ikisinin onayı ile, antlaşmalar yapma yetkisine sahip olacak; ve büyükelçileri, diğer diplomatik kişi ve konsolosları, Yüksek Mahkeme yargıçları ile bu Anayasa'nın öngörmediği ve yasalarla kurulacak Birleşik Devletleri makamları için bütün görevlileri önerecek ve Senato'nun tavsiye ve rızası ile bunların atamalarını yapacaktır: ancak Kongre uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atanmasını yasa ile, yalnızca Başkan'a, mahkemelere ya da Yönetim Bölümlerinin başkanlarına verebilecektir."

¹³³ <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, E.T.: 18/06/2019.

¹³⁴ Fendoğlu, *agm.*, s.524.

¹³⁵ ağrı D. olak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi zerinden Karşılaştırmalı Analizi, *Strategic Public Management Journal*, December 2017, Vol.3, Special Issue, s.61.

akabinde adı geçen yasanın uygulamada iptal denebilecek bir kararnamenin çıkarılması esasen söz konusudur.¹³⁶ Yine Amerikan Başkanının dış ilişkiler, ulusal güvenlik ve terörizmle mücadele konularında özerk kararname çıkarma yetkileri bulunduğu kabul edilmektedir.¹³⁷

Kongre, yani yasama organı ise, başkanın çıkardığı kararnameyi iptal etme yetkisini elinde tutmaktadır. Esasen Amerikan teamülünde ve uygulamasında bir kararnamenin iptal edilmesi durumunda, Başkanın itibarı ciddi derecede hasar görebilmekte ve gelecekte idarede ve yürütme organında düzenleme yapmasını engelleyebilmektedir.¹³⁸ Hali hazırda Kongre, bugüne kadar Başkanlık kararnamelerinin yüzde 4'lük kısmını tadil veya ilga etmiştir.¹³⁹

Öte yandan, kararnameler aynı zamanda yargısal denetime de tabiidirler. Başkanın çıkardığı kararnameleri Federal Yüksek Mahkeme iptal etme yetkisini haizdir.¹⁴⁰ Yüksek mahkeme kararnamelerinin anayasal veya yasal dayanaklarının olup olmadığına bakmanın yanı sıra “*hukuk devleti*” ve “*eşitlik*” ilkelerine uygun olup olmadığına bakarak denetleme yaptığı görülmektedir. Öyle ki iki yüz yıl içerisinde sadece 14 kararname iptal edilmiştir. Zaten “*yargısal aktivizm*” doktrini Federal Yüksek Mahkeme tarafından yasama ve yürütme lehine ortaya konmuştur.¹⁴¹

ABD’de üst düzey kamu yöneticilerinin kararname ile atanması kabul edilmekle beraber bu yetki Kongre ile paylaşılarak kullanılmaktadır. Genel itibarla ABD’de devlet teşkilatı ve görev tanımlarının belirlenmesinde Kongre yetkilidir. Zaten uygun bulmadığı başkanlık kararnamelerini iptal yetkisini elinde tutmaktadır.¹⁴²

ABD’de Başkanlık kararnamelerinin konularını herhangi bir husus oluşturabilir. Temel haklar ve hürriyetler sınırlandırılabilir, ülkeye giriş yasağı konabilir, kamu kurumu ve teşkilat oluşturulabilir, ohal ilan edebilir, iletişime sınır-

¹³⁶ <http://www.hurriyet.com.tr/haberleri/obamacare>, E.T.: 18.09.2019, ABD Senatosu’ndaki görüşmelerden sonra oylamaya sunulan bütçe kanunu tasarısı 48’e 51 oyla kabul edildi.

Böylece Demokrat Partili ABD Başkanı Barack Obama’nın ismiyle anılan “Obamacare” sağlık reformunun iptalini sağlayacak ve şubat ayında oylamaya sunulabilecek yasa tasarısının önünü açan ilk adım atılmış oldu.

¹³⁷ Fendoğlu, *agm.*, s.528.

¹³⁸ Christopher J. Deering/Forrest Maltzman, “The Politics of Executive Orders: Legislative Constraints on Presidential Power”, *Political Research Quarterly*, 1999, C.52, S.4, s.779.

¹³⁹ Fendoğlu, *agm.*, s.534.

¹⁴⁰ Harold H. Bruff, “Presidential Power and Administrative Rulemaking”, *The Yale Law Journal*, 1979, C.88, S.3, s.508.

¹⁴¹ Fendoğlu, *agm.*, s.530-531.

¹⁴² Fendoğlu, *agm.*, s.510.

lama getirebilir.¹⁴³ ABD Anayasasında kararnamelerden bahsedilmemesinden mütevellit kararnamelerin konusu, unsurları, şekil şartları gibi hususlar ile istisnaları düzenlenmemiştir.

B. Rusya Hükümet Sisteminde Kararnameler

Rusya, hükümet sistemi olarak, esas itibarıyla yarı başkanlık şeklinde görülmekle beraber başkanın yetkileri sebebi ile “*süper başkanlık*” olarak nitelenen bir yönetim sistemine sahip bulunmaktadır.¹⁴⁴ Bunun sebebi olarak, Rusya Federasyonu Anayasasında başkana tanınan; Başbakanı atama, hükümet oturumlarına başkanlık yapma, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme, Yüksek Mahkeme hâkimleri, Rusya Federasyonu Başsavcısını Federasyon Konseyine önerme, federal hâkimleri atama, Rusya Federasyonu Güvenlik Konseyi’ni yönetme, silahlı kuvvetlerinin yüksek komuta heyetini göreve atama ve görevden alma (m.83), Devlet Duma’sını feshetme (m.84), Federe yürütme organlarının yürürlüğünü durdurabilme (m.85), dış politikayı yönetme (m.86), tek başına sıkıyönetim ilan etme (m.87), tek başına Rusya genelinde veya bölgeler bazında olağanüstü hal ilan etme (m.88), kararname çıkarma ve emirler verme (m.90), yetkileri gösterilmektedir.

Rusya Anayasasının 90. maddesi uyarınca başkan, anayasa ve kanunlara aykırı olmayacak şekilde kararname çıkarma yetkisi ile donatılmıştır. Yine bu kararnameler, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabiidir. Kararnameler 115. m.’ye göre normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra yer almaktadır. Burada ilginç olan nokta ise, hükümetin düzenleyici işlemleri başkan tarafından anayasa, kanun, kararnameye aykırı görülürse resen iptal edilebilecek olmasıdır.¹⁴⁵

Sistemin en baskın unsuru olan Devlet Başkanı, yürütme içinde yer almaktadır. İcracı konumuna ve bu konumundan kaynaklı olarak teoride yürütme erkine dahil olma zorunluluğuna karşın, Rusya Federasyonu Anayasası’nda Devlet Başkanı, her üç erkin dışında ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Rusya Federasyonu Hükümeti Hakkında Federal Yasanın 1. maddesinde de; “*Rusya Federasyonu Hükümeti’nin, Rusya Federasyonu’nun en üst yürütme organı*” olarak belirtildiği dikkate alınırsa Devlet Başkanı, erkler dışında bir konuma sahiptir ki yarı başkanlık sisteminin kabul edilip uygulandığı ülkelerde de durum aynıdır. 113. ve 115. maddelerinde yer alan hükümetin, Devlet Başkanı’nın kararnamelerine uyması gerektiği hususu birlikte değerlendirildiğinde, Devlet

¹⁴³ Fendoğlu, *agm.*, s.536.

¹⁴⁴ Haluk Alkan, “Karşılaştırmalı Başkanlık Sistemleri: Latin Amerika ve Sovyet Sonrası Örnekler Üzerine Bir İnceleme”, *Yeni Türkiye Dergisi*, 2013, (51), s.786.

¹⁴⁵ Eren, *agm.*, s.7-8.

Başkanı'nın hükümeti kontrol altında tutan ve hükümetin Devlet Başkanı'nın emri ile çalışan bir organ olduğu sonucuna varılabilir. Rusya hükümeti başkan karşısında o kadar işlevsiz hale getirilmiştir ki, Anayasa'nın 115. maddesine göre, hükümetin aldığı kararlar başkanlık kararnamelerine aykırı olduğu takdirde başkan tarafından iptal edilebilmektedir. Bu yönüyle başkanlık sistemine daha yakın olduğu ileri sürülebilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere parlamentonun kanun yapabileceği konular Anayasa'da sıralanmış iken Rusya Federasyonu Anayasası'nda, Devlet Başkanı'nın hangi konularda kararname çıkaramayacağına veya çıkarabileceğine dair bir madde bulunmamaktadır.¹⁴⁶

Ancak genel kabul gören düşünce yasamanın görev sahasında olan konularda başkanın kararname (ukaz ve rasporjeniya) çıkarmasının uygun olmadığı şeklindedir. Ancak Rus devlet başkanları, özellikle 90'lı yıllarda, yasama faaliyeti alanına giren konularda ve hatta anayasada düzenlemeler yapmışlardır.^{147 148}

C. Fransa Hükümet Sisteminde Kararnameler

Beşinci Cumhuriyet Anayasası, parlamenter sistem ile başkanlık sisteminin karışımı olan ara bir sistem olarak yarı başkanlık sistemini Fransa'ya getirmiştir. Fransa devletinde mevcut hükümet şekli “*yarı başkanlık*” hükümet sistemidir. Yarı başkanlık, parlamenter sistem ile başkanlık sisteminin karışımından oluşmaktadır. Bu sistemde, devlet başkanını halk kendisi doğrudan seçerken, yine meclis ve ona organik olarak bağlı başbakan ve bakanlar kurulundan söz edilir. Dolayısıyla yürütme kuvveti, bakanlar kurulu ve başkan arasında paylaşılırken başkan aynı zamanda meclise karşı sorumludur.¹⁴⁹ Örneğin, Başkan, başbakanı

¹⁴⁶ Bu konuda tek kısıt, 102. maddede sayılan olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan edilmesine ilişkin kararnamelerin Federasyon Konseyi'nin onayına sunulması hükümleridir

¹⁴⁷ Natig Abdullayev, “*Demokratikleşme Sorunsalı Çerçevesinde Rusya'da Hükümet Şekli Üzerine*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2008, s.111-112.

¹⁴⁸ Müzeyyen Eroğlu Durkal/Mustafa Karahöyük, Yarı Başkanlık Sistemi ve Rusya Federasyonu Örneği, *ERÜHFD*, (2017), C.XII, S.1. “*Başkanlar, yasama organı gibi çalışıp Duma'yı atlayarak, başkanlık kararnamesi ile düzenleme yapmaktadırlar. Putin'in ilk iki devlet başkanlığı döneminde (2000-2008), parlamento çoğunluğuna güvenmesi nedeniyle kararname kullanımı en düşük seviyededir. Buna karşın Medvedev ve özellikle Yeltsin'in kararname çıkarma yetkisini oldukça yoğun olarak kullandıkları gözlemlenmektedir Başkanın kararname yetkisi o denli geniştir ki 1996, 2001 ve 2003 yıllarında dört defa kararname ile anayasa değişikliği yapılmıştır. Rusya Federasyonu Anayasası'nın, anayasayı değiştirme usullerini açıkladığı dokuzuncu bölümde, başkanlık kararnamesi ile anayasa değişikliği yapılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına karşın, ülkenin federal düzenine ilişkin hükümleri içeren Anayasanın 65. maddesinin 11 numaralı dipnotunda belirtildiği üzere 65. maddede 4 defa kararname ile değişiklik yapılmıştır.*”

¹⁴⁹ Hüseyin Gül/İhsan Kamalak/Songül Sallan Gül, “Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye'nin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, *Strategic Public Management Journal*, December 2017, Vol.3, Special Issue, s.103.

atayıp kabineyi kurduktan sonra bu kabinenin meclisten güvenoyu alması gerekmektedir. Yine, Fransa'da meclis, kabineyi güvenoyu ile düşürebiliyorken meclis üyesi bir vekil bakan olduğu anda meclis üyeliği sona ermektedir. Dolayısıyla burada hem parlamenter sistem hem de başkanlık sisteminden izler görülmektedir.¹⁵⁰ Bu sistemde başkan daha ziyade uluslararası ilişkiler, devlet kurumları arası diyalog gibi görevler üstlenirken; başbakan iç siyaset, ekonomi, yasa yapma gibi konularda öncülük etmektedir. Sistemin dikkat çekici bir diğer özelliği ise başkanın kanunları mutlak veto yetkisinin olmamasıdır.¹⁵¹

Bu sistemde başkan, üst kademe yöneticilerini atamanın yanı sıra Anayasa Mahkemesi dahil yüksek mahkeme üyelerini tayin etme yetki ve görevi bulunmaktadır. Yine olağanüstü hal ilanı, büyükelçi ve temsilci gönderme, orduyu kullanma gibi alanlarda yetki sahibidir. Başkanın Fransa'da "*vatana ihanet*" dışında sorumluluğu bulunmamaktadır.¹⁵²

Kararname yetkisi başkanda mevcuttur ama bu yetki geniş değildir.¹⁵³ Fransa anayasasının 13. maddesi uyarınca başkan -Cumhurbaşkanı- Bakanlar Kurulunca hazırlanan kararname ve kararları imzalar. Burada esasen şekil şartı olan bir imzadan bahsedilmektedir. Yani, kararnameleri Bakanlar Kurulu çalışarak Başkana sunmakta başkan ise takdir yetkisine göre imzalamaktadır. Öte yandan, referandum, meclisi feshetme, ohal ilan etme ve ohal kararnamesi çıkarma yetkileri mevcuttur.¹⁵⁴

Yine anayasanın 47. maddesi uyarınca hükmü gereği bütçesel konularda zamanında kanun çıkarılamayacaksa Bakanlar Kurulu kararname hazırlamak ve Cumhurbaşkanının onayına sunmak suretiyle bir kararname çıkarabilir.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Ercan Eyüboğlu, "*Fransa: Parlamenter Bir VI. Cumhuriyet'e Doğru*", içinde (Yarı) Başkanlık Sistemi ve Türkiye: Ülkeler, Deneyimler ve Karşılaştırmalı Analiz, der. İ. Kamalak, 2. Baskı, İstanbul, Kalkedon, 2014, s. 165.

¹⁵¹ Türkkiye Ataöv, *Federasyon Başkanlık Yarı-Başkanlık*, İstanbul, Destek Yayınevi, 2011, s. 185.

¹⁵² Ataöv, *age.*, s. 185.

¹⁵³ Gül/Kamalak/Sallan Gül, *agm.*, s. 115.

¹⁵⁴ Fendoğlu, *agm.*, s. 538-539.

¹⁵⁵ Fransa Anayasası 47. maddesi "*Millet Meclisi, kendisine verilen bir yasa tasarısını, verilışinden itibaren kırk gün geçmesine rağmen ilk görüşmeyi yapıp karara bağlayamazsa, Hükümet Senatoya başvurur. Senato onbeş gün içinde bir karar vermek zorundadır. Bundan sonra 45'inci maddede öngörülen koşullara göre hareket edilir. Parlamento, yetmiş gün içinde bir karara varamazsa, yasa tasarısındaki hükümler kararname ile yürürlüğe konulabilir. Bütçenin uygulanması ile ilgili olarak gelir kaynakları ve giderlerin uygulanması ile ilgili mali yasalar, bu uygulamaya başlamadan önce yayınlanmak üzere zamanında verilmezse, Hükümet, acil olarak Parlamento'ya başvurarak vergi tahsilâtı için izin ister ve kararname yoluyla bütçede oylanıp kabul edilen hizmetler için ödenek belirler.*"

D. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Mukayeseli Hukuktaki Yerine İlişkin Değerlendirme

Dünya hukuk sistemlerine baktığımızda, hükümet sistemlerinde kararname yetkisinin iki çeşit olduğu göze çarpmaktadır. İlki yasama erki tarafından bir yetki yasası çerçevesinde yürütme erkinin salahiyyetli kılınması *-delegated decree authority-*, ikincisi ise doğrudan anayasal düzenleme ile kararname yetkisinin *-constitutional decree authority-* yürütme erkine ilk elden tanınmasıdır. Genel itibarla, parlamenter sistemlerde yetki kanunu çerçevesinde kararname çıkarma yetkisi tercih edilirken, başkanlık sistemlerinde kararnamelerin kaynağını anayasalardan aldıkları görülmektedir.¹⁵⁶ 2017 değişikliklerine kadar Türkiye’de KHK’lar ile yetki kanunu çerçevesinde kararname sistemi benimsenmiş iken hali hazırda artık meşruluğunu anayasadan alan kararnameler KHK’ların yerini almıştır.

Amerikan Anayasa sisteminde Başkanlık kararnamelerinin kapsam ve sınırları anayasada belirtilmemiştir. Dolayısıyla başkan herhangi bir anayasal sınırlamaya tabii değildir. Yine başkan, yeni bir kararname çıkartmak suretiyle ilgili kararnameyi tadil edebilir veya yürürlükten kaldırabilir. Neticeten, Amerikan Sisteminde yasama, yürütme ve yargının kararnameler üzerinde bir denetimi ve etkisinde bahsedilebilecektir.¹⁵⁷ Amerikan sisteminde kararnamelerin konusu ve sınırlamalarının açıkça belli olmaması ve her alanda çıkarılıyor olabilmesi kararnamelerin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edebilme risklerini beraberinde getirmektedir.¹⁵⁸ Rus sisteminde ise Anayasanın 90. maddesi uyarınca başkan anayasa ve kanunlara aykırı olmayacak şekilde kararname çıkarabileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak kararnamelerin konusu ve istisnaları anayasada düzenlenmemiştir. Uygulamada temel haklar ve hatta anayasa tadiline yol açacak şekilde düzenlemelere kararnameler vasıtasıyla gidildiği görülmektedir. Bu hali ile Türk hukukunda kararname rejiminin konu itibarıyla çok daha detaylı ve temel haklara ile yasama alanına müdahale anlamına gelebilecek işlemlerin önünü kestiği görülmektedir. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sistematığının ABD ve Rus sisteminden daha demokratik olduğu müşahade edilmektedir. Fransa’da ise Türk hukuk sistemine yakın bir şekilde konu ve şekil itibarıyla kazuistik düzenlemenin tercih edildiği görülmektedir.

¹⁵⁶ Eren, *agm.*, s.4

¹⁵⁷ John Contrubis, *Executive Orders and Proclamations*, CRS Report for Congress Contrubis, 1999, s.19.

¹⁵⁸ Buna örnek olarak, Eisenhower’ın devlet okullarında ayrımcılığı kaldıran ve Roosevelt’in 1942 yılında bazı bölgelerin askeri bölge ilan edilmesine yönelik kararnameleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Roosevelt’in söz konusu kararnamesi aracılığıyla 70.000’in üzerinde Japon asıllı Amerikalı evlerinden alınmış ve askeri kamplarda toplandığı bilinmektedir

¹⁵⁹ Çolak, *agm.*, s.61.

ABD, Rusya, Fransa ve Türkiye’de başkanlık kararnameleri soyut-objektif veya somut-birel işlem niteliğinde olabilmektedir.

ABD, Rusya, Fransa ve Türkiye’de başkanlık kararnameleri hem yüksek mahkeme hem de parlamento denetimine tabiidir. Yüksek Mahkeme ilgili kararnameyi iptal etmek suretiyle anayasaya uygunluğunu denetlerken, kongre ise ilgili kararnamenin düzenlediği alanda bir kanun çıkartmak suretiyle kararnameyi ilga edebilmektedir.

ABD’de başkanlık kararnameleri ile üst düzey kamu görevlileri atanırken Kongre’nin güvenoyunu alma zarureti bulunmaktadır. Amerika’da üst düzey görevlilerin ve yargı mensuplarının atanmasında Kongre’nin bu atamaya genellikle salt çoğunlukla onay vermesi gerekmektedir.¹⁶⁰ Rus sisteminde ise başkan doğrudan atama ve azil yapabilmektedir. Fransa’da başkan üst düzey kamu yöneticilerini atayabilmektedir. Türk sisteminde ise Başkan resen atama ve azil yetkisine sahiptir herhangi bir makamdan veya organdan güvenoyu icazet vb. müesseseler aranmamaktadır. Üst düzey kamu görevlilerinin atanmasında ABD’nin kontrol ve denge sistemine vurgu yaptığı görülmektedir ki parlamentonun atamalara dahil olduğu görülmektedir. Türkiye dahil diğer ülkelerde ise başkanın kendi başına atama ve azil yetkilerini kullandığı görülmektedir. Kanatimizce sert kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak yasamanın, yürütmenin en önemli alanı olan Başkanın istediği yöneticiler ile çalışabilmesine müdahale edilememesi gerekir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin bu yönüyle daha icracı olduğu, bürokrasiyi azalttığı ve devletin varlığına karşı gerçekleşebilecek olan herhangi bir olumsuzluğu devlet mekanizmasının savuşturmasında daha başarılı ve etkili bir sistem olduğu görülmektedir.

Öte yandan başkanların hukuki ve cezai sorumlulukları karşılaştırıldığında, CHS’de, Cumhurbaşkanının hukuki ve cezai sorumluluğunun bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira diğer ülkelerde, “*vatana ihanet*” suçlaması hariç başkanların cezai ve hukuki bağışıklıklarının olduğu görülmektedir. Bu haliyle, CHS’de başkanın daha hesap verebilir şekilde öngörüldüğu, bu hususun ise diğer başkanlık sistemlerine göre daha demokratik ve hukuki olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Türk Anayasa Hukuku tarihine baktığımızda devleti oluşturan hükümet sistemlerinin belirlenmesinde, en önemli unsurun, yasama ve yürütme kuvvetlerinin çok farklı şekillerde birbirlerini denetleyecek ve dengeyi sağlayacak şekilde konumlan-

¹⁶⁰ Gül/Kamalak/Sallan Gül, *agm.*, s.115.



dırılması olduğunu görmekteyiz. İlk olarak 1909 değişiklikleri ile parlamenter sisteme geçildiği, 1924 Anayasası ile Meclis Hükümeti sisteminin benimsendiği, 1961 Anayasası ile tekrar parlamenter sistemin anayasa koyucu tarafından tercih edildiği ve 1982 Anayasasının ilk hali ile parlamenter sistemin devam ettiği nihayetinde 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde başkanlık hükümeti sisteminin bir çeşidi olan CHS'ye doğru hükümet sistemlerinin evrildiğini görmekteyiz.

Son yapılan anayasa değişiklikleri ile, bir başkanlık sistemi olarak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, parlamenter sistemde öngörülen düalist yapı olarak ifade edilen ve yürütmenin sorumlu ve icracı kanadı olan Bakanlar Kurulu'nu kaldırarak yürütmede iki başlılığı sona erdirmek suretiyle, tipik bir başkanlık sistemi özelliğini yani sorumlu, icracı başkanı Cumhurbaşkanı sıfatıyla anayasa hukukumuzda katmıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, sistem merkezine Cumhurbaşkanı olarak, gerek anayasa hukuku gerekse idare hukuku bağlamında tek irade-tek teşkilat anlayışı ile Cumhurbaşkanı hem yürütmenin bizzat kendisi yapmış hem de idarenin başı haline getirmiştir. Tabiri caiz ise bu sistem özü itibarıyla *“yürütmede Cumhurbaşkanı şerik kabul etmez”* felsefesi üzerine bina edilmiştir. Öyle ki klasik başkanlık sistemlerinde Başkanın genel olarak kendisine yardımcı olarak atayacağı kimse ile seçimlere girdiği görülmesine rağmen, anayasa koyucu bu noktada Cumhurbaşkanı yardımcısının seçimle değil atama ile gelmesini tercih ederek bu noktada başkana bir seçme hakkı tanımıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, her başkanlık sisteminin özünde olduğu gibi, yürütmeye dair işlerin tümünün başkan tarafından kararname çıkarmak suretiyle idare edilmesinin istendiği müşahade edilmektedir. Bu bağlamda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği, sınırları ve diğer normlar karşısındaki etki ve durumu ayrı bir önem arz etmektedir.

Anayasa'ya dayanılarak çıkarılabilecek kararnameler, olağan dönem kararnameleri olarak adlandırılan ve çeşitleri itibarıyla asli, tali (türevsel) ve bireysel olarak adlandırılabilen kararnamelerdir. Bu bağlamda asli kararnameler; Anayasa md.104/17 uyarınca yürütme yetkisine ilişkin genel kararnameler, Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/son ve 118/son maddelerinde yer alan mahfuz yetki kapsamında olduğu belirtilen kararnameler ile kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi veren kararnameler şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunlara ilaveten yürütmenin en güçlü düzenleyici işlemi olarak kabul edilmesi gereken olağanüstü hal kararnamelerini ekleyebiliriz. Hukuki niteliği bakımından kararnameler, organik olarak bir yürütme işlemidir. Fonksiyonel olarak ise, asli kararnameler bakımından, bir yasama işlemi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yasama işlemleri; ilk elden, Anayasa Mahkemesi denetimine tabii ve kanun gücünde olma özelliklerine haizdir. Kararname deyince ilk elden düzenleme olup Anayasa Mahkemesinin denetimine tabii işlemlerden söz etmekteyiz.

Anayasada, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, esasen herhangi bir çeşit ve nitelik ayırımına gidilmeksizin her işleme kararname dendiğini görüyoruz. Asli düzenleme kapsamında olan ve bireylere bağlı olmaksızın yürütmenin ana işleyişine dair ülke çapında uygulanacak olan kararnameler ile çalışmamızda ve doktrinde mahfuz yetki kapsamında olduğu belirtilen kararnameler ve bireysel, türevsel nitelikteki kararnamelerin birbirine eş değer görülmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kararının açık bir şekilde ayırımının yapılması gerekmektedir.

Anayasanın 104/17. maddesinde münhasıran kanunla düzenlenme, açıkça kanunla düzenlenmiş olma hususlarının açıklığı kavuşturulması ve muğlaklığın giderilmesi önem arz etmektedir. Bu noktada, bu sistem ile birlikte yürütmeye mahfuz alan tanındığı kadar aslında yasamaya da mahfuz alan tanınmıştır. Başka bir deyişle, mefhumu muhalifinden hareketle, yasama, yürütme dışındaki konular, siyasi ve temel haklar konusunda esasen mahfuz bir alana sahiptir. Burada uygulamada yapılması gereken husus; mevzuatın ayrıntılı bir şekilde taranarak TBMM'nin yürütme alanında yaptığı kanunların tespiti ile bir kanun metni ile bu kanunları mülga edilmesi ve yürütmeye asli kararnameler ile bu alanı anayasa gereği düzenleme imkanı tanınması gerekliliğidir. Aksi takdirde, yürütmeye ilişkin bir kanun var ise ve o alanda bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırsa hangisinin uygulanacağı hususunda sorun yaşanacağı ileri sürülebilir.

Dikkat edilmesi gereken hususlardan bir diğeri ise, TBMM'de kanun yapma çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının farklı siyasi geleneklerden geldiği yani uyumlu çalışmadığı durumlarda, yürütme yetkisine ilişkin sorun yaşanabileceği gözlemlenmektedir. Şöyle ki, her ne kadar doktrinde mahfuz yetki kapsamında bulunan kararnameler hususunda yasama organının düzenleme yapamayacağına dair görüşler olsa da esasen bu konuda yasamayı sınırlayan herhangi özel bir hüküm anayasada bulunmamaktadır.

Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, 104/17. maddesindeki genel sınırlama şartlarına tabi olup olmadığı hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Şöyle ki, kişiler için daha ağır yükümlülükler getirebilecek nitelikte olan; kişi, siyasi hak ve ödevlerine ilişkin temel haklara dokunulabilirken, sınırlama olarak onlardan daha alt seviye olarak yorumlanabilecek olan "*münhasıran kanunla düzenleme*", "*kanun ile açıkça düzenlenmesi*" gibi alanlara bu çeşit kararnameler ile evleviyetle dokunulabilmesi gerekir. Zira bunun tersi anlayış olağanüstü hal müessesesinin gerekliliğini kılan takdir hakkı ile bağdaşmayacaktır. Buradan hareketle, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bu sınırlamalara tabi olmadığına dair özel hüküm niteliğinde bir ibare anayasa metnine dercedilebilir.

Mahfuz yetkinin olmadığı ileri süren görüş gerek yasama gerekse anayasa yargısı tarafından benimsenirse, hali hazırdaki anayasada Genel Sekreterlik Teşkilatı benzeri bir “*İdari İşler Başkanlığı Teşkilatı*”na yer verilmemiş olması karşısında Cumhurbaşkanlığı makamının idari işlerinin yanı sıra devletin koordinasyonunu yürütecek olan bir teşkilat yapılanması dahi ancak kanunla düzenlenmediği takdirde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecektir. Bunun mefhumu muhalifinden hareketle, yasama organı Cumhurbaşkanlığının Teşkilat Yapılanması Hakkında bir kanun çalışması yapabilir ve bu kanun, ilgili kararnameyi yürürlükten kaldırır. Kanımızca böyle bir kanun çalışması yürütme alanına müdahale olacağı, anayasanın gai ve sistematik yorumu ile çelişeceği açıktır. Dolayısıyla, bu hususta bir anayasa değişikliğine gidilmek suretiyle, anayasa koyucunun gerçek iradesinin yoruma yer bırakmayacak şekilde anayasa metnine dercedilmesi gerekir. Nitekim 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu, 703 sayılı KHK’nın 46. maddesi ile 09/07/2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir. Bu kanunda TBMM istediği düzenlemeyi yapabilecektir. Öyle ki, bu düzenlemeler, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ikinci kısmında düzenlenen “*Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı*” hükümleri ile çelişmesi halinde, anayasanın amir hükmü gereği kanunların uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanının özerk çalışma alanına müdahale olabileceği görülmektedir. Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının 1982 Anayasasının ilk halinde olduğu gibi anayasal bir kurum haline getirilerek teşkilatlanması, görev ve yetkileri ile personel ve kadro durumunun müstakilen, münhasıran ve yoruma yer bırakmayacak şekilde kararname çıkarmak suretiyle düzenlenerek Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmasında fayda mütalaa edilebilir. Zira DDK ve MGK bu şekilde düzenlenerek Cumhurbaşkanına ait belli bir mahfuz alanda olduğu argümanını bu müesseseler bakımından kuvvetlendirmiştir.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman Eren, “Anayasa Mahkemesinin KHK’lara İlişkin İçtihatları Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, 36(1).
- Ali Ulusoy, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>.
- Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.
- Cem Eroğul, “Parlamentar Demokrasilerde Cumhurbaşkanı”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Haziran 1993, C.17, S.156.
- Cemre Akyılmaz, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2019, C.XXIII, S.1.
- Christopher J. Deering/Forrest Maltzman, “The Politics of Executive Orders: Legislative Constraints on Presidential Power”, *Political Research Quarterly*, 1999, C.52, S.4.
- Çağrı D. Çolak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi, *Strategic Public Management Journal*, December 2017, Vol.3, Special Issue.
- Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.
- Ercan Eyüboğlu, “Fransa: Parlamentar Bir VI. Cumhuriyet’e Doğru”, içinde (Yarı) Başkanlık Sistemi ve Türkiye: Ülkeler, Deneyimler ve Karşılaştırmalı Analiz, der. İ. Kamalak, 2. Baskı, İstanbul, Kalkedon, 2014.
- Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan), 2007, C.62, S.3.
- Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005.
- Fatih Kırışık/Nizamettin Aydın, İdari İşlemin Unsurlarında takdir yetkisinin varlığı Sorunu, *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF*, 2002, C.7, S.2.
- Ferhat Uslu, *Anayasa Hukukunun 99 Konusu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

- Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Haluk Alkan, “Karşılaştırmalı Başkanlık Sistemleri: Latin Amerika ve Sovyet Sonrası Örnekler Üzerine Bir İnceleme”, *Yeni Türkiye Dergisi*, 2013, (51).
- Harold H. Bruff, “Presidential Power and Administrative Rulemaking”, *The Yale Law Journal*, 1979, C.88, S.3.
- Hasan Tahsin Fendoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırmalı)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Hüseyin Gül/İhsan Kamalak/Songül Sallan Gül, “Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye’nin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, *Strategic Public Management Journal*, December 2017, Vol.3, Special Issue.
- John Contrubis, *Executive Orders and Proclamations*, CRS Report for Congress Contrubis, 1999.
- Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2001.
- Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016.
- Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- L. John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. Thomas I. Cook, Hafner Press Co., New York, 1947.
- Lino A., Graglia, “It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol.19, 1996.
- Lütfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1983, C.4, S.1-3.
- Mehmet Akad/Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası*, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998, s.435.
- Mehmet Artuk Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2017/3.
- Mehmet Boztepe, 2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Bahar 2018, S.5(1).
- Merve Burcu Gişi, İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, S.IX-II.

- Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. Bası, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1997.
- Müzeyyen Eroğlu Durkal/Mustafa Karahöyük, Yarı Başkanlık Sistemi ve Rusya Federasyonu Örneği, *ERÜHFD*, (2017), C.XII, S.1.
- Natig Abdullayev, “*Demokratikleşme Sorunsalı Çerçevesinde Rusya’da Hükümet Şekli Üzerine*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2008.
- Ozan Ergül, Berraklaştılamayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, 2013, S.104.
- Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Monopol Yayınları, 2018.
- Özen Ülgen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1.
- Recep Bozlağan, *Türk Tipi Başkanlık*, İstanbul, Hayat Yayın, 2016.
- Richard M. Pious, *The American Presidency*, Basic Books, New York, 1979.
- Salih Taşdöğen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C.65, S.3.
- Selami Turabi, *Olağanüstü Hal Hukuku ve Bireysel Başvuru*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Selin Hışım, *Kuvvetler Ayrılığı ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2019.
- Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Cilt*, İstanbul, 1960.
- Sıddık Sami Onar, “Amme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazâî Mürakabe”, Cemil Bırsel’e Armağan, *İÜHFY*, İstanbul, 1939.
- Şeref İba/Yasin Söyler, Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, S.36(1).
- Turhan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, C.23, S.2, <http://dergipark.gov.tr/maruhad/issue/36535/414732>.
- Türkkaya Ataöv, *Federasyon Başkanlık Yarı-Başkanlık*, İstanbul, Destek Yayınevi, 2011.
- Volkan Aslan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, S.36(1).

Yasin Söyler, “*Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı*, 2008.

Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1.

Yavuz Atar, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

<https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, E.T.: 18/06/2019.

<http://www.hurriyet.com.tr/haberleri/obamacare>, E.T.: 18.09.2019.