

Cilt: 25, Sayı: 42, Yıl: 2020
Vol: 25, No: 42, Year: 2020
ISSN: 1300-2929

DICLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DICLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2020

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Nazime YÜCESOY (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLI	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: hukukdergisi@dicle.edu.tr / diclehukukdergisi@gmail.com
Dizgi	: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Temmuz 2020

Dergi Hakkında

A. Amaç : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayın dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilme koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŐMA KURULU*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŞEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEDAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŐ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER



ULAKBİM TÜBİTAK ULAKBİM DÜHFD, 2015 yılından itibaren TÜBİTAK ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranmaktadır.

DergiPark AKADEMİK DÜHFD, Dergipark'ta taranmaktadır.

Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı DÜHFD, Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanında taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1 - 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŞİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Cennet USLU

POPÜLİST EGEMENLİK ANLAYIŞININ TEORİK KÖKENLERİ:
ROUSSEAU VE SCHMITT3

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan DÖNMEZ

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE
TÜRKİYE’DE MECLİS SORUŞTURMASI39

Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA
VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ.....67

Öğr. Gör. Dr. Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ

ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN KANALLARA
KAZANDIRILABİLECEK HUKUKİ STATÜLER: KANAL
İSTANBUL ÖRNEĞİ95

ÖZEL HUKUK

Arş. Gör. Dr. Seda ARSLAN DURMUŞ

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ.....135

Dr. Remzi DEMİR

TÜRK MEDENİ KANUNU’NA GÖRE, ÇOCUKLA KİŞİSEL
İLİŞKİ KURULMASI.....169

CONTENTS

ARTICLES

COMMON LAW

Assoc. Prof. Cennet USLU
THEORETICAL ORIGIN OF POPULIST SOVEREIGNTY
APPROACH: ROUSSEAU AND SCHMITT 4

Asst. Prof. Gökhan DÖNMEZ
PARLIAMENTARY INQUIRY WITHIN THE FRAMEWORK
OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS OF 2017 IN
TURKEY 40

Asst. Prof. Orçun AVCI
EVALUATION OF THE PRINCIPLE OF TAX LEGALITY IN
THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS 68

Lec. Dr. Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ
THE LEGAL STATUS OF CANALS FROM THE PERSPECTIVE
OF INTERNATIONAL LAW: EXAMPLE OF THE CANAL
ISTANBUL 96

PRIVATE LAW

Res. Asst. Dr. Seda ARSLAN DURMUŞ
THE EFFECT OF EMPLOYEE'S PRIVATE LIFE ON
EMPLOYMENT RELATION 136

Dr. Remzi DEMİR
ESTABLISHING PERSONAL RELATIONS WITH THE CHILD
ACCORDING TO TURKISH CIVIL CODE 170

KAMU HUKUKU

POPÜLİST EGEMENLİK ANLAYIŞININ TEORİK KÖKENLERİ: ROUSSEAU VE SCHMITT

Cennet USLU*

ÖZ

Günümüzde hızla yükselen bir ideoloji olarak popülizm liberal demokrasileri tehdit etmektedir. Popülizm farklı bir demokrasi anlayışı ile yarı otoriter yarı demokratik olan melez rejimlerin ideolojik temellerini ve gerekçelerini sağlamaktadır. Popülizm bu farklı demokrasi anlayışı ile anayasal olarak çizilmiş sınırlara göre davranması beklenen yönetimlere sınırsız, denetimsiz ve paylaşılmayan bir iktidar vadetmektedir. Popülizmin otoriter potansiyelinin merkezinde kuşatıcı halk egemenliği anlayışı yatmaktadır. Bu anlayışın felsefi ve teorik kökleri Jean Jacques Rousseau ve Carl Schmitt'in görüşlerinde bulunmaktadır. Bu iki filozofun görüşleri sınırlandırılmaz, devredilemez, bölünemez ve yanılmaz bir egemenlik anlayışına ilham vermektedir. Bu egemenlik anlayışı halkın homojen, yekpare ve özcü bir şekilde tanımlanması sayesinde mümkün olabilmektedir. Popülizmde, halka atfedilmesine rağmen kuşatıcı egemenliğin bizzat halk tarafından kullanılmasının şart koşulmadığı, hatta bunun pek de mümkün veya arzu edilen bir durum

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Siyaset ve Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: caktuslu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3481-4104.

Makalenin Gönderim Tarihi : 10.03.2020.

Makalenin Kabul Tarihi : 01.06.2020.

olmayacağı fikri öne çıkmaktadır. Nihayetinde halka ait olan ancak halkın bizzat kendisi yerine halkın organik partisi, sözcüleri veya lideri tarafından kullanılabilmesi düşünülen bir egemenlik anlayışı ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Popülizm, egemenlik, popülist demokrasi, Rousseau, Schmitt.

THEORETICAL ORIGIN OF POPULIST SOVEREIGNTY APPROACH: ROUSSEAU AND SCHMITT

ABSTRACT

Nowadays, rising populism threatens liberal democracies. By a different democracy model, populism provides ideological fundamentals and justifications for hybrid regimes which is semi-democratic and semi-authoritarian. Owing to the different democracy model, populism promises unlimited, unsupervised and unshared power to governments that it is expected to act according to constitutionally framework. The authoritarian core of populism is located in popular sovereignty. The philosophical and theoretical origin of aforementioned populist sovereignty is obtainable from thoughts of Jean-Jacques Rousseau and Carl Schmitt. The views of these two philosophers inspire populist sovereignty understanding which is unlimited, unalienable, indivisible and infallible. The populist sovereignty is possible thanks to the conception of people is constructed as homogeneous, monolithic and essentialist. In populism, although sovereignty attributed to people, it is not necessary people itself for the actual use of sovereignty. Even if it is advocated direct democracy ostensibly as an ideal, the people's ruling directly is not be possible or a desirable situation literally. Ultimately, the resulting opinion; the sovereignty belongs to the people, but it could be used by the party or the organic leader or the spokesman of people.

Keywords: Populism, sovereignty, populist democracy, Rousseau, Schmitt.

I. GİRİŞ

1990'larda Doğu Bloku çöküp soğuk savaş bittiğinde dünyada "iyi rejim" olarak demokrasinin yıldızı parlamaya başladı. Pek çok eski Doğu Bloku ülkesi coşku içinde demokrasiye geçti, yine dünyanın çeşitli yerlerindeki pek çok otoriter yönetim de demokrasi dalgasına tutunarak daha açık ve özgür rejimler olmaya doğru yöneldi. Böylece, demokrasinin alternatifsiz iyi rejim olarak dünyanın geleceğini

biçimlendireceğine yönelik bir iyimserlik her yere yayıldı. Ancak bu iyimserlik fazla uzun sürmedi ve dünya tekrar bir otoriterleşme dalgasına doğru çekilmeye başladı. Önce yeni demokratikleşen ve demokrasilerini güçlendirmeye girişen ülkelerden başlamak üzere bu yeni otoriterleşme dalgası Batı Avrupa'nın kadim demokrasilerinin kıyılarına kadar geldi.

Demokrasinin popülaritesinin zamanla azalarak otoriter rejimlerin yükselişe geçmesinde, insanlık tarihi göz önüne alınınca fazla bir tuhaflık görülmeyebilir. Nihayetinde bir demokratikleşme ve özgürleşme dalgasını karşı bir otoriterleşme dalgasının takip etmesi daha önce de görülen bir durumdur. Ancak bu sefer tipik bir otoriterleşme dalgasından biraz daha farklı bir olay söz konusudur. Geçmişte demokrasiler ve otoriter rejimler birbirlerinden kısmen daha kolay ayırt edilebiliyorlardı. Bugünlerde ise yönetimler bir yandan gittikçe daha fazla otoriterleşirken diğer yandan en azından seçimleri koruyarak demokrasi kategorisinde kalmaya çalışıyorlar. Böylece Fareed Zakaria'nın illiberal rejimler dediği, otoriter demokrasiler veya melez rejimler ortaya çıkıyor¹.

Bu melez rejimler biryandan demokrasilerin anayasal veya liberal sütununu tahrip ederken diğer yandan seçimleri ve muhalefet partilerini muhafaza etmeyi sürdürüyorlar. Bu yönetimler iktidarlarının sınırlandırılmasından, güçlerinin diğer anayasal kuvvet ve mekanizmalarla kısıtlanmasından, güçlerini paylaşmak zorunda kalmaktan, kararları alırken diğer toplum kesimlerinin temsilcileriyle görüşme ve uzlaşmaya zorlanmaktan, hesap vermekten, eleştirilmekten, sorgulanmaktan, şeffaflıktan velhasıl bildiğimiz anlamada demokratik bir yönetimden hoşlanmıyorlar. Ne var ki, aynı şekilde kendilerinin tam bir diktatörlük olarak etiketlenmesinden ve “çizginin diğer tarafına” geçmekten de özenle imtina ediyorlar, diktatörlük olarak etiketlenmekten sakınıyorlar. Örneğin, seçimlerin yapılmasına ve muhalif parti ve adayların seçimlere girmesine izin veriyorlar ama anti-demokratik koşullarda bunu yapıyorlar. İfade, örgütlenme, medya, toplanma gibi pek çok özgürlüğü kısıtlıyorlar, muhalefeti adil olmayan şartlarda seçime girmeye zorluyorlar, muhalif olmanın ağır bedelleri olacağını gösteriyor ve muhalifleri yıldırıyorlar, seçim güvenliğini zedeleyecek, sonuçları tartışmalı hale getirecek girişimlerde bulunuyorlar. Ancak asla demokrasiyle arada kalan son bağı koparmıyor, kendilerine, anti-demokratik koşullarda seçilmiş yönetimlerine demokrasi diyorlar. Bu

¹ Fareed Zakaria, “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, 1997, Cilt 76, No 6, ss. 22-43.

çaba en azından meşruiyet bağlamında demokrasilerin gücüne işaret etmesi bakımından olumlu görülebilir. Ancak gerçek demokrasilerin altını oyuyor ve yerine bir demokrasi illüzyonu sunuyor.

Bu melez yönetimlerin bütün otoriter niteliğine rağmen kendilerini demokrasi olarak sunmalarına yarayan güçlü ve çok işlevli bir aparat olarak popülizm ideolojisi karşımıza çıkıyor. Popülizm, yönetimlere anayasal veya liberal unsurları baskılamak, kendilerini hala demokrasi olarak adlandırabilmelerine izin vermeye uygun bir ideolojidir. Demokrasi halkın hakimiyeti demekse, halkın ana tema olarak görüldüğü ve her şeyin merkezine yerleştirildiği bir ideoloji nasıl demokrasi karşıtı olabilir! Popülizm; yapılan baskıları, sınırsız ve kontrolsüz iktidar kullanımını, muhaliflere yönelik baskıları halkın yüceltilmesi ve belli türde bir halk egemenliği fikri üzerinden demokratik meşruiyetin sınırlarındaymışçasına sunarak otoriterlik işlevselliği görevini yerine getiriyor. Popülizm belli türde bir halk egemenliği veya halk hakimiyeti fikri ile otoriter bir yönetimin kendisini hala demokrasi kategorisinde göstermesine hizmet ediyor. Popülizm, hem demokrasi hem otoriterlik hattında aynı anda yükselebileme kabiliyetini borçlu olduğu unsur olan halk egemenliği anlayışının ne olduğunu anlamak bu bakımdan oldukça önemlidir. Popülizm kapsamlı ve tutarlı bir felsefi geleneğe bağlı bir ideoloji olmadığı için, hatta bir ideoloji olup olmadığı bile tartışmalı olduğundan, popülist egemenlik anlayışının köklerini veya temellerini bulmak için farklı yerlere bakmak gerekiyor.

Bu çalışmada popülist egemenlik anlayışının doğasını kavrayabilmek, doğru şekilde anlayabilmek için Jean Jacques Rousseau ve Carl Schmitt'in teori ve fikirlerine bakmaya çalışıyoruz. Bu iş için önce popülist ideolojinin söylem ve pratiğinden yansıyan egemenlik kavrayışının genel bir resmini çizeceğiz. Ardından bu egemenlik söylem ve pratiğinin kendini üretmiş olabileceği temel olarak Rousseau ve Schmitt'in egemenlik, halk ve yönetime dair teori ve fikirlerinin izini sürmeyi deneyeceğiz.

II. POPÜLİZM

Popülizmi bir siyaset tarzı, toplumsal-siyasal bir hareket olarak veya bir ideoloji olarak gören farklı yaklaşımlar mevcuttur. Popülizmin ne olduğuna dair farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, en açıklayıcı ve

doğru tanımlamanın onu bir ideoloji olarak kabul eden yaklaşım olduğunu söylemek gerekir.² Popülizm, liberalizm veya Marksizm gibi kapsamlı ve tutarlı fikirler bütününden oluşan geleneksel anlamda bir ideoloji olmamakla birlikte, Michael Freeden'in milliyetçilik için kullandığı tanımlamaya benzer şekilde seyrek-dokulu (thin-centered) bir ideolojidir³. Popülizm seyrek dokulu bir ideoloji olarak, ortaya çıktığı yere ve zamana bağlı olarak sol ve sağ ideolojilerden aldığı ödünç unsurlarla kendisini daha tok veya yoğun kıvamlı bir hale getirme konusunda beceriklidir. Popülizm bazen sol bazen ise sağ renklerle karşımıza çıkması popülizmin ne olduğu konusunda kafa karışıklığını beslemektedir.

“Popülizmin özü itibariyle bukalemunumsu bir niteliğinin olması, daima içinde bulunduğu ortamın renklerini benimsemesi anlamına gelir. Bu bir gizlenme ya da kamuflaj değildir, çünkü popülizm bir ölçüde her zaman bulunduğu ortamın koşulları tarafından şekillendirilir. Başka bir deyişle, popülizmin birincil ve ikincil özellikleri vardır ve birincil özelliklerinden birisi de, kimi ikincil özelliklerinin süreç içerisinde, içinde bulunduğu bağlamdan almasıdır. Tüm ideolojiler bunu belirli ölçüde yapsa da, popülizmin kurguladığı anlatı, mit ve semboller anayurtta yankı bulmaları gerektiğinden, çevreden çok daha fazla unsur alırlar.”⁴

Popülizmin, kıvamını artırmak için farklı ideolojilerden ve farklı ideolojik söylemlerden ödünç unsurlar alıyor olması, popülizmin karakteristik unsurları olmadığı anlamına gelmez. Popülizmin, ödünç aldığı unsurlar veya bukalemunvâri renk değiştirmelerinin ötesine geçerek, tanıtıcı ve karakteristik yapısına ulaşmak mümkündür. Jan-Werner Müller'e göre popülizm *“siyasetin özgül bir ahlâkçı bakışla tasavvur edilmesine”* dayanmaktadır⁵ Müller bu özgül ahlâkçı bakış

² Bknz.: Margaret Canovan, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, *Political Studies*, 1999, Cilt 41, No 1, ss. 2-16; Cas Mudde, “The Populist Zeitgeist”, *Governance and Opposition*, 2004, Cilt 39, No 4, ss. 541-563; Christine Deiwiks, “Populism”, *Living Reviews in Democracy*, 2009, No 1, ss. 1-9, erişim adresi: <https://cis.ethz.ch/research/living-reviews-in-democracy.html> , erişim tarihi: 16.05.2020.

³ Michael Freeden, “Is Nationalism a Distinct Ideology?”, *Political Studies*, 1998, Cilt 46, No 1, ss. 748-765.

⁴ Paul Taggart, *Popülizm*, Barış Yıldırım (çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 6.

⁵ Jan-Werner Müller, *Popülizm Nedir?*, Onur Yıldız (çev), İstanbul: İletişim Yayınları, 2017a, s. 36.

açısını birbirini tamamlayan üç boyut ile açıklamaktadır. Popülizm ilk olarak “*siyasal dünyanın, en nihayetinde kurgusal bir şekilde, ahlâken saf ve bütünleşmiş bir halk ile ahlâken aşağı olan yozlaşmış seçkinler arasında bir ayrım üzerinden algılanması*”dır⁶. İkinci olarak popülizm çoğulculuk karşıtıdır. Ve son olarak popülizm her zaman tüm halk adına konuşan ve halkı temsil eden bir lider gerektirir.⁷

Cas Mudde ve Critobal Rovira Kaltwasse’in tanımına göre popülizm “*toplumu, nihayetinde saf halka karşı yozlaşmış elitler biçiminde homojen ve antagonistik iki grup halinde ayrılmış olarak gören ve politikaların halkın genel iradesinin (volonté générale) bir ifadesi olması gerektiğini savunan seyrek dokulu bir ideoloji*”dir.⁸

Yves Meny ve Yves Surel popülizmi üç başat unsura vurgu yapmasıyla kavramlaştırırlar. Bunlar; halkın nihaî önemi, elitlerin ihaneti ve halkın üstünlüğü. İlk olarak halkın önemine yönelik vurgu aslında bir cemaat hissine güçlü bir vurgu anlamına gelir. Cemaat hissi için, sol ve sağ gibi toplumu yatay bölen ideolojik bölünmeleri kullanmak yerine, toplumu dikey bölen elitler veya göçmenler gibi grupların karşıtlığı kullanılmaktadır. İkinci vurgu elitlerin ihaneti üzerinedir. Burada, halkın yozlaşmış ve güçlerini kötüye kullanan elitler tarafından ihanete uğradığı ileri sürülmektedir. Son vurgu olan halkın üstünlüğünde, siyasî sistemde halkın iradesinin hâkim kılınması anlamında halkın üstünlüğünün gerçekleştirilmesi talep edilmektedir.⁹ Üçüncü vurgu olan halkın üstünlüğü meselesi, halkın hakimiyeti veya halk egemenliği olarak da bilinen, popülist demokrasi kavrayışına temel yönünü veren ve bu çalışmada üzerine yoğunlaşacağımız konuyu oluşturmaktadır.

Popülizm bir ideoloji olarak hem belli bir siyaset tarzına, hem belli toplumsal-siyasal hareketlere hem de belli bir demokrasi anlayışına temel oluşturmaktadır. Popülizmin biçimlendirdiği demokrasi anlayışı liberal demokrasinin karşısında yer almakta, hatta meşru bir muhalefete ancak liberal demokrasilerde izin verildiği için, sıklıkla bu sistemler içinde ve liberal demokrasi karşıtlığı üzerinden kendini inşa etmektedir.

⁶ Müller, *Popülizm ...*, s. 36.

⁷ Müller, *Popülizm...*, s. 36-41.

⁸ C. Mudde & C. R. Kaltwasse, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press: New York, 2017, s. 6.

⁹ Yves Meny & Yves Surel, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *Democracies and the Populist Challenge*, Y. Mény&Y. Surel (ed.), New York: Palgrave, 2002, ss. 1-21, s. 11-13.

Popülist demokrasi kavrayışı pek çok bakımdan liberal demokrasi kavrayışının karşıtı bir modeldir ve liberal demokrasinin pratikteki en dişli rakibidir. Popülist demokrasi genellikle bireyciliğe, hukuk devletine, denge-denet mekanizmalarına, çoğulculuğa karşıtır¹⁰ Popülist demokrasi, liberal demokrasinin karşıtı veya liberal demokrasiye alternatif bir model olarak ortaya çıkaran üç ana unsur, üç temel anlayış üzerine yükselmektedir. Bunlardan ilki, anti-öteki(ler) üzerinden kurulan belli türde bir halk kavramlaştırması olarak *aslî halk* anlayışıdır. İkincisi muhalefetin sınırlarını daraltan ve gayrî meşru hatta iten, anti-çoğulcu ve antagonist siyaset üreten *yekpare birlik* anlayışıdır. Bunların bir sonucu olarak, üçüncüsü, halkın veya onu temsil edenin iradesinin mutlak hakimiyetini ileri süren *kuşatıcı egemenlik* anlayışıdır.

Popülizm, halkın iradesini mutlak hâkim kılarak, liberal demokrasinin liberal kısmını geriletmek ve nihayetinde ondan tümünden kurtulmak, buna karşın demokrasi kısmını güçlendirmek iddiasındadır. Popülizmin bu iddiasının en temelinde belli türde bir egemenlik kavrayışı yer alır. Bu çalışmada, kuşatıcı egemenlik dediğimiz bu anlayış, popülist demokrasiyi liberal demokrasi anlayışının karşısına yerleştiren başat unsurlardan biridir. Popülistler halk egemenliği kavramına yüklenerek ve onun belli bir kavrayışına referans vererek demokrasideki liberal unsurları tasfiye etmeye, sonrasında oldukça otoriter bir yönetime izin veren bir demokrasi kavrayışına ulaşmaya yönelmektedirler. Velhasıl, popülizmi ve bilhassa popülist demokrasi kavrayışını anlamak ve analiz edebilmek bakımından nasıl bir egemenlik kavrayışına yaslanıldığının anlaşılması önemlidir.

Popülizm veya popülist demokrasinin kendi adıyla doğrudan üretilmiş bir teorisi yoktur.¹¹ Dolayısıyla kendi adıyla ortaya koyduğu bir egemenlik anlayışı da yoktur. Bununla birlikte genel anlamda halk egemenliği, egemenliğin otoriter yorumları ve otoriter demokrasi anlayışlarını içeren teori ve fikirlerden geniş anlamda faydalanmıştır. Bu bakımdan bilhassa iki filozof özellikle incelenmeye değerdir. Jean Jacques Rousseau ve Carl Schmitt, bizzat kendisine ait kapsamlı ve tutarlı bir felsefesi olmayan popülizme güçlü bir teorik destek veya daha doğru

¹⁰ Nadia Urbinati, “The Populist Phenomenon”, *Raisons Politiques*, 2013, Cilt 3, No 51, ss. 137-154, s. 137.

¹¹ Jan-Werner Müller, “Getting a Grip on Populism”, *Dissentmagazine*, 23 Eylül 2011, erişim adresi: <https://www.dissentmagazine.org/blog/getting-a-grip-on-populism>, erişim tarihi: 16.05.2020

bir ifadeyle teorik kaynak sunmuşlardır.¹² Elbette bu, bilinçli ve adı konularak yapılmış bir destek değildir. Bu iki teorisyenin fikirleri popülistler için oldukça kullanışlı ve elverişli bir malzeme sunması sebebiyle popülizmin teorik temellerine katkı sunmuşlardır. Rousseau ve Schmitt'in teori ve fikirlerinin popülizm ideolojisindeki izlerini egemenlik anlayışı üzerinden takip ettiğimizde söz konusu teorik benzerlik ve etkilenme daha net bir biçimde görülebilmektedir.

III. POPÜLİST EGEMENLİK

Egemenlik oldukça tartışmalı bir kavramdır. En basit şekliyle “nihaî otorite” olarak tanımlanan egemenlik modern devletin temel unsuru olarak görülebildiği gibi demode ve otoriter bir kavram olarak da görülebilmektedir. Jean Bodin egemenliği, kral dışındaki diğer iktidar odaklarını bertaraf etmeye ve monarşileri kurumsal meşruiyet içinde mutlak hükmetme yetkisiyle donatmaya uygun şekilde tanımladı. Bu yüzden sınırlandırılmayan, bölünemeyen ve en üstün yasa yapma yetkisi olarak egemenlik tanımı modern devlet fikri yanında veya onunla birlikte otoriter bir yönetim fikrini de desteklemeye uygun bir yapıdadır. Bodin'in mutlak monarşiler için biçimlendirdiği egemenlik Hobbes'da hâlâ tek ve mutlak olmak koşuluyla toplum sözleşmesi üzerinden doğa durumundaki insanların rızalarına referansla ve seküler temelde formüle edildi. Hobbes subjektivizmin yarattığı dağılmış veya çoklu iktidarlardan kaçınabilmek, güvenliği sağlamak ve her türlü iktidar belirsizliğinden kurtulabilmek için insanların rızalarıyla gerçekleştirebileceği tek bir mutlak otorite kurma girişimi olarak egemenlik anlayışını geliştirdi. Rousseau ile birlikte egemenlik sürekli ve doğrudan halka bağlanmış, gökyüzündeki Tanrıdan, yeryüzündeki halka indirilmiş ve egemenliğin temellerinin sekülerleşmesi tamamlanmış oldu.

Popülist egemenlik anlayışına gelince, popülistlerin egemenlik anlayışını tutarlı ve kendi adına yapılmış teorik çalışmalar ve literatürden edinemiyoruz. Onun yerine daha çok popülist hareketler, liderler ve yönetimlerin söylem ve pratikleri üzerinden yapılan analiz ve

¹² Popülist demokrasi ve egemenlik anlayışının sol siyasi yelpazeye yerleştirilebilecek Rousseau ile sağ siyasi yelpazeye yerleştirilebilecek Schmitt'in görüşlerinden etkilenmiş olması ayrıca dikkate değer bir konudur. Bu ilişki popülizmin hem sağ hem sol renklere bürünebilme kabiliyetinin temellerine işaret ediyordur olabilir.

değerlendirme ile popülist egemenlik anlayışını anlamaya ve tanımlamaya çalışıyoruz.

Popülizmin en temel ayırt edici unsuru halk egemenliği kavramına sıkı sıkıya bağlı olmasıdır. Eğer liberal demokrasilerin anayasallık ve halkın iradesi olmak üzere iki sütun üzerine yükseldiği fikrini kabul edersek popülizmin anayasallığı reddederek demokrasiyi sadece halk egemenliği üzerine inşa etmek istediğini söyleyebiliriz¹³. Popülistler, halkın iradesini her şeye hâkim kılma, halkın gerçek hakimiyetini sağlama ve böylece gerçek demokrasiyi kurma iddiasındadırlar. Popülist egemenlik anlayışına sahip olduğu özelliklerden dolayı kuşatıcı egemenlik demek oldukça açıklayıcıdır. Popülizmin egemenlik kavrayışı; sınırlandırılmaz, bölünemez, devredilemez ve yanılmaz bir irade olarak halk iradesinin sistemin temel referansı olarak kabul edilmesini içerir. Halka atfedilen böyle kuşatıcı bir yetki dolayısıyla popülizm, gerçek halk egemenliği ve doğru demokrasi kavrayışına sahip olduğunu ileri sürer. Popülizmde, Dahl'ın demokrasinin bağımsız ve ayrı iki boyutu olarak tanımladığı kamusal rekabet ve katılım bakımından değerlendirildiğinde kamusal rekabete karşı olumsuz katılıma karşı olumlu yaklaşıldığı söylenebilir¹⁴.

Popülizmin egemenlik anlayışının en temel yansımaları anayasal mekanizmalara ve sınırlara karşı olan yaklaşımda görmekteyiz. Popülizmde halkın egemenliğini sınırlandıran kurum ve yapılara güven duyulmaz¹⁵. Popülistler anayasal mekanizmalara, kanunlara ve prosedürlere uymak konusunda çok kötüler veya başka bir ifadeyle “*prosedürlere karşı sabırsızlar*”¹⁶. Yine de, popülistler anayasal mekanizmalara genellikle doktriner bir katılıkla ve açıktan karşı koymuyorlar, bunun yerine işlerine yaradığı sürece faydalanıp, onlara köstek olmaya başladığı zaman ayak bağı olarak görüp ihlal etmeye veya üstünden atlamaya çalışıyorlar¹⁷. Popülistlerin anayasayla ilişkisi daha

¹³ Meny&Surel, “The Constitutive ...”, s. 11-13.

¹⁴ Mudde&Kaltwasser, *Populism ...*, s. 82.

¹⁵ Mudde&Kaltwasser, *Populism ...*, s. 82.

¹⁶ Jan-Werner Müller, “Populism and Constitutionalism”, *The Oxford Handbook on Populism*, Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2017b, ss. 590-606, s. 590.

¹⁷ Cas Mudde, *Are Populists Friends or Foes of Constitutionalism?*, *Policy Brief*, Oxford: The Foundation of Law, Justice and Society, 2013, erişim adresi:

ziyade araçsaldır, yani bir tür anayasal enstrümantalizmi benimsiyorlar. Anayasa, siyasî birliği kuran ahlâkî çerçeve veya yüksek hukuk olarak anlaşılıyor, bunun yerine siyasî ihtiyaçlara göre değiştirilebilecek bir temel yasa olarak görülüyor.¹⁸

Anayasal mekanizmalar elitler tarafından halkın iradesinin hiçe sayıldığı veya halkın iradesinin dikkate alınmadığı karmaşık vasıtalar olarak görülüyor. En temel itirazlardan biri de halkın yasa yapma iradesini denetime tabi tutmaya kalktığı için anayasal yargıya yöneliktir¹⁹ Popülizmde halk anayasal düzenden bağımsız ve ona öncel kurucu iktidar olarak anlaşılır, anayasa karşısında kurucu iktidar olarak halkın mutlak önceliği vardır, bu yüzden de nihayetinden kurucu iktidar olarak halkın kendisi, anayasal sınırlarla kısıtlanamaz kabul edilir. Popülistler halkın iradesini her zaman anayasal kurallar ve prosedürlerden üstün ve değerli görürler, yasalar ve prosedürlere ve anayasal yargıya karşı genel bir güvensizlik taşırlar.²⁰ Popülizmde çoğunluk yönetimi ilkesine riayet edilmediğini, oysa nihaî otoriteye sahip olanın halk olduğunu ve seçilmemiş diğer kurum ve yapıların meşru bir otoritesinin bulunmadığını ileri sürülmektedir.²¹

Bu konu sıklıkla hukuk ve siyaset arasında gerilimli bir ilişki bulunduğu değerlendirmelerinde kendini göstermektedir. Durum hukukun hakimiyeti ile demokrasi fikrinin veya halkın iradesi ile anayasal aklın çatışması olarak görülmekte, popülistler bakımından siyasetin tam denetimi ve kontrolünde olmayan bir hukuk, nihaî veya aslı olması gereken halkın iradesini baskılama aracı olarak görülüp dışlanmaktadır. Ayrıca popülistlere göre siyasî birliğin halkın anayasal kimliği üzerine inşa edildiği iddiası doğru değildir. Tam aksine siyasî birlik yasama yoluyla anayasal kimliği inşa eder. Velhasıl, popülist

https://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Mudde_0.pdf, erişim tarihi: 16.05.2020, s. 4-6.

¹⁸ Paul Blokker, “Populist Constitutionalism”, *Routledge Handbook of Global Populism*, Carlos de la Torre (ed.), London: Routledge Handbook Online, 2018, s. 2.

¹⁹ Richard D. Parker, “Here, the People Rule”: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, 1993, Cilt 27, No 3, ss. 531-584.

²⁰ Luigi Corrias, “Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review*, 2016, Cilt 12, No 1, ss. 6-26, s. 9, 10, 14.

²¹ Mudde&Kaltwasse, *Populism ...*, s. 82.

egemenlik anlayışı anayasacılık fikri ile uyuşmuyor²². Hatta anayasacılığı reddetmektedir.²³

Bazı popülistler ise açıktan anayasacılığa karşı çıkmak yerine kendi anayasacılıklarını geliştirmeye yöneliyorlar. Bu yazarlar anayasacılığın üç temel savına karşı çıkıyorlar. Bunlar: Popülist demokrasinin anayasal demokrasiye karşı olduğu; anayasal hukukun politika ve sıradan hukukun üstünde yüksek hukuk olduğu; anayasa hukukunun ana misyonunun çoğunluğa karşı bireyleri ve azınlıkları korumak olduğu iddialarıdır.²⁴ Bazı yazarlar popülist bir anayasacılık anlayışı geliştirerek anayasacılığının yerleşik kalıplarını kırmaya girişiyorlar.²⁵ Örneğin Parker, popülist anayasacılık dediği şeyde anayasa hukukunun çoğunluğun sınırlanmasına yoğunlaştığı kadar hatta daha bile fazla çoğunluk yönetiminin geliştirilmesine yoğunlaşması gerektiğini ileri sürmektedir. Üstelik çoğunluk yönetimini geliştirme işinin sıradan insanın siyasî enerjisine yönelik tahayyüller, tutumlar ve varsayımlar yoluyla yapılması gerektiğini belirtir.²⁶

Bütün bu popülist anayasacılık çabalarına rağmen popülizm halk egemenliği kavramını bireysel hakları korumaya hasredilmiş kurumları aşındırmak için kullanmaya eğilimlidir. Benzer şekilde çoğunluk yönetimi ilkesi azınlık haklarını engellemek için kullanılmaktadır. Popülistler kurdukları sert siyasî bölünmeyi, istikrarlı siyasî koalisyonlar kurulmasını önleyici şekilde güçlendirebilirler. Ahlâkçı bir siyasî

²² Corrias, “Populism ...”, s. 24-25, 19.

²³ Bknz.: K. Abts & S. Rummens, “Populism versus Democracy”, *Political Studies*, 2007, Cilt 55, No 1, ss. 405- 424, s. 408; Canovan, “Trust ...”; Mény&Surel, “The Constitutive ...”, s. 10-11.

²⁴ Parker, “Here, the People ...”, s. 531.

²⁵ Bknz.: Parker, “Here, the People ...”; Jack M. Balkin, “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Yale Law Journal*, 1995, Cilt 104, No 7, ss. 1935-1990; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004; Mark Tushnet, “Abolishing Judicial Review”, *Constitutional Commentary*, 2011, No 27, ss. 581-589; Mark Tushnet, “The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review”, *German Law Journal*, 2013, Cilt 14, No 12, ss. 2249-2263.

²⁶ Parker, “Here, the People ...”, s. 532.

perspektif nedeniyle politik anlaşmaları ve uzlaşmaları çok zorlaştırabilir.²⁷

Popülizmin sınırlı veya anayasal devlet anlayışıyla uyuşmaması liberalizm ile demokrasi arasında yapılan bir ayırım ve bu ayırım üzerinden popülizmin savunduğu veya ileri sürdüğü fikirlerin liberalizm değil, gerçek demokrasi olduğu iddiasına bağlanır. Bu fikrin temelleri Schmitt'e kadar gitmektedir. Schmitt'e göre liberalizm ve demokrasi gibi iki birbirinden farklı unsur tarihsel olarak ortak düşmana karşı 19. Yüzyıl boyunca birlikte hareket ettikleri için aynıymış gibi görüldüler²⁸. Modern kitle demokrasisi bu işbirliği yüzünden ikisinin muğlak bir kombinasyonu halinde gelişmiştir²⁹. Schmitt'e göre 20. Yüzyıla gelindiğinde ortak düşman ortadan kalkınca liberalizm ve demokrasi arasındaki çelişki de gün yüzüne çıkmıştır³⁰.

Schmitt, liberalizmin bireyci ahlâkî pathosla yüklü kapsamlı ve tutarlı bir felsefi sistem olduğunu, siyasî olarak düşünce, basın, toplanma ve tartışma özgürlüğünü savunduğunu belirtir. Zıtlıkların ve farklılıkların kabulüne dayanan bu özgürlükler liberal bir siyasî sistem için hayat memmat meselesidir.³¹ Schmitt'e göre liberal siyasal sistemin göbeğinde yer alan parlamento kamusalılık ve tartışmaya dayanır. Farklı görüşlerin serbestçe dile getirilmesi, zıtlıkların mücadelesi ve diğerleri ile tartışma ve müzakere sonucunda kararların alınmasını savunur. Ayrıca liberalizm sınırlı iktidarı, hukuk devletini ve kuvvetler ayrılığını savunur³². Buna karşın demokrasinin bahsi geçen liberal ilke ve değerlerle zorunlu bir ilişkisi yoktur. Her şeyden önce demokrasi ahlâkî değil, siyasî bir ülküdür. Bir ideoloji olmaktan ziyade bir örgütlenme biçimidir, bir içerikten ziyade bir formdur. Demokrasi liberalizmle, sosyal demokrasi formu içinde sosyalizmle ve diktatörlüklerle uyumlu olmuştur.³³

Schmitt'e göre “(b)ir demokrasi kendisinden taviz vermeksizin militarist veya pasifist, mutlakiyetçi veya liberal, merkeziyetçi veya yerinden yönetimci, ilerici veya gerici ve farklı zamanlarda bunlardan

²⁷ Mudde&Kaltwasse, *Populism ...*, s. 83.

²⁸ Carl Schmitt, *Parlamente Demokrasinin Krizi*, A. E. Zeybekoğlu (çev.), 2014, Ankara: Dost Yayınları, s. 17, 36.

²⁹ Schmitt, *Parlamente ...*, s. 30.

³⁰ Schmitt, *Parlamente ...*, s. 34-36.

³¹ Schmitt, *Parlamente ...*, s. 35, 56-57.

³² Schmitt, *Parlamente ...*, s. 53-57.

³³ Schmitt, *Parlamente ...*, s. 35-36, 39, 49.

herhangi biri olabilir.”³⁴ Aynı şekilde, “(d)emokrasi modern parlamentarizm olarak adlandırılan şey olmaksızın da var olabileceği gibi, parlamentarizm de demokrasi olmaksızın var olabilir ve diktatörlük demokrasinin zıddı olmadığı gibi, demokrasi de diktatörlüğün zıddı değildir” iddiasında bulunur.³⁵ Velhasıl, bu yaklaşıma göre, liberal demokrasi ile popülist demokrasinin anayasacılık ve sınırlı iktidar konusunda karşı taraflarda yer alması olağan kabul edilmelidir.

Popülizm sadece sınırlı egemenliğe, yani sınırlı iktidara karşı değildir, aynı zamanda halkın iradesinin, yani egemenliğin esasen devredilemez olduğunu da ileri sürer.³⁶ Liberal demokrasiler temsili sistemlerdir. Temsilin temelinde çeşitli kamu görevlerine gelecek kişilerin seçmenlerin oylarıyla belirlenmesi ve bu kişilerin kendilerini seçenleri temsil ettiği, onların talep ve çıkarlarına uygun davranmaları gerektiği fikri vardır. Popülistlere göre bu temsil mekanizması halktaki egemenliğin temsilcilere devredilmesi anlamına gelir. Popülistler, temsili demokrasiyi araya siyasî elitleri koyarak halkın hakimiyetine köstek olan defolu bir sistem olarak görürler. Bir popülist için en azından söylemde doğrudan demokrasi ideal olandır, ancak pratikte doğrudan demokrasinin uygulanması oldukça farklı biçimde gerçekleşir. Burada doğrudan demokrasi halkın bizzat yönetime katıldığı bir yöntemle değil, araçları devre dışı bırakarak halkın iradesinin yönetime hâkim olması biçiminde işleyecek bir yöntemle sağlanmaya çalışılır. Bu çaba sıklıkla anayasal kurumlar ve temsil mekanizmalarını plebisit yöntemleriyle devre dışı bırakmaya yönelir.³⁷

Buna karşın liberal demokratların penceresinden bakıldığında temsil tam bir devir olarak görülemez, çünkü temsilciler dönemleri boyunca sürekli medya, kamuoyu veya STK’ların kontrolü ve gözetimi altındadırlar. Ayrıca tekrar seçilmek için dönemleri içindeki söz ve davranışları bakımından seçmenlerin talep ve beklentilerine karşı duyarlı olmak zorundadırlar. Temsili sistemlerin ilk başlarında görev süresi

³⁴ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 41.

³⁵ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 49.

³⁶ Bknz.: Paul Taggart, “Populism and The Pathology of Representative Politics”, *Democracies and the Populist Challenge*, Yves Meny&Yves Surel (ed.), UK: Palgrave Macmillan, 2002, ss. 62-80. Taggart, *Popülizm ...*; Meny&Surel, “The Constitutive ...”; Nadia Urbinati, “Democracy and Populism”, *Constellations*, 1998, Cilt 5, No 1, ss. 110-124.

³⁷ Cas Mudde, “The Populist Zeitgeist”, *Governance and Opposition*, 2004, Cilt 39, No 4, ss. 541-563, s. 547, 562.

boyunca sadece seçimle yapılan hem hukukî hem fiili bir devirden söz edilebile bile günümüz liberal demokrasilerinde bu tür bir devirden söz etmek kolay değildir. Bir egemenlik devrinden ziyade kendi seçmenlerinin ve kamuoyunun rızasını sürekli gözetmek durumunda olan ve seçim dönemlerinde de onayını almak zorunda olan temsilciler vardır.

Sadece temsil mekanizması değil, halk ile devlet iktidarı arasındaki yer alabilecek her türlü aracı yapılar popülistler bakımından sorunludur. Popülistler halk ile aralarında engel olarak gördükleri parti teşkilatı, medya veya sivil toplum örgütleri veya parlamento gibi araçlardan hoşlanmazlar, onları devre dışı bırakıp, kendilerinin doğrudan halkı temsil ettiklerini ileri sürerler³⁸. Aslında popülistler liberal demokrasinin temsili sistemi ve kurumları yerine farklı türde bir temsil anlayışını koyarlar. Halk ile lider arasında organik bir temsil ilişkisi kurarlar. Lider çoğunluğun desteğini alsın veya almasın halktan biri olarak halkın değerlerini, ihtiyaçlarını, duygu ve düşüncelerini ve son tahlilde iradesini doğru şekilde bilen ve yansıtan bir figüre dönüştürülür. Burada popülist lider halk için, halkı temsilen konuşan biri değil, adeta halkın kendisi olarak konuşan biridir. Buradaki temsil bir tür özdeşlik üzerinden kurularak halkı rehber edinen liderin halka rehberlik etmesi gibi bir döngü içine sokulur.

Bu bakımdan popülizmde egemenliğin devredilemez bir şekilde kavranması daha ziyade parlamentolar için geçerlidir. Parlamentolar yapısı gereği toplumun farklı kesimlerinden oy alarak gelmiş temsilcilerin çokluğu ve çeşitliliği fikri üzerine oturur. Parlamentolar toplumun birbirinden farklı değerleri ve çıkarları olan farklı kesimlerinin temsiline dayanır. Parlamentoda bu farklı görüş ve çıkarlar birbirlerini ikna etmeye, etkilemeye ve birbirleriyle müzakere ve pazarlık etmeye girişirler. Nihayetinde parlamentodan çıkan kararlar bu tartışma, pazarlık ve müzakerenin bir sonucudur. Parlamento fikrinde popülistler bakımından uygunsuz olan temel husus tahayyül ettikleri yapay aslî halk ve ona atfettikleri egemenlik veya irade kavrayışına uymayıdır.

Popülistler halkı yekpare ve homojen bir birlik olarak inşa ederler. Halk en başta bütün toplumu kuşatan bir kavrayış değildir, toplumun belli bir kesimini tanımlayan ayırıcı, hatta dışlayıcı ve büyük ölçüde özcü bir terim olarak kullanılır. Halk, çeşitli niteliklerle tanımlanan (bu nitelikler popülizmin sol veya sağ olmasına, zamanın

³⁸ Müller, *Popülizm ...*, s. 52.

ruhuna ve koşullara göre değişiklik gösterebilir) etnik, dinî, kültürel, ekonomik, sosyolojik karşıtlıklarla olumsuz şekilde tanımlanan “öteki” karşısında ahlâkî ve aslî olma vasfına sahip “biz” olarak inşa edilir. Egemenlinden ve temsilinden bahsedilen halk aynı değerlere, özelliklere, çıkarlara, taleplere sahip bu sebeple de bütünleşik ve kollektif tek bir iradede kendini yansıtan kurgusal soyut bir yapıdır. Toplum içinde diğerlerinden ayrılan, ülkenin ve vatanın gerçek sahibi olan aslî bir halk kimliğinin etnik, dinî, sınıfsal veya kültürel temelde tanımlanması, genellikle toplumun diğer üyelerine karşı dışlayıcı ve düşmanca bir söylemin kurulması ile birlikte yürütülür. Öteki olan grup hain, yabancı veya yozlaşmış kesimler olarak yaftalanarak halkın ve dolayısıyla siyasî ortaklığının dışına sürülmek istenir. Popülizm bu yönleriyle liberal demokrasilerin çoğulcu özelliğine karşıt bir pozisyona yerleşir.³⁹ Aslî halkın ve iradesinin çoğulcu bir yapısının varlığı reddedildiği için, birbirinden farklı fikirleri olan çok sayıda temsilcinin tartıştığı ve müzakere ve uzlaşmayı gerektiren bir temsiliyet içeren parlamento halk adına konuşmaya uygun bir yapıya sahip değildir. Bu sebeple yasama yerine bütünleşik tek bir irade adına söz söylemeye uygun yürütme, bilhassa da tek bir liderde toplandığında, popülistler bakımından öne çıkar. Popülistlerin yürütmenin aslında aslî halkın gerçek temsilcisi olarak görülen liderlerin seçim yoluyla göreve gelerek halkı temsil ediyor olmasıyla sorunlu bir ilişkileri yoktur. Yeter ki seçimler, aslî halkı temsil eden gerçek liderleri işbaşına getirsin.

Popülizmde, egemenliğin devredilemez olarak görülmesindeki ile aynı gerekçeler egemenliğin bölünmezliğini de destekler. Popülistler halk iradesini, liberal demokraside olduğu şekliyle çoğulcu ve çoğunluk-azınlık şeklindeki ikili doğasını reddederek kapalı ve yeckpare bir şekilde kavrarlar. Çoğunluk yönetimini kabul ediyorlar ancak çoğunluğu liberal demokraside olduğu gibi farklı iradelerin, belli bir anda (seçim döneminde) toplanmasından ibaret olarak görmüyorlar, bunun yerine çoğunluğu kollektif ve yeckpare bir birlik olarak anlıyorlar⁴⁰. Yeckpare tek bir halk olduğuna göre, onun da tek bir iradesi vardır. Bu iradeyi birden fazla irade varmış gibi birbirini denetleme ve dengeleme işlevi görmek

³⁹ Bknz.: Margaret Canovan, “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, *Democracies and the Populist Challenge*, ed. Mény&Y. Sural , London: Palgrave, 2002, ss. 25–44; Cas Mudde, “The Populist Zeitgeist”, *Governance and Opposition*, 2004, Cilt 39, No 4, ss. 541-563.

⁴⁰ Blokker, “Populist ...”, s. 2.

üzere bölmek mümkün ve anlamlı değildir. Popülistler için en fazla halkın iradesi ortaya çıkıncaya ve bilinir oluncaya kadar tartışmayı ve farklılığa düşmeyi kabul etmek mümkün olur. Bir defa irade ortaya çıktığında (aslında çıktığı varsayıldığında) artık o iradeye ve görüşe muhalefet etmek veya karşı çıkmak gayri meşru hale gelir⁴¹. Aslî halk olarak tanımlananın dışında kalan karşıt grupların siyasal sistem içindeki meşruiyeti genellikle reddedilir. Bu karşıt gruplar bazen elitler, bazen dinî, etnik, kültürel bir azınlık grubu bazen de göçmenler olabilir. Bu yüzden popülist demokraside, muhalefeti ve azınlıkta kalanları koruma veya sistemde kurumsal bir yer ayırmaya yanaşılmaz. Popülistler tek bir halka ait tek bir irade tahayyül etmek yoluyla egemenliğin bölünebilirliğini imkânsız hale getirmiş olurlar⁴². Bunun anlamı kuvvetler ayrılığı veya ademî merkezîyet gibi mekanizmalara karşı pek sempatik yaklaşmamalarıdır. Halkın iradesi kendini gerçekleştirmek için tek bir devlet iktidarında yansımalıdır. Popülistler çoğunlukla liberal demokrasilerin parçalamaya veya bölmeye çalıştığı “iktidarları”, tekilliği ve aktifliği sebebiyle yürütmeye toplamaya meylederler.

Popülist egemenlik anlayışının son niteliği halk iradesinin yanılmaz olarak tanımlanmasıdır. Popülistler halkı mistik ve ahlâkî bir varlık, bir idol olarak kavramlaştırdıkları için aslî halkın iradesini yanılmaz ve en doğru irade olarak görürler. Halk her zaman haklıdır, halkın sağduyusu ve vicdanı iyi politikanın rehberi olmalıdır⁴³. “*Erdem, ezici çoğunluğu teşkil eden basit insanlarda ve onların kolektif geleneklerinde gizlidir.*” *‘Halk’a üstün çıkma hakkını veren, sıradanlığı ve terbiyesidir. Bu nitelikler genelde seçkinlerin yozlaşmışlığı ve aptallığıyla karşılaştırılır.’*⁴⁴ Popülistlere göre halkın iradesi kendiliğinden ve doğası gereği iyi olduğu için siyasî kararlar ve politikalara tek nihaî rehber olmalıdır⁴⁵. Popülistler halkı sabit ve verili bir kimlik ile kavryorlar, dolayısıyla politikacıların temel vazifesinin de bu kimliğin altındaki değerlere koruyuculuk yapmak olduğunu düşünüyorlar.⁴⁶

⁴¹ Canovan, “Taking ...”, s. 34.

⁴² Urbinati, “Democracy ...”, s.116-117.

⁴³ Mudde, “The Populist ...”, s. 546-547.

⁴⁴ Taggart, *Populizm*, s. 119.

⁴⁵ Pepijn Corduwener, “The Populist Conception of Democracy beyond Popular Sovereignty”, *Journal of Contemporary European Research*, 2014, Cilt 10, No 4, ss. 423-437, s. 425.

⁴⁶ Corrias, “Populism ...”, s. 12.

Özetle popülist egemenlik anlayışının çekirdeğinde homojen, yekpare, üstün ahlâklı ve belli bir ontolojik öze sahip halkın iradesinin sınırlandırılmaz, devredilemez, bölünemez ve yanılmaz bir irade/egemenlik olduğu fikri yatmaktadır. Bu egemenlik anlayışının Roousseau ve Schmitt'deki köklerini egemenliğin niteliği, egemenliğin öznesi ve egemenliğin kullanımı olmak üzere üç ana kategori altında ele almaya çalışacağız.

IV. EGEMENLİĞİN NİTELİĞİ

Popülizm bir ideoloji olarak egemenlik anlayışının nitelikleri konusunda Rousseau'ya çok şey borçludur. İlk ve en önemli nitelik olan sınırlandırılmazlık Rousseau'nun halk egemenliği fikrinin çok önemli bir kısmıdır. Rousseau devletin veya sitenin bir tüzel kişilik olarak en önemli işinin varlığını korumak olduğunu belirtir. Siyasî birim varlığını koruyabilmek için, her parçayı bütüne yani her bir üyeyi siyasî birime “*en uygun biçimde işletip kullanmak için genel ve zorlu*” bir güce ihtiyaç duyar⁴⁷. İşte bu yüzden genel iradenin veya egemenliğin sınırlandırılması amacına uygun davranmasına engel olabilir.

Rousseau'ya göre sosyal sözleşme yoluyla egemen varlık bir kez kurulduktan sonra, bir bütün olarak yurttaşlar üzerinde sınırlandırıcı düzenlemeler yapan kamusal kararlar alabilir, ancak egemen varlık bir bütün olarak kendi kendisini sınırlandıracak veya yükümlülük altına sokacak kararlar alamaz. “*(B)ütün uyrukları egemen varlığa borç altına sokabilen kamu kararı karşıt nedenden, egemen varlığı kendi kendine karşı borç altına sokamaz; onun için, egemen varlığın, bozamayacağı bir yasanın buyruğu altına girmesi politik bütünüün özüne aykırı düşer. Egemen varlık, kendini yalnız bir tek bakımdan görebildiği için, kendi kendisiyle sözleşme yapan kişi durumundadır: Bu da gösterir ki, halkın bütünü için hiçbir zorunlu temel yasa yoktur ve olamaz ...*”⁴⁸ Rousseau'ya göre, egemen varlık “*kendinden bir parçayı başkasına geçiremez ya da bir başka egemen varlığın boyunduruğu altına giremez*”, böyle bir durumda kendi kendini yok etmiş olur⁴⁹. Schmitt de tıpkı Rousseau gibi halk egemenliğinin sınırlandırılmaz olduğunu

⁴⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Vedat Günyol (çev), İstanbul: Adam Yayınları, 1993, s. 40.

⁴⁸ Rousseau, *Toplum ...*, s. 27-28.

⁴⁹ Rousseau, *Toplum ...*, s. 28.

savunmaktadır. Hiçbir anayasal kurum “tek kriter olan ve karşı konulamaz nitelikte” olan halk iradesine ayak direyemez⁵⁰.

Sınırsız bir halk egemenliği fikri Rousseau’da da görüldüğü üzere halk ve devlet arasında kurulan özdeşlik yoluyla temellendirilir. Halk ile devlet sosyal sözleşmeyle kurulan siyasî birim üzerinden özdeş kılınır. Halk kendi kendini yönetme yetkisine sahipse, halk kolektif bir bütün olarak devletle aynı şey haline gelir. Dolayısıyla liberal demokrasideki benzer bir sınırlı iktidar veya sınırlı devlet fikri burada anlamsız hale gelir, böyle bir sınırlama halkın kendisine karşı kendi iktidarını sınırlamak olur. Rousseau’cu ifadeyle genel irade demek devlet demektir. Egemenin sınırlanması, onu yansıtan devletin sınırlandırılması, halkın bir bütün olarak kendi kendini sınırlaması anlamına geleceği için reddedilir. Ancak ikinci bir gerekçe daha vardır. Yine egemen varlık ile bir bütün olarak halk arasında kurulan özdeşlik nedeniyle, bütünü uyruklarına zarar vermesi mümkün değildir. Egemen varlık kendini kuran kişilerden oluştuğu için bu kişilerin çıkarlarına aykırı çıkarı yoktur. Egemen varlığın uyruklara güvence vermesine gerek yoktur.⁵¹ Bu sebeple sınırlandırılması anlamsızdır. Sınırlama kötüye kullanılabilir veya yanlış kararlar verebilecek bir unsur için gereklidir. Egemen varlık doğası gereği herkesi temsil ettiği ve herkesin çıkarını gözettiği için sınırlama anlamsızdır.

Rousseau’nun değerlendirmesinden egemen varlıktan kastının doğrudan halk olduğu düşünülebilir. Halk ile egemen varlık arasında bir çakışma söz konusu olmakla birlikte tam olarak aynı iki şeyi kast etmiyor. Egemen varlık derken, devletin etkin halinden, iktidardan bahsediyor. “Bütün öbür kişilerin birleşmesiyle oluşan bu tüzel kişiye eskiden site denirdi; şimdiyse cumhuriyet ya da politik bütün deniyor. Üyeleri ona edilgen olduğunda devlet (état), etkin olduğu zaman egemen varlık (souverain) öbür devletler karşısında da egemenlik (puissance) diyorlar.”⁵² Aslına bakılırsa egemenliğin aslî sahipliği ile egemenliğin kullanımı arasında ortaya çıkan bir ayrışma yokmuş gibi muamele ediliyor. Tek tek üyelerin tamamı egemen olmakla birlikte, üyelerin egemenliği bir bütün olarak hep birlikte ve sürekli kullanmaları mümkün değildir. Rousseau aslında bir tüzel kişilikten bahsediyor. Oysa, tüzel kişiliğin aktive edilmesi veya işletilmesi durumunda ikisi arasında bir ayrılma kaçınılmaz hale gelir.

⁵⁰ Schmitt, *Parlamentar ...*, s. 33.

⁵¹ Rousseau, *Toplum ...*, s. 28.

⁵² Rousseau, *Toplum ...*, s. 26.

Kuşatıcı egemenlik anlayışının ikinci belirgin özelliği bölünemez olmasıdır. Rousseau'nun halk egemenliği kavramsallaştırması bütün üyelerin iradelerinin bütünleşik ve tek bir iradeye dönüşmesi anlamında genel iradeyi merkeze alır. Halk egemenliği halkın farklı kesim ve gruplarının farklı çıkar ve tercih ve dolayısıyla farklı iradelere sahip olabileceği bir yapı değildir. Genel irade yapısı gereği parçalı olamaz, toplumdaki üyelerin iradelerinden oluşmakla birlikte onların iradesinin basit bir toplamı değildir. Onların iradesinden kaynaklanan ancak tek tek bireylerin iradesinden ayrı ve yekpare, bütünleşik bir iradedir. Rousseau'ya göre egemenlik veya genel irade bölünemezdir. Egemenlik bölünemez “*çünkü, istem ya geneldir, ya değildir; ya halkın tümünün istemidir ya da sadece bir bölümünün.*”⁵³

Toplum sözleşmesiyle, “*(h)er birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü bir arada genel istemin buyruğuna verir ve her üyeyi bütünü bölünmez bir parçası kabul ederiz.*”⁵⁴ Bu sözleşme o anda sözleşmeyi yapanların kişisel varlıklarının toplamından oluşan bir yapı ortaya çıkarmaz, üyelerden oluşan ancak üyelerinden ayrı tek bir varlık oluşturur. Sözleşmeye katılanların oy sayısı kadar üyesi olan ancak onların dışında ve üstünde tüzel ve kollektif bir bütünü ortaya çıkmasına yol açar.⁵⁵

Rousseau'ya göre egemenliğin birkaç parçaya bölünebileceğini söyleyenler egemenliğin ilkesiyle konusunu birbiri karıştırmaktadırlar. Egemenliği “*yasama gücü ve yürütme gücü, vergi, adalet ve savaş hakları gibi birtakım parçalara bölüyorlar... [e]gemen varlığı ayrı ayrı parçalardan eklenerek oluşan gerçeksiz bir varlık durumuna sokuyorlar.*”⁵⁶ Rousseau'ya göre bu hatayı egemen gücü doğru kavrayamadıkları için ve egemenliğin belirtilerini onun parçaları sanmalarından dolayı yapıyorlar. Savaş ilanı, barış yapmak veya vergi toplamak egemenlik işlemi sanılır, oysa bunlar asıl egemenlik işlemi olan yasanın (yasamanın) kendisi değil, uygulamalarıdır.⁵⁷

Kuşatıcı egemenlik kavrayışının üçüncü özelliği devredilemezliktir. Rousseau'ya göre egemenlik temsilcilere devredilemez veya başkasına geçirilemez bir yapıdadır. “*Egemenlik, halk*

⁵³ Rousseau, *Toplum ...*, s. 36-37.

⁵⁴ Rousseau, *Toplum ...*, s. 26.

⁵⁵ Rousseau, *Toplum ...*, s. 26.

⁵⁶ Rousseau, *Toplum ...*, s. 37.

⁵⁷ Rousseau, *Toplum ...*, s. 37.

oyunun yürütülmesinden başka bir şey olmadığı için, bence, hiçbir zaman başkasına geçirilemez; birleşimli (kolektif) bir varlık olan egemen varlığı da ancak yine kendisi temsil edebilir.⁵⁸ Modern demokrasi teorisinde bilhassa parlamenter demokraside parlamento, halkın temsilcilerinden oluşan ve halkın küçük bir modeli olarak görülmekteydi. Halk, egemenliğini bu temsilcileri eliyle parlamentoda kullanırdı. Ölçek engeli gerekçesiyle önerilen bu temsili yöntem Rousseau için demokratik bakımdan kabul edilmez bir durumdu. Rousseau ısrarla “*ne olursa olsun, bir ulus kendine temsilciler seçer seçmez, özgürlüğünü de varlığını da yitirmiş olur*” demektedir.⁵⁹

Schmitt modern kitle demokrasisinin ölçek sorunu nedeniyle parlamentoyu sistemin esası olarak konumlandığını belirtir. Buna göre “*parlamento halkın bir komitesidir, hükümet de bir parlamento komitesi*”dir.⁶⁰ Schmitt’e göre parlamento fikri demokratik görünmekle ve demokrasi fikri ile bağlantılı ve eşzamanlı olmakla birlikte, aslında demokratik değildir.

Schmitt ölçek gibi gerekçelerle halkın doğrudan kendi kendini yönetmesi yerine, parlamentoda halkı temsil eden kişiler üzerinden yönetmesi demokratik kabul ediliyorsa, tek bir kişinin halkı temsil etmesinin de demokratik kabul edilebileceğini ifade eder⁶¹. Yani belli sayıda kişinin halkı temsil etmesi demokratik bakımdan meşru ise, tek bir kişinin halkı temsil etmesi neden meşru olmasın? “*Eğer pratik ve teknik sebeplerle halk yerine temsilciler karar verebiliyorsa, aynı halk adına tek bir temsilci de karar verebilir ve bu gerekçelendirme demokratik olmaktan çıkmaksızın anti-parlamenter bir sezarlığı haklı çıkarabilir*”.⁶²

Kuşatıcı egemenliğin son özelliği yanılmazlıktır. Egemen varlık, yani genel irade yanılmazdır. Rousseau’nun formülasyonu ile genel irade veya egemen varlığın iradesi her zaman doğrudur ve kamusal yarara yöneliktir. Egemen varlık kendini oluşturan kişilerden oluşan bir varlık olduğu için bu kişilerin çıkarına aykırı hiçbir çıkarı yoktur ve olamaz. Bütünün, yurttaşlarına zarar vermeyi aklından geçirmesi düşünülemez bir durumdur.⁶³ Genel iradenin her zaman doğru ve yanılmaz olması onun

⁵⁸ Rousseau, *Toplum ...*, s. 35.

⁵⁹ Rousseau, *Toplum ...*, s. 109.

⁶⁰ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 52.

⁶¹ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 52.

⁶² Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 52.

⁶³ Rousseau, *Toplum ...*, s. 28, 39.

yapısı gereği ortak iyiyi gözetmesinden kaynaklanır. Egemenliğin bu özelliği genel irade ile herkesin iradesi arasında yapılan yapay bir ayrıma dayanır. İnsanların istemi ile genel istem arasında çoğunlukla farklılık vardır.

Herkesin istemi kişisel veya özel çıkarları gözetir, genel istem bu özel çıkarları yansıtan iradelerin toplamı değildir. Genel irade kişisel çıkarları ile hareket eden insanlarda değil, bütün bir toplumun iyiliğini isteyen yurttaşlar bütününe ortaya çıkar ve “(i)stemi genel yapan oyların sayısından çok, onları birleştiren ortak yararadır”⁶⁴. Rousseau genel iradeyi kamuya yönelik ödevleriyle beliren yurttaşların iradesi olarak, özel iradeyi de kendi çıkarını gözetten insanların iradesi olarak ayırır⁶⁵.

Schmitt bu genel iradenin hep iyi veya yanılmaz olduğu fikrinin, Ortaçağ’daki Tanrı’nın iradesinin genel ve yanılmaz olarak tanımlanmasına benzetmektedir. Modern dönemdeki egemenlik kaynağı olan halkın iradesi Tanrı’nın iradesinin yerine konulmuştur. Ancak burada bir sorun vardır. Halk daha doğru bir ifade ile toplum, Tanrı ve monarkta olduğu gibi kendi başına karar verici tekil bir iradeye sahip değildir. Halkın böyle bir özellik kazanması için ulusal bir bilinç kazanıp, organik bir birlik olarak tasavvur edilmesi gerekir.⁶⁶ Böylece halk, Rousseaucu ifade ile özel çıkarlar yerine genel çıkara yönelen, yanılmaz tekil bir iradeye, Schmittci ifade ile çok sayıda kişiden oluşan halk dezisyonist, yani nihai karar verici bir unsura dönüşmüş olur.

V. EGEMENLİĞİN ÖZNESİ

Popülizmin egemenlik anlayışında egemenliğin niteliği kadar egemenliğin sahibinin nasıl tasavvur edildiği de önemlidir. Rousseau ve Schmitt’in egemenliğin öznesi anlayışları popülizme teorik altyapı sunmaya oldukça uygundur.

Rousseau egemenliğin sahibi olan halkı homojen yani türdeş bir yapı olarak görmektedir. Bir toplum diğer toplumlardan ayrılarak, aynı sosyal sözleşmeyi imzalamış olmaktan, aynı siyasî ilke etrafında

⁶⁴ Rousseau, *Toplum ...*, s. 42.

⁶⁵ Mehmet A. Ağaoğulları, “Jean-Jacques Rousseau: Halk Kendini Yaratıyor”, *Batı’da Siyasal Düşünceler*. M. A. Ağaoğulları (ed.), İstanbul: İletişim Yayınları, 2014, ss. 569-596, s. 584.

⁶⁶ Schmitt, *Parlamentar ...*, s. 54.

birleşmiş olmaktan, aynı siyasî birimin üyeleri olmaktan dolayı bir siyasî ortaklığa sahiptirler. Buraya kadar olan kısımda, buna homojenlik demek doğru olmaz, olsa olsa siyasî bir ortaklık söz konusudur. Bu siyasî ortaklığın her bir üyeyi eşit hak ve ödevlerle donatmak yoluyla toplumun üyeleri arasında bir tür siyasî-hukukî eşitlik homojenliği kurduğu doğrudur. Ancak Rousseau bu siyasî-hukukî eşitlikle, yani formel homojenlikle yetinmez. Sözleşme ile kurulan toplumunun, varlığını sürdürebilmesi ve rejimin iyi işleyebilmesi için onları bir anlamda içeriksel veya kimliksel bir homojenliğe de sahip hale getirecek başka tür bir inşanın gerekli hatta şart olduğunu söyler. Toplumunu siyasî-hukukî bir ortaklığın ötesine taşıyarak ayrılmaz bir bütün, organik bir beden haline dönüştürecek bir homojenliğe de ihtiyaç vardır.

Rousseau, devletin halkı yurtseverlik ve dindaşlık üzerinden organik bir bütüne dönüştürmesi gerektiğini savunmaktadır. Yurttaşların birbirine ve ülkeye bağlanmalarını sağlayacak yurtseverlik iki temel araç ile sağlanacaktır; kamusal eğitim ve kamusal seremoniler. Devlet eğitim yoluyla insanların fikir, kanaat ve duygularını öyle biçimlendirmelidir ki, *“herkesin sevgiyle, tutkuyla, zorunlulukla”* yurtsever olması sağlansın. Eğitimin yanında gösteriler, törenler, bayramlar gibi kamusal seremoniler yoluyla gelenek ve görenekler inşa edilip sürdürülerek yurtseverlik pekiştirilmiş olur.⁶⁷ Rousseau dinî, bir toplumdan bir ulus veya organik bir halk yaratacak önemli bir araç olarak görmektedir. Ancak tek tanrılı veya pagan dinleri bu iş için uygun bulmaz, cumhuriyete uygun bir yurttaşlık dini gereklidir. Ona göre devlet tarafından kurulacak bu yurttaşlık dinî sade ve basit olmalı, insanlara uzlaştırıcı duygular sunmalıdır. Bu dinin temel amacı insanları iyi birer yurttaş ve sadık birer uyruk olmaya yönlendirmek olmalıdır.⁶⁸

Rousseau'nun homojen bir halk fikri, kendini genel iradenin ortaya çıkması sürecinde de göstermektedir. Kamusal meselelerin tartışıldığı ve oylandığı durumlar halkın ahlâkı ve sağlığı konusunda bir göstergedir. *“Halk toplantılarda ne kadar birlik olursa, yani oylar birliğe ne kadar yaklaşırsa genel istem de o kadar baskın çıkar; uzun tartışmalar, ayrılıklar, gürültü patırtılarsa özel istemlerin ağır bastığını ve devletin sonunun geldiğini haber verirler.”*⁶⁹ Rousseau başka bir yerde genel iradenin ortaya çıkması için herkesin fikrini serbestçe söylemesini

⁶⁷ Ağaoğulları, “Jean-Jacques Rousseau ...”, s. 594.

⁶⁸ Rousseau, *Toplum ...*, s. 156-157.

⁶⁹ Rousseau, *Toplum ...*, s. 121.

öğütlemekle birlikte, ideal durumu sürekli ve kendiliğinden oybirliğine ulaşan bir toplum olarak resmetmektedir. Genel irade farklılıklarını ve çatışmanın değil, kendiliğinden ortak iyinin görüldüğü ve benimsendiği bir iklimde kendini gösterir. Bu öyle bir birlik hali ki, çok az yasa koymak gerekir, yasa koymak gerektiğinde de bunu herkes hep birlikte duyumsar. Bu öyle bir birlik halidir ki; “(b)u yasaları ilk öne süren kimse, herkesin daha önce duyduğu bir gereksinimi dile getirmekten başka bir şey yapmış olmaz”⁷⁰

Schmitt, Rousseau'nun genel irade formülasyonunun esasen bir homojenlik içerdiğini ve demokrasinin doğru ve gerçekçi kavranışının da toplumun homojen kavranışı olduğunu ileri sürer⁷¹. Schmitt demokratik toplum tahayyülünün, demokrasinin iç mantığı gereği homojen bir yapıya sahip olmasının zorunlu olduğunu ileri sürer. Bu akıl yürütmeye göre, demokrasi fikri eşitlik fikrine dayanır, ancak tüm insanları içine alan evrensel bir eşitlik üzerine yükselmez. Belli bir siyasî birliğin üyelerini kapsayan bir eşitlik fikrine dayanır, yani eşitlere eşit, eşit olmayanlara, eşitsiz muameleyi içerir.⁷² Bu eşitlik fikri bir tür homojenlik gerektirir, çünkü demosun üyeleri arasındaki eşitlik soyut veya aritmetik bir eşitlik değil, özsel bir eşitliktir.

Schmitt'e göre modern kitle demokrasisinin doğru tanımı yöneten yönetilen özdeşliğidir. Rousseau da her ne kadar devleti sosyal sözleşme kurgusuna dayandırıyor görünse de genel irade formülasyonu ile aslında homojenliğe dayandırmaktadır.⁷³ Rousseau'nun teorisinin vitrininde liberal bir fikir olan sözleşme yer alır, ancak genel irade kavramı devreye girmeye başlayınca “gerçek devletin, yalnızca halkın, esas olarak oy birliğinin hüküm süreceği denli homojen” olduğu bir toplumda ortaya çıkacağı açıklığa kavuşur⁷⁴.

Schmitt'in kendisi ise popülizme demosu başka bir ifadeyle halkı, dost-düşman karşıtlığı üzerinden tanımlayan anlayışı ile teorik malzeme sağlamıştır. Schmitt'e göre demokrasi liberal parlamentarizmden farklı olarak homojen bir topluluğu şart koşar, çünkü demokrasi imkânının ön koşulu eşitliği sağlayan homojenliktir. Liberalizm gibi bütün insanları ahlâken eşit kabul eden bir yaklaşım, kendini diğerlerinden ayırmak

⁷⁰ Rousseau, *Toplum ...*, s. 119.

⁷¹ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 32.

⁷² Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 25.

⁷³ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 32.

⁷⁴ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 31.

zorunda olan siyasî bir birlik için uygun değildir. Demokrasinin temeli olan demos veya ulus bir dışlama-kapsama yöntemine imkân verecek bir dost-düşman ayrımı yapılmasına dayanmak zorundadır. Halk, kendisini diğerlerinden belli ortaklıklar üzerinden ayırt edilen dostlardan oluşur ve halkın kapsamını belirleyen aslî faktör düşman öteki(ler)dir.⁷⁵

Schmitt, gerçek demokrasinin eşit olanlara eşit, eşit olmayanlara eşitsiz muameleyi içerdiği konusunda oldukça nettir. Homojenliğe uymayanlara veya eşit olmayanlara karşı sergilenecek bu “eşitsiz muamele” düşmana yönelik muameleyle aynıdır. Buna göre, “*ilkın homojenlik, ikinci olarak heterojen olanın -gerektiğinde- elenmesi veya imha edilmesi, demokrasi kavramında içkin*” olarak bulunur ve (d)emokrasinin siyasî gücü, yabancı ve eşitsiz olanı, homojenliği tehdit edenı bertaraf etmeyi veya uzak tutmayı becermesiyle ortaya çıkar⁷⁶. Çünkü eşitlik mantıksal olarak homojenliği gerektirir. Bu eşitliğin, yani homojenliğin konusu fiziksel, ahlâkî veya dinî özelliklerde bulunabilir. Schmitt’e göre eşitliği sağlayan homojenliğin erdemli yurttaşlık, aynı mezhebin üyeleri olmak veya aynı milletin üyesi olma gibi örnekleri vardır.⁷⁷

VI. EGEMENLİĞİN KULLANIMI

Egemenliğin öznesinin ve niteliklerinin nasıl tanımlandığı egemenliğin kim(ler) tarafından kullanılacağı ve nasıl kullanılacağını belirlediği için kritiktir. Egemen özne ve egemenliğin nitelikleri onun kullanım durumu üzerinden devlete ve iktidara biçim verecektir. Egemenliğin kullanımı meselesi nasıl bir siyaset anlayışının, nasıl bir demokrasi anlayışının ve nasıl bir rejim anlayışının ortaya çıkacağını büyük ölçüde belirleyen unsurdur.

Rousseau, genel iradenin eylem sahasını yasa koyma faaliyeti ile sınırlı olarak tanımlamaktadır, yani, egemenliğin sahası yasalardır. Sosyal sözleşmenin kuruluşu yani bir anayasanın yapımı ve diğer yasaların yapımı genel iradenin, yani egemen olan halkın egemenliği kullanacağı alandır. Halk tüm siyasî edimi belirleyen iradedir, ancak bu edimi gerçekleştirecek güç başkadır. Halk yasama yoluyla edimi belirlerken

⁷⁵ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 25-36; Chantal Mouffe, *Demokratik Paradoks*. A. C. Aşkın (çev.), 3. Baskı. Ankara: Epos Yayınları, 2015, s. 21-22, 47-54.

⁷⁶ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 25.

⁷⁷ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 25-26.

iktidar veya yürütme genel iradenin belirlediği yasanın/edimin hayata geçirilmesinde görevlidir. Halk egemen olarak sadece yasama erkini doğrudan doğruya kullanır, yürütme erkini ise hükümet adını alan görevlilere veya aracı kurumlara bırakır.⁷⁸ Rousseau'ya göre egemen irade ile onu aktive edecek olan hükümet, tıpkı insanda ruh ile beden birleşmesi gibidir. Egemen ile karıştırılmasına rağmen hükümet, yasama sahasına girmediği ve sadece yasaları uygulamakla yükümlü olduğu için, sadece egemenin bir aracından ibarettir. Hükümet; “(y)urttaşlarla egemen varlığın karşılıklı ilişkilerini sağlamak amacıyla kurulmuş, gerek yasaları yürütmek, gerekse politik ve toplumsal özgürlükleri sürdürmekle görevli, aracı bir bütündür”⁷⁹.

Rousseau egemen varlığın yani halkın kolektif bir bütün olarak iradesinin devredilmeyeceğini belirtmekle birlikte egemenliğin aktif hali olan iktidarın devredilebileceğini kabul eder. “İktidar başkasına geçebilir ama, istem geçemez.”⁸⁰ Devir meselesinde Rousseau parlamento ve parlamenterleri kast etmektedir. Yani halk yasama yetkisini parlamento veya parlamenterlere devredemez, bizzat kendisi yapmalıdır. Ancak bu yasaların yürütme işini hükümetler eliyle yürütebilir. Rousseau yasamayı egemenliğin temel alanı olarak tanımlayarak ve iktidarı egemenliğin doğrudan kullanım alanına sokmayarak çok çeşitli yönetimler ile halk egemenliği fikrini uzlaştırmayı başarmıştır. Yasama yetkisi doğrudan halkta olduğu sürece, hükümet biçimleri olarak tanımladığı monarşi, aristokrasi ve demokrasi yönetimlerinin mümkün olduğunu düşünür.⁸¹ Yasama kısmında halkın doğrudan katılımını savunmasına rağmen yürütmeye halkın aracısız doğrudan katılımını desteklemez. O'na göre “hiçbir yönetim, demokrasi ya da halk yönetimi kadar iç savaş ve karşılıklıklara elverişli değildir.”⁸² Rousseau'ya göre kelimenin tam anlamıyla demokrasi hiç var olmamıştır ve de olamayacaktır. Çünkü yürütme işi sürekli bir iştir, çoğunluğun azınlığı yönetmesi durumunda halkın sürekli toplanması gerekir. Böyle bir şey filen veya onun deyişiyle “doğal düzene” aykırıdır.

Rousseau hükümeti egemen varlığın bir aracı olarak görmekte ve hükümetin “egemen varlıktan aldığı buyrukları halka” geçirdiğini ileri

⁷⁸ Ağaoğulları, “Jean-Jacques Rousseau ...”, s. 592.

⁷⁹ Rousseau, *Toplum ...*, s. 69.

⁸⁰ Rousseau, *Toplum ...*, s. 35.

⁸¹ Rousseau, *Toplum ...*, s. 79-92.

⁸² Rousseau, *Toplum ...*, s. 80.

sürmektedir⁸³. Böylece hükümet genel irade ile halk arasındaki ilişkide kilit bir unsur haline gelmektedir. Genel iradenin muğlaklığı, yurttaşlara dağılmış halde olması ve hükümet dışında aktif bir gücünün bulunmaması dikkate alındığında aslında genel iradenin fiilen hükümetle ilişkilendirilmesinin önünde ciddi hiçbir kurumsal engel yoktur. Hükümetin, genel iradeye (ki onun tanımı ve belirlenmesin de oldukça karmaşık ve muğlak olduğu unutulmamalıdır) uygun davranması için, halkın kendi çıkarını gözeten insan kimliğiyle değil, halkın bilinçli ve sorumluluk sahibi yurttaş kimliğiyle göstereceği çabalara kalmaktadır. Bunun üstüne Rousseau'nun hükümet biçimleri arasında demokrasiyi en kötüsü, monarşiyi en iyisi olarak düşündüğü eklendiğinde halk egemenliği adına tek kişinin yönetimine gidebilecek bir sürecin yolu döşenmiş olur.

“Öyleyse yöneticiler ne kadar çok olursa, hükümet o kadar güçsüz olur. ... hükümetin baştan başa bir tek kişinin elinde bulunması halinde, özel istemle bütünün istemi birleşmiş ve sonunda bütünün istemi güç bakımından en yüksek noktasına erişmiş olur. İmdi, devlet gücünü kullanmak istem derecesine bağlı olduğuna göre, hükümetlerin en etkini bir kişinin elinde bulundurur.”⁸⁴ Gerçi Rousseau hükümeti egemen varlığa bağlamaktadır ancak onu egemen varlığın kontrolünde tutacak pek bir mekanizma yoktur. “Bu olsa olsa, bir iş, bir görev vermedir ki, bunda egemen varlığın birer görevlisi olan yöneticiler yine onun adına devlet gücünü kullanırlar. Egemen varlık bu yetkiyi sınırlayabilir, değişiklik yapabilir onda ve dilediği zaman geriye de alabilir.”⁸⁵

Diğer taraftan, Rousseau için egemenlik devredilemez olmakla birlikte, halk yöneticinin emirlerine karşı gelmezse, karşı gelmekte özgür olmakla birlikte karşı gelmez ve herkes susarsa, yöneticinin emirlerinin genel irade yerine geçmiş kabul edileceğini ifade eder. Çünkü halk susarak onay vermiş olur.⁸⁶ Böylece sadece yasama ile sınırlanan egemenlik, sessizlik yoluyla ve en etkin hükümet olan monarşide tek kişinin iradesi ile kurulacak özdeşlik yoluyla, tek kişiye kolaylıkla aktarılabilir hale gelir.

Schmitt ise halk egemenliği ile bu egemenliğin kullanımı meselesine daha sofistike ancak daha doğrudan bir çözüm getirmektedir.

⁸³ Rousseau, *Toplum ...*, s. 70.

⁸⁴ Rousseau, *Toplum ...*, s. 75-76.

⁸⁵ Rousseau, *Toplum ...*, s. 69-70.

⁸⁶ Rousseau, *Toplum ...*, s. 36.

Schmitt bunu egemenlik konusundaki meşhur ifadesi olan “(e)gemen olağanüstü hale karar verendir” yargısı üzerinden yapar⁸⁷. Schmitt, Rousseau’dan farklı olarak egemenliği yasama ile başka bir ifade ile hukuk ile ilişkili tanımlamak yerine, egemenliği karar ile ilişkili olarak tanımlamaktadır. Buna göre, gerçek egemenin kim olduğunu merak ediyorsak olağanüstü hale karar veren aktöre bakmamız gerekir.

Olağanüstü hâl mevcut hukuk düzeninin tamamıyla askıya alınmasını ve sınırsız yetkiyi gerektiren bir durumdur. Hukukî düzenin anlamlı olabilmesi, yani işleyebilmesi normal bir durumun yaratılmasına bağlıdır. Çünkü her genel norm, üzerinde uygulama alanı bulabileceği şartları gerektirir, onlar olmadan hayatta kalamaz. Egemen, olağan bir durumunun mu hüküm sürdüğünü yoksa olağanüstü bir durumunun mu ortaya çıktığına karar vermek durumundadır. “Egemen, bu durumun gerçekten hüküm sürüp sürmediğine kesin biçimde karar verendir. Her hukuk ‘durumsal hukuktur’... Egemen, durumu kendi bütünselliği içinde yaratır ve garanti altına alır. Bu son karar onun tekelindedir. Devlet egemenliğinin özü burada yatar ve hukuken zorlama veya hükmetme tekeli olarak değil, olması gerektiği gibi karar verme tekeli olarak tanımlanır.”⁸⁸

Bu karar verildiğinde tüm hukukî normlar ve sınırlamalar devre dışı kalacaktır. “Burada, devletin varlığı, hukukî normun geçerliliği karşısında tartışmasız üstünlüğünü kanıtlar”⁸⁹ Bu durumda hukuk geri adım atar, ancak devlet daha güçlü şekilde öne çıkar. Böylece sınırsız, yani mutlak bir iktidar kullanımı açık hale gelecektir. Devlet kendini korumak için hukuku askıya alır. Bu yüzden olağanüstü hâl hukuk içi ile hukuk dışı arasında bir yerlerde bulunması sebebiyle sınır bir kavramdır. Olağanüstü hâl kararı öyle güçlü bir karardır ki, egemenin kim olduğu ancak ona bakarak net şekilde anlaşılabilir. Egemen hem olağanüstü durum olup olmadığına, hem de bu olağanüstü durumda nelerin yapılması gerektiğine karar verecektir. Böylece hukukun üstünde veya hukukun sınırında durarak mutlak bir yetki kullanmış olacaktır.⁹⁰

Schmitt egemeni tespit etmek için niye sıra dışı veya istisnâî bir durumu seçtiğini şöyle anlatır: “İstisna normal durumdan daha ilginçtir. Normal olan, hiçbir şeyi kanıtlamaz, istisna her şeyi kanıtlar: Yalnızca

⁸⁷ Carl Schmitt, *Siyasal İlahiyat*, Ankara: Dost Yayınları, 2016, s. 13.

⁸⁸ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 20-21.

⁸⁹ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 19.

⁹⁰ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 13-23.

kuralı kanıtlamakla kalmaz, kural sadece istisna sayesinde yaşar. İstisnada gerçek hayatın gücü, tekrarlanmaktan katılaştırmış mekanizmanın kabuğunu kırar."⁹¹ Bu gerekçe bir nevi, Karl Popper'ın yanlışlamacı pozitivizmde ileri sürdüğü gerekçelere benzemektedir.

Schmitt, egemeni olağan hale ve hukuka değil, olağanüstü hale ve karara bağladıktan sonra, liberal demokrasinin bir unsuru olan hukuk devletinin yetersizliği üzerine görüşlerini ortaya koyar. Her şeyden önce olağanüstü halin mevcut hukuk sistemi içinde tanınmış olduğu, dolayısıyla hukuk içi bir faaliyeti olduğu savını reddeder. Schmitt'e göre hiçbir hukuk sistemi olağanüstü hali kapsayıcı bir şekilde düzenleyemez. Olağanüstü hâl devletin varlığını tehdit edecek, çok tehlikeli veya düzen ve güvenliğin ağır tehlike altında olması gibi ifadelerle tanımlansa bile gerçeğe tam uygun bir şekilde asla tarif edilemez. Kanun maddesiyle ancak olağanüstü hale karar verecek makam düzenlenebilir. Ancak, olağanüstü halin olup olmadığına karar verecek olan yine o makamın kendisidir.⁹²

Schmitt, Locke ve Kant gibi liberal sözleşme teorisyenlerinin devleti hukuk ile sınırlandıran, devleti hukukun yaratıcısı değil, koruyucusu olarak gören yaklaşımı inceleyerek bunların egemenlik sorununa çözüm üretemediğini veya egemenlik sorununu görmezden geldiğini belirterek eleştirir. Schmitt desizyonist dediği ve Hobbes'ta ve Bodin'de karşılığını bulduğu yaklaşımı egemenlik sorunu doğru şekilde anlayıp, çözen bir yaklaşım olarak görür. Desizyonist yaklaşım, nihayetinde hukukun, yani normun bir karara dayandığını savunan ve hukuku yaratanın, hakikat değil otorite olduğunu savunan görüştür.⁹³

Schmitt demokrasiden yola çıkıp tek kişi yönetimini meşrulaştırıcı argümanlarına temsil konusunda da devam eder. Schmitt temsili demokrasinin bireysel iradelerin tek tek toplanması yoluyla toplumun iradesinin ortaya çıkarılması yöntemini küçümseyerek, halkın iradesinin kolektif ve yüksek sesli bir onay ile yansıtılmasının demokratik öze çok daha uygun olduğunu savunmaktadır. Bu sayede halk iradesi ile lider arasında oy pusulasının aracılığı olmaksızın doğrudan bir bağ ve temsiliyet kurulabilmiş olur. Schmitt halk iradesinin fiilen oybirliği ile ortaya çıkmasının mümkün olmadığını belirttikten sonra, soyut mantık açısından Jakobenlerin iddia ettiği gibi halk iradesinin çoğunluğun iradesi

⁹¹ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 22.

⁹² Schmitt, *Siyasal ...*, s. 14-15.

⁹³ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 25-42.

ile özdeşleştirilmesi ile azınlığın iradesi ile özdeşleştirilmesi arasında hiçbir fark olmadığını belirtir.⁹⁴

*“Demokratik duygu ne kadar güçlü olursa, demokrasinin bir ‘gizli oy kayıt sistemi’nden farklı bir şey olduğu o kadar kesin bir şekilde anlaşılır. Diktatörce ve sezarca yöntemler, salt teknik değil, hayati bir anlamda da doğrudan demokrasi karşısında, yalnızca halkın ‘acclamation’sunu arkasına almakla kalmayıp, demokratik özün ve kudretin doğrudan ifadesi de olabiliyorken, liberal muhakemenin ürünü olan parlamento suni bir mekanizma gibi görünür.”*⁹⁵

Schmitt’in çizdiği bütün bu resim *“(m)modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır”* savının sonuçlarıdır⁹⁶. Schmitt belli bir dönemdeki metafizik evren ve dünya tahayyülünün o dönem geçerli olan siyasî organizasyon ile benzer bir yapıda olduğunu söyler. Bilhassa egemenlik kavramı ilahiyatın açıklamalarıyla paraleldir. Bu savına örnek olarak kralı tek Tanrı ile özdeşleştiren yaklaşımları vermektedir. Tıpkı Tanrının mutlak iradeyle evrendeki yasaları yapması ve evrende hükmetmesi gibi, tek bir irade olarak kral da dünyada benzer şekilde hükmeder. Yine modern dönemde kadir-i mutlak Tanrının yerini kadir-i mutlak kanun koyucu almıştır. Ancak Tanrı nihaî egemen olarak dünyanın mimarı, yaratıcısı ve yasa koyucusu olarak dünyevi iktidarlara meşrulaştırıcı otorite olarak durmaktadır.⁹⁷

Bu çalışma bakımından egemenlik kavramı ve ilahiyat arasındaki ilişki halk egemenliği bakımından önemlidir. Schmitt kraldan farklı olarak halkın kolektif bir yapısı olduğunu, dolayısıyla kendiliğinden bir desizyonist (karar verici) karaktere sahip olmadığını belirtir. Halk organik bir birlik ve ulusal bir bilinçle kavranırsa ancak, buradan organik devlete ulaşılabilir. Tanrının nihaî meşruiyet kaynağı rolünü dünyada halk veya ulus demokratik düşünce ile elde etmiş olur. Ondokuzuncu Yüzyılda aşkın olan egemen, yani Tanrı yerini halk üzerinden içkin bir egemen tasavvuruna bırakır. Bu içkinlik tasavvuru bir dizi özdeşliğe imkân verir hale gelir. Yöneten ve yönetilen arasında veya devlet ve

⁹⁴ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 42.

⁹⁵ Schmitt, *Parlamenter ...*, s. 35.

⁹⁶ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 43.

⁹⁷ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 42, 52, 53.

egemenlik arasında kurulan özdeşlikler, aşkın Tanrının içkinleştirilip dünyaya indirilmesi ile mümkün olmuştur.⁹⁸

VII. SONUÇ

Popülistlerin egemenlik konusunda Rousseau ve Schmitt'e çok şey borçludur. Yine de popülizmin egemenlik anlayışının temellerinin Rousseau'un ve Schmitt'in fikirlerinde bulunuyor olması bütüncül bir şekilde fikrin her boyutunda birebir örtüştüğü anlamına gelmez. Örneğin; egemenlik anlayışının yanılmazlık niteliği konusu, Rousseau'da soyut bir halk-genel irade-kamunun iyiliği şeklinde ilerleyen soyut bir özdeşlik kurgusuna dayanırken, popülistlerde halk ve öteki(ler) arasında kurulan iyi-kötü, erdem-yozlaşma, dürüst-hilekâr gibi karşıtlık kurgusuna dayanır. Yine örneğin, Schmitt bir devlette egemeni olağanüstü hale karar verme ile ilişkili tanımlarken, popülistler siyaseti ve yönetimi sürekli bir olağan üstü hal içinde tutma eğilimdedirler. Popülizm diğer konularda olduğu gibi egemenlik konusunda da teoriler ve fikirlerden en uygun kolajı veya kombinasyonu çıkarmak konusunda oldukça mahir bir ideolojidir.

Popülizmin kendine devşirdiği ilk ve en belirgin fikir Rousseau'nun halk egemenliğini sınırlandırılmaz, devredilemez, bölünemez ve yanılmaz bir irade olarak tanımlamasıdır. Halkı yücelten, halkın iradesinin tam anlamıyla hâkim kılınması gerektiğini savunan, birliği öteki olarak tanımlanan gruplar ve onlara karşı düşmanca yaklaşımla kuran, liberal veya anayasal demokrasinin hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, çoğulculuk ve azınlık hakları gibi unsurlarla halkın iradesinin hâkim kılınmasına engel olduğunu savunan bir ideoloji için bu niteliklerle donanmış bir egemenliğin benzersiz bir formülasyon olduğu kolayca fark edilebilir.

Egemenliğin sınırlandırılmazlık niteliği popülistlere, iktidarın mutlak bir yetkiyle donatılmasına, yani demokratik çoğunluk ilkesinin gereği olarak gördükleri çoğunluğun mutlak iktidarına izin vermeyen ve bu yetkiyi genellikle azınlıklar ve muhalifler lehine sınırlandıran doğal hukuk, evrensel hukuk veya insan hakları gibi kimi referanslardan tamamen kurtulma fırsatı sunmaktadır. Popülizmin önemli bir unsuru olan erdemli aslı halk ile yozlaşmış öteki elitler arasında kurulan karşıtlık üzerinden, devlet iktidarını sınırlandıran bu referans ve mekanizmaların

⁹⁸ Schmitt, *Siyasal ...*, s. 53-57.

halkın iradesini ve tercihlerini yok sayma, halkın çıkarları aleyhine ve elitlerin ve onların işbirlikçilerinin çıkarları lehine kullanıldığı söylemi kurulur. Sınırsız bir halk egemenliği fikri yüceltilmiş ve ideolojinin merkezine konmuş halk fikriyle tam olarak uyuşmaktadır.

Egemenliğin devredilemezliği fikri popülistler bakımından temsilciler ve parlamentolar, halk ile iktidar arasına giren, halkın kendi iktidarını hâkim kılmasının engel olan mekanizmalar olarak görülmesi ile uyuşmaktadır. Popülistler her ne kadar halkın iradesini mutlak şekilde hâkim kılmak istediklerini ileri sürseler de doğrudan bir demokrasi pratiğine pek yanaşmazlar. Onlar temsili demokrasi yoluyla ortaya çıkan temsilcileri bir tür siyasî elit olarak dışlarken, halktan biri, halkın gerçek sözcüsü olarak kendilerinin halkı temsil ettiği iddiasından vazgeçmezler. Mesele çoğunlukla temsil kurumu olmaktan ziyade kimlerin temsilci olarak seçildiğiyle ilgilidir. Kendileri seçildiği sürece temsil ile bir problem yaşamazlar.

Egemenliğin bölünmezliği fikri popülistler için, tıpkı Rousseau ve Schmitt'in tanımladığı gibi, homojen ve yekpare bir birlik olarak tanımlanan halkın iradesinin parçalanamayacağı iddiası ile uyumludur. Halk bölünemeyeceği gibi iradesi ve ondan kaynaklanan egemenliği de bölünemez. Çoğulcu toplum fikri üzerine temellenmiş bir demokrasinin yerine, homojen ve yekpare bir toplum fikri üzerine temellenen bir demokrasi anlayışını koymak için oldukça uygun bir niteliklerdir.

Son olarak, egemenliğe yanılmazlık atfeden fikir popülistler bakımından yüceltilmiş adeta kutsallaştırılmış halkın erdemli, temiz, bilgece haliyle her zaman en doğru ve iyi olan yönünde irade göstereceği mistifikasyonu oldukça uyumludur. Halk iradesinin yanılmazlığı çoklu işleve sahip bir niteliklerdir. Biryandan halkın egemenliğini sınırlamak için üst bir hukuk veya ahlâk olarak önüne çıkarılan anayasallığa karşı “doğru karar” vurgusuyla güçlü bir savunma geliştirilmiş oluyor, diğer yandan halktan biri olarak halkın organik partisinin veya liderinin de yanılmazlığına gidiş sağlanabiliyor. Üstüne halkın iradesiyle uyumlu olmayanları, ona muhalefet edenleri duruma göre gayrî meşru veya illegal ilan edebilmeye de zemin sağlıyor.

Popülist egemenlik anlayışında halkın nasıl tahayyül edildiği kritik bir konudur, zira egemenliğin dört niteliğinin yükleneceği öznenin bu nitelikleri taşıyabilir bir yapısı olmalıdır. Popülizmde halk homojen, yekpare ve özsel bir varlık olarak kavranır. Egemenliğin sahibi olarak homojen, yekpare ve özsel bir varlık olarak halk tahayyülünün popülizm bakımından önemli üç sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bunlardan ilki yekpare kavranan halkın iradesinin tek tek yurttaşların iradesinin toplamından ayrı bir şekilde düşünülebilmesidir. Birbirine benzeyen, homojen insanların çıkarlarının ve iradelerinin aynı yönde olduğunu ileri sürmek kolaylaşmaktadır. Bu homojen ve yekpare cemaatin tek bir çıkarı ve iradesi olduğu önermesi ise, egemenliği keskinleştirerek kapsamlı bir egemenlik haline dönüştürmek ve belli bir grup veya kişinin halkın gerçek iradesini yansıttığı veya temsil ettiğini ileri sürebilmek için elzem görünmektedir. Homojenlik ve bütünleşik halk ile parlamento, parti veya bir lider gibi her türden aktör arasında özdeşlik kurmayı kolaylaştırmaktadır.

İkinci önemli sonuç homojen bir şekilde kavranan halkın anti-çoğulcu bir toplum ve siyaset anlayışını desteklemesidir. Rousseau ve Schmitt cumhuriyet veya demokrasi için homojen ve bütünleşik bir toplumun elzem olduğunu söyleyerek ahlâkî, dinî, kültürel, etnik veya fikrî farklılıkları ve bunların yansımaları olarak siyasî farklılıkları istenmeyenler kategorisine atmış olurlar. Siz halkı homojen tanımlayabilirsiniz ancak dünya neredeyse hiçbir zaman buna uygun olmaz. Bu durumda homojenliğe zarar veren ötekiler veya düşmanlar ciddi bir sorun olarak görülür. Popülistler, arzu ettikleri veya ülküleştirdikleri toplum ile mevcut olan arasındaki farkı siyasette kutuplaşma ve çatışmayı sürekli bir politik tarz olarak yerleştirmek için araçsallaştırırlar.

Üçüncü olarak, özcü. bir bir halk kavrayışı popülistlerin, uygun bulduğu aslî halka hem süreklilik hem ahlakilik, hem de kendinden meşruluk atfetmelerine izin verir. Halk özsel bir varlık olunca onun iradesinin ne yönde olduğu tek tek oylar sayılmadan görülebilir bir irade haline gelir. Aslî halkın değerleri ve inançları azınlıklar, muhalifler ve eleştirmenleri karşısında tartışmasız bir üstünlüğe kavuşur. Örneğin; evlilik öncesi cinsel ilişkinin yasak olması, inanılan din, dinlenen müzik vb. unsurlar halkın tartışmasız ve ontolojik bir tanımlayıcısı haline gelirler. Böylece aslî halk ile ilgili her şey siyasetin tartışmalı ve rekabetçi alanından tartışmasız ve rekabetsiz bir siyasetçilik alanına taşınır.

Nihayetinde, popülistler halkın doğrudan, bizzat yönettiği bir rejime ulaşmaya çalışmadıklarına göre egemenliğin kullanımı en kritik konu haline gelir. Homojen, yekpare ve özsel bir varlık olarak tahayyül edilen halkın sınırlandırılmaz, devredilmez, bölünemez ve yanılmaz iradesinin aktif hale geçirilmesi gerekecektir. İşte popülist hareketler, partiler veya liderlerin otokratik ve otoriter potansiyeli söz konusu kuşatıcı egemenlik anlayışında yatmaktadır. Bu yüksek potansiyel, bu

Cennet USLU

günlerde, dünyanın her yerinde, liberal demokrasileri “demokrasi içinde kalarak otoriterleşme” tehlikesiyle yüz yüze bırakmaktadır.

KAYNAKÇA

- ABTS, K.&RUMMENS, S. (2007). “Populism versus Democracy”, *Political Studies*. 55(1): 405- 424.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet A. (2014). “Jean-Jacques Rousseau: Halk Kendini Yaratıyor”, *Batı’da Siyasal Düşünceler*. M. A. Ağaoğulları (ed). İstanbul: İletişim Yayınları, ss. 569-596.
- BALKIN, Jack M. (1995). “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Yale Law Journal*. 104(7): 1935-1990.
- BLOKKER, Paul. (2018). “Populist Constitutionalism”, *Routledge Handbook of Global Populism*. Carlos de la Torre (ed.). London: Routledge.
- CANOVAN, Margaret. (2002) “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, *Democracies and the Populist Challenge*, Mény and Y. Surel (ed.). London: Palgrave, ss. 25–44.
- CANOVAN, Margaret. (1999). “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, *Political Studies*. 41(1): 2-16.
- CORDUWENER, Pepijn. (2014). ‘The Populist Conception of Democracy beyond Popular Sovereignty’, *Journal of Contemporary European Research*. 10(4): 423-437.
- CORRIAS, Luigi. (2016). “Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity”, *European Constitutional Law Review*. 12(1): 6-26.
- DEIWIKS, Christine. (2009). “Populism”, *Living Reviews in Democracy*. 1: 1-9, erişim adresi: <https://cis.ethz.ch/research/living-reviews-in-democracy.html>, erişim tarihi: 16.05.2020
- FREEDEN, Michael. (1998). “Is Nationalism a Distinct Ideology?” *Political Studies*. 46(1): 748-765.
- HIRSCHL, Ran. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- MENY, Yves& SUREL, Yves. (2002). “The Constitutive Ambiguity of Populism”, *Democracies and the Populist Challenge*, Y. Mény&Y. Surel (ed.). New York: Palgrave, ss. 1-21.
- MOUFFE, Chantal. (2015). *Demokratik Paradoks*. A. C. Aşkın (çev.), 3. Baskı. Ankara: Epos Yayınları.
- MUDDE, C.&KALTWASSE, C. R. (2017). *Populism: A Very Short Introduction*. Oxford University Press: New York.
- MUDDE, Cas. (2004). “The Populist Zeitgeist”, *Governance and Opposition*. 39(4): 541-563.
- MUDDE, Cas. (2013). *Are Populists Friends or Foes of Constitutionalism?*, *Policy Brief*, Oxford: The Foundation of Law, Justice and Society, erişim adresi: https://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Mudde_0.pdf, erişim tarihi: 16.05.2020
- MULLER, Jan-Werner. (2011). “Getting a Grip on Populism”, *Dissentmagazine*, September 23, erişim adresi: <https://www.dissentmagazine.org/blog/getting-a-grip-on-populism>, erişim tarihi: 16.05.2020
- MULLER, Jan-Werner. (2017a). *Popülizm Nedir?*, Onur Yıldız (çev). İstanbul: İletişim Yayınları.
- MULLER, Jan-Werner. (2017b). “Populism and Constitutionalism”, *The Oxford Handbook on Populism*, Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. (ed.). Oxford: Oxford University Press, ss. 590-606.
- PARKER, Richard D. (1993). “Here, the People Rule”: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*. 27(3): 531-584.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. (1993). *Toplum Sözleşmesi*, Vedat Günyol (çev). İstanbul: Adam Yayınları.
- SCHMITT, Carl. (2014). *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, A.E. Zeybekoğlu (çev.). Ankara: Dost Yayınları
- SCHMITT, Carl. (2016). *Siyasal İlahiyat*. Ankara: Dost Yayınları
- TAGGART, Paul (2002). “Populism and The Pathology of Representative Politics”, *Democracies and the Populist Challenge*, Yves Meny& Yves Surel (ed.). UK: Palgrave Macmillan, ss. 62-80.

- TAGGART, Paul. (2004). *Popülizm*, Barış Yıldırım (çev.). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları
- TUSHNET, Mark. (2011). “Abolishing Judicial Review”, *Constitutional Commentary*. 27: 581-589.
- TUSHNET, Mark. (2013). “The Relation Between Political Constitutionalism and Weak- Form Judicial Review”, *German Law Journal*. 14(12): 2249-2263.
- URBINATI, Nadia. (1998). “Democracy and Populism”, *Constellations*. 5(1): 110-124.
- URBINATI, Nadia. (2013). “The Populist Phenomenon”, *Raisons Politiques*. 3(51): 137-154.
- ZAKARIA, Fareed. (1997) “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, 76(6): 22-43.

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE MECLİS SORUŞTURMASI

Gökhan DÖNMEZ*

ÖZ

Yasama organının en önemli görevlerinde biri de yürütme organını denetlemektir. Bu denetimin seviyesi, hükümet sistemine göre değişmektedir. Parlamenter sistemlerde “gensoru” gibi denetim araçlarıyla yapılan denetim, hükümetin düşürülmesi ile sonuçlanabilir. Ancak başkanlık sistemlerinde yasama organının, güvensizlik oyuyla başkanın görevine son vermesi gibi bir usul uygulanmamaktadır. Yapılan anayasa değişikliği sonucunda 9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla yeni hükümet sistemine geçilmiştir. Dolayısıyla da yeni hükümet sisteminde yürütme organının denetim araçlarından en etkili olduğu değerlendirilen “meclis soruşturması” usulünün inceleme gereği ortaya çıkmıştır. Çalışmada ilk olarak meclisin denetimi konusundan kısaca bahsedildikten sonra Meclisin yürütme organını denetim usullerinden olan “meclis soruşturması” kavramı incelenecektir. Daha sonra eski ve yeni hükümet sisteminde “meclis soruşturması” kavramı ele alınarak sonuç bölümünde değerlendirmeler yapılacaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Bitlis Eren Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, E-Mail: gokhan.donmez@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-3332-2634.
Makalenin Gönderim Tarihi : 29.03.2019.
Makalenin Kabul Tarihi : 07.11.2019.

Anahtar Kelimeler: Parlamenter sistem, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, meclis denetimi, meclis soruşturması.

PARLIAMENTARY INQUIRY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS OF 2017 IN TURKEY

ABSTRACT

One of the most important tasks of the Assembly is to supervise the executive branch. the level of this audit varies according to the government system. In parliamentary systems, inspection by means of control, such as “interpellation”, can result in a subversion of the government. However, in presidential systems, the Assembly cannot put an end to the office of the president by a interpellation. As a result of the constitutional amendment, the new government system was adopted as of 9 July 2018. Thus, in the new system of government, the need for the examination of the “parliamentary inquiry indan, which is considered to be the most effective of the enforcement instruments of the executive body, has emerged. In the study, firstly the subject of parliamentary control will be mentioned briefly. Then, the concept of “parliamentary inquiry”, which is one of the auditing bodies of the Assembly, will be examined.

Keywords: Parliamentary system, Presidential Government System, assembly audit, parliamentary inquiry.

I. GİRİŞ

Yasama organının en önemli görevlerinde biri de yürütme organını denetlemektir. Bu denetimin seviyesi, hükümet sistemine göre değişmektedir. Örneğin parlamenter sistemde, Meclisin denetimi çok güçlüdür ve bakanlar kurulunu görevden alma ile sonuçlanabilir. Parlamenter sistemlerde yasama organı, soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensoru gibi usûllerle yürütme

organını denetlemektedir.¹ Başkanlık sistemlerinde yasamanın yürütme üzerindeki denetimi, parlâmenter hükümet sistemlerine göre zayıftır.² Başkanlık sistemlerinde yürütme organı meclise karşı sorumlu olmadığı için gensoru denetim yolu başkanlık sistemlerinde bulunmamaktadır.³ Başka bir ifadeyle başkanlık sistemlerinde yasama organı, güvensizlik oyuyla başkanın görevine son verememektedir.⁴ Ancak yasama organı, başkanlık sistemlerinde bazı etkili denetim araçlarına sahiptir. Örneğin ABD’de Kongre, Başkanı “meclis araştırması” ve “impeachment (suçlama)” usulleriyle denetleyebilmektedir. Impeachment usûlünde Başkanın siyasi sebeplerle olmasa da cezaî sebeplerle (bir suç işlediği iddiasıyla) görevden alınması mümkündür.⁵ Bu açıdan impeachment usulü, parlâmenter sistemdeki gensorudan (güvensizlik oylaması) ziyade “meclis soruşturması”na benzetilmektedir.⁶

Bu çalışmada 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile hükümet sisteminin değişmesinden sonra, yürütme organının denetleme usullerinden olan “meclis soruşturması” usûlünü inceleme gereği hâsıl olmuştur. Zira yeni yönetim sisteminin yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinden önce ülkemizde uygulanmakta olan hükümet sisteminde, yürütme organı olan Bakanlar Kurulunu denetlemek için en etkili denetim araçlarından olan “gensoru” - Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlar kurulu olmadığı için kaldırılmıştır. Yeni hükümet sisteminde ise yürütme organının Meclise karşı sorumluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla da yürütme organının Meclis tarafından denetiminin en etkin bir şekilde nasıl yapılacağı saptanması adına bu çalışmayı yapma gereği ortaya çıkmıştır.

Çalışma da ilk olarak meclisin denetimi konusuna kısaca değinildikten sonra Meclisin yürütme organını denetim üsullerinden olan “meclis soruşturması” kavramı incelenecektir. Daha sonra eski ve yeni

¹ Yürütme organının denetlenmesi ile ilgili olarak denetim yolları için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011, ss. 853-872.

² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Temmuz 2018, s. 668.

³ Gözler, *Genel Teori*, C. I, s. 854.

⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 668.

⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 667.

⁶ Gözler, *Genel Teori*, C. I, s. 578.

hükümet sisteminde “meclis soruşturması” kavramının uygulaması ele alınarak sonuç bölümünde değerlendirmeler yapılacaktır.

II. MECLİS DENETİMİ

Modern ve köklü demokratik yönetimlerdeki meclis denetimi, hükümet üyelerinin icraatlarını sınırlandırmakta ve hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesini kolaylaştırılmaktadır.⁷ Hangi hükümet sistemi olursa olsun, yasama organı olan meclislerin bir takım görevleri bulunmaktadır. Bu görevler arasında kanun yapmak suretiyle halkı temsil etmek, yürütme organını denetlemek ve devlet bütçesini yapmak gibi temel görevleri bulunmaktadır.⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, Anayasanın 87. maddesi değiştirilmeden önce; “*Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Bakanlar Kurulu ve bakanları denetlemek, Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek, bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına karar vermek, savaş ilânına karar vermek, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak*” şeklindeydi. Ancak 87. madde değiştirildikten sonra 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 antlaşmaların 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*” şeklinde sayılmıştır. Bu değişiklikle Bakanlar Kurulu artık olmayacağı için “Bakanlar Kurulu ve bakanları denetlemek” ifadesi maddeden çıkarılmıştır.

⁷ Hikmet Tülen, *Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması*, Mimoza Yayınları, Konya, 1999, s. 6; Yusuf Sezer, *Meclis Soruşturması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2010, s. 5.

⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 18. Basım, Ankara, 2018, s. 289; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 647. Tülen ise meclisin görevlerini “yasama” ve “denetim” olarak iki başlık altında toplanacağını belirtmektedir. Tülen, s. 6.

Diğer taraftan 2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter hükûmet sisteminden “Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi”ne geçilmesiyle birlikte Meclisin hükûmeti denetlemesi usûlleri de çok büyük oranda değişikliğe uğramıştır. Anayasa değişikliğinden önce Meclisin hükûmeti denetleme araçlarının sayıldığı 98. maddenin ilk fıkrasına göre, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır.*” şeklindeydi. Bu madde, yapılan değişiklikle; “*Türkiye Büyük Millet Meclisi; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisi kullanır.*” şeklini almıştır.

Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemelerden ibarettir. Genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesidir.⁹ Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir.¹⁰ Meclis soruşturması ise Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar hakkında Anayasanın 106. maddesinin 5, 6 ve 7. fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir.¹¹

Diğer taraftan Meclis soruşturması, ayrıca Anayasanın 105 ve 106. maddeleri ile Anayasa değişikliği ile yeniden düzenlenmiştir. Bu hükümler, değişiklikten önceki hükümlerle karşılaştırıldığında, Özbudun ortaya çıkan önemli farkları aşağıdaki şekilde sıralamaktadır:¹²

İlk olarak belirtmek gerekir ki gensoru yolu kaldırılmıştır. Zira gensoru, parlamenter rejimde Bakanlar Kurulunun ve bakanların siyasal sorumluluğunu gerçekleştiren, yani bir güvensizlik oyu ile görevden uzaklaştırılmalarını sağlayan en etkili denetim yoludur. Parlamenter sistemin ve onun özü olan bakanların siyasal sorumluluğunun terkedilmiş olmasının doğal sonucu olarak, gensoru yolu da kaldırılmıştır. Nitekim değişiklikten önceki metinde gensoruyu ayrıntılı şekilde düzenleyen 99. madde de ilga edilmiştir. İkinci olarak, yazılı soru muhafaza edilmiş ancak çok etkili bir denetim aracı olan sözlü soru kaldırılmıştır. Nitekim bu konu, Amerikan başkanlık sisteminde uygulanmasına rağmen

⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 292.

¹⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 293.

¹¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 292.

¹² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 293.

hükümet sisteminde uygulanmaması çok büyük bir eksiklik olarak görülmektedir.¹³ Yine yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması muhafaza edilmiş olmakla beraber, bunların nasıl işleyecekleri, yeni yapılacak Meclis İçtüzüğünde belirlenecektir. Son olarak bizimde çalışmamızın konusu olan Meclis soruşturması çok farklı şekilde düzenlenmiş, meclis soruşturmasını düzenleyen 100. madde ilga edilmiş, bunun yerine meclis soruşturması ile ilgili hükümler değişik 105 ve 106. maddelerde düzenlenmiştir.¹⁴

Görüldüğü üzere maddenin eski şeklinde “*Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek*” ibaresi maddenin yeni şekliinden çıkarılarak yerine yeni bir ibare konulmamıştır.¹⁵ Bu konu doktrinde eleştirilmektedir. Gözler’in de isabetle belirttiği üzere kaldırılan bu ibare yerine “*Cumhurbaşkanını, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları denetlemek*” veya “*yürütme organını denetleme*” ibareleri konabilirdi. Ancak bu ibare 87. maddeye konmasa da yeni yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 98, 105 ve 106/5,-6 maddelerine göre Meclis, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları denetlemek yetkilerine sahiptir.¹⁶

III. MECLİS SORUŞTURMASI VE ÇEŞİTLİ TANIMLARI

Meclis soruşturmasının esasen bir meclis araştırması çeşidi olduğu belirtilmektedir.¹⁷ Zira meclis araştırmaları konularına göre “teşrii”¹⁸, “siyasal”¹⁹ ve “yargısal”²⁰ olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır.

¹³ Vahap Çoşkun, “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi” *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 36, Yıl: 2017, s. 3-30, s. 13.

¹⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 293.

¹⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 289.

¹⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 648.

¹⁷ Gözler, *Genel Teori*, C. I. S. 860.

¹⁸ Özbudun, teşrii araştırmanın, “*bir kanun yapmak için yapılan meclis araştırması*” olduğunu belirtmektedir. Ergun Özbudun, *Parlamentar Rejimde Parlâmentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 100. Aynı görüş için bkz. Gözler, *Genel Teori*, C. I. S. 860.

¹⁹ Yine Özbudun, siyasal araştırmanın “*parlâmentonun hükümetin siyasal sorumluluğunu tahrîk etmek amacıyla yapılan araştırma*” olduğunu

Bakanların görevleriyle ilgili cezaî sorumluluklarını araştırmak amacıyla yapılan meclis araştırmasına da “meclis soruşturması” adı verilmektedir.²¹ Meclis soruşturması ile ilgili olarak diğer tanımlamalara baktığımızda; bir tanıma göre meclis soruşturması, “Bakanların görevlerine ilişkin olmak üzere cezai veya hukukî sorumluluklarını saptamaya yönelik yargısal nitelikteki ‘tahkikat’ olarak tanımlanmaktadır.²² Teziç Meclis soruşturmasını, başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili suçlarından dolayı yüksek mahkemeye sevk edildiğinden dolayı bunun bir tür ceza soruşturması olduğu dolayısıyla da Meclis soruşturmasının Meclisin yargısal bir faaliyeti olarak nitelendirmektedir.²³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu ise meclis soruşturmasını, anavatani İngiltere olan “impeachment” a benzeterek, başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili “cezai sorumluluklarını” sağlayan bir denetim aracı olarak tanımlamıştır.²⁴ Mustafa Erdoğan ise Meclis soruşturmasını “bakanların hem siyasî sorumluluğunun hem de -görevle

-
- belirtmektedir. Özbudun, *Parlamenter Rejimde Parlâmentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, s.100. Aynı görüş için bkz. Gözler, Genel Teori, C. I. S. 860.
- ²⁰ “Bakanların cezaî sorumluluklarının tahrik etmek amacıyla yapılan meclis araştırması” nı Özbudun yargısal araştırma olarak tanımlamaktadır. Özbudun, *Parlamenter Rejimde Parlâmentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, s.100. Aynı görüş için bkz. Gözler, Genel Teori, C. I. S. 860.
- ²¹ Türk anayasa hukuku literatüründe bakanların cezaî sorumluluklarını tahrik etmek için yapılan yargısal nitelikteki meclis araştırmasına “meclis soruşturması” adı verilmektedir. Gözler, Genel Teori, C. I. S. 860.
- ²² Tahsin Bekir Balta, *Türkiye’de Yürütme Kudreti*, Ankara 1960 (SBF Yayını), s. 34-35; İlhan Arsel, “Türk Anayasasının Umumi Esasları, Kısım I, Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri”, *AHFD.*, Cilt XII, 1956, s. 91 93; İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1959, s. 272-273; Erdal Onar, *Meclis Araştırması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 419, Ankara, 1977, s. 62.
- ²³ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 460. Anayasa Mahkemesi de meclis soruşturmasını adli bir faaliyet olarak nitelendirmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.06.1970 tarih ve E. 1970/25 ve K. 1970/32 sayılı Kararı, AMKD, S. 8, Ankara, 1971, s. 361. Ayrıca bkz. Metin Feyzioğlu, *Meclis Soruşturması*, Ankara, Savaş yayınevi, 2006; İbrahim Halil Tavaş, “Meclis Soruşturmasında Hukuki Nitelik Sorunu” *Yasama*, S: 3, Ekim-Kasım-Aralık 2006, s. 71.
- ²⁴ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 310.

ilgili suçlarından dolayı- cezai sorumluluğun gerçekleştirilmesini sağlar. Başka bir ifadeyle, Meclis soruşturması başbakan veya bakanları görevden düşürmenin bir aracı olduğu kadar, onlar hakkında ceza kovuşturması yapılmasıyla da sonuçlanabilecek bir süreç” olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Atar, Meclis soruşturmasını diğer tanımlamalarla benzer şekilde “Başbakan veya bakanların görevleriyle ilgili cezai sorumluluklarının araştırılmasını sağlayan bir denetim aracıdır.” şeklinde tanımlamıştır.²⁶ İba ise Meclis soruşturmasını “başbakanlık ve bakanlık görevinde bulunanlar hakkında sadece milletvekillerce yapılabilen görevsel suçlamalarla ilgili bakan veya başbakanın siyasal ve cezai sorumluluklarını sağlayan bir parlamenter denetim yoludur.” şeklinde tanımlamıştır.²⁷ Metin Feyzioğlu ise Meclis soruşturmasının amacını, “...kişilerin haksız ya da keyfi uygulamalara maruz kalabileceği korkusunu yaşamadan görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini temin etmek” olarak tanımlamaktadır.²⁸

2017 Anayasa değişikliği ile parlâmenter hükümet sisteminin terkedilerek “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” adıyla başkanlık sistemine benzer bir sisteme geçilmiş olması, Meclisin yürütme kuvvetini denetleme yetkilerini de çok büyük değişikliklere uğratmıştır. Değişiklikten önce Anayasanın 98. maddesinin ilk fıkrasına göre, Meclis, soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması isimlerinde denetim araçlarını kullanabiliyordu. Ancak yapılan Anayasa değişikliğinden sonra Meclis, Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla yürütme organını denetlemekte ve bilgi edinmektedir.²⁹

A. Eski Hükümet Sisteminde (Parlamenter Sistem) Meclis Soruşturması

Başbakan ve bakanların, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı, meclis soruşturmasının açılmasına karar verilerek,

²⁵ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2007, s. 261.

²⁶ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 260.

²⁷ Şeref İba, *Parlamenter Denetim (Yolları, Etkinliği ve Susurluk. Örneği)*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997, s. 48.

²⁸ Feyzioğlu, *Meclis Soruşturması*, s. 19.

²⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 293.

yargılanmak üzere “Yüksek Mahkemeye” sevk edilmeleri kararı bir tür ceza soruşturması olması bakımından, yargısal niteliktedir.³⁰ Türkiye’de 9 Temmuz 2018 tarihinden önce uygulanmakta olan hükümet sisteminde (parlamentar sistem, yarı parlamentar sistem ya da yarı başkanlık sistemi) Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hükümeti denetlemesini Anayasanın 98, 99 ve 100’üncü maddelerinde düzenlenen denetim yolları ile sağlamaktaydı. Bu denetim yolları beş taneydi. Bunlar soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensoru şeklinde düzenlenmişti.³¹

Meclis soruşturması, Anayasa değişikliğinden önce aşağıdaki şekilde düzenlenmekteydi:

Meclis soruşturması başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili cezaî sorumluluklarının araştırılmasını sağlayan bir denetim aracı olarak tanımlanmaktaydı.³² Özbudun’a göre meclis soruşturması ile ilgili olan bu hükmün amacı, yarı-yargısal nitelikte olarak adlandırılan bir denetim yolunun partizanca amaçlarla kullanılmasını önlemektir. Yine Anayasanın

³⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, s. 460.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Birinci Baskı, Temmuz 2000, s. 415.

³² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 9. Basım, Ankara, 2009, s. 311; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 419. Anayasanın değişiklikten önceki 100. maddesine göre; “Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve gizli oyla karara bağlar. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur. Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımdan itibaren on gün içinde görüşülür ve gerek görüldüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana şevkine karar verilir. Yüce Divana sevk kararı ancak, üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır. Meclisteki siyasi parti gruplarında; Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.” şeklindeydi.

değişiklikten önceki 113. maddesinin 3. fıkrasına göre Meclis Genel Kurulu, ilgili bakanı Yüce Divana sevk edip etmeme hususunda, soruşturma komisyonunun raporu ve tavsiyesi ile bağlı değildir. Bu konuda nihaî karar, Genel Kurulundur. Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı ile Yüce Divana verilen bir bakan bakanlıktan düşer. Başbakanın Yüce Divana sevki halinde hükümet istifa etmiş sayılır.³³

1. Meclis Soruşturmasının Fonksiyonları

Anayasa değişikliğinden önceki hükümet sisteminde Meclis soruşturması, Başbakan ve bakanları yargı organı tarafından tahrik edilebilecek düzmece suç soruşturmalarına karşı koruma fonksiyonuna sahiptir. Ayrıca Gözler, Başbakan veya bakanların görevleriyle ilgili suçlardan yargılanabilmeleri için Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğu gerektiren Meclis soruşturması olmaması durumunda, yargı organının yürütme organını düzmece suç soruşturmalarıyla rahatsız edebileceğini belirtmektedir.³⁴

2. Meclis Soruşturması Açılması

Doktrinde, görevde olan başbakan ve bakanların yanı sıra görevden ayrılmış olan Başbakan ve bakanlar hakkında da Meclis soruşturması açılabileceği görüşü hâkimdir.³⁵ Ancak Gözler’e göre Anayasanın değişiklikten önceki 100. maddesi hükmünde geçen “Başbakan veya bakanlar” ifadesi eski Başbakan veya eski bakanları kapsamamaktadır. Zira görevden ayrılmış bir kişinin Bakanlar Kurulu üyesi olmadığı açıktır. Dolayısıyla görevden ayrılmış Başbakan veya

³³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2009, s. 311.

³⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 419.

³⁵ Ali Oğuz Şahin, *Başbakanların ve Bakanların Görevleriyle ilgili Cezai Sorumlulukları*, Ankara, Palme Yayıncılık, 1999, s. 137; Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İkinci Cilt: Türkiye’nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s.292; Fahri Bakırcı, *TBMM’nin Çalışma Yöntemi*, Ankara, İmge, 2000, s. 516; Ersoy Kontacı, “Meclis Soruşturması ve Yüce Divan: Adaletin Kes(e)meyen Kılıcı...”

http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/yuce_divan.pdf, Erişim tarihi: 03.03.2019.

bakanlar hakkında Meclis soruşturması açılması isteminde bulunulması uygun değildir.³⁶

Anayasanın değişiklikten önceki 100. maddesine göre, Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile soruşturma açılması istenebilmekteydi. Buna göre Meclis soruşturması bir önerge ile istenmekteydi. Bu önerge tanımı gereği yazılı olmak zorundaydı.³⁷ Diğer bir ifadeyle Meclis soruşturması önergesi, Meclis üye tamsayısı 550 olduğundan, önergeler 55 milletvekili tarafından imzalanmaktaydı.³⁸

Meclis İçtüzüğü'nün 108. maddesinin 1. fıkrasına göre, Meclis Başkanlığına verilen Meclis soruşturma önergesi gelen kâğıtlar listesine alınır ve Genel Kurulda okunur. Okunan önergenin bir örneği hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana Meclis Başkanlığı tarafından gönderilir. Genel Kurulca bir ay içinde görüşmelerin günü tespit edilirdi. Bu görüşme günü de ayrıca hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana bildirilir. Görüşme günü öncelikle, önergeyi veren milletvekillerinden ilk imza sahibi veya onun göstereceği diğer bir imza sahibi önerge hakkında görüşlerini bildirir. Keza üç milletvekili de şahısları adına görüşünü bildirebilir. Bundan sonra hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana söz verilir. Son olarak Genel Kurul, Meclis soruşturması açılıp açılmamasına karar verir.(İçtüzük md. 108)³⁹

3. Meclis Soruşturma Komisyonunun Kurulması

³⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 422.

³⁷ Tülen, s. 91; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 423.

³⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 423.

³⁹ Meclis İçtüzüğü 9 Temmuz 2018 tarihinden sonra Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçildiğinden dolayı 9 Ekim 2018 tarih ve 1200 sayılı TBMM Kararıyla yeni sisteme uyum sağlamak için değişiklikler yapılmıştır. İçtüzüğü'nün pek çok maddesinde geçen "Hükümet", "Bakanlar Kurulu", "Başbakan", "Başbakanlık" gibi terimler çıkarılmıştır. TBMM İçtüzüğü'nde geçen "Bakanlar Kurulu", "Başbakan" gibi terimlerin yerine de "Cumhurbaşkanı", "Cumhurbaşkanı yardımcısı" veya "bakan" gibi terimler konulmuştur. Yürürlükteki iç tüzük için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/docs/ictuzuk.pdf>. Erişim tarihi: 03.03.2019.

Anayasanın değişiklikten önceki 100. maddesinin 2. fıkrasına göre, Meclis soruşturması açılmasına karar verilmesi hâlinde, soruşturmayı yapmak üzere bir 15 kişiden oluşan bir komisyon kurulurdu. Komisyonun bu 15 üyesi “Meclisteki siyasî partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her parti için ayrı ayrı ad çekmek suretiyle tespit edilir”.⁴⁰ Yine Anayasanın değişiklikten önceki 100. maddesine göre, komisyon, soruşturma sonucu belirtilen raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi hâlinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilirdi.⁴¹

4. Meclis Soruşturma Komisyon Raporu, Yüce Divana Sevk Kararı ve Sevkin Sonuçları

Meclis İçtüzüğü’nün 112. maddesine göre Meclis Soruşturma Komisyonunun hazırlayacağı soruşturma raporu Meclis Başkanlığı tarafından bastırılarak hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana derhal gönderilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine dağıtılır. Rapor üyelere dağıtıldıktan yedi gün sonraki birleşiminin gündemi ne alınır ve öncelikle görüşülürdü. Bu görüşmede, soruşturma komisyonuna, şahısları adına altı milletvekiline ve hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana söz verilir. Son söz hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan ve bakana aitti ve süresi sınırlandırılmamaktaydı.⁴²

Yine Meclis İçtüzüğü’nün 112. maddesine göre, görüşmeler tamamlandıktan sonra Komisyon raporu Genel Kurulda karara bağlanırdı. Genel Kurul, Başbakan veya bakanın “Yüce Divana sevkine” ancak üye tamsayısının salt çoğunluğuyla, yani 550 milletvekilli Mecliste en az 276 oy ile karar verebilmekteydi. Yüce Divana sevk kararı verilmişse, bu kararda hangi ceza hükmüne dayanıldığı belirtilirdi. Sevk kararı alınmışsa, Başbakan veya ilgili bakan hak kındaki dosya en geç yedi gün

⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. Tülen, ss.121-141; Şahin, ss. 141 -144; Bakırcı, ss.520-522; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, ss. 424-425.

⁴¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 425.

⁴² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, ss. 425-426.

içinde dizi pusulasına bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilebilmekteydi.⁴³

Şahin'e göre Yüce Divana sevk kararı bir nevi iddianame sayılır. Nasıl iddianame geri alınamaz ise, Yüce Divana sevk kararı da geri alınamaz.⁴⁴ Diğer taraftan Anayasanın değişiklikten önceki 113. maddesinin 3. fıkrasına göre Meclis soruşturması sonucunda Yüce Divana sevk edilen bakan, bakanlığı düşmekteydi. Başbakanın Yüce Divana sevki hâlinde Hükümet istifa etmiş sayılırdı. Bakanın bakanlıktan düşmesi veya Hükümetin istifa etmiş sayılması husuyla ilgili olarak Meclis Genel Kurulunun bir karar almasına gerek yoktur.⁴⁵ Anayasanın değişiklikten önceki halinde Yüce Divana sevk edilen başbakan veya bakanın milletvekilliklerinin düşeceğine dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Anayasanın öngördüğü tek husus Başbakanın Yüce Divana sevki hâlinde Hükümetin düşmüş olması ve bakanın sevki hâlinde ise bakanın bakanlığını kaybedecek olmasıydı.⁴⁶

Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasına göre yargılama görevini Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi yapmaktaydı. Yine Anayasanın 148. maddesinin 5. fıkrasına göre, “Yüce Divan kararları kesindir”. Bu kararlar aleyhine itiraz, karar düzeltme, temyiz gibi bir yola başvurmak mümkün değildir. Ancak, Yüce Divan kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.⁴⁷ Başbakan veya bakan hakkında Yüce Divanda mahkûmiyet kararı verilmiş ise mahkûm olan Başbakan veya bakanın şayet milletvekili ise milletvekilliği Anayasanın 76. maddesinin 2. fıkrasına göre verilen mahkûmiyet kararı milletvekili seçilme yeterliliğini engeller nitelikte ise Anayasanın 84. maddesinin 2. fıkrasına göre başbakan ya da bakanın kesin hüküm giymeden dolayı Yüce Divanın kesin kararının Genel Kurula bildirilmesiyle Başbakanın veya bakanın milletvekilliği sona ermekteydi.⁴⁸

⁴³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 426.

⁴⁴ Şahin, s. 146; aynı görüş için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 426.

⁴⁵ Şahin, s. 148; aynı görüş için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 427.

⁴⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 427.

⁴⁷ Şahin, s. 181; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 427.

⁴⁸ Şahin, s. 149; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 427.

Gözler’e göre Yüce Divandan beraat kararı çıksa dahi, Başbakan veya bakanın eski görevine dönemez. Çünkü Anayasada yeni Hükümetin eski Başbakan beraat etti diye düşmesini veya istifa etmesini öngören bir anayasal düzenleme bulunmamaktaydı. Diğer taraftan Yüce Divanda beraat eden bir bakanın görev yaptığı Hükümet hâlâ görevde ise belki, beraat eden bakanın tekrar görevine atanması söz konusu olabilir.⁴⁹

Son olarak belirtmek gerekirse Meclis soruşturması, Başbakanın veya bir bakanın düşmesine yol açabilir. Bu nedenle, Meclis soruşturması, soru, genel görüşme ve Meclis araştırması usullerinden çok daha etkili bir denetim aracıydı. Başbakan ve bakanların “ceza” sorumluluklarıyla ilgiliydi.⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, parlamenter sistemin uygulandığı dönemlerde ülkemizde bir Başbakan Yüce Divana sevk edilmemiştir. 1962 yılından bu yana sadece sekiz bakan Yüce Divana sevk edilmiştir. Bunlardan Mehmet Baydur, Mehmet Selahattin Kılıç, İsmail Sefa Giray, Cengiz Altınkaya beraat etmiş, diğer dörtluden Hilmi İşgüzar, Tuncay Mataracı, Şerafettin Elçi, İsmail Özdağlar mahkûm olmuşlardır.⁵¹

B. Yeni Hükümet Sisteminde (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi) Meclis Soruşturması

Anayasanın 98. maddesinin 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla değiştirildikten sonraki yeni şeklinin dördüncü fıkrasına göre “*meclis soruşturması, Cumhurbaşkanını yardımcılarını ve bakanlar hakkında 106. maddenin 5, 6 ve 7. fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir*”.⁵² Özellikle belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanı hakkında Anayasanın değişiklikten sonraki 105. maddesine göre de Meclis tarafından açılacak “soruşturma” usulünün aynı olduğu belirtilmektedir.⁵³ Ancak, Cumhurbaşkanı hakkında Meclis tarafından yapılan “soruşturma”, Anayasa tarafından “meclis soruşturması” olarak nitelendirilmediği için burada işlediğimiz konuda Cumhurbaşkanının

⁴⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 428.

⁵⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 428.

⁵¹ Şahin, s. 180-181; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 428.

⁵² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 671; Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, Temmuz 2018, s. 185.

⁵³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 672.

soruşturulması anlatılmamıştır. Gözler, Cumhurbaşkanı için açılacak soruşturmanın, 106. maddedeki gibi “*Meclis Soruşturması*” değil de sadece “*Soruşturma*” olarak isimlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁴ Kavramın daha net anlaşılması adına “*Cumhurbaşkanı Soruşturması*” şeklinde de kullanılabilir.

1. Meclis Soruşturmasının Fonksiyonları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 106. maddenin kapsamına Cumhurbaşkanı ve değişiklikle yaratılmış olan Cumhurbaşkanı yardımcıları da eklenmiştir.⁵⁵ Anayasa değişikliğinden sonraki hükümet sisteminde (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi) Meclis soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcıları veya bakanların, anayasa değişikliğinden önceki hükümet sisteminde Başbakan ve bakanlarda olduğu gibi, yargı organı tarafından tahrik edilebilecek düzmece suç soruşturmalarına karşı koruma fonksiyonuna sahiptir. Ayrıca Gözler, Cumhurbaşkanı yardımcıları veya bakanların görevleriyle ilgili suçlardan yargılanabilmeleri için Meclis soruşturması olmaması durumunda, yargı organının yürütme organını düzmece suç soruşturmalarıyla rahatsız edebileceğini belirtmektedir.⁵⁶ Diğer taraftan Gözler, Anayasanın değişiklikten sonraki 100. maddesinin 6. ve devamı fıkraları ve “*Anayasa Mahkemesi... Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanları... görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar*” hükmünü içeren 148. maddenin 3. fıkrası nedeniyle savcılar, görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar hakkında genel mahkemelerde dava açamayacaklarını belirtmektedir.⁵⁷ Anayasanın değişiklikten sonraki 106. maddesine göre, Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun diğer bir ifadeyle *301 milletvekilinin* vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün yani *360 milletvekilinin* gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.⁵⁸ Ayrıca görevleriyle ilgili

⁵⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 672, 673.

⁵⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 294; Tunç, s. 187.

⁵⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 671.

⁵⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 671.

⁵⁸ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 293.

suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları yargılamaya münhasıran Yüce Divan yetkilidir. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların Yüce Divana sevk edilmesi ancak ve ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte ikisinin çoğunluğu yani 400 *milletvekilinin* oyu ile mümkün olabilmektedir.⁵⁹ Bu uygulama Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara çok büyük bir koruma sağlamaktadır.⁶⁰ Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde yargılanmasının arkasındaki sebebin genel mahkemelerin Cumhurbaşkanı yardımcıları veya bakanları yargılamakta çekingen davranabileceği ve etki altında kalabileceği endişesi olabileceği belirtilmektedir.⁶¹ Eski hükümet sistemi dönemindeki uygulamayı anlatırken belirttiğimiz üzere Başbakan Yüce Divana sevk edilmiş ise hükümet düşerdi; bakan Yüce Divana sevk edilmiş ise, bakanlıktan düşerdi. Yeni hükümet sisteminde de Anayasanın değişiklikten sonraki 106. maddesinin 9. fıkrasına göre Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olmuş Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona ermektedir.⁶²

2. Meclis Soruşturması Açılması

Anayasa değişikliğinden önceki hükümet sisteminde doktrinde, görevde olan başbakan ve bakanların yanı sıra görevden ayrılmış olan Başbakan ve bakanlar hakkında da Meclis soruşturması açılabilceği görüşü hâkim⁶³ olduğunu belirtmiştik. Yeni hükümet sisteminde ise görevde olsun ya da olmasın sadece Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında istenebileceği belirtilmektedir. Zira Anayasanın değişiklikten sonraki 106. maddesinin 8. fıkrasında açıkça “bu kişilerin görevde buldukları sürede, görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından, görevleri bittikten sonra da 5, 6 ve 7. fıkra hükümleri

⁵⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 671.

⁶⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 672.

⁶¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 672, dipnot 37.

⁶² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 672.

⁶³ Şahin, s. 137; Özçelik, s. 292; Bakırcı, s. 516. Karşı görüş, görevden ayrılmış Başbakan veya bakanlar hakkında Meclis soruşturması açılması isteminde bulunulması uygun değildir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 422.

diğer bir ifadeyle meclis soruşturması usulü uygulanır” denmektedir.⁶⁴ Anayasanın 106. maddesinin 5. fıkrasında, “Cumhurbaşkanı yardımcuları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir” denmektedir. Buradaki salt çoğunluk ifadesi daha önce de belirttiğimiz üzere 301 milletvekiline tekabül etmektedir. Yine Anayasanın 106. maddesinin 5. fıkrasına göre, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla meclis soruşturması açılması önergesi verilmiş ise, “Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir” denmektedir. Buradaki beşte üçü ifadesi daha önce de belirttiğimiz üzere 360 milletvekiline tekabül etmektedir. Görülmektedir ki, bu yetersayı kuralları ağırlaştırılarak, bu yolun pratik olarak işlemesi güçleştirilmiştir.⁶⁵

3. Meclis Soruşturma Komisyonunun Kurulması

Anayasanın 106. maddesinin 6. fıkrasına göre, Meclis soruşturması açılmasına karar verilmesi hâlinde, soruşturmayı yapmak üzere bir 15 kişiden oluşan bir komisyon kurulur. Komisyonun üyeleri “Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle” tespit edilecektir. Ayrıca 106. maddenin 6. fıkrasına göre, “Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir”.⁶⁶

Diğer taraftan Meclis İçtüzüğü'nün 110. maddesine göre, soruşturma komisyonu üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir. Komisyonun çalışmaları gizlidir. 111. maddeye göre ise Komisyon kamusal ve özel kuruluşlardan konu ile ilgili bilgi ve belgeleri isteyebilir; gerekli

⁶⁴ Gözler burada eski yönetim sistemindeki başbakan ve bakanlar hakkındaki görüşünü Cumhurbaşkanı yardımcuları ve bakanlar hakkında yinelemektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 673, 674.

⁶⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 294; ayrıca bkz. Tunç, s. 188.

⁶⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 677; ayrıca bkz. Tunç, s. 189.

gördüklerine el koyabilir. Cumhurbaşkanlığının bütün vasıtalarından faydalanır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları, diğer ilgilileri, tanık ve bilirkişi olarak dinleyebilir.⁶⁷

4. Meclis Soruşturma Komisyon Raporu, Yüce Divana Sevk Kararı ve Sevkin Sonuçları

Anayasanın değişiklikten sonraki 106. maddesinin 7. fıkrasına göre, görüşmeler tamamlandıktan sonra Komisyon raporu Genel Kurulda karara bağlanır. Genel Kurulda ancak ve ancak *üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla* Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın “Yüce Divana sevkine” karar verebilir. Buradaki üye tam sayısının üçte iki ibaresi ise *400 milletvekiline* tekabül etmektedir.⁶⁸

Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasına göre Yüce Divan sıfatıyla yargılama görevini Anayasa Mahkemesi yapmaktadır. Yüce Divanda savcılık görevini ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcı vekili yapmaktadır. Anayasanın 106. maddesinin Anayasa değişikliği ile eklenen 7. fıkrasına göre, “*Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır*”.⁶⁹

Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan hakkında Yüce Divan’da mahkûmiyet kararı verilmiş ise, verilen ceza infaz edilir.⁷⁰ Anayasanın değişiklikten sonraki 106. maddesinin 9. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olmuş ise, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona erer.⁷¹

Şayet Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan hakkında Yüce Divan’da beraat kararı verilmiş ise ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan görevde kalmaya devam eder. 2017 Anayasa değişikliğinden önce eski hükümet sistemi uygulamasına baktığımızda, Başbakanın ya da bakanın Yüce Divana sevk edilmesi, bakanın görevini sona

⁶⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 677; Tunç, ss.189-191.

⁶⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 678.

⁶⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 680; ayrıca bkz. Tunç, s. 191-192.

⁷⁰ Şahin, s. 181; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 680.

⁷¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 681.

erdirmektedir. Daha sonra beraat etse bile görevine geri dönemezdi. Ancak yeni düzenlemede Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar bakımından benzer bir hüküm yoktur.⁷² Gözler, 2017 değişikliğinden sonra bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın Yüce Divan sevk edilmesinden dolayı görevi sona erdirmeye için beraat kararının da doğuracağı yeni bir sonuç olmayacağını belirtmektedir.⁷³

Belirtmek gerekir ki Yüce Divanda mahkûm edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona erer. Bundan dolayı, eski yönetim sisteminde olduğu gibi meclis soruşturması, soru, genel görüşme ve meclis araştırması yollarından çok daha etkili bir denetim aracıdır.⁷⁴

Tablo 1: Yüce Divanda Yargılanan Bakanlar⁷⁵

No	Makamı	Adı Soyadı	Tarih	Suç ve Sonuç
1	Harbiye Nazırı	Mahmut Muhtar Paşa	3.11.1919	Mahkûmiyet
2	Bahriye Vekili	Ihsan Eryavuz	24.12.1927	Görevi Kötüye Kullanma, Mahkûmiyet
3	Ticaret Bakanı	Ali Cenani Bey	10.3.1928	Görevi Kötüye Kullanma, Mahkûmiyet
4	Gümrük ve Tekel Bakanı	Suat Hayri Ürgüplü	5.10.1948	Beraat
5	Ticaret Bakanı	Mehmet Baydur	17.6.1965	Görevi İhmal, Beraat (E.1964/1 Sayılı Karar).
6	Gümrük ve	Tuncay Mataracı	16.3.1982	Rüşvet Alma, Görevi Kötüye Kullanma

⁷² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 294.

⁷³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 681.

⁷⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 681.

⁷⁵ Tablo, Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 681-682'den yararlanılarak oluşturulmuştur.

2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye’de Meclis Soruşturması

	Tekel Bakanı			(Mahkûmiyet, 16.3.1982 Tarih ve E.1981/2, K.1982/1 Sayılı Karar)
7	Sosyal Güvenlik Bakanı	Hilmi İşgüzar	13.4.1982	Görevi Kötüye Kullanma ve Rüşvet Alma, Mahkûmiyet, (13.4.1982 Tarih ve E.1981/1, K.1982/2 Sayılı Karar).
8	Bayındırlık Bakanı	Mehmet Selahattin Kılıç	9.3.1983	Görevi Kötüye Kullanma, Beraat (9.3.1983 Tarih ve E. 1982/2, K.1983/1 Sayılı Karar).
9	Bayındırlık Bakanı	Şerafettin Elçi	12.4.1983	Görevi Kötüye Kullanma ve Rüşvet Alma, Mahkûmiyet (12.4.1983 Tarih ve E.1982/1, K.1983/2 Sayılı Karar)
10	Devlet Bakanı	İsmail Özdağlar	14.2.1986	Görevi Kötüye Kullanma, Mahkûmiyet (14.2.1986 Tarih ve E. 1985/1, K. 1986/1 Sayılı Karar).
11	Bayındırlık ve İskân Bakanları	İsmail Sefa Giray Cengiz Altınkaya	26.1.1993	Görevi Kötüye Kullanma, Beraat, (12.4.1995, E.1993/1,

				K.1995/1 Sayılı Karar).
12	Devlet Eski Bakanı ve Başbakan Yardımcısı	H. Hüsamettin Özkan	18.6.2004	Beraat: 31.3.2006 Tarih ve E. 2004/1, K. 2006/1 Sayılı Karar)
13	Devlet Eski Bakanı	Recep Önal	18.6.2004	Beraat (31.3.2006 tarih ve E. 2004/1, K. 2006/1 Sayılı Karar)
14	Eski Başbakan	Ahmet Mesut Yılmaz	16.7.2004	Davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kararı (23.6.2006 tarih ve E.2004/2, K.2006/3 Sayılı Karar).
15	Devlet Eski Bakanı	Güneş Taner	16.7. 2004	Davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kararı (23.6.2006 tarih ve E.2004/2, K.2006/3 Sayılı Karar).
16	Enerji ve Tabii Kaynaklar Eski Bakanı	Mustafa Cumhur Ersümer	16.7.2004	Esenboğa santrali ihalesi ile ilgili olarak mahkûmiyet, ama verilen cezanın ertelenmesi, diğer suçlarından dolayı davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kararı, -. 27 Temmuz 2007 tarih ve

				E.2004/3, K.2007/1 Sayılı Karar ile)
17	Enerji ve Tabii Kaynaklar Eski Bakanı	Zeki Çakan	16.7.2004	Beraat (27 Temmuz 2007 tarih ve E.2004/3, K.2007/1 Sayılı Karar).
18	Bayındırlık ve İskân Eski Bakanı	Koray Aydın	2004	Beraat (5.10.2007 tarih ve E.2004/4, K.2007/2 Sayılı Karar).
19	Bayındırlık ve İskân Eski Bakanı	Yaşar TOPÇU	11.11.2004	Davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kararı (26.5.2006 tarih ve E.2004/5, K.2006/2 Sayılı Karar).

IV. MECLİS SORUŞTURMASI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıda da belirtildiği üzere meclis soruşturması, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevde buldukları sırada görevleriyle ilgili cezaî sorumluluklarının araştırılmasını sağlayan bir denetim aracıdır.⁷⁶ Ancak yeni hükümet sistemindeki meclis soruşturması usulünün birçok aksayan tarafı olduğu görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı meclis soruşturması usulü, görevleriyle ilgili olmayan suçlardan dolayı ise yasama dokunulmazlığının kaldırılması usulü işletilir. Örnek verilecek olursa, bir Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan herhangi bir kişi ile kavga edebilir ve kavga ettiği kişiyi dövebilir. Bu durumda suç bakanın göreviyle ilgili olmadığından, Meclis soruşturması işletilemez (Anayasa

⁷⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 675.

md. 106/5-6). Dolayısıyla da Meclis soruşturması açılmaz. Diğer taraftan böyle bir durumda Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları korumak için onlara normalde milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanma hakkı tanımıştır.⁷⁷

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki Anayasa değişikliğinden önce, Meclis soruşturması Meclis üye tamsayısının en az *onda birinin* diğer bir ifadeyle en az *55 milletvekilinin* vereceği önerge ile meclis soruşturması açılması istenebilmekteydi. Ancak 2017 değişikliğiyle meclis soruşturması açılmasının istenmesi daha da zorlaştırılmıştır. Eski sistemde üye tamsayısının onda birine ait olan isteme yetkisi, yeni sistemde *üye tamsayısının salt çoğunluğuna* yani *301 milletvekiline* verilmiştir. Bu fevkalade yüksek bir rakamdır. Mecliste bu çoğunluğa ulaşmadıkça, bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan hakkında göreviyle ilgili bir suç işlediği iddia dahi edilemeyecektir. Anayasa değişikliği ile getirilen yeni şartla bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan hakkında göreviyle ilgili bir suç işlediği iddiasının Mecliste gündeme getirilmesi neredeyse imkânsız hâle getirilmiştir. Mecliste çoğunluğu yakalayamayan siyasî partilerin bu Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanlar hakkında yapacağı bir şey bulunmamaktadır. Diğer taraftan bu Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanlar hakkında cumhuriyet savcılarının da yapacağı bir şeyin olmadığı belirtilmektedir.⁷⁸

Örneğin, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan hakkında göreviyle ilgili bir suç işlediği iddiasıyla soruşturma açılabilmesi için yeterli sayı olan Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu olan 301 milletvekilinin vereceği önerge ile soruşturma açılması istenmiş olsun. Bu durumda ise Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşerek üye tam sayısının beşte üçünün yani 360 milletvekilinin gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilmektedir.

360 kişilik bu karar yetersayısı çok yüksektir. Belirtilmektedir ki, bu karar yeter sayısı, Yüce Divana sevk için değil, meclis soruşturmasının açılıp açılmaması için aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, *360 milletvekili* istemedikçe bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakanın göreviyle ilgili suç işlediği iddiasının doğru olup olmadığını Meclis soruşturamayacaktır. Oysa yukarıda eski yönetim sistemindeki

⁷⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 675.

⁷⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 676.

durum anlatılırken belirtildiği üzere, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanundan önce başbakan veya bir bakan hakkında meclis soruşturması açılması için herhangi bir karar yeter sayısı öngörülmemekteydi.⁷⁹

Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan hakkında göreviyle ilgili bir suç işlediği iddiasıyla meclis soruşturması açılrsa bile bu defa 15 milletvekilinden oluşan bir Meclis komisyonu kurulacaktır ki bu komisyona da Meclisteki siyasi partiler, güçleri oranında milletvekili verebileceklerdir. Şayet, Meclis Soruşturma Komisyonunda çoğunluğu Meclis aritmetiğine göre hakkında soruşturma izni verilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın siyasî partisi elde etmişse, bu sefer de soruşturmanın siyasî ve hissi sebeplerle düzgün yapılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekirse, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan hakkında göreviyle ilgili bir suç işlediği iddiasıyla soruşturmayı yapan Komisyon o Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın Yüce Divana sevki yönünde bir rapor oluştursa da bu seferde Meclis Genel Kurulu, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın “Yüce Divana sevkine” ancak *üye tamsayısının üçte ikisinin yani 400 milletvekilinin* gizli oyuyla karar verebilmektedir. Üye tamsayısının *üçte iki çoğunluğu* yani 400 milletvekiline ulaşılması neredeyse imkânsız bir çoğunluk sayısıdır. Yapılan bu Anayasa değişikliği, meclis soruşturması usulünün işletilmesini hemen hemen imkânsız hale getirmiştir.

V. SONUÇ

2017 Anayasa değişikliğiyle Meclis soruşturması açılması istemi *üye tamsayısının salt çoğunluğu* yani 301 milletvekiline ulaşılması, Meclis soruşturması açılması isteminin kabulü *üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu* yani 360 milletvekiline ulaşılması ve son olarak Yüce Divana sevk kararı ise *üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu* yani 400 milletvekili şartına bağlanmıştır. Bütün bu çoğunluk sayıları çok yüksektir. Zira üye tamsayısının *beşte üçü* veya *üçte ikisi* Anayasa değişikliği için aranan

⁷⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 424. Gözler, Anayasanın 10. maddesinde özel hüküm olmadığı için bu sayısının Anayasanın 96. maddesine göre Meclis üye tam sayısının yani 276 milletvekilinin oyunun yeterli olacağını belirtmektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 677.

nitelikli çoğunluklardır. Gözler'in ifadesiyle “*Bir Cumhurbaşkanı yardımcısının ya da bakanın Yüce Divanda yargılanmak üzere gönderilmesi, Anayasa değişikliği kadar önemli bir konu mudur?*” sorusunu akla getirmektedir.⁸⁰

Belirtmek gerekir ki, bu değişiklikten sonra Meclis soruşturması hemen hemen işlevsiz hale gelmiştir. Bu durumda, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, Anayasayı değiştiren türev kurucu iktidar tarafından, hiçbir şekilde yargılanmalarını istemedikleri hissini uyandırmaktadır. Nitekim kıyas için bakılacak olursa, 2017 değişikliğinden önce Anayasanın 100. maddesi uyarınca Yüce Divana sevk için üye tamsayısının salt çoğunluğu yani 276 milletvekili gerekmekteydi. ABD’de de başkanın veya bir bakanın suçlandırılması (impeachment) için Temsilciler Meclisinin üye tamsayısının salt çoğunluğu yeterlidir. Yargılama aşamasında mahkûmiyet kararı için ise Senatonun üçte iki çoğunluğu gerekmektedir.⁸¹

Diğer taraftan, 2017 Anayasa değişikliğiyle, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara bir nevi fiilî cezaî sorumsuzluk getirildiği ifade edilmektedir. Gözler’inde isabetle belirttiği üzere bir Cumhurbaşkanı yardımcısının ya da bakanın Yüce Divana sevk edilmesi o Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakanın mahkûm edildiği anlamına gelmemektedir. Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın suçsuz ise Yüce Divanda yargılanıp beraat edecektir. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların belli bir ölçüde cezaî korumaya ihtiyaçları varsa da bu derece yüksek bir korumanın izah edilebilir bir tarafı yoktur. Meclis soruşturmasının işlevsiz hâle getirilmesi yasama ve yürütme arasındaki dengeyi, hatta dolaylı olarak yasama ile yargı arasındaki dengeyi de bozar niteliktedir.⁸² Bu ise kuvvetler ayrılığı açısından çok tehlikeli bir durumdur.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki 2017 Anayasa değişikliği ile meclis soruşturması usulü işlevsiz hale getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle Meclis soruşturması teoride mevcut ama pratikte işlemeyen bir yöntemdir.⁸³ Türev kurucu İktidarın bu hususu tekrar gözden geçirerek daha makul bir seviyeye, en azından 2017 Anayasa değişikliğinden

⁸⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 678.

⁸¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 678.

⁸² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2018, s. 679.

⁸³ Coşkun, s. 13.

önceki durum olan Meclis soruşturma önergesinin Meclis üye tamsayısının en az *onda birinin* diğer bir ifadeyle en az *60 milletvekilinin* vereceği önerge ile meclis soruşturması açılmasının talep edilmesi, dahası bir Cumhurbaşkanı yardımcısının ya da bakanın “yüce divana sevkine” ise yine önceki hükümet sistemindeki üye tamsayısının salt çoğunluğuyla, yani 600 milletvekilinin yarısının bir fazlası olan 301 milletvekilinin oyu ile karar verebilmesi Meclis soruşturması usulünü tekrar işlevsel hale getirebilecektir.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesinin 18.06.1970 tarih ve E. 1970/25 ve K. 1970/32 sayılı Kararı, AMKD, S. 8, Ankara, 1971.
- ARSEL, İlhan, “Türk Anayasasının Umumi Esasları, Kısım I, Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri”, *AHFD.*, Cilt XII, 1956.
- ARSEL, İlhan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1959.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- BAKIRCI, Fahri, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, Ankara, İmge, 2000.
- BALTA, Tahsin Bekir, *Türkiye'de Yürütme Kudreti*, Ankara, SBF Yayını, 1960 .
- ÇOŞKUN, Vahap, “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi” *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 36, Yıl: 2017, ss. 3-30.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2007.
- FEYZİOĞLU, Metin, *Meclis Soruşturması*, Ankara, Savaş yayınevi, 2006.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Temmuz 2018.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Birinci Baskı, Temmuz 2000.
- İBA, Şeref, *Parlamentar Denetim (Yolları, Etkinliği ve Susurluk. Örneği)*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997.
- İçTüzük, <https://www.tbmm.gov.tr/docs/ictuzuk.pdf>. Erişim tarihi: 03.03.2019.
- KONTACI, Ersoy, “Meclis Soruşturması ve Yüce Divan: Adaletin Kes(e)meyen Kılıcı...”
<http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/yuce-divan.pdf>, Erişim tarihi: 03.03.2019.

- ONAR, Erdal, *Meclis Araştırması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 419, Ankara, 1977.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Parlamentar Rejimde Parlâmentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- ÖZÇELİK, Selçuk, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İkinci Cilt: Türkiye'nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- SEZER, Yusuf, *Meclis Soruşturması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2010.
- ŞAHİN, Ali Oğuz, *Başbakanların ve Bakanların Görevleriyle ilgili Cezai Sorumlulukları*, Ankara, Palme Yayıncılık, 1999.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- TAVAŞ, İbrahim Halil, “Meclis Soruşturmasında Hukuki Nitelik Sorunu” *Yasama*, S: 3, Ekim-Kasım-Aralık 2006.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- TUNÇ, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, Temmuz 2018.
- TÜLEN, Hikmet, *Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması*, Mimoza Yayınları, Konya, 1999.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Orçun AVCI*

ÖZ

Hukukun üstünlüğü ve keyfilğin önüne geçilmesi adına vergilerin kanuniliği ilkesi oldukça önem arz etmektedir. Vergileme sürecinin optimalitesi ancak idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasıyla sağlanabilir. Aksi takdirde iktidarlar, mutlak güçlerini vergileme sürecine de sirayet ettirebileceklerdir. Anayasa'nın 73/4. maddesinde; vergilemeye ilişkin belirli unsurlarda, kanunlarda belirlenen sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Ancak, bu yetkinin sınırlarının çizildiği görülmektedir. Vergilerin kanuniliği ilkesinin sınırlarının aşılması, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Çalışmanın amacı, güncel yargı kararları ışığında vergilerin kanuniliği ilkesini irdelemektir. Konunun diğer vergilendirme ilkelerine etkisinin de ele alındığı çalışmada, çelişkili yargı kararlarına da yer verilmiştir. Ayrıca ilkenin içeriği, vergilendirme sürecini de oluşturduğundan konumuz kapsamında değerlendirme yapılmıştır. Bu bağlamda çalışmada, vergi idaresinin etkinliğinin

* Dr. Öğr. Üyesi, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: orcun.avci@outlook.com, ORCID ID: 0000-0002-7917-9802.
Makalenin Gönderim Tarihi : 18.02.2020.
Makalenin Kabul Tarihi : 05.06.2020.

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Değerlendirilmesi

ve mükelleflerin güven duygusunun artırılması adına da bazı önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilendirme yetkisi, Anayasa Mahkemesi, anayasal ilkeler, hukuk devleti ilkesi.

EVALUATION OF THE PRINCIPLE OF TAX LEGALITY IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

ABSTRACT

The principle of tax legality is very significant to prevent the rule of law and arbitrariness. Optimizing the taxation process can only be achieved by limiting the discretion of the administration. Otherwise, governments would have their absolute powers spread to the taxation process. According to Article 73/4 of the Constitution, the President is authorized to make changes to certain elements of taxation within the limits set by the law. However, it is seen that the limits of this authority are drawn. Crossing the boundaries of the legality of taxes is incompatible with the principles of a democratic state of law. This study aims to examine the principle of tax legality in the light of current judicial decisions. The study also examines the effect of the issue on other taxation principles including contradictory judicial decisions. In addition, since the content of the principle constitutes the taxation process, an assessment will be made within the scope of this topic. In this context, some suggestions will be presented to increase the efficiency of tax administration and the trust of taxpayers.

Keywords: The principle of tax legality, the authority of taxation, Constitutional Court, constitutional principles, principles of the state of law.

I. GİRİŞ

Devletlerin en önemli gelir kaynağı olan vergiler, birçok amaç için kullanılmaktadır. Günümüzde fiskal amaçların yanı sıra ekstra fiskal amaçların da gitgide arttığı gözlemlenmektedir. Bu misyonla birlikte, iktidarın vergileme gücünün sınırsız olmaması büyük önem arz etmektedir. İktidarların sınırsız yetkilerini, vergileme alanında da kullanmaları halinde büyük sorunlarla karşı karşıya kalınacaktır. Tarihsel süreç içerisinde bunun birçok örneğini vergi isyanları ile birlikte

görebilmemiz mümkündür. Vergilendirme sürecine ilişkin keyfi uygulamaların sona erdiği ve vergilerin kanuniliği ilkesinin temelini oluşturan ilk yazılı belge Magna Carta ile bu konuda büyük bir adım atılmıştır. Demokratikleşmenin de önemli bir ayağını oluşturan vergilerin kanuniliği ilkesi, esasen içeriğinde birçok unsuru barındırmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin de bir neticesi olan vergilerin kanuniliği ilkesi, aynı zamanda sosyal devlet ilkesinin de uzantısı niteliğindedir. Vergilendirme yetkisinin kullanılması konusunda ise, asli söz sahibi yasama organıdır. Vergilerin kanuniliği ilkesinin anayasalara girmesi belli bir süreç sonunda mümkün olmuştur. Süreç sonunda ilkenin, kurumsal kimlik kazanmasıyla birlikte yeni vergilendirme ilkeleri de gündeme gelmiştir. Vergilerin belirli ve öngörülebilir olması, vergisel uyum açısından oldukça önemlidir. Gelişmiş ülkelerin vergi sistemleri incelendiğinde bu durumun hâkim olduğu göze çarpmaktadır. Ülkemiz açısından bakıldığında ise, 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde vergi hukukuna egemen olan anayasal vergilendirme ilkelerinin çerçevesi karşımıza çıkmaktadır. Ancak aslolan gerek mükellefler gerekse devlet açısından sınırlamaların Anayasa'da yer almasıdır. Çalışmada, vergilerin kanuniliği ilkesinin anlam ve kapsamı; Anayasa Mahkemesi'nin tarihsel açıdan önem arz eden kararları ve konuya ilişkin güncel yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir. Ayrıca, ilkenin kapsam ve sınırlarına ilişkin çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, vergilerin kanuniliği ilkesinin önemi de mahkeme kararlarıyla ele alınmıştır. Son olarak, vergilerin kanuniliği ilkesine ilişkin usul boyutu değerlendirilmiştir.

II. VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN ANLAMI VE KAPSAMI

Birey devlet ilişkisi kapsamında hukuk devleti kavramına varılarak bir denge tesis edilmesi her zaman büyük önem arz etmiştir. Tarihsel süreç boyunca modern devletin hukuka bağlı kalması, sadece hukuksal bir ortam içerisinde eylemlerini sürdürmesi ve bunun dışına çıkmaması olgularının sağlanması için ciddi bir çaba sarf edilmiştir. Genel anlamda kanunilik ilkesinin bir ifadesi olan bu durum kanunun

hüküm sürmesi, kanunun ve dolayısıyla hukukun üstün tutulması ve keyfiliğin reddedilmesini içinde barındırmaktadır.¹

Vergilerin kanuniliği ilkesi, hemen hemen tüm ülkelerin anayasalarında yer almaktadır. Ayrıca kanunilik ilkesi, demokrasinin gelişimi ile de paralel bir seyir göstermektedir. Eski tarihlerde kral, derebeyi vb. kişiler tarafından ağır şekilde vergilendirilen bireyler isyanlarla, yeri geldiğinde kan dökerek büyük mücadeleler vermiş ve kral, derebeyi vb. kişilerin yetkilerinin kısıtlanmasını sağlamışlardır. 13. yüzyıla kadar geriye giden kanunilik ilkesinin geçmişi Büyük Ferman'a (Magna Carta) kadar dayanmaktadır. Anayasa'nın 7. maddesine göre, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez"*. Dolayısıyla kanunları parlamento çıkarmaktadır. Parlamento oluşturan temsilci/ milletvekilleri gibi kişileri ise, halk seçmektedir. Bu yüzden de halkın seçtiği kişiler, halkın iradesini yansıtan kanunlar yapmaktadır. Şayet onların desteklemediği kanunlar yaparlarsa, bir sonraki seçimde oy kaybı yaşanacaktır. Bunu göze almak istemeyecekleri için halkın iradesini yansıtmak gayesinden vazgeçmeyeceklerdir. İşte bu temel demokrasi kuralı vergilerin kanuniliği ilkesinin de felsefesini oluşturmaktadır. Eğer bir vergi konulacak ya da kaldırılacak ya da değiştirilecekse bu kanun yolu ile yapılmalı, asla başka bir kurum, mercii ya da kişiye bırakılmamalıdır. Böylece halkın iradesini yansıtan parlamento (yasama) halkın istediği ya da desteklediği vergileri koyacak ve uygulayacaktır. Bu temel mantık, vergilerin kanuniliği ilkesinin demokratik yönetim anlayışı ile iç içe olduğunun en temel göstergesidir.²

Türk hukukunda vergilerin kanuniliği ilkesinin yer alması, Osmanlı İmparatorluğu dönemine rastlamaktadır. Tam anlamıyla kanunilik ilkesine yer verilmemiş olsa da, Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı gibi anayasal nitelikteki belgelerde, ilk kez vergi ve bazı yükümlülöklere ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Osmanlı Devleti'nde vergilerin kanuniliği ilkesine, 1876

¹ Mehmet Tosuner ve Ersan Öz, Vergilendirmede Kanunilik İlkesinin Uluslararası Konumu, Vergi Dünyası Dergisi, Nisan, Yıl: 2004, <http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/3281>, (Erişim Tarihi: 08.12.2019).

² Özgür Biyan, Vergi Hukuku, 1. Baskı, Dora Basım-Yayın Dağıtım, Bursa 2018, s. 40.

tarihli Kanun-i Esasi’de açıkça yer verilmiştir. Daha sonra Cumhuriyet dönemine baktığımızda ise, 1924 Anayasası’yla bu ilkenin açıkça benimsendiği görülmektedir. 1961 ve 1982 Anayasa’larında ise, vergilerin kanuniliği ilkesi daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. 1961 Anayasası’nın öngördüğü şekilde bir Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasıyla da ilkenin korunması güvence altına alınmıştır.³ Vergilerin kanuniliği ilkesinin yansımalarını, Kanun-i Esasi’nin 25. ve 96., 1924 Anayasası’nın 24. ve 25., 1961 Anayasası’nın 61. ve 1982 Anayasası’nın 73. maddelerinde görmek mümkündür. Hukuki güvenliğin teminatı ve hukuk devletinin yapıtaşı olan vergilerin kanuniliği ilkesine verilen önem Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasıyla birlikte taçlanmıştır.⁴

Vergilerin kanuniliği ilkesi, 1982 Anayasası’nın 73. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*”. Bu ilkenin yalnızca vergileri değil aynı zamanda resim, harç⁵ ve benzeri mali yükümlülükleri⁶ de kapsadığından bahsedilmiştir. Bu madde hukuk devleti ilkesiyle de yakın ilişkilidir. Demokratik hukuk devletleri, bir yandan hak ve özgürlükler, diğer taraftan ölçüler ve sorumluluklar getirmektedir. Anayasal sistem içerisinde ise, bir denge bulunulmaya çalışılmaktadır. Hak ve özgürlüklere devletin müdahalesini sınırlamada ise, hukuk devleti kavramından faydalanılmaktadır.⁷ İktidarlar, vergiler

³ Müge Vatanserver Öztürk, Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Tarihi Gelişimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı, Yıl: 2014, s. 4824.

⁴ Ümit Kocasakal, Anayasa Mahkemesi’nin Suçta Kanunilik İlkesi ile İlgili Bir Kararın İncelenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 108, Ağustos, Yıl: 2015, s. 24.

⁵ İlgili Anayasa Mahkemesi kararına göre, “*Mali hukukta geçerli olan yasallık ilkesi gereğince harcın tüm temel unsurları (konu, yükümlü, matrah, oran-tutar, harç yükümlülüğünü doğuran olay, istisna ve muaflik biçimindeki harç kolaylıkları) ve harcın ödeme zamanı ve biçimi ilgili yasada açıkça düzenlenmek zorundadır*” hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, 22.03.2012 tarihli ve E. 2011/13, K. 2012/45.

⁶ İlgili Anayasa Mahkemesi kararına göre, “*Getirilen mali yükümlülüğün miktar ve oranı ile yükümlüsünün de kanunda gösterilmesi zorunludur*” şeklindedir. Anayasa Mahkemesi, 29.12.2011 tarihli ve E. 2010/80, K. 2011/178.

⁷ Füzün İkinioğulları, Hukuk Devleti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran, Yıl: 1997, s. 29.

aracılığıyla kişilerin ekonomik özgürlüklerine müdahale edebilmektedir. Aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri de kanunlar aracılığıyla koruyabilmektedir. Bu durumda hukuk devleti ilkesi, vergilerin kanuniliği ilkesini anlamamızı kolaylaştıran bir kavram olmaktadır.

Vergilerin kanuniliği ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından, “...vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup oranının, alınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirginliğine dayanır. Yükümlülere güven veren bu ilke, vergi yönteminde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir yurttaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır⁸” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanunilik ilkesi, hak ve özgürlüklerin korunmasında özel önem, güvence ve istikrar isteyen konulara ilişkin ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak düzenlemesini başta Anayasa olmak üzere kamu hukukunun birçok dalında bulan temel bir prensiptir. Bu sebeple de Anayasa tarafından sınırlarının çizilmesi, kişi hak ve özgürlüklerini daraltan vergilendirmenin yasal sınırlarını belirleyip kişilere güvence sağlaması açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi, kişi ile devlet arasındaki ilişkilere dair işlemlerin hem kanunda bir dayanağının bulunması gerektiğini, hem de bu gerekliliği taşıyan işlemlerin karine olarak hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir. Neticede vergilerin kanuniliği ilkesi, devlet tarafından kişi ve kurumlara hukuki cebir altında yüklenen bir verginin meşru olabilmesi için, ilgili kanun düzenlemesi yapılmasını gerektirmektedir. Elbette ki söz konusu meşruiyet için Anayasa'nın diğer mali hükümlerine uygun hareket etmek gerekliliği de bulunmaktadır.⁹

Vergilemenin sınırlarının sadece kanunla belirlenebileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi görüşünü, “Verginin tarh, tahakkuk ve tahsil aşamalarını belirleyen yasal düzenlemeler hukuksal güveni sağlayan metinlerdir. Oluşan güven, hukuk devletinin de doğal sonucudur. Devletin vergilendirme yetkisi Anayasada öngörülen vergide yasallık,

⁸ Anayasa Mahkemesi, 07.11.1989 tarihli ve E. 1989/6, K. 1989/42.

⁹ Ali Bal ve Cemal Başar, Vergilerin Kanuniliği İlkesi, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Ed. Yusuf Karakoç), Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 97.

eşitlik, mali güç¹⁰ ve genellik gibi kimi ilkelerle sınırlandırılmıştır...¹¹” şeklinde açıklamıştır.

Vergilendirme yetkisinin sınırı, vergi muafiyet ve istisnaları ile mükelleflerin hak ve özgürlüklerinin kanuni çerçevesinin çizilmesinden oluşmaktadır.¹² Bu sınır, vergilerin kanuniliği ilkesinin eylemsel açıdan anlam ve canlılık kazanması, kanuni idare ilkesi¹³ ile birlikte düşünüldüğünde, kanun ile getirilen objektif düzenlemeler kapsamında oluşturulan subjektif işlemlerin de kanuna uygun olması ile sağlanır. Uygulamada kanun koyucu vergilendirmeye ilişkin görevini yalnızca genel nitelikte kurallar tesis ederek sağlamamaktadır. Kanuni idare ilkesi, subjektif nitelikteki tarh ve tahsil işlemlerinin genel, objektif özellikteki vergi kanunlarına uygun tesis edilmesini gerçekleştirmektedir.¹⁴

Vergilerin kanuniliği ilkesi, idarenin sınırsız güce sahip olamayacağını, vergileme yetkisinin sınırının mükelleflerin hak ve özgürlükleri ile evrensel hukuk normlarına uygun olması gerekliliğinin, muafiyet ve istisnaların çerçevesinin çizilmesi ile şekillenmesidir.¹⁵

Vergilerin kanuniliği ilkesi, demokratik ülkelerde vergilendirme yetkisinin yasama organı tarafından kullanılması şeklinde karşımıza

¹⁰ Başka bir kararda konuyla ilgili, “...durumları eşit olmayan iki kişi aynı oranda özel tüketim vergisi yükü altına sokularak Anayasanın mali güce göre vergilendirme ve eşitlik ilkeleri zedelenmiştir. Ayrıca söz konusu hükümdede, verginin ne şekilde salınacağı da belirtilmeyerek, verginin yasallığı ilkesi de sarsılmıştır” hükmü verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 10.02.2011 tarihli ve E. 2007/114, K. 2011/36.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 24.06.1993 tarihli ve E. 1992/29, K. 1993/23. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 01.02.2018 tarihli ve E. 2015/6728, K. 2018/.

¹² Victor Thuronyi, Comparative Tax Law, Kluwer Law International, The Netherlands 2003, s. 71.

¹³ Anayasa'nın 123. maddesine göre; “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur”.

¹⁴ Gülşen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk, Doktora Tezi, İstanbul 1992, s. 20-21.

¹⁵ Adnan Gerçek ve Feride Bakar, Vergilemede Kanunilik İlkesi Açısından Anayasa'nın 73/4. Maddesi ile Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesinin Değerlendirilmesi, International Journal of Public Finance, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 9.

çıkılmaktadır. Vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilendirme yetkisinin sadece yasama organına ait olduğu ve bu organ haricindeki bir organa devredilemeyeceği manasına gelmektedir. Bu durum “temsilsiz vergi olmaz” prensibinin en temel göstergesidir. Vergilerin, mükelleflerin seçtiği temsilcileri aracılığıyla karara bağlanması bir anlamda mükelleflerin olabildiğince kendi kendilerini vergilendirdiklerini de ifade etmektedir. Kanunilik ilkesi, vergileme alanında yürütme ve yargı organlarının yetkili kılınmayacağı sonucuna götürmektedir. Bu ilke, aynı zamanda yasama organı dışındaki organların vergi yükü veya vergi yüküne eş etki doğuracak düzenlemelerin yapılmamasını da kapsamaktadır. İlke öyle katı yorumlanmalıdır ki, vergilemeye ilişkin yasama organına ait yetki kanunla dahi başka bir organa devredilemez. Bu yüzden, vergi yükünü değiştiren düzenlemelerin ancak ve ancak doğrudan yasama organı tarafından kanunla yapılması, vergilerin kanuniliği ilkesinin özünü temsil etmektedir. Kısaca bu ilke, kanunla yapılabilecek bir düzenlemenin yönetmelik, genel tebliğ gibi idari düzenleyici işlemlerle yapılmasına izin vermemektedir. Örneğin, vergi tevkifatı (stopajı) yapılması normlar hiyerarşisinde anayasalardan sonra gelen kanunla kaldırılıp kaldırılmayacağı ya da değiştirileceği yönetmelik, tebliğ gibi ikincil bir düzenlemeyle yapılmaya kalkışılması, vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin vergilerin kanuniliği ile ilgili bir kararında, “...*Kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililerine yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli neden olamaz. Mali yükümün matrah ve oranı, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, müeyyideleri, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm, bu yönleri dolayısıyla, kanunla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve iktisadi durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfî uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümler, belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek mutlaka kanunla düzenlenmelidir*¹⁷” şeklindedir.

¹⁶ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Vergi Hukuku, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 30-31.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 29.11.1977 tarihli ve E. 1977/109, K. 1977/131, R. G. 08.03.1978 – 16222.

Vergilere ilişkin düzenlemelerin hem şekli hem de maddi anlamda kanunla¹⁸ yapılması vergilerin kanuniliği ilkesinin bir gereğidir. Anayasa ile tespit edilen usule uygun olarak yasama organı tarafından kabul edilerek yayımlanan hukuki düzenlemeler, şekli anlamda kanundur. Maddi anlamda kanun ise; genel, soyut ve kişisel olmayan hukuk kurallarını barındıran düzenleyici işlemlerdir. Bu anlamları ile, yasama organının tüm düzenleyici işlemleri şekli anlamda kanun olmayabilir. Diğer taraftan yürütme organı tarafından kabul edilen düzenleyici işlemler de maddi anlamda kanun olabilir. Vergilerin kanuniliği ilkesi, devletin vergilendirme yetkisinin gerek şekli gerekse de maddi anlamda kanunla kullanılmasını gerektirmektedir.¹⁹

Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, “... suç ve cezalarda yasallık ilkesi öngörülmüş, 73. maddesinin üçüncü fıkrasında ise vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır denilerek vergiler de yasallık ilkesi benimsenmiştir. Suç ve cezalardaki yasallık ilkesi gibi, vergide yasallık ilkesinin de önemi nedeniyle yürütme organına ancak, konulan bir verginin muaflık, istisna ve indirimlerinde kanunda belirlenen aşağı ve yukarı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Yasallık ilkesi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur²⁰” şeklinde açıklanmıştır.

Vergilendirme yetkisinin belirli şahıs ve gruplardan alınıp halkın seçtiği temsilcilerden oluşan yasama organına teslim edilmesi oldukça önemlidir. Bu durum devlete güven ve sadakatın, hukuki güvenlik ve istikrarın bir simgesi haline gelmektedir. Şahısların cepleriyle birebir

¹⁸ Anayasa Mahkemesi ilgili konuyu, “...Vergi hukukunda asıl olan yasallık ilkesidir. Yasa kurallarının açık, net, belirli ve öngörülebilir olması esastır. Genel tebliğ veya sirküler, yasa kurallarının uygulama şekline ışık tutar, yasanın yerine geçerek yükümlünün lehine ya da aleyhine yük değişimi yapmaz” şeklinde ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 09.02.2012 tarihli ve E. 2010/93, K. 2012/20.

¹⁹ A. Bumin Doğrusöz, Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirmesi, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Anayasal Mali Düzen, T.C. Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 12, İstanbul 2000, s. 137.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, 28.03.2001 tarihli ve E. 1999/51, K. 2001/63. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 13.11.2014 tarihli ve E. 2013/95, K. 2014/176.

bağlantılı vergilendirmenin; belirlilik²¹, açıklık ve istikrar esasına dayanması gerekmektedir. Ancak bunun tesis edilmesi, yasama organı tarafından kabul edilecek kanunlarla sağlanabilir. Dolayısıyla, vergilendirmenin esasına ilişkin konularda hem yürütme organına hem de yargı organına düzenleme/ belirleme/ norm koyma yetkisi verilmemektedir.²²

Gerçekten vergiler, devletin en önemli gelir kaynağı olması sebebiyle pek çok hak ve özgürlüğü kullanmayı ve bunlardan yararlanmayı kısmen veya tamamen etkileyebilmektedir. Bu bağlamda Anayasa, her çeşit mali yükümlülüğün kanun ile konulmasını buyururken, temelde keyfi uygulamaları, belirsizlikleri, güvensizlikleri ve adaletsizlikleri önleme amacı taşımıştır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da vurgulandığı üzere²³, “*Anayasa koyucunun her çeşit mali yükümlülüklerin kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması gereğini götüğünden kuşku yoktur.*”²⁴

Vergilerin kanuniliği ilkesi ile birlikte vergilendirmede keyfilik önlenmektedir. Diğer bir deyişle, kanunilik ilkesi ile birlikte kişilere hukuki güvence sağlanmaktadır. Şayet Anayasa'da böyle bir ilke bulunmamış olsaydı, hükümet ya da Hazine ve Maliye Bakanlığı dilediği gibi bir vergi alma yetkisine sahip olabilecekti.²⁵

²¹ Vergilerin kanuniliği ilkesinin, vergi teorisi çerçevesinde temelini oluşturan bir başka ilke olan “belirlilik yani kesinlik ilkesi”ne göre, bir vergi mükellefinin ödeyeceği vergi miktarı ve oranının kanunsal düzenlemeye önceden belirlenmiş olması gerekmektedir. Vergiler ancak önceden usulüne uygun şekilde yapılmış kanunlara göre alınmaktadır (Sedat Apak, Vergide Kanunilik İlkesi ve Ekonomik Yaklaşım Sınırı Sorununun İncelenmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 346, Temmuz, Yıl: 2017, s. 25).

²² Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 999-1000.

²³ Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 31.03.1987 tarihli ve E. 1986/20, K. 1987/9, R. G. 28.05.1987 – 19473; Anayasa Mahkemesi, 06.01.2005 tarihli ve E. 2001/3, K. 2005/4, R. G. 20.10.2005 – 25972.

²⁴ Bal ve Başar, Vergilerin Kanuniliği İlkesi, s. 97-98.

²⁵ Osman Pehlivan, Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Uygun Yeni Baskı, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2019, s. 29.

Anayasa Mahkemesi'nin bir diğer kararına göre, “devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz yasallık ilkesidir. Ancak vergilerin yasayla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir²⁶” şeklinde hüküm verilmiştir.

Kanunilik ilkesinin emredici özelliği bir başka açıdan sıkıntılı durumlar da gündeme getirmiştir. Bir verginin konulması ya da değiştirilmesi gerektiği zaman yasama organından hızlı kararlar çıkması hususunda problemler olmuştur. Yasama organının toplanması, ortak bir görüş çerçevesinde kanun çıkarması özellikle ekonomik durgunluk (deflasyon) ya da fiyatlar genel seviyesinin sürekli yükseldiği (enflasyon) dönemlerde gecikmeler yaşanmasına ve zamanında müdahale edilebilmesine müsaade etmeyebilir ya da geç kalınabilir. Bu yüzden de bu tip durumlarda hemen karar verebilmek ve konjonktüre uygun hızlı hareket edebilmek gerektiği öngörülmüştür. Tam bu noktada vergilerin kanuniliği ilkesinin yumuşatılmasına yönelik düzenlemeler yapılarak sınırları kanunlarda belirtilmek şartıyla belli organlara “yetki devri” sağlanmıştır.²⁷

1982 Anayasası'na göre; vergilendirme yetkisinin kullanımında daha önce bahsettiğimiz üzere, yasama organı söz sahibidir ve asli yetkili organ konumundadır. Yürütme organı ise, istisnai olarak yetkilidir. Yürütme organının yetkisi ancak yasama organının yetkisini kullanmak üzere yetkilendirilmiş olmak şartı ile mevcuttur ki, hangi konularda yetkilendirileceği Anayasa tarafından saptanmıştır.²⁸

²⁶ Anayasa Mahkemesi, 07.10.2003 tarihli ve E. 2003/73, K. 2003/86. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 20.09.2017 tarihli ve E. 2014/109, K. 2017/.

²⁷ Biyan, Vergi Hukuku, s. 41.

²⁸ Soner Yakar ve Tamer Budak, Bakanlar Kurulunun Vergi Oranını Belirleme Yetkisinin Alt Sınırı: “Sıfır Oran”ın Anlamı, Çukurova

Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrası hükmü ile, “*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına²⁹ verilebilir*”. Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa'nın verdiği bu yetkiye³⁰ dayanarak ifade dilen hususlar hakkındaki kararları vergi hukukunun bağlayıcı nitelik taşıyan kaynakları arasında yer almaktadır. Örneğin, Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanarak Katma Değer Vergisi (KDV) Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiş olan KDV oranını %1'e kadar indirmeye, dört katına kadar arttırmaya, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası ve inşaatın yapıldığı arsanın veya konutun vergi değeri ve bulunduğu yeri esas alınarak konut teslimleri için farklı vergi oranları tespit etmeye Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır.³¹

Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrasında yer alan alt ve üst sınırların kanunda belirlenmesi koşulu tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesi³²'nin kararına göre, “*vergi oran ya da tutarlarının, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde Bakanlar Kurulunca değiştirilebilmesi, mevcut ekonomik koşulların özelliklerine göre önemli sosyo-ekonomik amaçlara ulaşabilmek için gereklidir. Bir vergi tutarının Bakanlar Kurulunca sifra kadar indirilmesi hiçbir zaman o verginin kaldırılması anlamına gelmez. Bu durumda vergi bir kurum olarak devam etmekte olup Bakanlar Kurulu, ekonomik koşullara göre dilediği zaman bu tutarı*

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 400.

²⁹ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “Bakanlar Kuruluna” ibaresi “Cumhurbaşkanına” şeklinde değiştirilmiştir.

³⁰ İlgili Anayasa Mahkemesi kararında, “...verilen yetki, ekonomik ve sosyal kararların alınmasında önemli bir araç olan verginin, muaflık, istisna, indirim ve oranları hususunda uygulamaya ilişkin olarak, işlem yapma yetkisi olup, verginin yasallığı ilkesinin gereklerine uygun olarak kullanılması gerekmektedir” şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 17.11.2011 tarihli ve E. 2010/11, K. 2011/153. Ancak kararda, gerekler konusunda detaylı bir açıklama yer almamaktadır.

³¹ Mehmet Tosuner ve Zeynep Arıkan, Vergi Usul Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Bası, Kanyılmaz Matbaası, İzmir 2019, s. 24.

³² Anayasa Mahkemesi, 21.02.2008 tarihli ve E. 2005/73, K. 2008/59. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 29.01.2014 tarihli ve E. 2013/66, K. 2014/19.

yasa ile belirlenen sınırlar içinde kalarak arttırılabileceğinden, vergi tutarının Bakanlar Kurulunca sifıra kadar indirilmesinin verginin kaldırılması anlamını taşıdığı ve bunun verginin yasallığı ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki sav da yerinde görülmemiştir”.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrasındaki alt ve üst sınırlar ifadesinden kasıt olarak kısıtlamanın miktar olması gerektiği çıkarılmaktadır. Fakat, Anayasa Mahkemesi'nin güncel bir kararında³³ ise, tapu harcı oranlarının Bakanlar Kurulu tarafından kanunda tespit edilen birtakım ölçütlere göre taşınmazlar bakımından ayrı ayrı belirlenebilmesi yetkisini veren kanun hükmü Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrasına göre aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, ilgili ölçütlerin kanunda tespit edilmiş olması gerekçesiyle idarenin keyfi hareket edemeyeceği kanaatini getirmiştir. Ancak, daha önce de ifade edildiği üzere kanundaki alt ve üst sınırlar kapsamında oran değişikliği yetkisinin idareye verilmesi büyük bir kolaylık sağlayacaktır.³⁴ İdarenin işlem hızı kısıtlı takdir yetkisi ile çok daha hızlı olacaktır.

Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına³⁵ yetki verilebilir”* hükmüyle Cumhurbaşkanı'na vergilendirme yetkisi verildiği görülmektedir.

Cumhurbaşkanı'na ek mali yükümlülük hususunda verilen yetkinin benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin yetkiden farklı ve daha geniş kapsamlı olduğu göze çarpmaktadır. Cumhurbaşkanı diğer ülkelerin ekonomik gidişatına veya alacakları tedbirlere ya da ülkemizdeki ekonomik olaylara bakarak günü gününe alınacak tedbirlerle dış ticareti ülke ekonomisinin lehine çevirebilmektedir. Yapılacak düzenlemeler, dış ticaretin ülke faydasına çevrilmesi adına oldukça önemlidir. Ancak konu;

³³ Anayasa Mahkemesi, 28.02.2018 tarihli ve E. 2017/117, K. 2018/28.

³⁴ Gamze Gümüşkaya, T.C. Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararları Işığında Verginin Yasallığı İlkesinin Kapsamı, Maliye Araştırmaları 3 (Ed. Salim Ateş Oktar ve Yasemin Taşkın), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 202.

³⁵ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, bu fıkarda yer alan “Bakanlar Kuruluna” ibaresi “Cumhurbaşkanına” şeklinde değiştirilmiştir.

ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleriyle sınırlı olmaktadır. Bir diğer yetki devri hususu ise, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle vergiler konusunda düzenleme yapılmasıdır. Bu durum da, vergilerin kanuniliği ilkesinin istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁶

Konuya takdir yetkisi açısından bakıldığında, vergiyle ilgili her türlü düzenlemelerin kanunlarda yazılı olması gerekmektedir. İdare de vergiyle ilgili işlemlerini bu düzenlemelere göre yapmak zorundadır. Örneğin vergi idaresi, vergi borcunu ödemeyi geciktiren mükellefe sadece gecikme zammı uygulamak zorundadır. Farklı bir uygulama yapma yoluna gidilemez. Cumhurbaşkanı'na ve Hazine ve Maliye Bakanlığı'na tanınan yetkiler, takdir yetkisi ile ilgilidir.³⁷ Bu yetkiler, koşullu ve sınırlı yetki şeklindedir.

Vergilerin kanuniliği ilkesinin bir başka yönü ise vergi hukukunda, irade hürriyetine ve sözleşmelere yer verilememesidir. Vergisel yükümlülüklerin konulması, kaldırılması ve değiştirilmesi konusunda sözleşme yapılamayacaktır. Ancak istisnai olarak yargının yükünü hafifletmek amacıyla idari aşamada vergi uyumsuzluklarının uzlaşma yoluyla çözülmesi durumunda irade hürriyetine ve sözleşmeye yer verilmektedir.³⁸

Vergilerin kanuniliği ilkesinin bir diğer yönü olarak, vergide kıyas yasağı karşımıza çıkmaktadır. Öncesinde de belirtildiği üzere, mali yükümlülüğün tüm asli unsurlarının kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple kanunda ifade edilenin dışında vergide; mükellef, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi asli unsurlar kıyas yoluyla belirlenemez. Böyle bir durum, vergilerin kanuniliği ilkesi ile çatışacaktır. Aksi takdirde kıyas yoluyla yeni vergi konuları ve matrahlar ortaya koyma tehlikesi gündeme gelecektir. Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 3/A maddesinde, "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde*

³⁶ Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Vergi Hukuku, s. 32.

³⁷ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, Güncelleştirilmiş 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 13.

³⁸ Nurgül Güner, Verginin Kanuniliği İlkesinin Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Vergi Raporu Dergisi, Sayı: 140, Mayıs, Yıl: 2011, s. 98.

tutularak uygulanır” şeklinde ifade edilmiştir. Buradan, vergi hukukunda yorum yapılabileceği ancak kıyasa izin verilmediği görülmektedir. Bu bağlamda, vergi kanunlarında açık bir boşluğun bulunması durumunda dahi, idare ve yargı makamları bu kanun boşluğunu dolduramayacaktır. Söz konusu boşluk, sadece kanun koyucu tarafından bir kanuni düzenleme ile giderilebilecektir.³⁹

III. VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN ÖNEMİ

Vergi kanunları; mükellefiyeti tam ve doğru bir şekilde belirterek, vergi konusu dışında kalan hususları net bir şekilde ortaya koymalıdır. Bunlar dışında matrahın tespitine, vergi oranlarına, tarh ve tahsil yöntemlerine ait hükümler açıkça yer almalıdır. Böylelikle, gerek mükellefler gerekse de vergi idaresi açısından birçok mali ihtilafın ortaya çıkmasının önüne geçilebilecektir. Vergi kanunlarının hükümleri açık olmadığı durumda vergi kaçakçılığı gibi sorunlarla karşılaşılabilir. Ayrıca, vergi idaresini keyfiliğe ve gayri kanuni yollara yöneltebilecektir.⁴⁰

Vergileme belirli kurallara bağlı bir şekilde yapılmadığı takdirde, tarihsel süreç içerisinde karşılaştığımız vergi isyanları ortaya çıkabilecektir. Bu yönüyle vergilerin kanuniliği ilkesi, demokratik yapının gelişimine pozitif etkide bulunduğu gibi ulusal güvenlik ve bütünlüğü de katkı sunmaktadır. Bu açıdan vergilendirme ilkeleri içerisinde oldukça özel bir öneme sahip olan vergilerin kanuniliği ilkesi göz ardı edilmesi halinde büyük sorunlarla karşılaşılacaktır. Ayrıca, diğer vergilendirme ilkelerinin de uygulanabilirliği tartışmalı hale geleceği yorumu yapılabilir.⁴¹

Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararında⁴², “*vergi hukukunda geriye yürümezlik ilkesi, verginin yasallığı ilkesinin bir sonucudur; o halde her geriye yürüyen vergi yasası verginin yasallığı ilkesine aykırı*

³⁹ Bal ve Başar, Vergilerin Kanuniliği İlkesi, s. 126-127.

⁴⁰ İlhan Özer, Vergileme İlkeleri ve Türk Vergi Sistemi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1977, s. 73.

⁴¹ Murat Demir ve Rıdvan Önder, Verginin Yasallığı İlkesi: Türkiye ve Seçili Ülkeler Üzerine Bir Değerlendirme, Maliye Araştırmaları 3 (Ed. Salim Ateş Oktar ve Yasemin Taşkın), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 138.

⁴² Anayasa Mahkemesi, 28.04.2011 tarihli ve E. 2009/39, K. 2011/68.

olacaktır. Bu itibarla, Anayasanın 73. Maddesi şu şekilde okunmalıdır. Verginin yasallığı ilkesi anayasal bir kuraldır. Verginin kurucu temel öğeleri ile vergisel ödev ve vergisel yöntem ilişkilerini düzenleyen temel öğelerin; ancak yasa ile konulabileceği, değiştirilebileceği ve kaldırılabilirliği” şeklinde hüküm yer almaktadır. Bu karardan hareketle de, vergilerin kanuniliği ilkesine atfedilen önemi anlayabilmek mümkündür. Ayrıca diğer vergilendirme ilkeleri de, vergilerin kanuniliği ilkesinden zincirleme bir şekilde etkilenmektedir.

Ayrıca vergilerin kanuniliği ilkesi, anayasalarda önemli bir konumda olan temel hak ve özgürlüklerin korunması adına, güvence ve istikrar ekseninde hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu hukuku ve anayasa hukukunun oluşturduğu tamamlayıcı ilke olarak adlandırılabilir. Bu bağlamda, vergilerin kanuniliği ilkesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin temel bir gereği olan hukuk güvenliği ilkesinin sağlanması için de gerekli⁴³ bir durumdur.⁴⁴

Sonuç olarak idare, mükelleflere bir vergi veya mali yükümlülük yüklemeye, kanunun izin verdiği durumlarda ve öngördüğü koşullar içinde yetkilidir.⁴⁵ Aksi takdirde, demokratik yapı zedelenecektir.

IV. VERGİLENDİRMENİN USUL ESASLARI VE KANUNİLİK

Vergiler, tarih boyunca değişik isimler ve biçimlerde de olsa uygarlıkların ve ülkelerin hemen hemen hepsinde gerek geleneksel kamu giderlerinin finanse edilmesinde gerekse de siyasi, ekonomik ve sosyal politikaların yönlendirilmesinde kullanılan en temel mali enstrüman olarak önemini korumuştur. Verginin öneminin ve beşeri hayat üzerindeki siyasi, ekonomik, sosyal ve diğer etkilerinin fark edilmesi, verginin bir politika aracı olarak kullanılırken, bu politikalara uygun

⁴³ Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 tarihli ve E. 2006/95, K. 2009/144.

⁴⁴ Kahan Onur Arslan, Vergilendirme Yetkisinin Meşruluk Kaynakları: Optimal Vergilendirme İlkeleri ve Kamu Yararı, TBB Dergisi, Sayı: 127, Yıl: 2016, s. 228.

⁴⁵ Garip Ayaz, Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 181, Eylül, Yıl: 1996, <https://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/1588>, (Erişim Tarihi: 29.12.2019).

çeşitli vergilendirme ilkeleriyle hareket edilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.⁴⁶

VUK ile getirilen düzenlemeler, mükelleflerin temel hak ve ödevlerinin kanunilik sınırları içerisinde belirlenmesini ifade etmektedir. Ayrıca doktrine baktığımızda, vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin de kanun ile düzenlenmesi gereği yer almaktadır.⁴⁷ Buradan hareketle verginin tarhı, tebliği, tahakkuku, tahsili, mükelleflerin ödevleri, değerlendirme, vergi denetimi, vergi cezaları gibi konuların da vergilerin kanuniliği ilkesi kapsamınca düzenlenmesi gerekliliği karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında⁴⁸, “*vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenleme yapılırken bu yükümlülüklerle ilişkin tüm unsurların aynı kanun, madde veya fıkrada düzenlenmesi zorunlu değildir. Bu çerçevede konuya ilişkin kanunla belirlenmesi zorunlu olan unsurlar aynı kanunun farklı hükümlerinde düzenlenebileceği gibi farklı kanunlarda da düzenlenebilir*” şeklinde hüküm vermiştir. Ancak bu durum bazı sorunları da beraberinde getirebilir. Mükelleflerin, mali yükümlülüklerine ilişkin hususları ilgili vergi kanununda göremedikleri takdirde vergisel yükümlülükleri konusunda sorun yaşaması muhtemeldir. Bu bağlamda, verginin usul yönünden esasını oluşturan verginin tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsiline ilişkin kanuni açıklamalar yer almaktadır.

A. Verginin Tarhı

Kanunen doğmuş olan vergi borcunun somutlaştırılması için vergi dairesince yapılması gereken ilk idari işlem verginin tarh edilmesidir. Vergiyi doğuran olay ile kanunen vergi mükellefi konumuna giren bir kişinin ödeyeceği vergi miktarının bilinmesi ve kendisinden talep edilebilmesi tarh işleminin yapılmasına bağlıdır. VUK’un 20. maddesine göre verginin tarhı, “*vergi alacağının kanunlarında gösterilen*

⁴⁶ Ersan Öz, Vergilendirmede Kanunilik İlkesi ve Bütçe Kanunları, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 201, Haziran, Yıl: 2005, s. 142.

⁴⁷ Ahmet G. Kumrulu, Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 1979, s. 150.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, 28.12.2017 tarihli ve E. 2016/150, K. 2017/179.

matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tesbit eden idari muameledir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, tarh işlemi ile kamu idaresinin vergi alacağı, vergiyi doğuran olaya bağlı olarak miktar itibariyle tespit edilmektedir. Verginin tarhına, mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi yetkili kılınmıştır. Vergi dairesinin tarh yetkisini tarh zamanaşımı süresi içinde kullanması gerekmektedir.⁴⁹

Tarh işlemi, hukuki niteliği dolayısıyla idari bir işlemidir. Bu özelliği, tarh işleminin mükellef grupları için genel-düzenleyici veya nesnel işlemlerde olduğu gibi topluca değil, tek tek mükelleflere özgü tesis edilmesinden kaynaklanmaktadır. Başka bir idari işlem sınıflandırmasına göre tarh işlemi, yükümlülük getirici özelliği sebebiyle bir yükümlendirici idari işlemidir. Fakat, muaflık, istisna ve indirimlerle ilgili işlemler yararlandırıcı işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarh işlemi, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği dolayısıyla da asli işlem olarak sayılmaktadır.⁵⁰

Vergi tarhiyatı, çeşitli şekillerde gerçekleştirilmektedir. Mükellefin yaptığı bildirimden üzerinden tarhiyat yapılması genellikle karşımıza çıkan uygulama olmakla birlikte; mükelleflerin vergi kanunlarından doğan yükümlülüklerini ihmal etmeleri durumunda; re’sen veya ikmalen vergi tarhiyatı yapılabilmektedir. VUK’un 30. maddesinde, “*vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır”* şeklinde tanımlanmış ve hangi hallerde⁵¹ re’sen tarhiyata gidileceği belirtilmiştir. Re’sen vergi tarhında, ikmalen vergi tarhının aksine, mükellef vergi ile ödevlerini ya hiç yerine getirmemiş, ya da eksik yerine getirmiştir. Re’sen tarh yönteminde vergi matrahının miktarı tespit edilirken iki husus önemlidir. Birincisi, yetkililer mükellefin ödemek zorunda olduğu vergi

⁴⁹ Erdoğan Öner, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 114.

⁵⁰ S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2018, s. 122.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. VUK’un 30. maddesinde 9 bent halinde yer almaktadır.

matrahının gerçek miktarını tespitinde bazı yöntemler kullanılmaktadır. Amaç ilgili Danıştay kararına⁵² göre, gerçek matrah miktarını tespit etmektir. İkinci olarak ise, re'sen takdir yoluyla ödenmesi gereken verginin doğruluğu araştırılırken, tarhı öngörülen vergiye ilişkin matrah veya matrah farkının olabildiğince gerçek veya gerçeğe en yakın⁵³ miktar olması büyük önem arz etmektedir.⁵⁴

İkmalen vergi tarhı ise, daha önceki bir verginin tamamlanmasına yönelik bir tarhiyattır. Bildirimin gerçeğe uygun bir şekilde yapılmamış olması, verginin ve matrahın hatalı olarak belirlenmiş olması gibi hallerde eksik alınmış verginin tamamlanması söz konusu olmaktadır. İkmalen vergi tarhı VUK'un 29. maddesinde hüküm altına alınmış olup, bu maddeye göre, *“her ne şekilde olursa olsun bir vergi tarh edildikten sonra bu vergiye müteallik olarak meydana çıkan ve defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak miktarı tespit olunan bir matrah veya matrah farkı üzerinden alınacak verginin tarh edilmesidir”*. Ayrıca idarece vergi tarhiyatı, vergi hatalarının düzeltilmesine yönelik olarak *“düzeltme tarhı”* yapılabilmektedir.⁵⁵ İlgili güncel Anayasa Mahkemesi kararında⁵⁶, re'sen veya ikmalen tarhiyatlarda mükellefe kesilecek cezanın belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar açısından VUK'un dikkate alınacağı vurgusu yapılmıştır. Ayrıca bir diğer Anayasa Mahkemesi kararında⁵⁷ da, verginin tarh aşamasında yapılacak işlemlerin geriye yürümezlik ilkesi ile çatışmaması gerektiği ifade edilmiştir. Buradan sadece anayasal bir vergilendirme ilkesi olan kanuniliğin değil, onun tamamlayıcı olan diğer ilkelerin de önemi anlaşılmaktadır.

B. Verginin Tebliği

Tarh edilen verginin veya vergi ile ilgili bir işlemin yükümlü ya da sorumlulara bildirilmesine *“tebliğ”* denir. VUK'un 21. maddesine göre

⁵² Danıştay 3. Daire, 17.10.1990 tarihli ve E. 1988/2719, K. 1990/2865.

⁵³ Danıştay 4. Daire, 28.01.1988 tarihli ve E. 1986/260, K. 1988/376.

⁵⁴ Tosuner ve Arıkan, Vergi Usul Hukuku, s. 89-90.

⁵⁵ Abdurrahman Akdoğan, Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2003, s. 151-152.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, 14.03.2019 tarihli ve E. 2019/16, K. 2019/15.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 27.09.1988 tarihli ve E. 1988/9, K. 1988/28.

tebliğ, “*vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesidir*”. Mükellefe bildirilmemiş bir tarh işlemi kendi başına bir netice doğurmayacaktır. Bu yüzden tebliğ, tahakkuk aşamasının başlamasına sebebiyet vermektedir. Kanunlarla öngörülen süreler açısından tebliğin büyük bir önemi vardır. Tebliğin hüküm ifade edebilmesi için yetkili makamlar tarafından yapılması gerekmektedir. Modern vergicilikte tebliğ, genellikle yazılı olarak yapılmaktadır. Ancak, tebliğin değişik şekilleri de bulunmaktadır. Bunların başlıcaları; posta aracılığı ile ihbarname göndermek suretiyle tebliğ, memur aracılığı ile tebliğ, dairede ya da komisyonda tebliğ, elektronik yolla tebliğ ve ilan yoluyla tebliğdir.⁵⁸

Tahakkuk fişine dayanılarak yapılan beyana dayalı tarhiyatın dışında, mükelleften istenecek vergi ve ceza ile ilgili ihbarnameler, bazı hallerde takdir kararları, vergi yargı organları kararları üzerine düzenlenen ödeme ihbarnameleri, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen ödeme emirleri, takdir komisyonlarınca veya vergi inceleme elemanlarınca mükelleflerden istenecek defter ve belgeler için düzenlenen yazılar, düzeltme talebinin reddine dair yazılar, veraset ve intikal vergisinde mükellefe verilecek ikinci ek süreye ait yazılar, uzlaşma gününün yer ve tayini ile ilgili yazılar gibi hallerde mükellefe tebliğ edilerek bildirilmesi gerekmektedir. Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay kararlarının taraflara tebliği, VUK’un tebliğ hükümlerine tabi değildir. Bunlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 60. maddesine göre Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmektedir.⁵⁹

Tebliğ; yükümlülere, bunların kanuni temsilcilerine, genel vekillerine ya da vergi cezası kesilenlere yapılmaktadır. Yükümlü yerine geçen veli, vasi ya da kayyum gibi vergi sorumlusu birden çok

⁵⁸ İlan yoluyla tebliğ yöntemine genellikle yükümlünün adresi bilinmediği durumda başvurulmaktadır. Memleketimizde “Hayvan Vergisi” ilan yoluyla tebliğ edilmiş, 1942 yılında konulan “Varlık Vergisi” de listeler yapıştırmak suretiyle ilan ve tebliğ olmuştur. Günümüzde vergi dairesinin uygun yerine ilan edilmek suretiyle yapılmaktadır (Nihat Edizdoğan, Özhan Çetinkaya ve Erhan Gümüş, Kamu Maliyesi, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 168).

⁵⁹ Tosuner ve Arıkan, Vergi Usul Hukuku, s. 98-99.

olduğunda, tebliğ bunlardan birine yapılabilir. Kanun'un bu konuda, katı bir tutum sergilemediği görülmektedir. Tüzel kişilere yapılacak tebliğ, bunların başkan, müdür ya da temsilcilerine yapılacaktır.⁶⁰ VUK'un 94. maddesinde, umumi vekile de tebligat yapılabileceği kabul edilmiştir. Ancak Danıştay'ın bu konudaki kararları⁶¹ kapsamında, umumi vekile tebligat yapılabilmesi için vekaletnamede vergi ile ilgili tebliğlerin vekile yapılabileceğinin açıkça belirtilmiş olması veya genel olarak vekilin mali konulardaki her türlü iş ve muameleleri takibe yetkili bulunduğu şeklinde bir hüküm bulunması gerekmektedir.⁶² Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına⁶³ göre, verginin tebliğ aşamasında da, diğer vergi aşamalarında olduğu gibi kanuniliğin önemi vurgulanmıştır. Tebligat yapılmadan veya geçersiz ya da usulsüz yapılan tebligata dayalı vergilendirme işlemi ise, mahkemece iptal edilebilmektedir.

C. Verginin Tahakkuku

VUK'un 22. maddesine göre, "*Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir*". VUK'un bu tanımından hareketle verginin hangi anda tahakkuk ettiğini veya ödenmesi gereken bir aşamaya geldiğini anlayabilmek mümkün olmamaktadır. Hatta tebliğ edilen bir verginin tahakkuk ettiği gibi bir mana da çıkmaktadır.⁶⁴ Esasen tebliğ işlemi ile mükellef, idarece yapılan tarh işleminden haberdar olmaktadır. Bu işlem her zaman doğru olmayabilir. Vergi miktarında, mükellefin kişiliğinde, muaflık ya da istisnada bazı hatalar yapılmış olabilir. Mükellefler, vergi borcunu yatırmadan önce vergi mahkemelerine başvurarak bu hataları düzelttirmek isteyebilir. Uzlaşma yoluna da başvurabilir. Mükelleflere bu haklar tanınıyor ise, sonuç alınıncaya dek vergi tahakkuk etmiş olmayacaktır. Vergi, herhangi bir şekilde tarh edildikten sonra mükellefe

⁶⁰ Edizdoğan, Çelikkaya ve Gümüş, Kamu Maliyesi, s. 168.

⁶¹ Danıştay 4. Daire, 14.10.1971 tarihli ve E. 1970/852, K. 1971/6717; Danıştay 4. Daire, 30.06.1969 tarihli ve E. 1967/3446, K. 1969/3285.

⁶² Tosuner ve Arıkan, Vergi Usul Hukuku, s. 100.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, 25.12.2019 tarihli ve E. 2019/106, K. 2019/100.

⁶⁴ Sadık Kırbaş, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 122.

ilan edilir. Tebliğ tarihinden itibaren, beyana dayalı tarhlar hariç, ikmalen, re'sen ve idarece yapılan tarhiyatlarda 30 gün beklenmektedir. 30 gün içerisinde vergi tarhiyatına karşı vergi mahkemesine ya da uzlaşmaya müracaat edilmezse, verginin tahakkuku yapılmaktadır. Aksi takdirde, yargının veya uzlaşma komisyonunun kararına dayanarak vergi tahakkuk ettirilmektedir. Yani, dava açma süresinde dava açılmamışsa verginin tahakkuku ve kesinleşmesi aynı anda olacaktır. Dava açıldığı takdirde ise; tahakkuk, mahkemenin vereceği karara kadar ertelenmektedir.⁶⁵

Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararına⁶⁶ göre, “*Kişinin hakkında tesis edilen idari işlemlere karşı dava hakkını sınırlayan dava açma süresinin makul olmayan sürelerle sınırlanmış olması kişinin genelde temel hak ve hürriyetlerinde özelde hak arama özgürlüğünde hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak anlamda bir hukuksal sınırlama olup, hiç şüphesiz bu sınırlamanın kaldırılması veya makul bir düzeye getirilmesi devletin Anayasasının 5. maddesi ile getirilen görevlerindedir*” şeklinde ifade edilmiştir.

D. Verginin Tahsili

VUK'un 23. maddesine göre, “*verginin tahsili, kanuna uygun surette ödenmesidir*”. Vergiyi doğuran olay ile ortaya çıkan vergi borcu, verginin tahsili ile ortadan kalkmaktadır. Tahsil ve ödeme, aynı olgunun vergi alacaklısı ve vergi borçlusu tarafından iki ayrı görünümünü ifade etmektedir. İdarenin alacağını toplaması “tahsil”, mükellefin borçlu olduğu meblağı devlete vermesi “ödeme” olarak ifade edilmektedir. Her verginin kendi özel kanunu, o verginin ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.⁶⁷

Tahsil işlemiyle vergi borcunun ortadan kalkmasında insiyatif, yükümlüde veya alacaklı vergi dairesinde bulunmaktadır. Başka bir deyişle, ya yükümlü iradi olarak borcunu vadesinde öder ya da yine iradi olmakla birlikte borç vadesinden sonra ödenir. Bu son durumda asıl borca ayrıca gecikme zammı eklenmektedir. Yükümlü tarafından kendiliğinden

⁶⁵ Naci B. Muter, A. Kemal Çelebi ve Süreyya Sakınç, Kamu Maliyesi, 4. Baskı, Emek Matbaası, Manisa 2012, s. 160.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 04.02.2010 tarihli ve E. 2006/23, K. 2010/27.

⁶⁷ Oktar, Vergi Hukuku, s. 142.

ödenmeyen borcun tahsili için vergi dairesi harekete geçmektedir. Bu durumda ise, verginin cebren tahsili söz konusu olmaktadır.⁶⁸

Vergilerin kanuniliği ilkesi sonucunda, tahsil yetkisinin kullanımına ilişkin yorum ve uygulamaların kanunun sınırlarını aşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde tahsil yetkisinin kullanımı, hem kişilik hem de malvarlığı açısından mükelleflerin hakimiyet alanlarına doğrudan bir müdahaleyi gerektirmektedir. Ancak bu durum, ağır sonuçları doğurabilecektir. Bu sebeptendir ki, tahsil yetkisinin kullanımı öngörülebilir, keyfilikten uzak ve sınırları baştan belirli olmalıdır.⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin güncel bir kararına⁷⁰ göre, “*Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir*” şeklinde ifade edilmiştir.

V. SONUÇ

Vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilendirme yetkisinin sadece yasama organına ait olduğu ve bu organ haricindeki bir organa devredilemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu durum “temsilsiz vergi olmaz” ilkesinin de en temel göstergesidir. Söz konusu ilke, demokratikleşme ile gelişecek bir kültür olarak karşımıza çıkmaktadır. Vergilendirme yetkisinin belirli ilke ve esaslara dayanması, eşit ve adil bir vergi sistemi ortaya koyma hususunda önem arz etmektedir. Vergilendirmeye ilişkin bazı sınırların belli olmadığı durumlarda, sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun getireceği yükümlülüklerin, kişilerin temel hak ve

⁶⁸ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 111.

⁶⁹ Betül Hayrulloğlu, Türkiye’de Vergi İdaresinin Tahsil Yetkisi ve Sınırları, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir 2018, s. 73-74.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, 25.12.2019 tarihli ve E. 2019/108, K. 2019/101.

özgürlüklerini kullanmalarını engelleyecek boyutlarda olmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

Devlet ve bireylerin birbirlerine karşı bazı hak ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bireyler yani mükellefler, keyfi takdirin olduğu bir vergi sisteminde, vergi ödevlerini yerine getirmek istemeyeceklerdir. Ancak vergilerin kanuniliği ilkesi ile, vergilere ilişkin düzenlemelerin gerek şekli gerekse de maddi anlamda kanunlar aracılığıyla yapılması gerekmektedir. İlke ile, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan vergilendirme hususunda idarenin keyfi davranmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle ciddi bir vergi uyumu da beraberinde gelebilecektir.

Fakat; Anayasa Mahkemesi'nin güncel kararları incelendiğinde, vergilerin kanuniliği ilkesinin kapsam ve sınırlarının tam olarak yerleşmediği görülmektedir. Bu konuda çelişkili bazı kararlara da rastlamak mümkündür. Ancak bu yetki devrine ilişkin hususun titizlikle yürütülmediği manasına da gelmemektedir. Kararlar, vergilerin kanuniliği ilkesinin kapsamını geniş yorumlamakta yani sadece verginin konusunun kanunla belirlenmesini yeterli görmemekte, aynı zamanda vergi matrahının, vergiyi doğuran olayın ve vergi oranı gibi temel unsurların da kanunla belirtilmiş olmasını aramaktadır.

Her ne olursa olsun amacın, keyfi uygulamaların önüne geçmek olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca vergilendirme sürecinin önemli bir parçası olan tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamasında vergilerin kanunilik ilkesiyle olan bağına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde, mükellefler nezdinde bir adaletsizlik hissi ortaya çıkabilecektir. Bu süreçten de en çok vergilendirmenin ve tahsilatın zarar göreceği göz ardı edilmemelidir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi konusunda yargı kararlarında tekdüzelik oluşursa, vergilendirme sürecinin daha sağlıklı işleyeceği ve istikrarı da sağlayacağı kanaatindeyiz. Tüm bu hususlar, çağdaş hukuk devleti olmanın da bir gereğidir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2003.
- APAK, Sedat: Vergide Kanunilik İlkesi ve Ekonomik Yaklaşım Sınırı Sorununun İncelenmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 346, Temmuz, Yıl: 2017, s. 23-30.
- ARSLAN, Kahan Onur: Vergilendirme Yetkisinin Meşruluk Kaynakları: Optimal Vergilendirme İlkeleri ve Kamu Yararı, TBB Dergisi, Sayı: 127, Yıl: 2016, s. 223-244.
- AYAZ, Garip: Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 181, Eylül, Yıl: 1996, <https://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/1588>, (Erişim Tarihi: 29.12.2019).
- BAL, Ali/BAŞAR, Cemal: Vergilerin Kanuniliği İlkesi, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Ed. Yusuf Karakoç), Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 89-146.
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Güncelleştirilmiş 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- BİYAN, Özgür: Vergi Hukuku, 1. Baskı, Dora Basım-Yayın Dağıtım, Bursa 2018.
- DEMİR, Murat/ÖNDER, Rıdvan: Verginin Yasallığı İlkesi: Türkiye ve Seçili Ülkeler Üzerine Bir Değerlendirme, Maliye Araştırmaları 3 (Ed. Salim Ateş Oktar ve Yasemin Taşkın), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 134-152.
- DOĞRUSÖZ, A. Bumin: Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirmesi, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Anayasal Mali Düzen, T.C. Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 12, İstanbul 2000, s. 135-160.
- EDİZDOĞAN, Nihat / ÇETİNKAYA, Özhan / GÜMÜŞ, Erhan: Kamu Maliyesi, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GERÇEK, Adnan/BAKAR, Feride: Vergilemede Kanunilik İlkesi Açısından Anayasa'nın 73/4. Maddesi ile Bakanlar Kuruluna

- Yetki Verilmesinin Değerlendirilmesi, *International Journal of Public Finance*, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 7-26.
- GÜMÜŞKAYA, Gamze: T.C. Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararları Işığında Verginin Yasallığı İlkesinin Kapsamı, *Maliye Araştırmaları 3* (Ed. Salim Ateş Oktar ve Yasemin Taşkın), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 195-205.
- GÜNER, Nurgül: Verginin Kanuniliği İlkesinin Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı: 140, Mayıs, Yıl: 2011, s. 96-101.
- GÜNEŞ, Gülsen: Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk, Doktora Tezi, İstanbul 1992.
- HAYRULLAHOĞLU, Betül: Türkiye’de Vergi İdaresinin Tahsil Yetkisi ve Sınırları, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir 2018.
- İKİNCİOĞULLARI, Füzuran: Hukuk Devleti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran, Yıl: 1997, s. 28-30.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KIRBAŞ, Sadık: Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.
- KOCASAKAL, Ümit: Anayasa Mahkemesi’nin Suçta Kanunilik İlkesi ile İlgili Bir Kararının İncelenmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 108, Ağustos, Yıl: 2015, s. 24-40.
- KUMRULU, Ahmet G.: Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 1979, s. 147-162.
- MUTER, Naci B. / ÇELEBİ, A. Kemal / SAKINÇ, Süreyya: Kamu Maliyesi, 4. Baskı, Emek Matbaası, Manisa 2012.
- OKTAR, S. Ateş: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2018.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

- ÖNER, Erdoğan: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ÖZ, Ersan: Vergilendirmede Kanunilik İlkesi ve Bütçe Kanunları, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 201, Haziran, Yıl: 2005, s. 141-149.
- ÖZER, İlhan: Vergileme İlkeleri ve Türk Vergi Sistemi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1977.
- PEHLİVAN, Osman: Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Uygun Yeni Baskı, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2019.
- ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- THURONYI, Victor: Comparative Tax Law, Kluwer Law International, The Netherlands 2003.
- TOSUNER, Mehmet / ÖZ, Ersan: Vergilendirmede Kanunilik İlkesinin Uluslararası Konumu, Vergi Dünyası Dergisi, Nisan, Yıl: 2004, <http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/3281>, (Erişim Tarihi: 08.12.2019).
- TOSUNER, Mehmet / ARIKAN, Zeynep: Vergi Usul Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Bası, Kanyılmaz Matbaası, İzmir 2019.
- VATANSEVER ÖZTÜRK, Müge: Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Tarihi Gelişimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı, Yıl: 2014, s. 4815-4841.
- YAKAR, Soner / BUDAK, Tamer: Bakanlar Kurulunun Vergi Oranını Belirleme Yetkisinin Alt Sınırı: “Sıfır Oran”ın Anlamı, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 399-426.

ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN KANALLARA KAZANDIRILABİLECEK HUKUKİ STATÜLER: KANAL İSTANBUL ÖRNEĞİ

Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ*

ÖZ

Çalışmada Kanal İstanbul için kazandırılabilir hukuki statüler, Süveyş ve Panama Kanallarında uygulanan hukuki statüler ve Türk Boğazlarının hukuki statüsü ile birlikte karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Türk Boğazlarının hukuki statüsüne bakıldığında, Türkiye'nin Montrö Boğazlar Sözleşmesinden, uluslararası deniz hukuku kurallarından ve Türkiye'nin tarihi geçmişinden kaynaklanan üstün hakları bulunmaktadır. Türk Boğazlarının önemi dikkate alındığında, İstanbul Boğazı'na paralel olarak inşa edilmesi planlanan Kanal İstanbul da taşıma ve ulaşım için kolaylık sağlayacak ve dünya ticareti için elverişli su yollarından birisi olacaktır. Kanal İstanbul'un etkin bir şekilde kullanılmasının sağlanması için, kanalın inşa edilmesinden önce hukuki statüsünün oluşturulması gerekmektedir. Çalışmada Kanal İstanbul'a kazandırılabilir muhtemel hukuki statüler üzerinde durulmuştur, kanala yeni bir uluslararası antlaşma ile uluslararası hukuki statü kazandırılırsa, antlaşmaya eklenebilecek yeni maddeler hususunda önerilerde bulunmaktadır.

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: hkeyilmaz@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9438-0291.
Makalenin Gönderim Tarihi : 07.04.2020.
Makalenin Kabul Tarihi : 15.06.2020.

Anahtar Kelimeler: Kanal İstanbul, Montrö Boğazlar Sözleşmesi, uluslararası hukuk, Yeni Uluslararası Antlaşma.

THE LEGAL STATUS OF CANALS FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW: EXAMPLE OF THE CANAL ISTANBUL

ABSTRACT

In this study, the legal status of the Canal Istanbul, the legal status of the Suez and Panama Canals, and the legal status of the Turkish Straits are examined comparatively. In view of the legal status of the Turkish Straits, Turkey has distinct and superior rights arising from the Montreux Convention, international law of the sea rules and historical background of Turkey. The Canal Istanbul is planned to be built parallel to the Bosphorus Strait. Considering the importance of the Turkish Straits, Canal Istanbul will provide convenience for transportation and will be one of the vital waterways in the world that suitable for World Trade. To provide that the Canal Istanbul is used effectively when it is built, the legal status of the Canal needs to be set up before the Canal is built. This study addresses the possible legal status of the Canal Istanbul and suggests new rules that can be added to the agreement if the Canal is granted international legal status with the new international agreement.

Keywords: Canal Istanbul, Montreux Convention, international law, New International Agreement.

I. GİRİŞ

Egemenlik alanı sınırları içerisinde, ulusal veya uluslararası statüde olması dikkate alınmaksızın dünya üzerinde ulaşım yerleri olarak kullanılan kanallar her zaman ilgi çekici olmuştur. Ulaşım yeri olarak kullanılan kanallara bakıldığında, insanlar tarafından kazılar yapılarak, insanların kendi alın terleri ile çalışarak, yaradılıştan doğal yapılarla bağlantısı olmayan yerlere, kanallar sayesinde bağlantı kurabildikleri görülmektedir. Özellikle dünya üzerindeki uluslararası kanallarda, dar bir su yolunun iki devasa nitelikteki su kütlelerini birleştirdiği daha açık olarak görülmektedir. Bu kanallar sayesinde okyanuslar arası bağlantılar

kurulmuş ve neredeyse hiç ulaşılamayacak bölgelere çok kısa sürelerde ulaşılması sağlanmıştır.

Böyle kanalların, dünya üzerinde önemli geçiş yolu olduğunun tespiti için de bazı kriterlere dikkat edilmesi gerekmektedir. Eğer bir kanal ticaret faaliyetlerini gerçekleştirmek açısından elverişliyse, ayrıca kendisi ile karşılaştırılan diğer geçiş yolları ile kıyaslandığında daha elverişli, daha uygun, alternatif bir geçiş yolu ise, bu kanalın dünya ticareti için önemli bir kanal olduğu söylenebilecektir. Dünya ticareti için önemli kabul edilen kanallara örnek olarak da Süveyş Kanalı ve Panama Kanalı gösterilebilir. Süveyş Kanalı Akdeniz ile Kızıldeniz'i birleştirmektedir. Süveyş Kanalı sayesinde Ümit Burnu ve Afrika kıtası dolaşılmadan, önemli miktarda yakıt tasarrufu ile gemilerin hareket ettiği görülmektedir. Yine Panama Kanalı, Büyük Okyanus ile Atlas Okyanusu'nu birleştirmektedir ve Amerika'nın Büyük ve Atlas okyanusları kıyıları arasındaki deniz yolu mesafesini yaklaşık 15.000 km kısaltmaktadır.¹ Panama kanalının sadece iki okyanus arasındaki kıyısal uzaklığı değil, Kuzey ve Güney Amerika için geçerli olan Büyük ve Atlas Okyanuslarının kıyıları arasında yapılan deniz yolculuklarını da kısalttığı görülmektedir.

Türkiye'de yeni yapılması planlanan Kanal İstanbul projesine bakıldığında ve bu projenin İstanbul Boğazı'na paralel olarak inşa edilmesinin planlanması fikri düşünüldüğünde, Kanalın öneminin Türk Boğazlarının önemi ile eşdeğer olacağını söylemek mümkündür. Kanal İstanbul'un önemli bir Kanal olduğunu tespit etmek için öncelikle Kanalın bağlantılı olduğu Türk Boğazlarının önemine değinmek gerekecektir. Türk Boğazları Karadeniz ve Akdeniz'i birbirine bağlar ve kuzey-güney, doğu-batı enerji faaliyetleri açısından, enerji koridorudur. Tarihsel sürece baktığımızda ise Türk Boğazlarının tarihten gelen öneminin dışında, Asya ve Avrupa'yı birbirine bağlaması, Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin Akdeniz'e açılmasını sağlayan, geçiş için bir nevi anahtar nokta olması nedeni ile jeopolitik önemi de bulunmaktadır. Türk Boğazlarının bu önemleri nedeni ile inşa edilmesi planlanan Kanal İstanbul'un da İstanbul Boğazı'na paralel güzergahta, boğaza alternatif yapay bir su yolu inşa edilmesi akla getirildiğinde, Türk Boğazları ile

¹ Norman J. Padelford, William E. Worthington ve diğerleri, "Panama Canal", 21 Kasım 2019, <https://www.britannica.com/topic/Panama-Canal> (Erişim Tarihi 20 Ocak 2020)

aynı derecede dünya ticareti için önemli kabul edilen su yollarından bir tanesi olacağı tahmin edilmektedir.

Dünya ticareti için önemli olacağı düşünülen Kanal İstanbul'un hukuki statü kazandırılmadan inşa edilmesi birtakım sorunlara sebep olabilir. Önemli iki kanal olan Panama ve Süveyş Kanallarının hukuki statüleri inşa edildikten sonra kazandırılmıştır. Panama ve Süveyş kanallarının hukuki statülerini kazanma aşamasında, ulusal veya uluslararası olma süreçlerinde pek çok problem yaşanmıştır.² Tarihte gerçekleşen hataların tekrerrüt etmemesi için Kanal İstanbul inşa edilmeden hukuki statüsünün belirlenmesi yerinde olacaktır. Kanal İstanbul'a ulusal, Montrö Boğazlar Sözleşmesine bağlı ya da Montrö Boğazlar Sözleşmesindeki egemenlik hakları kaybedilmeden yeni uluslararası sözleşme imzalayarak uluslararası statü kazandırılması mümkündür. Kanalın yapısı itibari ile etkin, geçişler için elverişli olarak kullanılması adına, kanala yeni sözleşme ile uluslararası statü kazandırılması daha uygun görülmektedir. Kanal İstanbul'un yapısının ve öneminin detaylı olarak incelenmesi, konuya daha da açıklık getirecektir.

² Her iki kanalında inşaatında teknik problemlerle birlikte, finansman yönetiminde problemler ortaya çıkmıştır. Ayrıca Süveyş Kanalı inşaatında İngiliz ve Fransızlar arasında politik problemlerde ortaya çıkmıştır. Özellikle politik problemler nedeniyle Süveyş Kanalı'nın ulusallaştırılması zorlaşmıştır. Ayrıca Panama Kanalı'na Hukuki Statü, ABD'nin Panama Kanalı üzerindeki imtiyazları 1999 yılından itibaren Panama Hükümetine devredilmiştir. Bu tarihe kadar ABD ve Panama arasında menfaat çatırmaları nedeniyle pek çok açıdan hukuki, politik, ekonomik sorunlar ortaya çıkmıştır. Nitekim özellikle Panama Kanalı'nın tarihsel sürecinde farklı antlaşmalara yer verilmesi de bu problemlerin sonucudur. Süveyş Kanalı hakkında daha detaylı bilgi için bakınız Joseph A. Obieta ve Richard Baxter, *The International Status of the Suez Canal*, The Netherlands, Springer, 1960. Panama Kanalı hakkında daha detaylı bilgi için bakınız. David G. Hanrahan, "Legal Aspects of the Panama Canal Zone-In Perspective", *Boston University Law Review*, Cilt 45, No: 1, s. 64-87.

II. KANAL İSTANBUL'UN ÖNEMİ

Süveyş Kanalı üzerinden 2019 yılında 18,880 gemi, Panama Kanalı'ndan ise 13,785 gemi geçmiştir. İstanbul Boğazından ise 2018 yılında 41,103 gemi geçmiştir. (Tablo 1)³

Tablo 1. 2016- 2019 yılları arasında İstanbul Boğazı, Süveyş Kanalı ve Panama Kanalı'ndan Geçen Toplam Gemi Sayılar

	2016	2017	2018	2019
İstanbul Boğazı	44,035	44,615	41,103	-----
Süveyş Kanalı	16,833	17,750	18,174	18,880
Panama Kanalı	13,114	13,548	13,795	13,785

Dünya üzerindeki büyük kanallardan ve İstanbul Boğazı'ndan geçen gemi sayısı karşılaştırıldığında, inşa edilecek olan Kanal İstanbul'un da diğer Kanallar gibi dünya ticareti açısından önem arz edeceği akla gelmektedir. Kanal İstanbul'un Süveyş ve Panama Kanalları gibi büyük kanallara benzer olarak dünya ticaretini etkileyebilecek, önemli ve etkili bir kanal olması için uluslararası hukuki statüsünün tespit edilmesi gerekmektedir. Kanal İstanbul projesi, Küçükçekmece Gölü-Sazlıca Barajı-Terkos Gölünün doğusunu takip edecek güzergahta 45 km uzunluğunda, 20,75 metre derinliğinde ve en dar yerinin 275 metre inşa

³ Tablo, ilgili Kanallar ve İstanbul Boğazı'nın istatistiksel bilgileri harmanlanarak oluşturulmuştur. Süveyş Kanalı Gemi Geçiş İstatistikleri için, bkz. <https://www.suezcanal.gov.eg/English/Navigation/Pages/NavigationStatistics.aspx> (Erişim tarihi 25 Ocak 2020); Panama Kanalı Gemi Geçiş İstatistikleri için, bkz. <https://www.panacanal.com/eng/op/transit-stats/2019/Table-01.pdf> (Erişim tarihi 25 Ocak 2020); Türk Boğazları Gemi Geçiş İstatistikleri için, bkz. https://atlantis.udhb.gov.tr/istatistik/gemi_gecis.aspx. (Erişim tarihi 25 Ocak 2020)
Türk Boğazlarının 2019 yılı Gemi Geçiş İstatistikleri henüz yayınlanmadığı için en son veri olan 2018 yılı örnek verilmiştir.

edilmesi planlanmaktadır.⁴ Kanaldan geçebilecek en büyük geminin özellikleri 275-350 metre uzunlukta, 49 metre genişlikte, su seviyesinden 58 metre yükseklikte ve 17 metre su çekimi olarak kararlaştırılmıştır. Projenin bedeli, deplasmanlar, relokasyonlar ve geçişler dahil olmak üzere 75.000.000.000-TL olarak belirlenmiştir.⁵

Kanal İstanbul henüz hukuki bir zemine oturtulmamıştır ve inşa edildikten sonra Marmara Denizi iki yarımada ve bir de adaya sahip olacaktır. Kendi toprakları üzerinde inşa edileceği için Türkiye, Kanal İstanbul üzerinde tam egemenlik hakkına sahiptir ve bu yüzden Kanala ulusal bir statü kazandırmayı da tercih edebilir. Türkiye, diğer bir şekilde, Kanal İstanbul’u Montrö Boğazlar Sözleşmesine bağlı hale getirebilir ya da yeni bir uluslararası antlaşma ile Kanal İstanbul’a uluslararası statü kazandırabilir. Kanal İstanbul’un konumu ve inşa edildikten sonra elverişli ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için uluslararası hukuki statü kazandırılması daha uygun ve işlevsel olacağına ilişkin düşüncelere aşağıdaki başlıklarda daha detaylı olarak değinilecektir.

Kanal İstanbul’dan yapılacak geçiş sadece Kanalı değil, İstanbul ve Çanakkale Boğazlarındaki geçişleri de etkileyecektir. Kanal ve Türk Boğazlarına bakıldığında, Kanalı kendine özgü, dünya üzerinde başka hiçbir yerde bulunmayan özelliklere sahip olacağı ve dünya üzerinde tek olacağının söylenmesi doğru olacaktır. Çünkü dünya üzerinde doğal ve yapay su yolunun aynı güzergahta birbirine paralel olduğu ve aynı zamanda başka bir doğal su yoluyla bağlantılı olduğu başka bir kanal görülmemektedir. Kanal İstanbul ayrıca her ne kadar bağımsız bir su yolu gibi gözükse de Çanakkale Boğazındaki geçişleri de etkileyeceği için, aslında bağımsız bir kanal değildir. Çünkü Kanal İstanbul’dan geçecek gemiler, Ege Denizi’ne, oradan da Akdeniz’e açılmak için Çanakkale Boğazı’nı kullanmak zorunda kalacaklardır. Aynı şekilde Karadeniz’e açılmak için, geçiş yolu olarak Çanakkale Boğazı’nı kullanan gemilerin ya İstanbul Boğazı’nı ya da Kanal İstanbul’u tercih etmeleri gerekecektir.

Boğazlar doğal su yollarıdır ve uluslararası hukuktan kaynaklanan geçiş hakları vardır. Kanallar ise insan yapımı, yapay su

⁴ TC. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, “Kanal İstanbul Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu (Kanal İstanbul ÇED Raporu)”, Aralık 2019, s. xxi.

⁵ Kanal İstanbul ÇED Raporu, s. a ve xxi.

yollarıdır⁶ ve devletler kanallara uygulanacak kurallara bazı zamanlarda kendileri karar verebilirler. Ancak özel konumu nedeni ile Kanal İstanbul'a bakıldığında Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin maddelerinin by-pass edilmesini sağlamak için kanalın inşa edildiği iddiaları ile karşılaşılabilir. Bunun nedeni aynı güzergahta birbirine paralel doğal su yoluna uluslararası hukuktan kaynaklanan haklar kullandırıldığında, diğerine yani yapay su yoluna ise devletin kendisinin belirlediği ulusal statü ile kazandırılan haklar kullandırıldığında bu hakların çelişebilmesidir. Bu nedenle, Kanal İstanbul'un etkili ve elverişli kullanımı için, kanala diğer Karadeniz'e kıyıdaş devletler tarafından da kabul görebilecek uluslararası bir statü kazandırılması gerekmektedir.

Uluslararası hukuk kurallarına bakıldığında kanallardan geçiş statülerini düzenleyen dünya devletlerince kabul görmüş ortak bir düzenleme bulunmamaktadır. Ulusal kanallar, devletin kendi toprak egemenliğinin haiz olduğu kara ülkesinde inşa edilen kanallar olarak, uluslararası kanallar ise, bir veya birkaç devletin birlikte inşa ettiği ya da uluslararası antlaşma imzalayarak uluslararası statü kazandırdığı kanal olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, literatürde kanallara, doğal su yolları olan boğazlara benzerlikleri açıklanarak bu nedenlerden ötürü boğazlara uygulanan kurallara benzer kuralların uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁷

Bu noktada Uluslararası hukukta boğazların statüsünün belirlenmesinde etkili olan uluslararası sözleşmelerin kurallarının ve Türk Boğazlarının hukuki statüsünün bilinmesi, konunun daha net anlaşılması için gereklidir.

⁶ Ayşe Nur Tütüncü, "Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul", *Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt XXXVII, No 1, s. 116.

⁷ R. Palmer Cundick, "International Straits: The Right of Access", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt 5, No 1, s. 127-128. Richard.R. Baxter, Jan F. Triska, *The Law of International Waterways with Particular Regard to Interoceanic Canals*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1964, s.185-186.

III. ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU KURALLARI VE BOĞAZLAR

Uluslararası hukukun alt dalı olan Uluslararası Deniz Hukuku'nda Boğazlar ile ilgili başvurulacak iki temel kaynak vardır. Bunlardan birincisi 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi; ikincisi ise 1982 Birleşmiş Milletler Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesidir (BMDHS). Türkiye bu iki sözleşmeye de taraf değildir. 1982 BMDHS'nin hazırlanma aşamasında neredeyse her toplantısına delege göndermesine, toplantının düzenlenmesindeki faaliyetlere etkin olarak katılmasına karşın, Ege Denizindeki ihtilaflar, Karasularının 12 deniz miline çıkarılmasının istenmesi gibi çekinceleri nedeniyle taraf olmamıştır. Uluslararası hukuk kurallarında bir sözleşmeye çekince konularak da taraf olunabilmesine karşın, 1982 BMDHS'nin 298. maddesi çekince koyma yasağı getirmiştir ve Türkiye'nin çekince koyarak dahi olsa 1982 BMDHS'ye taraf olmasının önü kapatılmıştır. 1982 BMDHS'ye bakıldığında, bu sözleşme “zararsız geçiş” ve “transit geçiş” kavramları olmak üzere Boğazlardan geçiş rejimini iki farklı düzenlemeye tabi tutmuştur. 1982 BMDHS 19. maddesine göre, sahildevletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar verilmediği sürece bu geçiş zararsız geçiştir, ancak zararsız geçişin 1982 BMDHS'nin diğer hükümlerine ve uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer kurallara aykırı olarak kullanılmaması gerekmektedir. 1982 BMDHS 37. ve 38. maddelerine göre, transit geçiş rejimi ise uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara uygulanmaktadır⁸ ve bu boğazlardan geçecek tüm gemi ve uçaklar transit geçiş hakkına sahip olup gemi ve uçakların transit geçişleri engellenemez.

⁸ 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 37. maddesi bu boğazları, “açık denizden veya münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü ile açık denizden veya münhasır ekonomik bölgenin diğer bir bölümü arasında uluslararası seyrüseferler için kullanılan boğazlar” şeklinde tanımlamıştır. Boğazlar ile ilgili hukuki statüler hakkında daha fazla bilgi için bakınız. Erik Bruel, *International Straits: A Treatise on International Law-1 The General Legal Position of International Straits*, Copenhagen, Nyt Nordisk Forlag, 1947. Hugo Caminos, *The Legal Regime of Straits in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*, The Netherlands, Martinus Nijhoff, 1987.

1982 BMDHS'nin kuralları içerisinde bir diğer husus ise 35 (c) maddesinde yer almaktadır ve istisnai bir durum vardır. İlgili maddeye göre, uzun süreden beri, boğazlarla ilgili sözleşmelerle geçişlerin düzenlenmiş olduğu boğazlarda, 1982 BMDHS'nin maddeleri yerine, geçerli olan sözleşmelerin belirttiği hukuki rejimler uygulanmaya devam edilecektir. Bu kapsamdaki Boğazlardan biri de Türk Boğazlarıdır. Buradaki Türk Boğazları kavramı İstanbul Boğazı, Çanakkale Boğazı ve Marmara Denizini birlikte kapsayan bir ifadedir.

IV. TÜRK BOĞAZLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

Türkiye Cumhuriyeti döneminde Türk Boğazlarının hukuki statüsünü Lozan Boğazlar Sözleşmesi ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi şeklinde iki dönemde ele almak yerinde olacaktır.

A. Lozan Boğazlar Sözleşmesinden, 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesine Kadar Geçen Süreç

Lozan Barış Antlaşmasında Türk Boğazlarının statüsünün belirlenmesi için, düzenleme yapılmıştır. Lozan Barış Antlaşmasının 23. maddesinde Türk Boğazları ile ilgili sorunlar genel hatları ile belirtilmiştir. Daha detaylı olarak ise, Türk Boğazlarına ilişkin düzenlemeler 20 maddelik Lozan Boğazlar Sözleşmesi içerisinde ele alınmıştır. Askerî açıdan Türkiye'nin tehlike içinde olacağı durumları engellemek adına, Milletler Cemiyeti, Britanya, Fransa, İtalya ve Japonya'nın garanti sağlamasının belirtilmesinin yanında, Lozan Boğazlar Sözleşmesinde boğazlar ile ilgili yer alan hususlardan en önemli ikisi şöyledir:

- 1) Türkiye'nin de içinde bulunduğu uluslararası komisyona, Türk Boğazlarından geçişi düzenleme ve denetleme yetkisi verilmiştir.
- 2) Boğazların iki tarafına da sınırları daraltılmış askersiz bölge ihdas edilmiştir.

İki hususun önemi, Türkiye'nin Boğazlar üzerindeki egemenlik haklarının tamamen sınırlandırılmış olmasıdır. Türkiye, kendi kara egemenliği içerisindeki Boğazlara hâkim olamayacak, gelen tehlikelere ise garantör devletlerin izni olmadan müdahale edemeyecektir.

B. Montrö Boğazlar Sözleşmesinden Sonraki Süreç

Lozan Boğazlar Sözleşmesinden sonra, ileride bu sözleşmenin Türkiye'nin egemenlik hakları açısından problemlere neden olacağı öngörülmüş, tüm yabancı basın ve politikalarda yeni sözleşme yapılması için uygun zemin hazırlanılmaya çalışılmıştır⁹ ve 20 Temmuz 1936 yılında Montrö Boğazlar Sözleşmesi imzalanmıştır. Montrö Boğazlar Sözleşmesi 29 maddeden, 4 Ek ve 1 Protokolden oluşmaktadır.¹⁰ Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin, Karadeniz'in ve Türkiye'nin güvenliğini sağlaması, Türk Boğazlarındaki geçiş serbestisinin nasıl olacağını içermesi, Karadeniz ve Akdeniz'deki denge politikasını sağlaması için gereklilikleri ortaya koyması ile birlikte, Türkiye'ye sağladığı en önemli iki husus şunlardır:

- 1) Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile Lozan Boğazlar Sözleşmesi tarafından getirilen Boğazlar Komisyonu kaldırılmıştır.
- 2) Yine Lozan Boğazlar Sözleşmesinde yer alan askerden arındırılmış bölgeler Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile kaldırılmıştır.

⁹ İçinde bulunulan dünya koşullarında Boğazların Lozan Boğazlar Sözleşmesinden ötürü içinde bulunduğu koşullar Türkiye'nin güvenliğini tehdit etmeye başlamıştır. Ayrıca yine Lozan Boğazlar Sözleşmesinin hükümleri nedeni ile Türkiye'nin Boğazları savunması güç hale gelmiştir. Bu durumlar Türkiye'nin tutumu açısından basında yer almakla birlikte, Türkiye'nin yeni sözleşme yaparken Boğazdan geçişlerde ve ticaretin gerçekleşmesinde engel olma amacının olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca Türkiye'nin Boğazlarla ilgili sorunları diplomatik yollarla çözmek istediği yine basında yer almıştır. Hakan Uzun, "Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin Yankıları", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Cilt 16, No 61, s. 400-401. Uzun, konuyu açıklarken Yunus Nadi'nin "Bugün Montröde Boğazlar Konferansı Açılıyor" başlıklı, 22 Haziran 1936 tarihli Cumhuriyet Gazetesine atıfta bulunmuştur.

¹⁰ Sami Doğru, "Türk Boğazları'nın Hukukî Statüsü: Sevr Ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, No 2, s. 154. Şule Güneş, "Türk Boğazları", *ODTÜ Gelişme Dergisi*, 34 (Aralık), 2007, s. 228-229. Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku*, İstanbul, Beta Kitapevi Baskı 5, 2016, s. 126.

Böylelikle Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile Boğazlar yeniden Türk egemenliği altına girmiştir. Montrö Boğazlar Sözleşmesinin yapıldığı tarihteki Türkiye'nin içinde bulunduğu koşullar da düşünüldüğünde, sözleşmenin Türkiye'ye çok kuvvetli egemenlik hakkı tanıdığı fark edilmektedir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin giriş kısmında amaç olarak "...Türkiye'nin güvenliği ve Karadeniz'de, kıyıdaş Devletlerin güvenliği çerçevesinde koruyacak biçimde, düzenlemek isteğiyle duygulu olarak..." ifadeleri yer almaktadır. Sözleşmede yer alan bu ifadeye göre, Türkiye'nin Türk Boğazları ile ilgili yapacağı düzenlemelerde ya da alacağı tedbirler için yapacağı değerlendirmelerde, sadece Türkiye'nin değil, Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin de güvenliklerini dikkate alması gerekecektir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesinin geçiş rejimi ile ilgili hükümlerine bakıldığında, gemilerin geçişlerinin sözleşme içerisinde, gemilerin türlerine göre savaş gemisi ve ticaret gemisi, gemilerin geçtiği zamanlara göre ise, barış zamanı, savaş zamanı ve pek yakın savaş tehdidi zamanı olarak farklı farklı düzenlendiği görülmektedir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesinin 2. maddesinde ticaret gemileri ile ilgili geçiş rejimi hükümlerine yer verilmiştir. Bu maddeye göre barış zamanında ticaret gemileri, bayrağı ve yükü ne olursa olsun, uluslararası sağlık kuralları çerçevesinde, Türk yasalarıyla konulmuş olan sağlık denetimi hariç, hiçbir formaliteye tabi olmaksızın, gece ve gündüz olması fark etmeksizin, Türk Boğazlarından geçiş yapabilmektedir. Sözleşmenin 2. maddesindeki "bayrağı ve yükü ne olursa olsun" ifadesi Türk Bayrağı olmayan yabancı gemilerin yük olarak silah, savaş uçağı taşımış olsalar bile geçişine bir kısıtlama getirmemektedir. Montrö Boğazlar Sözleşmesi her ne kadar egemenlik haklarını artırmış olsa dahi, bu maddedeki bayrak ve gemideki yükün sınırlamaya tabi olmaması, Türkiye'nin egemenlik yetkisini kullanabilmesi açısından bir kısıtlama oluşturmaktadır.

Montrö Boğazlar Sözleşmesinin 2. maddesine göre, kılavuzluk isteğe bağlıdır. Kılavuzluğun gemiler için ihtiyari olması, İstanbul Boğazı'nın coğrafi yapısındaki keskin dönemeçler dikkate alındığında deniz kazalarını tetiklediği söylenebilir.¹¹ Deniz kazalarını tetikleyen bu

¹¹ 1979 yılında Köstence Limanına, Libya'dan aldığı ham petrolü götürmekte olan Rumen tankeri Independenta ile Yunan Kosteri Evriali ile Boğazlarda

durumun engellenmesi için 1994 yılında Türk Boğazlarında artan deniz trafiği ve kazalara karşı “Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük” kabul edilmiştir. Ancak, bu tüzüğün Montrö Boğazlar Sözleşmesine aykırı maddeler içerdiği bazı devletler tarafından¹² iddia edilmiştir ve 1994 Tüzüğü üzerinde değişiklikler yapılarak 1998 yılında “Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü” yayınlanmıştır. 1998 Tüzüğü İstanbul, Çanakkale Boğazı ve Marmara Denizi’ni kapsayarak Türk Boğazları terimini kullanmıştır. 1998 Tüzüğü ile, 1994 yılında Montrö Sözleşmesine ve uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğu ilgili devletlerce iddia edilen maddelerin getirdiği kısıtlamalar en aza indirilmiştir. 1994 Tüzüğünde gemilerin boyları 150 metre olduğunda büyük gemi ifadesi kullanılırken, 1998 Tüzüğünde IMO Kural ve Tavsiyeleri gereği boyları 200 metrenin üzerinde olan gemiler büyük gemi olarak nitelendirilmiştir.¹³

1998 Tüzüğünde özellikle kılavuzluk faaliyetleri ile ilgili maddelere göz atıldığında uğraklı gemiler için düzenleme getirildiği görülmektedir. 1998 Tüzüğünde Türk Boğazlarına gelip de limana uğrayacak gemiler için kılavuz alma zorunluluğu getirilmiş olup, zorunlu

çarpışmıştır. Kazanın etkisiyle Kadıköy, Kabataş taraflarına bakan evlerin camları bile parçalanmıştır. Kaza ile 41 kişi ölürken, kazanın çevreye verdiği zararın temizlenmesi aylar almıştır. Kudret Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları-22, 1999, s. 54, 107, 113.

¹² Özellikle Rusya Federasyonu başta olmak üzere, Yunanistan, Bulgaristan (gemi geçişlerinin gecikmesine neden olması gerekçesine dayanarak) Türkiye’nin hazırladığı Tüzük ile Montrö Boğazlar Sözleşmesine aykırı hareket edip, uluslararası su yolu olan Türk Boğazları için tek taraflı yeni uygulama getirildiğini iddia etmişlerdir. Bu itiraz Rusya Federasyonu tarafından IMO’ya iletilmiştir. Kudret Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, s. 131-132.

¹³ IMO Kurallar ve Tavsiyelerinin yaptığı tanımlamalara göre büyük gemi 200 metre ve 200 metrenin üzerinde olan gemilerdir. Yine IMO Kurallar ve Tavsiyelerin tanımına göre derin draftlı gemiler ise 15 metre ve 15 metreden daha derin su çekimli gemilerdir. Oysa Türk ulusal düzenlemeleri büyük gemiyi 150 metre ve üzerindeki gemiler olarak kabul etmişlerdir. Ayrıca 10 metre ve daha derin su çekimli olan gemileri derin draftlı gemi olarak düzenlemişlerdir.

kılavuz alma olmadığı zamanlarda oluşan kazalar azaltılmaya çalışılmıştır.¹⁴

Montrö Boğazlar Sözleşmesinde savaş gemileri ile ilgili düzenlemelerde, savaş gemilerinin boğazdan geçişleri, ayrıca Karadeniz’de savaş gemilerinin bulundurulması açısından belirli standartlara sahip olmaları gerektiği görülmektedir. Karadeniz’e kıyıdaş olmayan devletlerin sadece hafif su üstü gemileri, küçük savaş gemileri ve yardımcı gemileri Türk Boğazlarından geçebilmekte ve Karadeniz’e girebilmektedir. Gemilerle ilgili olarak sayı, gün ve hacim sınırlaması da bulunmaktadır. Türk Boğazlarından transit olarak geçiş yapacak bütün yabancı deniz kuvvetlerinin sayısı 9’u geçemeyecek ve tonaj olarak da yabancı deniz kuvvetlerinin en yüksek tonajı 15.000 tonu aşmayacaktır. Karadeniz’de bulunma süresi olarak da kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemileri açısından 21 günle sınırlandırılma bulunmaktadır. Kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemilerinin Karadeniz’de bulunma süresi 21 günü aşamayacaktır. Örnek verilecek olursa Amerika Birleşik Devletleri ya da Çin gibi devletlerin büyük savaş gemileri, denizaltıları, uçak gemileri Türk Boğazlarından geçemeyecek ve Karadeniz’e açılmayacaktır.¹⁵ Amerika gibi Karadeniz’e kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemileri, 21 günden fazla Karadeniz’de bulunamayacaktır.

Montrö Boğazlar Sözleşmesinin transit geçişte bulunan gemilerle ilgili tonaj ve sayının belirtildiği 14. maddesi ile Karadeniz’e kıyıdaş olmayan devletlerin barış zamanında burada bulundurabileceği toplam tonajı ve savaş gemilerinin kaç gün Karadeniz’de bulunabileceğini içeren 18. madde önemlidir. Bu maddelerin değiştirilmesi için Karadeniz kıyıdaşı bağıtlı yüksek tarafların dörtte üçünün çoğunluğunun sağlanması gerekmektedir ve Montrö Boğazlar Sözleşmesinin 29. maddesinden de anlaşılacağı üzere, Türkiye de bu çoğunluk içine dahil edilecektir. Sözleşmenin 29. maddesine göre özellikle savaş gemileri açısından Türkiye’nin egemenliğini artıran maddeler oldukları için, 14. ve 18.

¹⁴ Tüzükler için daha detaylı bilgi: Kudret Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*. Kuran, Selami. “Deniz Hukukunda Deniz Çevresinin Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt XIII, 2007, s.13.

¹⁵ Karadeniz, ABD’nin sürekli deniz gücünü bulundurmadığı istisnai deniz alanıdır.

madde değişiklikleri Türkiye'nin onayına bağlanmıştır ve Türkiye'nin onayı olmadan bu maddelerde değişiklik yapılamayacaktır.

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin 20. maddesinde savaş zamanında Türkiye savaşan devlet olduğunda, Boğazlardan geçişte Türkiye'nin istediği düzenlemeyi yapabileceği belirtilmiştir. Türkiye'nin kendisini pek yakın savaş tehdidine karşı koruması ise Montrö Sözleşmesi 21. maddede belirtilmiş ve yine 20. maddedeki gibi kendini pek yakın savaş tehdidinde hissederse, Montrö Boğazlar Sözleşmesindeki gemilerin geçişlerini düzenleyen maddeleri uygulamak zorunda kalmayacak, geçişlerde istediği düzenlemeyi yapabilecektir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesinin feshi ile ilgili düzenleme ise, Sözleşmenin 28. maddesinde belirtilmektedir. Montrö Boğazlar Sözleşmesi ilk imzalandığı dönemde, geçiş ve gidiş- geliş özgürlüğü ilkesinin Sözleşmenin 1. maddesinde doğrulandığı ve bunun sonsuz bir süresi olacağı belirtilmiş, bunun dışındaki Sözleşme maddeleri ise 20 yıllık bir süre için yapılmıştır. Ancak Montrö Boğazlar Sözleşmesinin 2 yıllık fesih süresi vardır ve sona erdirmeye ön bildiriminden başlayarak 2 yıl geçinceye kadar Sözleşmenin yürürlükte kalacağı belirtilmiştir. Günümüze kadar geçen süre boyunca devletler Montrö Boğazlar Sözleşmesinin sona ermesini istememişlerdir.

Uluslararası hukukta boğazlar ile ilgili hukuki düzenlemeler ve Türk Boğazlarının hukuki statüsü¹⁶ ile ilgili belirlenmiş sözleşmeler olsa da uluslararası hukukta kanalların hukuki statüsünü belirleyen kesin, ortak bir sözleşme metni olmadığı için, kanalların hukuki statüsünün belirlenmesi boğazlar kadar kolay olmayacak ve bazı sorunlarla karşılaşılacaktır.

V. KANALLARIN STATÜLERİ BELİRLENİRKEN KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Tarihsel süreçte Süveyş veya Panama Kanalları gibi dünya ticareti için elverişli ve önemli kanalların inşa edilmesinin hayalini kurmak bile imkânsız gibi görünmüştür. Günümüzde hayallerinin bile

¹⁶ Türk Boğazlarının hukuki statüsü hakkında daha fazla bilgi edinmek için bakınız. Nihan Ünlü, *The Legal Regime of the Turkish Straits*, The Hague, Martinus Nijhoff Press, 2002.

imkânsız olduğu kanallar inşa edilmiş ve imkânsız görülenler gerçeğe dönüşmüştür. Yapılması imkânsız gibi görünen su yollarının hukuki statülerini kazanmaları sürecinde bazı problemler ortaya çıkmıştır. İlgili su yollarının hukuki statüleri anlaşmalardan, teamül hukukundan ya da tek taraflı anlaşmalardan oluşturulmuştur. Kanallar doğal su yolları olmayıp, insanların kendilerinin inşa ettiği yapay su yolları olması dolayısı ile idari ve finansal yönetimleri, kontrolleri, geçiş ve kullanımlarını düzenleyecek şartlar açısından pek çok problemle karşılaşmaktadır.¹⁷

Süveyş ve Panama kanallarının geçmişindeki sözleşmeleri dar ve kullanım amacıyla uygulanması zor hükümler içermekteydi. Hukuki zemini tamamen hazırlanmadan inşa edilen bu kanallarda, daha sonra yönetimleri ve hukuki statüleri ile ilgili birçok problem ortaya çıkmaya başlamıştır.¹⁸ Problemlerle ilgili bilgi verilecek olursa, öncelikle Süveyş Kanalı yapımına Mısır Hidivinin¹⁹ Fransa'ya imtiyaz sağlaması ile başlanılmış, Fransa yine imtiyaz sahibi olarak kanalın inşasını 1854 yılında tamamlamıştır.²⁰ 1856 yılına gelindiğinde Fransız şirketine tekrar 99 yıllık imtiyaz sağlanarak kanalın bu 99 yıllık sürenin tamamlanmasından sonra Mısır Devletine geçeceği öngörülmüştür.²¹ Bu dönemde kanal öncelikle uluslararası statüdedir. Kanalın üzerinde ise, ilk olarak Fransızların, Mısır Hazinesinin, Mısır Hidivinin payı vardır. Daha sonra ise Fransız şirketine yaşadığı ekonomik problemlerden ötürü Büyük Britanya ortak olduğu için, bu aşamadan itibaren Süveyş Kanalı üzerinde

¹⁷ Jon M. Van Dyke, "Transit passage through international straits." *The Future of Ocean Regime-Building*. Brill Nijhoff, 2009, s. 175-232.

¹⁸ Obieta ve Baxter, *The International Status of the Suez Canal*.

¹⁹ Mısır Hidivliği 1867 ile 1914 yılları arasında Mısır Valiliklerini temsil etmek için kullanılmış terimdir. "Valilik" terimi Osmanlı Devleti'nde eyalet sistemi zamanında Mısır için kullanılırken, Osmanlı Devletinin merkezi otoriteyi güçlendirmek için vilayet sistemine geçmesi ile Mısır'ın sıradan bir Osmanlı vilayeti olmadığına anlaşılması için "Hidivlik" terimi kullanılmaya başlanmıştır.

²⁰ Simcha Dinitz, "Legal Aspects of the Egyptian Blockade of the Suez Canal", *Georgetown Law Journal*, Cilt 45, No 2, 1956-1957, s. 170.

²¹ Geoffrey Marston, "Armed Intervention in the 1956 Suez Canal Crisis: The Legal Advice Tendered to the British Government." *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 37, No 4, 1988, s. 774. Burton Andrews "Suez Canal Controversy." *Albany Law Review*, Cilt XXI, No 1, 1957, s. 17.

Büyük Britanya'nın da payı olmuştur. Tarih 1882 yılını gösterdiğinde Büyük Britanya Mısır'ı işgal etmiş, bu da kanaldan geçiş yapan devletleri tedirgin etmeye başlamıştır.²² Devletler Süveyş Kanalındaki uluslararası geçişlerini garantiye almak istemişler ve 1888 İstanbul Sözleşmesini imzalamışlardır. Mısır'ın bağımsızlığından sonra ise, kanalın ulusallaşması istenmiş olsa da, dünya devletleri kendi çıkarlarını da korumak adına, siyasi ve hukuki açıdan kanalın ulusallaşmasına sıcak bakmamışlardır. Tarihler 1954 yılını gösterdiğinde Mısır kralının askerlerce devrilmesinden sonra Cemal Abdul Nasır'ın Mısır devrim ilkelerini ortaya koyduğu, bunların arasında da en önemlilerinin Büyük Britanya'nın askeri birliklerinin Süveyş kanalından çekilmesine ilişkin anlaşması olduğu, diğerinin de 1956 yılında Nasır'ın Süveyş Kanalı'nı ulusallaştırması olduğu söylenebilecektir.²³ Ancak Süveyş Kanalının ulusallaşması aşamasında ekonomik problemlerde ortaya çıkmıştır. Özellikle Nil üzerindeki Asvan Barajı inşaatı için Mısır'ın dış güçlerden krediye ihtiyaç duyması, bunun için de aynı anda uygun olmayacak şekilde Nasır'ın Çin, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Sovyetler Birliği, Büyük Britanya gibi devletlerle diplomatik ilişkiye girmesi sorun teşkil etmiştir. Çünkü Nasırın aynı anda birden fazla devletle diplomatik ilişkiye girdiğini öğrenen bu devletler baraj için finansman desteklerini geri çekmeye başlamışlardır.²⁴ Bağımsızlığının ilan eden Mısır ekonomik olarak sıkıntıya düşmüş, bu nedenle de ulusallaşma aşamasında problemler yaşamıştır. Yine de 1956 yılında Nasır finansal açıdan problemleri dikkate almadan kanala ulusal statü vermiştir. Kanal ulusal statü verilmesi petrol taşımacılığı dengesini bozmaya başlamış ve özellikle Büyük Britanya'yı rahatsız etmiştir. Süveyş Kanalının ulusallaşmasına en çok Büyük Britanya ile Fransızlar karşı çıkarken, ABD kanalın ulusallaşmasını uluslararası mesele olarak kabul etmemiştir. Hatta Sovyetler Birliği ile ABD'nin bu sorunun çözülmesi aşamasında fikir birliğinde olduğu bile söylenebilecektir. Süveyş Kanalının kullanılması sorunu pek çok devleti etkilediği için "Süveyş Kanalını

²² Jan F. Hostie, "Notes on the International Statute of the Suez Canal," *Tulane Law Review*, Cilt 31, No 3, 1956-1957, s.398.

²³ M. Bürkan Serbest, "Süveyş Kanalı'nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı," *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 6, No 4, 2017, s. 698.

²⁴ Serbest, "Süveyş Kanalı'nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı," s. 699-700.

Kullanıcılar Birliği" 1 Ekim 1956'da kurulmuş, ancak bu örgütün kanalın kullanılması için konferanslarda aldığı kararlar Mısır tarafından reddedilmiştir.²⁵ Mısır'ın kanal üzerindeki ulusallaştırma faaliyetinden memnun olmayan Büyük Britanya ile Fransızlar İsrail'i kışkırtarak, İsrail'in 26 Ekim 1956 tarihinde Mısır'a saldırmasına neden olmuşlardır.²⁶ İsrail'in Mısır işgali üzerine ABD, Sovyetler Birliği Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine bildirimde bulunmuş, bunun üzerine de konsey Büyük Britanya ile Fransızlara yapılan işgali durdurmalarını belirten ultimatoma ilemiştir. Ancak Büyük Britanya ile Fransızlar tarafından bu kabul edilmemiş, veto edilmiştir.²⁷ Tarih 30 Ekim 1956'yı gösterdiğinde Büyük Britanya ile Fransızlar, Mısır ile İsrail'e ateşkes ilan edip, kanal bölgelerinden çekilmelerini söylemiş, ancak bu da Mısır tarafından kabul edilmemiştir. Bu nedenle de 31 Ekim 1956 tarihinde Britanya ile Fransızların vetolarına karşılık Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, olağanüstü genel kurula çağırılmış, 1 Kasım'da sunulan önerge 2 Kasım'da oy çokluğu ile kabul edilmiş, yapılan toplantılar sonucu Sovyet Rusya ile ABD görüş birliğinde bulunarak diğer kanal toplantıya katılan devletlerin çoğunluğu ile devletlerin çoğunluğu ile Büyük Britanya ile Fransa'yı ateşkes yapmaları için zorlamışlardır.²⁸ ABD ile Sovyet Rusya'nın buradaki beraber ve güçlü duruşundan ötürü Kasım ayında Büyük Britanya, Aralık ayında ise Fransa ateşkes ilan etmiştir. Bu iki devlet ABD ile Sovyet Rusya tarafından kınanmıştır.

Panama Kanalı'na gelindiğinde ise, kanalın yapılmasının ilk yıllarında stratejik eksiklikler nedeni ile kanalın kazılması sonucu ortaya çıkan atıkların nakilleri probleme neden olmuştur. Bu nedenle de toprak kaymaları görülmeye başlanmıştır. Panama Kanalının ilk yapımı Süveyş kanalının inşa edilmesini gerçekleştiren şirket aracılığıyla başlamış, ancak Süveyş Kanalı'nın inşa edilmesinde uygulanan yöntemlerin, Panama Kanalına uygun olmadığına ortaya çıkması ile projenin

²⁵ Serbest, "Süveyş Kanalı'nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı," s. 702.

²⁶ Serbest, "Süveyş Kanalı'nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı," s. 704.

²⁷ Serbest, "Süveyş Kanalı'nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı," s. 704- 705.

²⁸ Serbest, "Süveyş Kanalı'nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı," s. 704- 705.

gerçekleşmesi uzun süre durmuştur. 1900’lü yıllara gelindiğinde kanalın açılması için çabalar başlamış, ancak o dönem Kolombiya ile birleşik olan Panama, Kolombiya Meclisi’nin kanalın açılmasına onay vermemesi nedeniyle kanalın açılmasını sağlayamamıştır. Bu süreçten sonra ABD’nin desteğini alarak 1903 tarihinde Panama bağımsızlığını ilan etmiştir, yine aynı yıl Hay- Bunau Varilla antlaşması imzalanıp, kanalın açılması faaliyetleri başlamıştır. ABD kanal yapım ve işletmesinin üstlenmiş, bir kereye mahsus olarak Panama’ya 10 milyon dolar vermeyi, yıllık ise sabit 250 bin dolar kâr payı ödemeyi kabul etmiştir.²⁹ Böylelikle Panama kanalı 1914 yılında trafiğe açılmıştır. 1977 yılına kadar devam eden süreç, bu tarihte Jimmy Carter ve Panama Lideri Omar Torrijas ile yapılan antlaşma ile 1999 yılına gelindiğinde kanalını işletilmesinin devrinin Panama Devletine geçeceği üzerinde mutabık olunmuştur. Bu süreye kadar Panama Devleti kanaldan egemen devlet olarak yeterince faydalanamamıştır.³⁰

Süveyş ve Panama Kanallarının hukuki statüleri kanalların yapımından sonra verilmeye çalışılmış ve bu nedenle, hukuki yapıları ile ilgili problemlerin çözüm süreçleri daha da zorlaşmıştır. Süveyş ve Panama Kanalları için hukuki altyapının kurulması sırasında yaşanmış olan problemler ile Türk Boğazlarının geçişleri düzenlenirken Lozan Boğazlar Sözleşmesinden, Montrö Boğazlar Sözleşmesi aşamasına kadar yaşanan problemler göz önünde tutulduğunda, Kanal İstanbul’un aynı zorluklarla karşılaşmaması için inşa edilmeden önce sağlam hukuki zemin üzerine inşa edilmesi gerekmektedir. Sağlam bir hukuki zemin üzerine kurulması için dünya üzerindeki önemli kanallar olan Süveyş ve Panama kanallarının hukuki statülerinden bahsetmek, onlarda yapılan hataların Kanal İstanbul’un hukuki statüsü belirlenirken tekerrür etmemesini sağlamak adına gereklilik arz etmektedir.

²⁹ Howard M. Rubin, “The Panama Canal Treaties: Keys to the Locks,” *Brooklyn Journal of International Law*, Cilt 4, No 2, 1978, s. 165.

³⁰ Süveyş ve Panama Kanalları ile ilgili sorunlar hakkında daha fazla bilgi için bakınız. Norman J Padelford. “The Panama Canal and the Suez Crisis,” *American Society of International Law Proceedings*, cilt 51, No1, 1957, s. 10-18., Robert Delson “Nationalization of the Suez Canal Company: Issues of Public and Private International Law,” *Columbia Law Review*, Cilt 57, No 6, 1957, s.755-786. Harmodio Arias, *The Panama Canal: A Study in International Law and Diplomacy*, New Mexico, The Minerva Group, Inc., 2000.

VI. SÜVEYŞ VE PANAMA KANALLARINA UYGULANAN HUKUKİ STATÜLER

A. Süveyş Kanalı

Süveyş Kanalı Akdeniz ve Kızıldeniz'i birbirine bağlamaktadır. Aslında Akdeniz ve Kızıldeniz'i kanalla birbirine bağlama fikri yüzyıllar öncesine dayanmakla birlikte Süveyş Kanalı'nın inşasına 1859 yılında başlanmış, kanal 1869 yılında ise hizmete açılmıştır. 99 yıllık süre için işletilmesi Uluslararası Süveyş Kanalı Şirketine bırakılmıştır.³¹ Bu süreçten sonra Mısır hükümetine devredileceğine dair anlaşılmıştır. Ancak 1875'te Fransız yatırımcıların hissedar olduğu şirket hisselerinin bir kısmı Britanya'ya devredilmiştir. Kanalin millileştirilmesi 1956 yılına kadar sürmüştür ve bu süreçte İngilizler ve Fransızların kontrolü altında kalmıştır.

Tarihler 26 Temmuz 1956'yı gösterdiğinde Mısır'ın Süveyş Kanalı'nı şirketinin ulusallaştırması, batılı devletlerin menfaatlerini olumsuz yönde etkilemeye başlamıştır.³² Çünkü Batılı devletlere göre Süveyş Kanalı'nın ulusallaştırılması demek Akdeniz'deki Batı devletler lehine olan dengeyi bozulması demektir. Ayrıca yine Süveyş Kanalı'nın ulusallaştırılması ile Batılı Devletlerin uzak doğu devletleri ile daha önceden özgürce devam eden bağlantısı sınırlanmış olacaktır. Bu nedenle de özellikle Büyük Britanya ile Fransa özellikle Mısır'ın tam egemenliğe sahip olmasını istememiştir. Anlaşmazlığı uluslararası konferanslar ve müzakere ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi dahilinde çözmek için birkaç girişimde bulunulmuştur. Ancak sorun çözülememiştir. Büyük Britanya ve Fransa silahlı kuvvetle Ekim 1956'daki Süveyş Kanalı için şirkete müdahale etmişlerdir. Süveyş Kanal şirketini ulusallaştıran Mısır yasası, Kanaldaki geçiş özgürlüğünü doğrudan etkilememiştir. Ancak, Kanal'ın birçok farklı milletten vatandaşları içeren bir şirket tarafından yönetilmesinin kendi başına geçiş özgürlüğü için bir garanti olduğu ve bu

³¹ J. F. McC., Jr. "The Law of International Waterways: An Approach to a Suez Canal Solution." *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 105, No 5, 1957, s. 714-44. Ruth Lapidot, "The Reopened Suez Canal in International Law." *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Cilt 4, No 1, 1976, s. 8-9.

³² Lapidot, "The Reopened Suez Canal in International Law", s. 13.

garantinin ulusallaşmanın bir sonucu olarak kaybolduğu tartışılmıştır. Ulusallaşmadan sonra, *Nasır*, serbest geçiş ilkesine ve İstanbul Sözleşmesinde belirtilen kurallara bağlılığını birkaç kez vurgulamıştır. Bu açıdan özellikle ilgi çeken, oybirliğiyle kabul edilen ve Mısır tarafından kabul edilen 13 Ekim 1956 tarihli Güvenlik Konseyi Kararı'dır.³³ Konsey, Süveyş sorununun çözülmesi için altı şartın yerine getirilmesi gerektiği konusunda anlaşmıştır: 1. Hem siyasi hem de teknik açıdan ayrımcılık yapılmaksızın Kanal üzerinden serbest ve açık geçiş sağlanmalıdır; 2. Mısır'ın egemenliğine saygı duyulmalıdır; 3. Kanalın işletilmesi herhangi bir devletin siyasetinden yalıtılmış olmalıdır; 4. geçiş ücretleri ve ücretlerin tespit edilme şekli Mısır ile kullanıcı devletler arasındaki anlaşma ile belirlenmelidir; 5. aidatların belli bir kısmı gelişime ayrılmalıdır; 6. ihtilaf durumunda Süveyş Kanalı Şirketi ile Mısır Hükümeti arasındaki çözülememiş sorunlar tahkim yoluyla çözülmelidir.³⁴ Anlaşmazlığı uluslararası konferanslar ve müzakere yoluyla ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi içinde çözmek için çeşitli girişimler yapılmıştır. Bu konuda diğer önemli bir belge de Mısır Hükümetinin, 24 Nisan 1957 tarihinde BM Genel Sekreterliğine Süveyş Kanalının idaresinin nasıl olacağını bildirmek için gönderdiği belgedir. Belge içerisinde tüm devletler için ücretsiz, kesintisiz geçişin olacağı, 1888 İstanbul Sözleşmesinin hükümleri teyit edilmekle birlikte, kanalın Mısır idaresinde olacağı yer almaktadır. Ayrıca bu belgenin uluslararası nitelikte bir belge olarak kabul edilmesi istenmiştir. Yine 1888 İstanbul Sözleşmesi ve kabul edilecek olan beyannameden doğan anlaşmazlıklar Uluslararası Adalet Divanında çözülecektir.³⁵

Kanal'dan geçişlerin kapatılmasına bakıldığında, 1956 yılında Fransız, İngiliz ve İsrail'in Mısır'a saldırması, 1967 yılında ise İsrail ile savaş sebebiyle geçişe kapatılmıştır. Bu kapama 1975 yılına kadar devam etmiştir.³⁶

³³ Lapidoth, "The Reopened Suez Canal in International Law", s. 14.

³⁴ Lapidoth, "The Reopened Suez Canal in International Law", s. 15.

³⁵ Lapidoth, "The Reopened Suez Canal in International Law", s. 15-16.

³⁶ Süveyş Kanalının tarihi ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. <https://www.suezcanal.gov.eg/English/About/SuezCanal/Pages/CanalHistory.aspx> (Erişim tarihi 25 Ocak 2020).

Süveyş Kanalı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Obieta ve Baxter, *The International Status of the Suez Canal*.

Süveyş Kanalı ile ilgili geçiş düzenlemesi temel olarak 1888 İstanbul Sözleşmesi ile öngörülmüştür. İstanbul Sözleşmesinin nihai metni 29 Ekim 1888 yılında imzalanmıştır.³⁷ Özellikle Britanya ve Fransa'nın sözleşme ile ilgili çekinceler koyması ile yürürlüğe girememiştir. Sözleşmenin 10. maddesindeki Mısır'ın savunulması ve kendi kamu düzenini koruması için kendi güçleri tarafından tedbir alması, yine Sözleşmenin 1. maddesindeki savaş ve barış zamanında tüm gemilerin geçişine geçiş serbestisi verilmiş olunması konularında problem yaşanmıştır.³⁸ Daha sonra 1904 yılında Birleşik Krallık ve Fransa arasında Dostluk Antlaşması imzalanmıştır.³⁹ Bu antlaşmaya göre Mısır ve Fas'taki hakimiyet hukuku taraf devletlerce belirlenmiş ve bu nedenle de çekinceler geri alınıp 1888 tarihli İstanbul Sözleşmesinin yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Sözleşme ile “geçiş serbestliği” ilkesi benimsenmekle birlikte taraf devletlerin dışında diğer devletlere de taraf devlet olma imkânı tanınmıştır.⁴⁰ Kanaldan barış ve savaş zamanında ticaret veya savaş gemisi ayrımı olmaksızın bütün gemiler geçebilecek ve geçişlere engel olunamayacaktır.⁴¹ Savaş gemileri olsa bile kanalın ait olduğu devlete hiçbir egemenlik hakkı tanınmamıştır. Sözleşmenin 4. maddesine göre, savaşa katılan devletlerin savaş gemileri bile kanaldan hiçbir engel olmadan, geçişle ilgili hiçbir kısıtlama olmadan geçebilecektir. Sözleşmeye göre taraflar, kanalın serbest dolaşımını engellemeye yönelik savaş hakkı, düşmanca davranış göstermeme ya da buna benzer herhangi bir eylemde bulunmama konusunda hemfikirdir.

³⁷ McC., Jr. The Law of International Waterways: An Approach to a Suez Canal Solution. Sevim Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1984, s. 134.

³⁸ McDougal, Myres S., ve Trevor J. Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, New Haven, Yale University Press, 1962, s. 1075.

³⁹ Halford L. Hoskins, “The Suez Canal as an International Waterway”, *American Journal of International Law* Cilt 37, No 3, 1943, s. 373-385.

⁴⁰ 1888 İstanbul Sözleşmesi, madde 15. Sözleşmeyi imzalayan devletler Osmanlı İmparatorluğu, Britanya, Rusya, Fransa, Almanya, Avusturya Macaristan, İtalya, Hollanda, İspanya'dır.

⁴¹ 1888 İstanbul Sözleşmesi, madde 1.

Geçiş rejimleri ile ilgili Sözleşmenin 4., 5., 7. ve 8. maddelerinin istisnaları vardır. İstisnalar şu şekilde sıralanabilir:

-Osmanlı ve Mısır taraflarından bakıldığında Sözleşmeye uyulmasını sağlamak adına savaş gereklirse,

-Mısır açısından kendi güçleri tarafından savunmasını ve kamu düzeninin korunmasını güvence altına almak için gerekli olabilecek önlemler alması gereklirse,

-Osmanlı İmparatorluğu açısından, Kızıldeniz'in doğu kıyısında yer alan diğer Osmanlı mallarının kendi askeri güçleri tarafından savunulduğunu güvence altına almasının gerekli olduğu düşünülüyorsa, bu nedenle alınan önlemlere 4., 5., 7. ve 8. maddelerin engel teşkil etmeyeceği anlaşılmaktadır. Yine de alınacak bu tedbirlerin serbest geçişi engellememesi gerekmektedir.⁴²

Savaş gemileri Said limanında ve liman ağzında yani limanın dış tarafında 24 saatten fazla kalamayacaklardır. Böyle bir durumda mümkün olduğu en kısa sürede ayrılmak zorunda kalmaktadırlar. Erişim limanlarından birbirleri ile savaşan gemilerden birinin denize açılması ile düşman gücüne ait bir geminin ayrılması arasında yirmi dört saatlik bir zaman aralığı geçecektir.⁴³ Sözleşmenin 5. maddesine göre savaş sırasında, savaşan devletlerin birlikleri, mühimmatları veya savaş malzemeleri Kanal'a ve kanalın limanlarının girişlerine indirilemeyecektir. Sadece, Kanalda kaza engellenmesi için, limanların girişlerine, 1.000 adamı geçmeyen müfrezelerle, müteakbil tutardaki savaş malzemeleri yerleştirilebilecek veya indirilebilecektir.

İstanbul Sözleşmesine göre sözleşmenin hükümlerinin doğru yürütülüp yürütülmediği, sözleşmeye imza atan devletlerin Mısır'daki yetkili temsilcileri aracılığı ile denetlenecektir. Kanalın güvenliğini veya serbest geçişini tehdit eden herhangi bir olay durumunda, üç imzacı devletin daveti ile diplomatik üstlerin yani Doyenlerinin başkanlığında, gerekli incelemeleri yapmak için toplantı yapacaklardır. Kanalın korunmasını ve özgürce kullanılmasını sağlamak için uygun önlemleri

⁴² 1888 İstanbul Sözleşmesi, madde 10 ve 11., D. H. N. Johnson, "Some Legal Problems of International Waterways, with Particular Reference to the Straits of Tiran and the Suez Canal." *Modern Law Review*, Cilt 31, No 2, 1968, s. 163.

⁴³ 1888 İstanbul Sözleşmesi, madde 4.

alabilmesi adına Hidivlik Hükümetine, düşünülen tehlike konusunda bilgilendirme yapılacaktır ve her halükârda, antlaşmanın gereğince uygulanmasını sağlamak için yılda bir kez toplanılacaktır.⁴⁴

B. Panama Kanalı

1901 Hay- Pauncefote ve 1903 Hay- Bunau- Varilla Antlaşmaları ile Panama Kanal'ından geçişlere tamamen geçiş serbestisi öngörülmüş, buna ek olarak Panama kanalı ve bölgesinin egemenlik hakları ABD'ye bırakılmıştır.⁴⁵ 1977 tarihli Torrijos-Carter Antlaşmasına kadar kanalın ABD'nin mülkü olduğu kabul edilmiştir. Daha sonra 1977 tarihli ikiz antlaşmalardan birincisi olan Panama Kanalı Antlaşması 31 Aralık 1999 yılında etkin hale gelmiş ve Panama Kanalı, Panama Hükümetine geçmiştir.⁴⁶ Bu antlaşma ile dahi geçiş serbestisi hükümleri aynen korunmuştur. 1977 tarihli Antlaşma ile Panama'nın ABD'den kanal için aldığı kira bedelleri arttırılmıştır. 1999 yılına gelindiğinde, ABD'nin Panama kanalı üzerindeki haklarından vazgeçmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle de 1999 yılından itibaren ABD'nin Panama Kanalı üzerindeki imtiyazları Panama Cumhuriyeti'ne devredilmiştir.⁴⁷ 1977 Panama Kanalının Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşma yani kanalın tarafsızlığını garanti eden tarafsızlık antlaşması da imzalanmıştır. Panama Kanalının Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşmaya göre Panama Kanalı uluslararası transit su yoludur. Panama Kanalı, ister barış zamanı ister savaş zamanı olsun, tüm devletlerin gemilerinin barışçıl amaçlarla geçişine izin verecek, tüm

⁴⁴ 1888 İstanbul Sözleşmesi, madde 8. Burada “Hidivlik Hükümeti” deyimini Mısır Hidivliği’ni temsil etmektedir.

⁴⁵ Legal History of the Panama Canal, 1 St. Louis Law Review. 246, 1916, s. 250. http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1/iss3/6 (Erişim Tarihi 20 Ocak 2020). Harold F. White, “Legal Aspects of the Panama Canal”, *Illinois Law Review*, Cilt 8, No 7, 1913-1914, s. 445- 448. Alfredo Lopez Guevara Carlos, “Negotiating a Peaceful Solution to the Panama Canal Question”, *New York Univesity Journal of International Law and Politics*, Cilt 9, No 1, 1976, s. 9.

⁴⁶ Marcell Horvath, “The Controversial Questions of Permanent Neutrality in the Case of the Panama Canal,” *Miskolc Journal of International Law*, Cilt 7, No 1, 2010, s. 83-99.

⁴⁷ Marcell Horvath, s. 83-99.

devletlerin gemileri tarafından tamamen eşitlikle güvenli ve barışçıl geçişlere açık kalacaktır.⁴⁸ Bu nedenle herhangi bir devlete, vatandaşlarına veya konularına, geçiş koşulları veya ücretleri ile ilgili olarak veya başka herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmayacak, böylelikle, dünyadaki diğer devletler arasında uluslararası uyumsuzluk olduğunda dahi Kanal misilleme hedefi olamayacaktır. Diğer taraftan, Kanalı transit geçiş için kullanan gemiler düşmanca hareketlerde bulunmayacaklardır.⁴⁹

Yine tarafsızlık antlaşmasının 4. maddesine göre, ABD ve Panama Cumhuriyeti, iki taraf devletin aralarında imzalanan diğer antlaşmalar sona ermiş olsa bile, Kanalı kalıcı olarak tarafsız kalmasını sağlama yükümlülüğü altına girmişlerdir. Panama Kanalı'ı antlaşmasının sona ermesinden sonra, Kanalı sadece Panama Cumhuriyeti işletecek ve kendi kara ülkesinde askeri güçlerini, savunma alanlarını ve askeri tesislerini kullanabilecektir.⁵⁰

ABD ve Panama Cumhuriyetinin kanalı inşası, işletilmesi, bakımı ve kanalı savunması için katkı sağlayacağı tanımlanmıştır ve antlaşmanın diğer hükümlerine bakılmaksızın ABD ve Panama Cumhuriyetinin savaş gemileri ve yardımcı gemileri, iç harekâtı, ilerleme güzergahı, esas varış noktası, silah ve cephane veya taşınan yüklerden bağımsız olarak kanaldan geçiş hakkına sahiptirler. Bu tür savaş gemileri ve yardımcı gemilerin geçişlerini hızlı bir şekilde yapmaları gerekmektedir.⁵¹ Panama Kanalı ile ilgili diğer bir kural ise kılavuz kaptan alınmasının zorunlu olduğudur.⁵² Bu kılavuz kaptanlar geminin kontrolünden sorumludurlar. Bunun anlamı Panama Kanalı'nın İdaresinin kanalı içerisinde meydana gelecek tüm kazalardan sorumlu olmasıdır.

⁴⁸ 1977 Panama Kanalı'nın Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşma, madde 1, 2. Marcell Horvath "The Sovereignty of the Republic of Panama in the Light of the Panama Canal Treaties." *Miskolc Journal of International Law*, Cilt 6, No 2, 2009, s. 52-56.

⁴⁹ 1977 Panama Kanalı'nın Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşma, madde 2.

⁵⁰ 1977 Panama Kanalı'nın Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşma, madde 5. Marcell Horvath "The Sovereignty of the Republic of Panama in the Light of the Panama Canal Treaties", s. 54-55.

⁵¹ 1977 Panama Kanalı'nın Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşma, madde 6.

⁵² Panama Kanalı Sularında Seyir Hakkında Yönetmelik, madde 90.

Kılavuzluk hizmetleri ise ücretsizdir.⁵³ Yine Panama Kanalındaki geçişlerde geçiş yapacak tüm gemilerin, geçiş yapacakları zamanı, gemilerinin bayrağını, ismini, su çekimlerini, taşıdıkları yükü, son 15 günde uğradıkları diğer limanların listesini önceden bildirim yükümlülükleri vardır. Taşıdıkları yüklerin cinsine göre ise, radyoaktif yük taşıyorsa 48 saat öncesinden bildirim yapmaları gerekmektedir. Gemi nükleer madde taşıyor ise, bu gemilerin 30 gün önceden Kanal Deniz Güvenlik Danışmanına izin almak için başvurmaları gerekmektedir. Nükleer ya da radyoaktif maddeler dışında tehlikeli madde taşıyan gemilerin ise 24 saat önceden bildirim yapması yeterlidir.⁵⁴

Özet olarak, Süveyş Kanalı'na uluslararası yapılan İstanbul Sözleşmesi ile statü kazandırılmış ve kanalın millileştirilme süreci 1956 yılına kadar sürmüştür. Panama Kanalı'na ise, ABD ve Panama Cumhuriyeti arasında yapılan bir antlaşma ile statü kazandırılmıştır. İstanbul Sözleşmesi'nde Süveyş Kanalına savaş zamanında bile tüm devletlere geçiş serbestisi tanınmıştır ve kanalın ait olduğu devlete egemenlik hakkı bırakılmamıştır. Panama Kanalı'nda ise, öncelikle ABD için ağırlıklı bir geçiş ve denetim rejimi öngörüldüğü uluslararası antlaşma imzalanmak zorunda kalınmıştır. 1999 yılına gelindiğinde, ABD, Panama Kanalı üzerinde sahip olduğu imtiyazlarını Panama Cumhuriyetine devretmiş, ancak Panama Kanalı uluslararası transit su yolu olarak kabul edilmiş, barış zamanı ya da savaş zamanı ayırımı olmaksızın, barışçıl amaçla geçiş yapacak tüm devletlerin gemilerine geçişlerde izin verileceği hükme bağlanmıştır.

Süveyş ve Panama Kanalları için uygulanan hukuki statüler incelendikten sonra, Kanal İstanbul'a uygulanabilecek hukuki statüler konusu üzerinde önerilerde bulunmak yerinde olacaktır.

⁵³ Panama Kanalı Sularında Seyir Hakkında Yönetmelik, Bölüm 5.

⁵⁴ Panama Kanalı Sularında Seyir Hakkında Yönetmelik, madde 115, 124 ve 141.

VII. KANAL İSTANBUL İÇİN UYGULANABİLECEK HUKUKİ STATÜLER VE ÖNERİLER

1958 Cenevre Sözleşmesinde ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde kanalların statülerinin düzenlenmesi ile ilgili özel maddeler yoktur.⁵⁵ Kanal İstanbul'un Türkiye'nin kendi egemenlik sınırları içerisinde yapılmasının planlanması nedeni ile kanalın inşa edilmesinde hukuki olarak bir engel yoktur. Her ne kadar inşa edilmesine engel olmasa da, şu anki düzenlemelerle Türkiye, Boğazlardan geçiş için gelen gemileri kanala yönlendirmeye zorlayamaz ve Türk Boğazlarından geçişi engelleyemez.

Literatürde kanallara statü kazandırılırken Boğazlara benzer rejimlerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Nitekim Wimbledon Davasında Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın kararında Süveyş ve Panama Kanallarının bütün dünya devletlerinin kullandığı iki açık denizi birbirine bağlayan yapay su yolu olduğu, bu su yollarının bahse konu suların yargı yetkisine tabi olduğu, egemen devletin tarafsızlığını etkilememesi için doğal boğazlarla ilişkili olması gerektiği kabul edilmiştir.⁵⁶ Boğazlarla, kanallar arasında her ne kadar benzer hükümler

⁵⁵ Baxter ve Triska, *The Law of International Waterways with Particular Regard to Interoceanic Canals*. Baxter ve Triska kitapta uluslararası kanallara ait genel kurallar olmadığı için, uluslararası kanallara uygulanabilecek taslak bir sözleşme metni önerisinde bulunmuştur.

⁵⁶ Birleşik Krallık bandıralı, Fransız şirketi tarafından kiralanan Wimbledon adlı gemi yüklediği askeri mühimmat ve silahı Polonya'ya Kiel Kanalı üzerinden götürmek istemiştir. Ancak Almanya ilgili devletler arasından geçen savaşa ilişkin 23 Temmuz ve 30 Temmuz tarihlerinde Tarafsızlık Kararnamelerini neden göstermiş, Almanya geminin geçişine izin vermemiştir. Almanya'nın gerçekleştirdiği bu izin vermemenin Versay Antlaşması'nın 380. maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Bu nedenler Alman Hükümetinin geminin geçişine izin vermesini istemiştir. Ancak bu istek Alman Hükümeti tarafından reddedilmiştir. Daha sonra anlaşma sağlanamayıp konu Uluslararası Sürekli Adalet Divanının önüne götürülmüştür. Divan, kararında Kiel Kanalı'nın bir uluslararası su yolu olduğunu, uluslararası su yolu olduğu içinde kanaldan geçişten tüm ulusların faydalanabileceğini, Almanya'nın da Versay Antlaşmasınının 380. maddesine uygun hareket etmediği, bu madde ile çeliştiği belirtilmiştir. SS 'Wimbledon', United Kingdom and ors v Germany, Judgment, (1923) PCIJ Series A, no.1.

olsa da, kanalların yine de kendilerine ait, kendi işleyişlerini düzenleyen antlaşma metinleri çerçevesinde rejimlerinin düzenlendiğini söylemek mümkündür. Nitekim, Mısır'ın 1888 tarihli İstanbul Antlaşmasına bağlı kalarak Süveyş Kanalı'nın geçişinin düzenleneceğini Birleşmiş Milletlere bildirmesinden, diğer yandan 1977 tarihli Panama Kanalı antlaşmalarından biri olan Panama Kanalı'nın Sürekli Tarafsızlığına ve Faaliyetlerine ilişkin antlaşma metninde ise Panama Kanalı'nın geçişlerinin düzenlenmesinden bu sonuç çıkarılabilecektir.

Türk Boğazları ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi maddeleri Türk Boğazlarından geçişlerin düzenlenmesi için uygulanmayacaktır. Çünkü Türk Boğazları 1982 BMDHS'nin 35 (c) maddesinde yer alan istisnalardan geçişin tamamen veya kısmen uzun süredir yürürlükte olduğu sözleşmelerle düzenlendiği boğazların hukuki rejiminin BMDHS'den etkilenmeyeceğine dair düzenlemesiyle ilgilidir. Kanal İstanbul'a bakıldığında geçişler Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazını etkileyeceği için bağımsız olmayacaktır. Yine aynı güzergahta hem doğal su yolu hem de yapay su yolu paralel olduğu için ve doğal su yolu ile tekrar bağlantısı olduğu içinde dünya üzerinde tektir.

Kanal İstanbul'a kazandırılacak hukuki statüler düşünüldüğünde üç türlü hukuki statü kazandırılabilir:

A. Ulusal Statü Kazandırılması

Eğer Kanal İstanbul'a ulusal statü kazandırılırsa, Kanal sadece Türkiye'nin ulusal gemilerinin geçişleri için ya da ticari gemilerin geçişleri için ihtiyari olarak kullanılabilir. Çünkü Kanal ulusal olsa da gemiler geçerken Çanakkale Boğazından da geçeceği için yeniden Montrö Boğazlar Sözleşmesi kurallarına tabi olacaktır. Yine kanaldan geçişe zorlama yapılamayacaktır. Kanal'ın paralelinde ücretsiz geçiş hakkı olan İstanbul Boğazı olduğu için de Kanal geçişinde ücret istendiğinde Kanal'ın elverişli kullanılması sağlanamayacaktır. Ücret istense bile, geçiş yapacak devletlerin gemilerinin bu yolu tercih etmesi için çok düşük miktarda ücret istenebilecektir. Yine dikkat edilmesi gereken husus ulusal statü verilse bile, bu statünün tüm kurallarının uluslararası antlaşmalara da uygun olması gerekecektir. Çünkü uluslararası hukuk kurallarında, uluslararası antlaşmalara aykırı olarak gerçekleştirilecek hiçbir proje uluslararası platformlarda finanse edilemeyecektir.

B. Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne Bağlı Olarak Statü Kazandırılması

Kanal İstanbul'a Montrö Boğazlar Sözleşmesine bağlı olarak statü de kazandırılabilir. Burada Kanal Boğazlarla aynı haklara sahip olacaktır. Ancak Kanala geçişe zorlama yapılamayacaktır. Sadece Türk Boğazlarından geçişlerin askıya alınmasının zorunlu olduğu durumlarda Kanala yönlendirme yapılabilecektir. Yine Türk Boğazlarındaki geçişlerde olduğu gibi gemi geçiş hizmetleri dışında, geçişlerden ücret alınmayacaktır. Trafığın rahatlatılması için kullanılabilen, ekonomik açıdan bakıldığında ekonomik getiri sağlamayacaktır.

C. Montrö Boğazlar Sözleşmesindeki Egemenlik Haklarını Kaybetmeden Hazırlanacak Yeni Uluslararası Antlaşma ile Uluslararası Statü Kazandırma⁵⁷

Kanal İstanbul inşa edilse de Türk Boğazlarından geçiş yasaklanamaz. Yasaklanamayan Türk Boğazlardan geçişe alternatif çözüm yolu olarak İstanbul Boğazı, Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Kanal İstanbul'u birlikte kapsayan bir uluslararası antlaşma ile Kanal İstanbul'a Uluslararası Statü kazandırmak mümkün olacaktır.

Yeni uluslararası antlaşma hazırlanırken Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile elde edilen egemenlik haklarından taviz vermemek gereklidir. Egemenlik haklarından taviz vermemenin yanında, Montrö Boğazlar Sözleşmesinin giriş kısmında yer alan Türkiye'nin ve kıyıdaş devletlerin güvenliğinin esas alındığı bir uluslararası antlaşmanın hazırlanması gerekmektedir. Eğer Kanal İstanbul için uluslararası sözleşme hazırlanacaksa, antlaşma metninin hazırlanma zamanı önem arz edecektir. Çünkü Kanal İstanbul inşa edildikten sonra yeni bir uluslararası antlaşma hazırlanmak istendiğinde, antlaşma yapmak için oluşturulacak masada, Kanal İstanbul'un 75 milyar TL maliyetinde olacağı göz önüne alındığında, Türkiye'nin elinin bağlı kalacağı düşünülmektedir. Çünkü Kanal İstanbul'un inşası tamamlanınca, Türkiye mecburen yatırım yaptığı yer için, bu maliyetin karşılığını almak

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. Hatice Kübra Ecemiş Yılmaz, *The Legal Status of the Canal Istanbul in International Law*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018.

isteyecek, diğer devletler tarafından yeni antlaşma maddelerini kabule zorlanacaktır.

Kanal İstanbul'un inşasından önce uluslararası antlaşma ile uluslararası hukuki statü kazandırılmaya çalışılırsa, Türkiye denge politikası ile masada sağlam durup kendi haklarını kabul ettirme fırsatına sahip olacaktır. Montrö Boğazlar Sözleşmesine göre ABD ve Çin bu sözleşmeye taraf değildirler. ABD tarafından ek olarak belirtilmesi gereken husus ABD'nin Türkiye'nin NATO müttefiki olduğudur. Eğer Türkiye Kanal İstanbul ile ilgili olarak, ABD ya da Çin ile anlaşma yaparsa Rusya ya da Fransa gibi Devletler ise Montrö Sözleşmesine taraflırlar ve Türkiye'nin yapacağı bu antlaşmadan hoşnut olmayacaklardır. ABD ya da Çin gibi devletler açısından değerlendirildiğinde ise, eğer Türkiye Rusya ile antlaşma yaparsa, zaten Montrö Sözleşmesine ABD ve Çin taraf olmadıkları için, Rusya'nın bölgede etkisinin daha da artacağını düşünerek bu durumu kabul etmek istemeyeceklerdir. Kanal İstanbul'un inşasından önce uluslararası antlaşma ile uluslararası statü kazandırmak için tüm devletlerle Türkiye'nin dengeli ilişki içerisinde kendi kurallarını belirlemesi, diğer devletler açısından daha kabul edilebilir olacaktır. Türkiye'nin uluslararası antlaşma hazırlarken kendisi için etkili haklar sağlamakla beraber, diğer kıyı devletleri ile olan ilişkilerini de göz önünde bulundurması ile antlaşma maddeleri diğer devletler tarafından da kabul görecektir.

Eğer Kanal İstanbul inşa edilmeden Türkiye antlaşma için diyaloglarına başlarsa, bu uluslararası antlaşmayı yapıp yapmama avantajı da Türkiye'nin elinde olacaktır. Şu an için Türkiye'nin elinde Montrö Boğazlar Sözleşmesi vardır. Türkiye eğer yeni antlaşma metninin, Türkiye'nin egemenlik yetkileri, kanala yönlendirme, kanaldan elde edilecek vergi, harçlar konularında uygun olduğunu düşünürse Montrö Boğazlar Sözleşmesi yerine yeni uluslararası antlaşma yapabilecektir. Bu antlaşma metninde Türkiye'nin istediği konularla ilgili uyum sağlanamayacağı düşünülürse, Türkiye inşa edeceği Kanala ya ulusal statü verebilecek ya da Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne bağlı olarak statü kazandırabilecek ya da kanalın yapılmasından vazgeçebilecektir. Kanal İstanbul'un inşasından sonra uluslararası antlaşma ile statü kazandırılmaya çalışıldığında ise, Türkiye'nin bu alternatifleri elinde olmayacaktır.

Türkiye Kanal İstanbul'a uluslararası antlaşma ile uluslararası statü kazandırırca, bu antlaşma metninde yüksek tonajlı veya tehlikeli madde taşıyan gemilerin ayırt edilmesi ve bu gemilerin Kanala sevki sağlanabilecektir.⁵⁸ Yüksek tonajlı ve/veya tehlikeli madde yüklü gemilerin kanala yönlendirilmesi ile hem çevre kirliliği azaltılmış olacak hem de çevreye verilen zarar azaltılacaktır. Yine, olağanüstü hava koşullarında kanal ya da boğaza yönlendirme, trafiği askıya alacak kaza ya da tanker patlamaları gibi zorunlu durumlarda boğaza ya da kanala yönlendirme yeni uluslararası antlaşma ile kabul edilebilecektir. Dahası, kılavuzluk hizmetinin hem İstanbul Boğazı için coğrafi yapısı nedeniyle, hem de Kanal İstanbul için Kanalın darlığı nedeni ile zorunlu ve ücretli hale getirilmesi istenebilecektir. Eğer kıyıdaş olmayan devletlere Montrö Boğazlar Sözleşmesinden daha fazla hak tanınırsa, fazla tanınan haklar için ücret talep edilebilecektir. Savaş ve savaş tehdidi hallerinde Boğazlardan ve Kanaldan geçişin tamamen Türkiye'nin takdirine bağlı olacağı yeni antlaşma maddesine eklenebilecektir.

Diğer bir husus, Montrö Boğazlar Sözleşmesindeki ticaret gemileri ile ilgili "bayrağı ve yükü ne olursa olsun" geçiş yapması ilkesi, ticaret gemilerinin yükünün silah, ya da savaş uçağı olmasında da geçiş yapmasını engellememektedir. Hatta sadece ticaret gemileri değil, Rus savaş gemilerinin Boğazlardan geçişlerinde omuzlarında füze ile poz vermelerine bile engel olunamamaktadır. Bu nedenle yeni uluslararası antlaşmada, bu tür durumlarda da Türkiye'nin kendini savaş tehdidinde hissedeceği ve Boğazlardan ve Kanal'dan geçişin Türkiye'nin takdirinde olacağı açıkça eklenmelidir. Böylelikle hem Kanala uluslararası statü kazandırılacak hem de Türkiye'nin egemenlik hakları korunarak artırılmış olacaktır.

Yeni uluslararası antlaşma ile dronlar hukuki statü kazandığında, bilimsel amaçla, çevre korunması, kılavuzluk ya da sıcak takip için

⁵⁸ Dünya üzerinde Danimarka Boğazından 65 metreden daha uzun gemiler geçememektedir. William L. Schachte, "International Straits and Navigational Freedoms", *Ocean Development and International Law*, Cilt XIV, 1993, s. 175-195. Malakka Boğazından geçişte de 200.000 tonun üzerindeki gemiler, buradan geçmeden önce ya yüklerini hafifletmelidirler ya da güvenli geçiş için Lombok Boğazına yönlendirilmelidirler. Nadaisan Logaraj, "Navigational Safety, Oil Pollution and Passage in Straits of Malacca", *Malaya Law Review*, Cilt XX, No 2, 1978, s. 287-314.

Türkiye'nin dronları kullanılabilmesinin antlaşmaya hüküm olarak eklenmesi de mümkün olacaktır.⁵⁹ Dronların devletlerin bilimsel ve teknik amaçları için kullanılmasına da izin verilebilecek, bunlardan da ücret talep edilebilecektir. Ekolojik dengenin korunması için, Kanal İstanbul'dan çevre temizlik vergisi ya da kanal temizleme vergisi gibi ekstra vergiler ile, Süveyş ve Panama Kanallarından alınan, onlara benzer kanal bakımı, onarımı için gerekli vergi ve harçlar alınabilecektir.⁶⁰

Yine yeni uluslararası antlaşma metninde Altın Frank yerine dönüştürülebilir para birimlerinden dolar, euro ya da Çin yuanının kullanılabilmesi istenebilecektir. Kanalda seyir güvenliği için Türk Boğazlarında da uygulanan Gemi Trafik Hizmetleri, Uluslararası Denizcilik Örgütü tavsiyeleri, Denizde Çatışmayı Önleme Tüzüğü, Panama ve Süveyş Kanallarındaki geçiş emniyet kuralları ve sistemleri dikkate alınacaktır.⁶¹

Yeni Uluslararası Antlaşmanın çevre ile ilgili düzenlemeleri için ise Türkiye'nin taraf olduğu Barselona, Basel, Bern, Ramsar⁶² sözleşmeleri gibi uluslararası çevre sözleşmelerine uygunluğuna dikkat edilmesi, bunun için ise kıyıdaş devletlerle çevrenin korunması, temizlenmesi için uyumlu olarak çalışılması gerekmektedir. Bu nedenle yeni uluslararası antlaşmaya Uluslararası Deniz Hukuku normlarına göre; cezai yaptırım hak ve yetkisinin Türkiye'de olacağı, tehlikeli madde taşıyan gemilerin önceden bildirim yapması gerektiği, Türkiye'nin de

⁵⁹ Ecemiş Yılmaz, *The Legal Status of the Canal Istanbul in International Law*, s.264,274.

⁶⁰ Ecemiş Yılmaz, *The Legal Status of the Canal Istanbul in International Law*, s. 263.

⁶¹ Ecemiş Yılmaz, *The Legal Status of the Canal Istanbul in International Law*, s. 265.

⁶² Barselona Sözleşmesi, diğer adı ile Akdeniz'in kirliliğe karşı korunması Sözleşmesi'dir. Basel Sözleşmesi, Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Taşınması ve Bertaraf Edilmesinin Kontrolüne İlişkin Sözleşmedir. Bern Sözleşmesi Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşam Ortamlarını Koruma Sözleşmesidir. Ramsar Sözleşmesi, Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşmedir. Bu sözleşmelerle ilgili daha fazla detay için bakınız. Nilüfer Oral, "Kanal İstanbul Projesi ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuktan Doğan Yükümlülükleri", *Panel Kanal İstanbul, Çevresel, Kentsel, Hukuki Etkileri, İstanbul Barosu Yayınları*, 2016, s. 116-122.

gerekli bildirimleri aldıktan sonra kirlenme ve kaza oranını düşürmek için tedbir almakla yükümlü olacağı ve bu yükümlülüklerinin istisnai durumları eklenmelidir.⁶³

VIII. SONUÇ

İnsan yapımı, yapay su yolları olan kanalların hukuki statüleri ile doğal su yolları olan boğazların hukuki statüleri kıyaslandığında aralarında benzerlikler görülmektedir. Kanal İstanbul'un yapısına bakıldığında dünya üzerinde kendine özgü tek olan bir konumu vardır. Çünkü aynı güzergâh üzerinde birbirine paralel doğal su yolu ve yapay su yolu birlikte olacaktır. İnşa edilecek Kanal İstanbul'dan yapılacak geçişler Çanakkale Boğazı'nı ve Marmara Denizi'ni de etkileyeceği için Kanal İstanbul'un bağımsız bir kanal olduğu düşünülemeyecektir. Türkiye'nin Türk Boğazları üzerinde tarihten ve Montrö Boğazlar Sözleşmesinden doğan açık hakları bulunmaktadır. Kanal İstanbul'dan yapılacak her türlü geçiş ise, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı güzergahında olacağı için Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile bir noktada kesişecektir. Bu nedenle Kanal'a Boğazlardan bağımsız statü kazandırılması mümkün olmayacaktır. Kanal İstanbul için, ulusal statü kazandırma, Montrö Boğazlar Sözleşmesine bağlı statü kazandırma veya Montrö Boğazlar Sözleşmesindeki egemenlik haklarımıza zarar vermeden yeni uluslararası antlaşma hazırlayarak uluslararası statü kazandırma, hukuki olarak mümkündür.

Kanal İstanbul'un etkin ve elverişli olarak kullanılabilmesi için uluslararası antlaşma ile uluslararası statü kazandırılması gerekmektedir. Bu uluslararası antlaşma hazırlanırken Montrö Boğazlar Sözleşmesinden gelen egemenlik haklarından taviz vermemek gerekecektir. Bu nedenle de uluslararası antlaşma hazırlanarak Kanal İstanbul'un inşasından önce hukuki statüsünün belirlenmesi için diplomatik olarak ilgili devletlerle iletişime geçilmesi, diplomatik görüşmeler yapılması, önce Kanal İstanbul için oluşturulacak statünün tartışılması, eğer Türkiye'nin menfaatine yeni uluslararası antlaşma zemini oluşturulursa Kanal İstanbul'a yeni bir uluslararası antlaşma ile uluslararası hukuki statü kazandırılması gerekmektedir. Kanalin elverişli, etkin kullanımı için en

⁶³ Kanala verilebilecek uluslararası statünün detayları ile ilgili bkz. Ecemiş Yılmaz, *The Legal Status of the Canal Istanbul in International Law*.

Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ

iyi yol yeni uluslararası antlaşma ile kanala uluslararası statü kazandırılması olacaktır. Ancak, diplomatik görüşmelerde yeni oluşturulacak uluslararası antlaşmanın Türkiye'nin menfaatine olmayacağına kanaat getirilirse, ulusal statü ile ya da Montrö Sözleşmesine bağlı olarak statü verme düőünülebilecek, belirlenecek hukuki statüye göre Kanal İstanbul'un inşasına başlanması gerekecektir.

KAYNAKÇA

- ANDREWS, Burton: “Suez Canal Controversy.” *Albany Law Review* XXI, 1 (1957): 14-33.
- ARIAS, Harmodio. *The Panama Canal: A Study in International Law and Diplomacy*. New Mexico: The Minerva Group, Inc., 2000.
- AYBAY, Gündüz ve Nilüfer Oral: “Turkey’s Authority to Regulate Passage through the Turkish Straits.” *Journal of International Affairs* III, 2 (1998).
- BAXTER, Richard: “Passage of Ships through International Waterways in Time of War.” *British Year Book of International Law* XXXI (1954): 187-216.
- BAXTER, Richard, Triska, Jan F.: *The Law of International Waterways with Particular Regard to Interoceanic Canals*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1964.
- BRUEL, Erik: *International Straits: A Treatise on International Law-1 The General Legal Position of International Straits*. Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag 1947.
- CAMINOS, Hugo: *The legal regime of straits in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*. The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1987.
- CUNDICK, R. Palmer: “International Straits: The Right of Access.” *Georga Journal of International and Comparative Law*, 5, 1(1975): 107-140.
- DELSON, Robert: “Nationalization of the Suez Canal Company: Issues of Public and Private International Law.” *Columbia Law Review*, 57, 6 (1957): 755-786.
- DINITZ, Simcha: “Legal Aspects of the Egyptian Blockade of the Suez Canal.” *Georgetown Law Journal*, 45, 2, (1956-1957):169-199.
- DOĞRU, Sami: “Türk Boğazları’nin Hukukî Statüsü: Sevr Ve Lozan’dan Montrö’ye Geçiş.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV, 2 (2014): 123-169.

- ECEMİŞ YILMAZ, Hatice Kübra: *The Legal Status of the Canal Istanbul in International Law*, London: Wildy, Simmonds& Hill Publishing, 2018.
- GUEVARA, Carlos Alfredo Lopez: “Negotiating a Peaceful Solution to the Panama Canal Question.” *New York Univesity Journal of International Law and Politics*, 9, 1, Bahar (1976), s. 3-14.
- GÜNEŞ, Şule: “Türk Boğazları.”, *ODTÜ Gelişme Dergisi*, 34,Aralık,(2007): s. 217-250.
- HANRAHAN, David. G: “Legal aspects of the panama canal zone in perspective”, *Boston University Law Review*, 45, 1, (1965): 64-87.
- HORVATH, Marcell: “The Controversial Questions of Permanent Neutrality in the Case of the Panama Canal,” *Miskolc Journal of International Law*, 7, 1, (2010): 83-99.
- HORVATH, Marcell: “The Sovereignty of the Republic of Panama in the Light of the Panama Canal Treaties.” *Miskolc Journal of International Law*, 6, 2, (2009): 44-59.
- HOSKINS, Halford L.: “The Suez Canal as an International Waterway”, *American Journal of International Law* 37, 3, (1943): 373-385.
- HOSTIE, Jan F.: “Notes on the International Statute of the Suez Canal”, *Tulane LawReview*, 31, 3, (1956-1957): 397-436.
- İstanbul Barosu Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu, *Kanal İstanbul Projesinin Çevresel, Kentsel ve Hukuksal Etkileri*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2016.
- JOHNSON, D. H. N.: “Some Legal Problems of International Waterways, with Particular Reference to the Straits of Tiran and the Suez Canal,” *Modern Law Review*, 31, 2, (1968): 153-164
- KURAN, Selami : “Deniz Hukukunda Deniz Çevresinin Korunması.” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, XIII (2007): 1-15.
- KURAN, Selami: *Uluslararası Deniz Hukuku*. Baskı 5. İstanbul: Beta Kitapevi, 2016.

- LAPIDOTH, Ruth: “The Reopened Suez Canal in International Law.” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 4, 1, (Yaz 1976): 1-50.
- LOGARAJ, Nadaisan: “Navigational Safety, Oil Pollution and Passage in Straits of Malacca”, *Malaya Law Review*, XX, 2, (1978): 287-314.
- OBIETA, Joseph A. ve Baxter, Richard: *The International Status of the Suez Canal*, The Netherlands: Springer, 1960.
- MARSTON, Geoffrey: “Armed Intervention in the 1956 Suez Canal Crisis: The Legal Advice Tendered to the British Government.” *International and Comparative Law Quarterly*, 37, 4(1988):773-817.
- MCC J. F., Jr. :“The Law of International Waterways: An Approach to a Suez Canal Solution.” *University of Pennsylvania Law Review*, 105, 5, (1957): 714-44.
- MCDOUGAL, Myres S., ve Trevor J. Burke: *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, New Haven, Yale University Press, (1962): 1075.
- ORAL, Nilüfer: “Kanal İstanbul Projesi ve Türkiye’nin Uluslararası Hukuktan Doğan Yükümlülükleri.” *Panel Kanal İstanbul, Çevresel, Kentsel, Hukuki Etkileri*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2016.
- ÖZERSAY, Kudret: *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1999.
- PADEFORD, Norman J.: “The Panama Canal and the Suez Crisis.” *American Society of International Law Proceedings*, 51, 1(1957):10-18.
- RUBIN, Howard M.: “The Panama Canal Treaties: Keys to the Locks.” *Brooklyn Journal of International Law*, 4, 2 (1978): 159-220.
- SCHACHTE, William L.: “Interantional Straits and Navigational Freedoms.” *Ocean Development and International Law XIV*, 2 (1993): 175-195.

- SCHACHTE, William L. Jr ve J. Peter A. Bernhardt: “International Straits and Navigational Freedoms.” *Virginia Journal of International Law* XXXIII, 3 (1993): 527-556.
- SERBEST, M. Bürkan: “Süveyş Kanalı’nın Ulusallaştırılması Sorunu ve Süveyş Bunalımı.” *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 6, 4 (Ekim 2017): 689-711 .
- TC. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, “Kanal İstanbul Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu (Kanal İstanbul ÇED Raporu)”, Aralık 2019.
- TOLUNER, Sevim: *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1984.
- SS ‘WIMBLEDON’: United Kingdom and ors v Germany, Judgment, (1923) PCIJ Series A, no.1.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: “Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul.” *Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, XXXVII, 1 (2017): 113-123.
- UZUN, Hakan: “Montreux Sözleşmesinin Yankıları.” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, 61 (2017): 393-435.
- ÜNLÜ, Nihan: *The Legal Regime of the Turkish Straits*. Hollanda: Martinus Nijhoff Publisher, Kluwer Law International, 2002.
- VAN DYKE, Jon M.: “Legal and Practical Problems Governing International Straits 1.” *Ocean Yearbook Online* XII, 1 (1996): 109-125.
- VAN DYKE, Jon M.: “Transit passage through international straits.” *The Future of Ocean Regime-Building*. Brill Nijhoff, (2009): 175-232.

Elektronik Kaynaklar

- Legal History of the Panama Canal, 1 St. Louis Law Review. 246, 1916, s. 250.
http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol11/iss3/6
(Erişim Tarihi 20 Ocak 2020).

Panama Kanalı Gemi Geçiş İstatistikleri için, bkz.
<https://www.pancanal.com/eng/op/transit-stats/2019/Table-01.pdf>
(Erişim tarihi 25 Ocak 2020).

PADELFORD, Norman J., Worthington William E. ve diğerleri:
“Panama Canal”, 21 Kasım 2019,
<https://www.britannica.com/topic/Panama-Canal> (Erişim Tarihi
20 Ocak 2020).

Süveyş Kanalı Gemi Geçiş İstatistikleri için, bkz.
<https://www.suezcanal.gov.eg/English/Navigation/Pages/NavigationStatistics.aspx> (Erişim tarihi 25 Ocak 2020).

Süveyş Kanalı Tarihi,
<https://www.suezcanal.gov.eg/English/About/SuezCanal/Pages/CanalHistory.aspx> (Erişim tarihi 25 Ocak 2020).

Türk Boğazları Gemi Geçiş İstatistikleri için, bkz.
https://atlantis.udhb.gov.tr/istatistik/gemi_gecis.aspx. (Erişim
tarihi 25 Ocak 2020).

ÖZEL HUKUK

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

Seda ARSLAN DURMUŞ*

ÖZ

Kişiler, özel hayatını özgürce ve bir başkasına hesap vermeden yaşama hakkına sahiptirler. Bu alanındaki bilgilerin öğrenilmesi, herhangi bir şekilde depolanması, kopyalanması, başkalarına aktarılması, kullanılması ve kamuya açıklanması, özel yaşama müdahale teşkil edecektir. İş ilişkisinde işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin işyerindeki davranışlarının ve işçinin diğer işçilerle olan ilişkilerinin, hareketlerinin işverence düzenlenmesi söz konusu olabilir. İşçinin işverene bağımlı olarak çalışması, işverenin emir ve talimatlarına uymasını gerektirir. İşverenin emir ve talimatları, işçinin özel yaşamına müdahale anlamına gelmemelidir. İşveren, yönetim hakkını kullanırken işçinin kişilik haklarını ihlal etmemelidir. İşçinin kişisel yaşam hakkı, onun özel yaşamına saygı hakkını içerir. İşverenin işçiyi gözetme borcu da, yönetim hakkının sınırını oluşturmaktadır. İşveren, sınırlı da olsa işçinin işyerindeki yaşam tarzı ve davranışlarına müdahale edebilir. İşçinin özel yaşam hakkı ile işverenin yönetim hakkı arasındaki dengenin çok iyi kurulması gerekir. Bu hassas denge ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. İşverenin işçinin işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarına müdahalesine ise özel yaşam hakkına müdahale teşkil edebileceğinden izin vermemek gerekir.

* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: arslans@cu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0561-3741.

Makalenin Gönderim Tarihi : 19.04.2020.

Makalenin Kabul Tarihi : 01.06.2020.

Anahtar Kelimeler: İşçinin özel yaşamı, işverenin yönetim hakkı, işçinin kişiliğinin korunması.

THE EFFECT OF EMPLOYEE'S PRIVATE LIFE ON EMPLOYMENT RELATION

ABSTRACT

Everyone has the right to live his private life freely. Learning, storing, using, transferring to others or disclosing to the public in this living space will constitute an intervention to private life. Within the scope of the employer's management right in the employment relation, the behavior of the worker with other workers or with the customers may be regulated by the employer. Employee's dependence on the employer requires that the employer follow the orders and instructions. Employer's orders and instructions should not imply an intervention in the employee's private life. The employer should not violate the employee's personal rights while exercising his right to management. The employee's right to personal life includes the right to respect for his private life. The employer's obligation to observe the worker constitutes the limit of the right to management. The employer may interfere with the employee's lifestyle and behavior, albeit limited. The balance between the employee's right to private life and the employer's right to management must be established very well. This balance must comply with the principle of proportionality. The employer's intervention in the lifestyles and behaviors of the employee outside the workplace should not be allowed, as this may interfere with the right to private life.

Keywords: Employee's private life, the management rights of the employer, protection of employee's personhood.

I. GİRİŞ

Kişi özgürlüğü çerçevesinde her birey kendi yaşam tarzını belirleme ve Anayasal sınırlar içerisinde özgürce yaşama hakkına sahiptir. İş ilişkisinde de bu durum değişmemekte, fakat işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin davranışlarına müdahalesi belirli sınırlar içerisinde hukuka uygun kabul edilmektedir. İşçinin özel yaşamı, kişilik hakkının korunması, haberleşme özgürlüğü ile işverenin yönetim hakkı ve işletmesinin ekonomik çıkarları arasındaki hassas dengenin çok

iyi kurulması gerekir. Kişinin yaşam tarzını serbestçe belirleyebilme ve davranış özgürlüğü hakkı, kişilik hakları kapsamında korunan ve temel dayanağı uluslararası belgelerde¹ ve TC Anayasası'nda yer alan temel bir haktır. AY m. 17'de 'kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı', m. 19'da 'kişi hürriyeti ve güvenliği', m. 20 ve devamında düzenlenen 'özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı', kişinin davranış özgürlüğü hakkını temellendiren temel insan haklarındanır.

Anayasa hükümleri, kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğuna göre², işverenin işçinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına, kişi özgürlüğüne, işçinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterme hakkı, anayasal bir borç niteliği taşımakta ve işverenin yönetim hakkını sınırlamaktadır³. Ayrıca Türk Medeni Kanunu m. 23, 24, 25 ve Türk Borçlar Kanunu m. 417 ile işçinin kişilik hakkı korunmakta ve söz konusu maddeler, korumanın yasal dayanağını teşkil etmektedirler. Söz konusu düzenlemelerin olması kişilerin bu hakları sınırsız bir biçimde kullanacakları anlamına gelmemektir. Korumanın sınırı ve bu sınırlamanın da sınırı yine Anayasada gösterilmiştir. AY m. 13'e göre temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak Kanunla sınırlanabilir. Ayrıca TMK m. 24'e göre kişilik hakkına yapılacak müdahalenin haksız sayılabilmesi için de müdahalenin hukuka aykırı olması gerektiği ifade edilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında hukuka uygunluk nedenleri⁴ sayılmıştır. O halde işveren, Anayasada ve Kanunlarda yer alan ilkelere uymak koşuluyla yönetim hakkını

¹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi birçok uluslararası belgede kişi özgürlüğü ve güvenliği ile özel yaşam hakkı düzenlenmiştir.

² AY m. 11: "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*"

³ Taşkent, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s. 89; Bayram, Fuat: "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2003, s. 299.

⁴ Hukuka uygunluk nedenleri; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır.

kullanabilecektir. İşçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına veya özgürlüğüne karşı olarak işverence yapılacak sınırlamaların hukuken haklı görülebilecek bir nedene dayanması durumunda, Anayasanın kişi dokunulmazlığı ilkesinin ya da özel hukuktaki kişilik haklarının çiğnendiğinden söz edilemeyecektir⁵.

II. ÖZEL YAŞAM KAVRAMI, ÖZEL YAŞAM HAKKI VE NİTELİĞİ

A. Özel Yaşam Kavramı

1. Genel Olarak

Özel yaşam kavramı, kesin çizgilerle tanım vermenin zor olduğu, her somut olaya göre değişiklik gösterebilen geniş bir kavramdır⁶. Yargıtay, özel yaşamı; *“kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret olmayıp, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermektedir”* şeklinde açıklayarak özel hayatı sadece mekâna indirgeyerek sınırlamamıştır⁷. Gerçekten de özel yaşam, kişinin sadece sınırlı bir mekândaki faaliyetlerini değil; sosyal alandaki faaliyetlerini de kapsayan bir kavram olarak

⁵ Taşkent, s. 90; Bayram, s. 300.

⁶ Kandemir, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, İstanbul, Legal Kitapevi, 2011, s. 136; Sevimli, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 7; Polater, Yusuf Ziya: Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 6-7; Karademir, Artür/Turgut, Cemile: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 6, Aralık 2017, s. 69.

⁷ Yarg. 12. CD., 3.4.2012 T., 2011/7345 E., 2012/8936 K.; Yargıtay bir diğer kararında özel yaşamı, “kişinin cinsel hayatına, ailevi hayatına, ruhsal ve bedensel sağlık durumuna ilişkin “sır” ve “mahrem” şeklinde nitelendirilebilecek hususları içermelidir” şeklinde tanımlamıştır. Yarg. 12. CD., 11.4.2012 T., 2011/20872 E., 2012/9834 K., www.kazanci.com.

kullanılmalıdır. Herkes, özel hayatını dilediği gibi düzenleyebilme hakkına sahip olduğu gibi ⁸, özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkına da sahiptir. Ayrıca kişiler, kendilerine ait bilgilerin üçüncü şahıslarla öğrenilmesini istemeyebilir.

2. Kişinin Yaşam Alanı

Öğretide kullanılan⁹ ve Yargıtay kararlarında¹⁰ da karşımıza çıkan ‘üç alan kuramı’ ile kişinin yaşam alanı, ‘kamuya mal olmuş/kamuya açık yaşam’, ‘özel yaşam’ ve ‘gizli yaşam’ olmak üzere üç alana ayrılarak incelenmektedir.

a. Kamuya Açık Yaşam

Bir insanın toplumda yaşayan herkese açık şekilde gerçekleştirdiği tüm eylemler, o kişinin kamuya mal olmuş yaşamını oluşturmaktadır. Kişinin kamuya açık yaşamı, toplumda sürdürülen yaşamın herkes tarafından görülebilir, öğrenilebilir ve izlenebilir

⁸ Birben, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 135.

⁹ “Alan teorisi Alman Prof. Hubmann’ın buluşudur.” naklen, Helvacı, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 60-61; Helvacı, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Bs., İstanbul, Legal Yayınları, 2017, s. 120-127; Kılıçoğlu, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Güncelleştirilmiş 3. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 114; Bayram, s. 258; Okur, Zeki: İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme (Elektronik Gözetleme), İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, s. 63-64; Özel, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 31; Sevimli, s. 7-8; Üzeltürk, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 3; Polater, s. 17; Yamakoğlu, Efe: Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 166.

¹⁰ YHGK., 26.3.2003 T., 2003/4-161 E., 2003/201 K.; Yarg. 12. CD., 11.4.2012 T., 2011/20872 E., 2012/9834 K., www.kazanci.com.

faaliyetlerinden oluşmaktadır¹¹. Bu alan kamuya açık olan yerlerde yaşanan olayları içermektedir. Kamuya açık olan yeri, belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilere açık olan yer olarak tanımlamak mümkündür¹². Ancak kişi, kamuya açık alanda bulunduğunda dahi, '*kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik*' prensipleri geçerlidir ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulü mümkün değildir¹³. Ayrıca kişinin kamuya açık alandaki olaylarının değiştirilmesi, ilaveler yapılarak farklı şekillerde nakledilmesi de özel yaşama müdahale teşkil edecektir¹⁴.

b. Özel Yaşam

Kişinin özel yaşam alanını, ailesi, arkadaşları, iş çevresi gibi belirli kişilerle, çeşitli nedenlerle birlikte bulunması dolayısıyla bilinen eylemleri oluşturur¹⁵. Bu kişilerin sayısı her yaşam faaliyetine göre değişebilir; ancak önemli olan bir yaşam olayının belirsiz sayıdaki kişilerle değil, belirli sayıdaki kişilerle birlikte yaşanmasıdır¹⁶. Bu alandaki yaşam olayları kamuya açık değildir, sınırlı kişiler tarafından bilinmektedir. Özel alan, kişisel varlıkların en önemlilerinden biridir ve bu nedenle özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesi olup, çoğunlukla kişinin üstünün ve eşyalarının aranmaması, konutlarına girilmemesi gibi hakları kapsar¹⁷.

¹¹ Şen, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, Kazancı Kitabevi, 1996, s. 213.

¹² Kılıçoğlu, s. 115.

¹³ Yarg. 12. CD., 3.4.2012 T., 2011/7345 E., 2012/8936 K., www.kazanci.com; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 116.

¹⁴ Bayram, s. 258.

¹⁵ Helvacı, s. 62; Kılıçoğlu, s. 116; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 115; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 65; Kandemir, s. 137; Özel, s. 31; Sevimli, s. 8; Yamakoğlu, s. 166.

¹⁶ Kılıçoğlu, s. 116.

¹⁷ Okur, Elektronik Gözetleme, s. 65.

c. Gizli Yaşam

Kişinin gizli yaşamı ise, kişinin tüm üçüncü kişilerden gizleyerek kendisine sakladığı eylemleri, kendisine ilişkin bilgiler ve olayları kapsamaktadır, kısaca kişinin sırlarıdır¹⁸. Kişinin istisnaen bir ya da birkaç kişiyle bu olayları paylaşmış olması onun gizli alanının niteliğini değiştirmez¹⁹. Kişinin yalnız kalma hakkı, ona bir gizli alanın tanınması ve korunması imkânını verir²⁰.

Ancak her zaman bu üç alanın birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün görünmemektedir. Özellikle oyuncu, sporcu, politikacı gibi kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşam alanları diğer kişilere göre daha dardır. Özel yaşam kişinin mesleğine ve zamana bağlı olarak daralabilmektedir²¹. Kamuya mal olmuş kişilerin sağlıkları, aile hayatları vb. olayların bilinmesinde kamu yararı söz konusu olabilir. Böyle durumlarda bu kişilerin rızalarının aranması söz konusu olmayacaktır²².

Kişinin iş yaşamı ise, iş çevresine açık olmakla birlikte, yapılan işin niteliğine göre kamuya kapalıdır²³. İş yaşamının, kişinin menfaati sebebiyle başkalarından korunacak yönleri vardır; çünkü yapılan işin niteliğine bağlı olarak değişmekle birlikte iş yaşamı, toplum içinde sürdürülen yaşamın herkes tarafından görülebilir, öğrenilebilir ve izlenebilir faaliyetlerinden oluşmamaktadır²⁴. O halde iş yaşamının kamuya mal olmamış bölümü, özel yaşam alanının bir parçasıdır ve iş ilişkileri de özel yaşam alanı kapsamındadır²⁵.

¹⁸ Sevimli, s. 8; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 64-65; Özel, s. 32; Yamakoğlu, s. 166.

¹⁹ Özel, s. 32; “Sır alanı bir kimsenin kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese kapalı tutmak istediği alana denir.”, Kılıçoğlu, s. 117.

²⁰ Kılıçoğlu, s. 117.

²¹ Helvacı, s. 65; Sevimli, s. 9; Polater, s. 28.

²² Helvacı, s. 66.

²³ Şen, s. 216; Sevimli, s. 14; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 65.

²⁴ Şen, s. 216.

²⁵ Sevimli, s. 14; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 65.

3. Özel Yaşama Müdahale

Özel yaşama müdahale, bu yaşam alanındaki bilgi ve olayların öğrenilmesi, herhangi bir şekilde depolanması, kullanılması, başkalarına aktarılması veya kamuya açıklanmasıdır²⁶. Kişinin özellikle saklı tuttuğu özel hayatına ilişkin bir hususun öğrenilmesi için başkaları tarafından gerçekleştirilen bütün fiiller de özel yaşama müdahale teşkil edecektir²⁷. Kişinin gizlice evine girilmesi, eşyalarının karıştırılması, kişiye ait olan belgelerin, mektupların, e-maillerin okunması, gizlice konuşmalarının dinlenmesi, görüntüsünün kaydedilmesi, kişinin kimliğine, sağlık durumuna, cinsel hayatına, yaşam tarzına ilişkin bilgilerin öğrenilip aktarılması vb. davranışlar, özel yaşama müdahale teşkil edecek davranışlara örnek verilebilir. Bu bağlamda elektronik izleme yetkisi tanıyan Kanunlar, belirli güvenceler içermeli ve kişinin özel hayatına ait veri elde edilememesi teminat altına alınmalıdır²⁸. Kural olarak kişinin gizli ve özel yaşamına müdahale hukuka aykırıdır. Bununla birlikte kamuya mal olmuş kişilerde özel ve gizlilik alanına giren bazı olayların, eylemlerin açıklanması hukuka aykırı sayılmayacaktır. Kamuya mal olmamış bir kişinin rızası olmadan ya da üstün bir kamu yararı bulunmadan, söz konusu hayat alanlarına yapılacak müdahale ise hukuka aykırı sayılacaktır²⁹.

Özel yaşama müdahale, sadece kişiye ait gizli bilgilerin öğrenilmesi ve açıklanmasıyla değil; aynı zamanda özel yaşam alanındaki özgürlüğü kısıtlayıcı düzenlemelerle de mümkün olabilir. Örneğin, işverenin işçiden özel yaşantısında belli kişilerle görüşmemesini istemesi bu anlamda özel yaşama müdahale teşkil edecektir³⁰. Ayrıca AİHM kararlarında, yoğun ve sürekli uçak sesinin yarattığı yüksek gürültünün³¹, tabakhaneden yayılan pis koku, hastalık ve dumanın³² da bireyin fiziksel sağlığını etkileyeceği ve özel hayata müdahale teşkil edeceği belirtilmiştir.

²⁶ Sevimli, s. 16.

²⁷ Şen, s. 232; Sevimli, s. 16.

²⁸ Yamakoğlu, s. 166.

²⁹ Helvacı, s. 62; Polater, s. 28.

³⁰ Sevimli, s. 17.

³¹ Rayner Kararı, Üzeltürk, s. 184. dn. 125.

³² Lopes Ostra, Üzeltürk, s. 185, dn. 127.

B. Özel Yaşam Hakkı ve Niteliği

1. Genel Olarak

Özel yaşam hakkı, bireyin özel yaşam alanının devletten veya toplumdaki diğer bireylerden gelebilecek gizli ve meşru olmayan müdahaleden uzak tutulmasında hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülen bir yararın varlığının tanınmasıdır³³. Özel yaşam hakkı, bireyin sadece hayatının mahrem alanının korunmasını değil, aynı zamanda mahrem olmayan, kamuya açık olan alanının korunmasını da içermektedir³⁴. Özel yaşama ilişkin bilgilerin gizliliğinin özel yaşam hakkıyla korunmasının yanı sıra kişinin bu alandaki özgürlüğü de korunan değerler arasındadır³⁵. İnsan kendisi hakkında özel yaşamı ile aile hayatı konusunda, başkalarının değer yargıları oluşturmalarına temel olacak bilgilerin kendisinden habersiz veya yanlış biçimde toplanması ve kişide bu bilgilerin düzeltilmesi olanağının olmaması, güçsüzün güçlü tarafından ezilmesi sonucunu doğurur³⁶. Kişinin hayatındaki eylemlerinin tamamı özel yaşam alanı içinde gerçekleşirse de, kamuya açık eylemlerin kararının verilmesi aşamasında özel yaşam hakkının sağladığı korumadan yararlanabildiği ölçüde kişi, bağımsız şekilde hareket edebilir³⁷.

2. Özel Yaşam Hakkının Niteliği

Kişinin özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkı, onun kişiliği için temel bir hak/insan hakkı olarak tanınır ve kamu otoritelerine, topluma ve diğer kişilere karşı korunur³⁸. Özel yaşam hakkı, bir temel hak olarak, kural olarak dokunulamaz, vazgeçilemez, devredilemez niteliktedir ve

³³ Sevimli, s. 18; Birben, s. 135.

³⁴ Üzeltürk, s. 2-3.

³⁵ Helvacı, s. 59; Sevimli, s. 18; Birben, s. 135; Ugan Çatalakaya, Deniz: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul, Beta Basım, 2019, s. 284.

³⁶ Tezcan, Durmuş: “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 8, Ankara, 1991, s. 386, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4797/dtezcan.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2020; Sevimli, s. 21.

³⁷ Sevimli, s. 21.

³⁸ Bayram, s. 258; Ugan Çatalakaya, s. 284.

ancak yasayla sınırlanabilir ve bu sınırlama da hakkın özüne dokunamaz³⁹. Özel hayat ve korunması konusunda ilk düzenleme 10 Aralık 1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde yer alır. Bildirinin 12’nci maddesinde kimsenin özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haberleşme özgürlüğüne keyfi bir biçimde müdahale edilemeyeceği düzenlenmiştir. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 17 başta olmak üzere diğer uluslararası bildiri, sözleşme ve şartlarda özel yaşam hakkı düzenlenerek onun temel bir hak olma niteliğine vurgu yapılmıştır. Sadece uluslararası alanda değil, Türk hukukunda da TC Anayasası başta olmak üzere, Türk Medeni Kanunu’nda ve Türk Ceza Kanunu’nda özel hayat, özel hayatın gizliliği ve özel hayatın korunması kavramlarına yer verilmiş ve özel yaşam hakkı hukuken korunma altına alınmıştır.

Özel yaşam hakkının, kişilik hakkının bir görünümü olma niteliği de vardır. Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki haktır. Özel yaşam hakkının kişilik hakkının bir görünümü olmasından kaynaklanan niteliklerinin başında mutlak hak olması _herkese karşı ileri sürülebilmesi_, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve tekeli nitelikte bir hak olması gelir⁴⁰.

III. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMI ÇERÇEVESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. İşverenin Yönetim Hakkı ve İşçinin İşverene Bağımlılığı

İşçi, işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenen kişidir. İş K. m. 8’de bu durum açıkça “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanarak işçinin işverene bağımlılığı ifade edilmiştir. İş sözleşmesinin bu özelliği, onu diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayırır. Bu bağımlılık, işçinin işverene ekonomik veya teknik bir bağımlılığı değil; kişisel (hukuki) bağımlılığıdır⁴¹. Kişisel

³⁹ Sevimli, s. 25.

⁴⁰ Sevimli, s. 28.

⁴¹ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2018, s. 168; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2018, s. 233; Bayram,

bağımlılık, işçinin işverenin emir ve talimatlarına uygun şekilde işini görmesi, işverenin otoritesi altında çalışmasıdır. İşçinin işverene olan hukuki bağımlılığının sonucu olarak, işçi, işverenin (veya işveren vekilinin) yönetim, denetim ve gözetimi altında, onun talimatlarına uyar ve hatta onun cezalandırma yetkisini de kabul eder. İşverenin otoritesi altında çalışma, bir hiyerarşik yapıyı da beraberinde getirir ve dolayısıyla bağımlılık unsurunun kaynağı, işverenle işçi arasındaki alt üst ilişkisidir ve bu ilişkinin kaynağı da iş sözleşmesidir⁴². İşçinin işverene kişisel bağımlılığının bir sonucu da işçinin özel yaşamına yönelebilecek tehlikelerdir. Bu doğrultuda işçinin uymakla yükümlü olduğu emir ve talimatların kapsam ve sınırının belirlenmesi oldukça önemlidir.

İş ilişkisindeki koşullar, büyük ölçüde kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ile belirlenmektedir. Ancak her hususun ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi de mümkün değildir. Sözleşmenin yapılması sırasında işçinin nerede, ne zaman ve nasıl iş yapma borcunu göreceği her zaman kesin olarak belirlenemeyebilir ve ayrıca iş sözleşmeleri işçilerin davranışlarına ilişkin hükümler de içermezler. Böyle durumlarda işveren, yönetim hakkını kullanarak işin görülmesi ve işçilerin davranışları ile ilgili genel düzenlemeler yapabilir. Burada işverenin kendi alacağına ifa şekil ve şartlarını düzenleme yetkisi açıkça görülmektedir⁴³. Nitekim bu husus da TBK m. 399'da açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir. Yönetim hakkı, işverenin verdiği talimatlara işçinin uyup uymadığının denetlenmesi yetkisini de içermektedir⁴⁴.

Yönetim hakkı konusunda uygulama açısından asıl önem taşıyan yön, yönetim hakkının sınırlarının saptanmasıdır. Çünkü işverenin verdiği bir talimatın hukuka uygun mu, yoksa aykırı mı olduğunun ortaya konulabilmesi için sözü geçen hakkın hangi koşullar altında ve ne ölçüde

s. 79; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 24. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 38; Kandemir, s. 66-67; Sevimli, s. 81.

⁴² Bayram, s. 80.

⁴³ Engin, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara, Banka-Sigorta İşçileri Sendikası, 1993, s. 86.

⁴⁴ Güzel, Ali: "İş Hukukunda 'Yetki' ve 'Özgürlük'", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, s. 101; Engin, s. 85; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 35; Kandemir, s. 68; Sevimli, s. 83.

uygulanma olanağı bulunduğu bilinmesi gerekir⁴⁵. TBK m. 27'de düzenlenen genel hüküm, işverenin yönetim hakkı açısından da geçerli olacaktır. Buna göre Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan talimatlar, yönetim hakkının sınırını belirleyecektir⁴⁶. Ayrıca işveren, yönetim hakkını kullanırken objektif iyi niyet kurallarına uymalı; işçiye vereceği talimatlar, dürüstlük kuralına göre işçiden beklenebilecek olanla sınırlı olmalıdır^{47 48}.

Yönetim hakkının en önemli sınırı, işçinin kişilik hakkıdır⁴⁹. İş sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme olması ile işçinin işverene bağımlı olarak çalışması ve onun yönetim hakkı kapsamındaki uygulamalarına, emir ve talimatlarına uyarak iş görme borcunu yerine getirmesi dolayısıyla işçinin özel yaşamının korunması önem arz eder. İşçinin özel yaşam alanı ile işverenin yönetim hakkı arasındaki sınırın çok iyi belirlenmesi gerekir. Ancak işçi ile işverenin iş sözleşmesi dolayısıyla kişisel olarak bağlı olmaları ve edimlerini genellikle aynı zamanda ve dar bir alanda yerine getirmeleri dolayısıyla özel yaşamın gizli tutulması kolay olmamaktadır⁵⁰. İşçinin kişisel yaşam hakkı; işçinin özel yaşamına saygı hakkını içerir. Örneğin işçinin gizli kamera ile gözetlenmesi veya sürekli izlenerek baskı kurulması gibi eylemler, hukuka aykırı elektronik izlemedir ve işçinin kişilik hakkını ihlal

⁴⁵ Kanun ve toplu iş sözleşmeleri yolu ile işverenin yönetim hakkının sınırlandırıldığı ve işçilerin yönetime katıldığı görülmektedir, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 257; Taşkent, s. 81.

⁴⁶ Süzek, s. 84; Bedük, s. 1376; Ugan Çatalkaya, s. 277.

⁴⁷ Süzek, s. 84-85; Güzel, s. 99-100; Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta Basım, 2006, s. 245-246; Bedük, s. 1376; Bayram, s. 300.

⁴⁸ Yarg., 9. HD., 16.12.2019 T., 2019/7770 E., 2019/22461 K., www.kazanci.com; Yarg., 9. HD., 25.11.2019 T., 2019/3669 E., 2019/20770 K., www.kazanci.com.

⁴⁹ Bayram, s. 98; İşveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez, Yarg., 9. HD., 25.11.2019 T., 2019/3669 E., 2019/20770 K., www.kazanci.com; İş ilişkisinde işverenin yönetim hakkını sınırlayan ve bu yetkinin keyfi kullanımını engelleyen etkin hukuki araçlardan birisi, işçinin kişilik değerleri ile temel hak ve özgürlükleridir, Güzel, s. 105.

⁵⁰ Okur, Elektronik Gözetleme, s. 66.

etmektedir⁵¹. Ayrıca işçinin kamusal, siyasal ve örgütsel alandaki etkinlikleri, işverenin yönetim hakkına karşı da korunmalıdır⁵².

İşverenin yönetim hakkı kapsamındaki düzenlemelerine işçinin uyma yükümlülüğü vardır; ancak bunun sınırı ince bir çizgiyle ayrılmakta olup, işverenin yönetim hakkını kullanması işçinin özel yaşamına müdahale boyutu taşımamalıdır. İşçinin çalışma saatleri içinde ve işyerindeki davranışlarının kısaca hizmet içindeki davranışlarının işverence düzenlenmesindeki amaç, işçinin bu süreler arasındaki davranışlarının somutlaştırılmasıdır⁵³.

İş Kanunu'nda işçinin davranış özgürlüğünü sınırlandıran hükümlerin başında işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesi ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması gelmekte; bu hükümler dışında işçinin davranış özgürlüğünün sınırlanmasında dürüstlük kuralı ve o iş sahasına hâkim olan örf ve adet kuralları önemli rol oynamaktadır.

B. İşverenin İşçiyi Koruma (Gözetme) Borcu ve İşçinin Sadakat Borcu

İşçi, iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu ile işverenin işi ve işyeri ile ilgili haklı menfaatlerini koruma ve yine işverenin menfaatlerine zarar verebilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altına girer. Kısaca işçinin sadakat borcu, işverenin haklı çıkarlarının korunması ve bunlara zarar verecek davranışlardan kaçınması şeklinde ifade edilir⁵⁴. TBK m. 396'da düzenlenen sadakat borcuna göre, "*İşçi yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.*" İşçinin kişilik hakkının korunması açısından sadakat borcunun ölçüsünün ve sınırının önemi büyüktür; bu yüzden sadakat borcunun sınırının yine işçinin kişilik hakkı olduğu söylenebilir⁵⁵. Somut sınırları belli olmayan geniş kapsamlı borç

⁵¹ Yamakoğlu, s. 161.

⁵² Güzel, s. 114.

⁵³ Taşkent, s. 91; Bayram, s. 300.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, 69 vd.; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 294 vd.; Süzek, s. 348-350; Sevimli, s. 89; Bayram, s. 112; Sümer, s. 74-75.

⁵⁵ Bayram, s. 119; Arslan Ertürk, s. 230-233.

olan sadakat borcunun sınırı kanun, iş sözleşmesi, dürüstlük ve iyiniyet kuralları, çalışma yaşamının o işle ilgili gelenek ve değer yargılarıdır. Buna göre, sadakat borcunun ölçüsü ve sınırı; ‘işçinin maddi ve manevi durumuna göre yapabileceği ve işverenin kanun ve sözleşme çerçevesinde ve de ahlak ve iyiniyet kurallarını gözeterek işçiden isteyebileceği davranışlardır’ şeklinde belirlenebilir⁵⁶.

İşverenin işçiyi koruma (gözetme) borcu, işçinin sadakat borcunun karşısında yer alan geniş kapsamlı bir borç olup, işverenin işçinin çıkarlarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmasını ifade eder⁵⁷. İşverenin işçiyi koruma borcunun başında, işçinin kişiliğinin korunması gelir ve TBK m. 417’de ‘İşçinin Kişiliğinin Korunması’ başlığı altında söz konusu borç düzenlenmiştir. Buna göre, işveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle yükümlüdür. Bu düzenleme ile işçinin kişilik hakkının genel olarak korunması ve kişilik değerlerinin maddi, manevi ve ekonomik boyutları ile korunması ele alınmış; sadece maddi kişilik değerleri değil, aynı zamanda manevi ve ekonomik kişilik değerleri de koruma altına alınmıştır⁵⁸. İşverenin işçiyi gözetme borcu, yönetim hakkının sınırını oluşturmaktadır. Buna göre, işveren, gözetme borcuna aykırı olarak işçinin iş sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşüren talimat veremez⁵⁹.

İşverenin işçiyi koruma borcu kapsamına işçinin özel yaşamının ve temel haklarının işverenden gelebilecek müdahalelere karşı korunması da dâhildir⁶⁰. Yargıtay, işçinin yeterli emare bulunmadan ve makul şüpheye dayanmadan işveren tarafından şikâyet edilmesi sebebiyle işçinin kişilik haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹. Ancak yapılan müdahalelerin kapsam ve sınırının belirlenmesi ve dürüstlük kuralı gereği

⁵⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 296; Özdemir, s. 243; Sümer, s. 74; Bayram, s. 119; Arslan Ertürk, s. 217-253.

⁵⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 339 vd.; Süzek, s. 399; Sevimli, s. 89; Sümer, s. 89; Bayram, s. 87.

⁵⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 340; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 68.

⁵⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341; Süzek, s. 84.

⁶⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341.

⁶¹ Bu sebeple işçi lehine makul düzeyde bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir, Yarg., 9. HD., 22.05.2017 T., 2017/20415 E., 2017/8500 K., www.kazanci.com.

öncelikle işçinin bu konuda bilgilendirilmesi gerekir⁶². İşveren tarafından yapılan müdahalenin ölçülülük ilkesi kapsamında, güdülen amacı gerçekleştirmek için gerekli ve elverişli olması yanında, işçinin kişilik hakkına en az düzeyde zarar verecek yöntem olması gerekir⁶³.

C. İşverenin Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcu, işverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere objektif ve haklı bir neden olmaksızın farklı davranamayacağını ifade eder. Buradaki eşitlik, mutlak bir eşitlik değil, eşit durumda olan işçiler arasındaki eşitliktir⁶⁴. Anayasa'nın 'Kanun önünde eşitlik' başlıklı 10'uncu maddesi eşitlik ilkesi ile ilgili hukuk kaynaklarının başında gelir. Buna ilaveten İş K.'nin 'Eşit davranma ilkesi' başlıklı 5'inci maddesi ile 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu da eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları arasındadır.

Eşit davranma borcunun, işçinin özel yaşamı bakımından önemi, işverenin, işçinin davranışlarına ilişkin vereceği talimatlar ve kontroller konusunda ortaya çıkar, yani işveren yönetim hakkını kullanırken de, eşit davranma borcuna uygun şekilde hareket etmelidir⁶⁵. Bu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyecek, talimat verirken eşit davranma borcuna uygun davranacaktır⁶⁶. Örneğin, kazançlı, zahmetli veya hoşla gitmeyecek nitelikteki işler aynı durumdaki tüm işçilere açık olmalıdır. Hoşla gitmeyecek nitelikteki bir işin aynı durumdaki diğer işçilere değil de sürekli olarak belli bir işçiye verilmesi,

⁶² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341; Güzel, Ali/Ugan Çatalkaya, Deniz: "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul, 2014, s. 61.

⁶³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341; Güzel/Ugan Çatalkaya, s. 61.

⁶⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 400 vd.; Süzek, s. 453; Sümer, s. 91; Bayram, s. 169; Sevimli, s. 86-87.

⁶⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 409; Süzek, s. 85; Taşkent, s. 84; Bayram, s. 175; Sevimli, s. 87-88; Sümer, s. 92.

⁶⁶ Yarg., 9. HD., 25.11.2019 T., 2019/3669 E., 2019/20770 K., www.kazanci.com.

işverenin yönetim hakkını eşit davranma yükümlülüğüne aykırı bir biçimde kullandığını göstermektedir⁶⁷.

IV. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA İLİŞKİN BAZI ÖRNEKLERİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

İşçi, zamanının büyük bir çoğunluğunu işyerinde veya işverene ait iş organizasyonu içinde geçirmektedir. İşçinin mesleki yaşamını ifade eden bu süre zarfında da işçinin kişilik hakkından kaynaklanan birtakım özgürlükleri söz konusu olacaktır. Bu özgürlükler ve işverenin yönetim hakkı arasındaki dengenin iyi kurulması gerekir. İşçinin işyerinde ve çalışma süresi içinde de özel yaşamı vardır. Zira çalışma süresi, sadece iş görme borcuna özgülenmiş bir süre anlamına gelmemektedir⁶⁸.

İşverenin yönetim yetkisi kapsamında işçinin işyerindeki yaşam tarzı ve davranışlarına müdahalesi olabileceği gibi işçinin işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarına müdahalesi de söz konusu olabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çalışma hakkını, özel yaşam hakkından sonra gelen bir hak olarak nitelendirmektedir⁶⁹. Dolayısıyla işverenin gerek işçinin işyerindeki yaşam tarzı ve davranışlarına olsun gerekse de işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarına müdahalesi sınırlı olmalıdır.

Yönetim hakkı kapsamında kalan veya işçinin sadakat borcu gereğince rızasının beklenebilir olduğu durumlarda işverenin işçinin işyerindeki davranışlarına müdahalesine işçinin rıza göstermesi hukuka uygun olacaktır. Bununla birlikte işçinin işyerindeki davranışlarını sınırlayan hukuka aykırı müdahalelere işçinin rıza göstermesi durumunda verilen rıza geçerli olmayacaktır⁷⁰. İşçinin işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarının işverence düzenlenmesi, işçinin sadakat borcu kapsamında kalıyorsa işçinin rıza göstermesi hukuka uygun sayılabilecek ve gösterilen rızanın geçerliliği TMK m. 23 kapsamında

⁶⁷ Bayram, s. 177.

⁶⁸ İşçinin çalışma süresi içinde belirli bir sosyal yaşamı, arkadaşları ve ailesiyle ilişkileri söz konusu olacaktır, Güzel, s. 115.

⁶⁹ Güzel, s. 114, dn. 68'de belirtilen karar.

⁷⁰ Sevimli, s. 239.

değerlendirilecektir. Aksi halde işverenin işçinin işyeri dışındaki özel yaşamına aşırı müdahalesine işçinin gösterdiği rızanın geçerli olmamalıdır. Örneğin, işçinin işyeri dışındaki özel yaşamında alkol kullanmayacağı ve eğlence yerlerine gitmeyeceği yönündeki düzenlemeye işçinin verdiği rıza, kişi özgürlüğüne getirilen aşırı sınırlama sebebiyle geçerli olmamalıdır⁷¹.

Günümüzde işyeri ve iş organizasyonunun sınırlarının tespitindeki zorluk nedeniyle işçinin işyerindeki mesleki yaşamı ile işyeri ve çalışma saatleri dışındaki özel yaşamı arasındaki ayrımı belirlemek her zaman kolay olmayabilir⁷². İşveren yönetim hakkına dayanarak işçinin işyerindeki yaşamına birtakım sınırlamalar getirebilirse de yönetim hakkının işyeri dışını da kolaylıkla kapsayabileceğini söylemek zordur. Bu sebeple işçinin yaşam tarzı ve davranışlarına müdahale, işyeri ve işyeri dışında olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir.

B. İşçinin İşyerindeki Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahale

1. İşçinin İşyerindeki Kılık Kıyafeti ve Dış Görünümü

Dış görünüm, kişinin giyim ve kuşamını, takı ve aksesuarlarını, saç, sakal ve bıyık modelini ve vücudun üzerine yapılan dövme vb. işaretleri kapsamaktadır⁷³. Kılık kıyafet, sadece görünüşten ibaret olmayıp kişinin ruh halini, dini inancını, kişiliğini yansıtan, kişinin kendisini ifade ediş şekli, kültürel bir simge ve bir iletişim aracıdır⁷⁴. Kişinin giyim tarzını belirlemesi ve bunu eyleme dökmesi, kendi hayat görüşü, yaşam biçimi ve zevkine bağlıdır ve bu durum onun özel yaşam hakkı ile yakından ilgilidir⁷⁵. Ancak işyerinde bazı durumlarda işin niteliği ile bağlantılı olarak işçi, işverenin istediği kıyafeti giymek durumunda kalabilir. Bu durumda asıl belirlenmesi gereken, işverenin işçiyi işyerinde belirli bir kıyafeti giymekle yükümlü kılıp kılamayacağı, eğer kılabilen ise bunun hangi durumlarda söz konusu olacağıdır.

⁷¹ Sevimli, s. 245.

⁷² Güzel/Ugan Çatalakaya, s. 60; Ugan Çatalakaya, s. 284.

⁷³ Bayram, s. 305; Bedük, Mehmet Nusret: "İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkisine Etkisi", Legal İHSGHD, C. 16, S. 64, 2019, s. 1371.

⁷⁴ Bedük, s. 1371.

⁷⁵ Üzeltürk, s. 182; Sevimli, s. 231.

İşçinin işyerindeki giyim tarzı ve dış görünümüne müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerin başında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymak gelir⁷⁶. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında işverene düşen yükümlülükler uyarınca işveren, işçilerden belirli kıyafetleri giymesini isteyebilir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kapsamında işçiden giymesini istediği kıyafetleri işçi giymek zorundadır. Nitekim TBK m. 417/2'de işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü oldukları açıkça düzenlenmiştir. Kişisel koruyucu donanımların giyilmesi veya takılması iş sağlığı ve güvenliğini sağlamanın bir sonucu ise işçi buna uymak zorundadır. Böyle durumlarda işçilerin kişisel koruyucu donanımları kullanmama gibi hakları söz konusu olmayacak ve işin niteliğine göre kişisel koruyucu donanımlar işçiler tarafından kullanılacak, takılacak veya giyilecektir. Burada hukuka uygunluk sebebi olarak kanunun verdiği yetkinin kullanılması olduğu kadar daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın da bulunduğu da söylenebilir.

İşçinin işyerindeki giyim tarzı ve dış görünümüne müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerden bir diğeri; mal ve hizmetin sağlıklı koşullarda üretilmesinin istenmesidir⁷⁷. Yiyecek ve içecek maddelerin yapımı ve satışında ya da hastane lokanta gibi yerlerde belirli hizmetlerin görülmesinde insan sağlığı için önemli ve gerekli olması dolayısıyla özel bir iş veya meslek kıyafetinin giyilmesi durumunda kişilik haklarına aykırılıktan bahsedilmeyecektir. Mal veya hizmetten yararlanacak olan müşterilerin, üçüncü kişilerin sağlığının korunması, kişilik hakkı karşısında daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar olacaktır⁷⁸. Yargıtay, açılılık görevini yapan işçinin sakal bırakmasını sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaştırmamış ve bu konudaki işverenin talimatını haklı bulmuştur⁷⁹.

⁷⁶ Sevimli, s. 231; Bayram, s. 305; Bedük, s. 1379-1382.

⁷⁷ Taşkent, s. 92; Sevimli, s. 232.

⁷⁸ Sevimli, s. 232.

⁷⁹ "...Davacının işi açılılıktır. Bu işi ifa etmekte iken sakal bırakmıştır. İkaz, ihtar ve yevmiye kesintisi cezalarına rağmen sakalını kesmemekte direnmiştir. Bunun üzerine hizmet akdi Disiplin Kurulu Kararı ile feshedilmiştir. Gerçekten davacının sakal bırakması sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaşmaz...", Yarg. 9. HD., 21.9.1990 T., 1990/5978 E., 1990/9488 K., www.kazanci.com.

İşveren kural olarak işyerinde işçinin hangi kıyafet ile geleceğini, elbise, pantolon, topluklu ayakkabı, kot, kazak, gömlek gibi eşyaları giyip giymeyeceğini, kendi zevkine ters, moda uymayan kıyafetlerin ise giyilemeyeceğini yasaklayamaz. Ancak işveren istisnai da olsa işin ve işyerinin niteliklerine göre yönetim hakkını kullanarak, işçilerin giyim ve görünüşlerini, saç modellerini, süslenmelerini vs. düzenleyebilir⁸⁰. Bu durum iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile belirlenebilir. Örneğin, bir lokantada çalışan garsonların, bankada çalışanların veya hava yolu şirketlerinde çalışan hostes veya hostların, firmanın satış temsilcilerinin belirli bir kıyafet giymeleri, makyaj malzemesi yahut kadın giyim eşyası satan mağazada çalışan bayanların saçlarının her gün yapıklı ve tırnaklarının bakımlı olması istenebilir⁸¹. Yerin veya halıların zarar görmesi olasılığı büyük ise, işveren işyerinde çok ince topuklu ayakkabıların giyilmemesini isteyebilir⁸². Belirtmek gerekir ki işverenin bu istekleri işin niteliği ile bağdaşmalı, makine başında çalışan bir torna ustasından kravat takması istenmemelidir; aksi halde işverenin talimatları dürüstlük kuralına uygun olmayacak ve geçerli kabul edilmeyecektir⁸³.

İşin niteliği gereği işveren tarafından sağlanan tek tip elbise giyilmesi söz konusu olabilir⁸⁴. Bu durumda, elbise küçük düşürücü ya da işçiyi sağlık açısından rahatsız edici nitelikte olmadıkça özel yaşam hakkına ağır bir müdahale oluşturmaz ve çoğu zaman müşterilerle yakın temas halinde bulunan personelin ayırt edilebilmesi ve işin gerektiği gibi görülmesi için de bir zorunluluk teşkil eder⁸⁵. Bununla birlikte işin niteliği gerektirmese de, işçinin giyim-kuşam ve dış görünüş itibarıyla

⁸⁰ Taşkent, s. 92-93; Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 163; Bayram, s. 306; Bedük, s. 1377-1379.

⁸¹ Tuncay, s. 163, Bayram, s. 306; Sevimli, s. 233.

⁸² Taşkent, s. 93.

⁸³ Sevimli, s. 234.

⁸⁴ 27 Kasım 2012 tarih ve 28480 Sayılı ‘Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik m. 3/2’ye göre, öğrenciler, okul, sınıf ve şubelerde tek tip kıyafet giymeye zorlanamaz. Ancak, okul yönetimi ve okul-aile birliğinin koordinatörlüğünde, Yönetmelikte belirtilen sınırlamalara aykırı olmamak kaydıyla, velilerin yüzde ellisinden fazlasının onayı alınarak ilgili eğitim-öğretim yılı için okul kıyafeti veya kıyafetleri belirlenebilir.

⁸⁵ Sevimli, s. 233.

çevresinde tiksinti uyandıran, iş arkadaşlarını rahatsız eden, temizlikten uzak tutumuna işveren, olayın şartlarına göre müdahale edebilir⁸⁶. Yargıtay'a göre işverenin işçiden giyimine özen göstermesini istemesi, işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturmayacaktır⁸⁷.

Kılık kıyafet özgürlüğü, insan hakları bakımından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir⁸⁸. Zira kişi giyimiyle, saç, sakal, bıyık ve aksesuarlarla kendini ifade edebilir. İşçi, işyerinde dini inanç ve siyasi görüşlerini ortaya koyan giysi, türban, haç vb. kıyafetler giydiğinde ve aksesuarlar taktığında, işverenin toplumdaki izleniminin tarafsız olmasını istemesi nedeniyle, bunların kullanılmamasını isteme hakkına sahiptir⁸⁹. Bununla birlikte işverenin müdahalesi, kişinin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmemelidir⁹⁰.

Sonuç olarak gerek iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında olsun gerekse de işin niteliği, işyeri düzeni gereği veyahut yasal bir zorunluluktan dolayı işveren işçinin kılık kıyafetine müdahale edebilir. Ancak her somut olayın özelliği dikkate alınarak yapılan müdahaleyi haklı kılacak bir neden olmalıdır. İşçinin kılık kıyafetine yapılacak keyfi müdahaleler, işçinin genel anlamda kişilik haklarını ihlal edecektir⁹¹.

2. İşçinin İşyerinde Sigara ve Alkol Kullanımı

'Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'a göre, kapalı alanlarda sigara içilmesi yasaktır. Bu yasak şüphesiz işyerlerini de kapsamaktadır. Mevzuatta düzenlenen ve işçilerin çalıştıkları yerlerde sigara veya tütün ürünlerini tüketmelerini

⁸⁶ Bayram, s. 306.

⁸⁷ "... davacı tanıkları da, işverenin davacının giyimine özen gösterilmesini istemekle yetindiğini, başka bir baskı yada iyi niyet kurallarına aykırı bir davranışta bulunmadığını söylemişlerdir. Bu bilgi ve belgeler davacı ve karşı davalı işçinin haklı bir neden olmadan sözleşmeyi bozduğunu göstermektedir ki böyle bir durumda, karşı davacının istediği ihbar tazminatı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır...", Yarg. 9. HD., 05.06.2001 T., 2001/7001 E., 2001/9568 K., www.legalbank.net.

⁸⁸ Bedük, s. 1386.

⁸⁹ Sevimli, s. 234.

⁹⁰ Bedük, s. 1387 vd.

⁹¹ Sevimli, s. 231 vd.; Bedük, s. 1374.

yasaklayan düzenlemeler, mutlak emredici niteliktedir⁹². Bu sebeple taraflar, mevzuatta düzenlenen sigara içme yasağına aykırı düzenleme yapamayacaklardır. Söz konusu Kanundan önce işçilerin işyerinde sigara içip içemeyecekleri ve sigara içme özgürlüğü ve bunun sınırları tartışılmıştır⁹³. Ancak günümüzde kapalı alanlarda işyeri dâhil, sigara içmenin yasaklanmasıyla bu tartışmalar da güncelliğini yitirmiştir. Kapalı alanlarda sigara içilmesi yasaklanmasaydı dahi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulması açısından işyerlerinde sigara içme yasağının uygulanabileceğini söylemek mümkün olacaktı. Söz konusu Kanuna göre, işyerlerinde sigara kullananlar ile Kanuna aykırı davranan ve Kanunda yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeyen işletme sorumluları hakkında idari para cezaları öngörülmüştür. İşçiler, işverenin bu yöndeki müdahalesine ve talimatına uymak zorundadırlar. Zira işyerinde sigara içilmesi, hem işçi hem de işvereni etkilemektedir. Şöyle ki, sigara kullanımı sonucunda havadaki duman yoğunluğunun artmasına bağlı olarak pasif içiciler de bundan etkilenebilir ve sağlık sorunları ortaya çıkabilir. Bunun sonucu olarak işyerindeki çalışma gücü, verimi düşebilecek ve işçi ve işverenler bundan olumsuz etkilenebilecektir⁹⁴.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından risk oluşturmeyen veya işin görülmesi sırasında olumsuz etki yaratmayan işyerindeki açık alanlarda tütün içilmesine yasak getirilip getirilemeyeceği tartışılabilir. Bir görüşe göre, açık havada sigara genellikle başkalarına rahatsızlık vermediği için, pasif içicilik konumundaki üçüncü kişilerin korunması gerekçesi geçerli olmayacak ve bu alanlarda sigara içilmesine yasak getirilemeyecektir⁹⁵. Ancak birbirine çok yakın çalışan işçiler açısından açık havada olursa dahi, diğer işçinin pasif içici konumunda olması ve sigaradan etkilenmesi mümkündür. Dolayısıyla açık alan işyerlerinde dahi olsa sigara içilmesine izin vermemek gerekir. Sigara içilmesi için belirli yerler tespit edilmeli ve işçi ancak tütün ürünlerinin tüketilmesine özgü alanlarda sigara kullanmalıdır.

⁹² Okur, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları” (Sigara İçme Özgürlüğü), Kamu-İş, C. 10, S. 3/2009, s. 14.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal: Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları, Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, s. 31-67; Taşkent, s. 94-98.

⁹⁴ Okur, Sigara İçme Özgürlüğü, s. 7.

⁹⁵ Gözler, s. 62; Sevimli, s. 230-231.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 28/1'e göre, işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır. Ancak işveren yönetim hakkı kapsamında işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahiptir (İSGK m. 28/2). Dolayısıyla işyerinde alkol kullanımına müdahale, kişi özgürlüklerinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Yargıtay, iplik, dokuma, tekstil, boya işi yapılan işyerinde sigara içen işçinin çalışırken makinanın arkasında yanıcı maddelerin olduğu bir ortamda sigara içmesinin iş güvenliğini doğrudan doğruya tehlikeye düşürdüğünü ifade etmiştir. Bu tarz işyerlerinde sigara içmenin yasak olmasının işin gereği olup tüm işçiler tarafından bilinebilecek durumda olduğu vurgulanmıştır. Yargıtay yapılan işin niteliği dikkate alındığında iş yerinde imalat sırasında sigara içmenin tehlikeli olduğunu belirttikten sonra işverenin haklı fesih hakkı olduğuna hükmetmiştir⁹⁶. Başka bir kararında yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde yasaklanmış olmasına rağmen sigara içilmesinin işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranışa örnek olarak göstermiştir⁹⁷. Yargıtay, işçinin işyerinde sigara içmemesi ile ilgili olarak işçinin uyarılması ve uyarıya rağmen sigara içtiğinin işverence ispatlanması gerektiğini belirtmiştir⁹⁸.

3. İşçinin İşyerinde İnternet Kullanımı

Günümüzde teknolojinin sürekli gelişmesi ile birlikte bilgisayar ve internet kullanımı da artmış ve hayatımızın vazgeçilmez unsuru haline gelmiştir. Buna paralel olarak da işyerinde internet kullanımı yaygınlaşmış ve beraberinde de birtakım problemleri getirmiştir. İşyerinde bilgisayar, internet ve e-posta kullanımı işçiler tarafından yalnızca iş yapma yükümlülüklerini yerine getirirken kullanılmamakta, özel amaçlar doğrultusunda da kullanılmaktadır. Bunlar, facebook, twitter, whatsapp gibi sosyal paylaşım siteleri olabileceği gibi, alışveriş siteleri ve bazen de oyun siteleri olabilmektedir. İşçinin iş yapma

⁹⁶ Yarg., 9. HD., 01.07.2019 T., 2017/12882 E., 2019/14618 K., www.kazanci.com.

⁹⁷ Yarg., 9. HD., 11.03.2019 T., 2015/33648 E., 2019/5169 K., www.kazanci.com.

⁹⁸ Yarg., 9. HD., 18.06.2015 T., 2015/14146 E., 2015/22221 K., www.kazanci.com.

yükümlülüğünü yerine getirme dışındaki tüm bilgisayar ve internet kullanımları, özel amaçlı kullanım kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁹. Bununla birlikte işçinin yaptığı işle bağlantılı bazı özel durumlarda interneti özel amaçlı internet kullanımı, iş ile ilgili sayılacaktır. Şöyle ki, işçinin işyerine yeni kurulan bir makinenin çalışmasını öğrenme amacıyla interneti kullanması özel amaçlı olduğu halde işten kaynaklanan ve iş ile ilgili kullanım kapsamında olmalıdır¹⁰⁰. Yargıtay 2019 yılında verdiği bir kararında whatsapp sisteminin, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistem olduğunu belirttikten sonra burada kişi, kişiler ile iletişime geçildiği gibi gruplar kurularak grup içerisinde iletişim gerçekleştirildiğini ifade etmiştir. Ancak bu sistemin kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumda olduğu vurgulanarak işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmalarının yasaklanamayacağını ve işçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunmalarının esas olacağına hükmetmiştir.

Çalışanlar tarafından internetin kendi özel amaçları doğrultusunda kullanılması, iş ve zaman kaybına, verimsizliğe ve maliyetlerin artmasına sebep olabilir¹⁰¹. İşçinin haberleşme özgürlüğü, özel yaşam hakkı ile işverenin yönetim hakkı kapsamında işyeri düzenini korumak ve kural olarak iş ile ilgili olmayan konularda vakit geçirilmemesini isteme hakkının sınırı çok iyi belirlenmelidir. İşçinin iş saatleri içinde özel bir iş yapması beklenemez ve özel amaçlı internet kullanımı da bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁰².

Yargıtay'a göre, işverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır; ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işine ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir

⁹⁹ Okur, Zeki: “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi” (Bilgisayar ve İnternet), Kamu-İş, C. 8, S. 2/2005, s. 51.

¹⁰⁰ Okur, Bilgisayar ve İnternet, s. 51.

¹⁰¹ Okur, Bilgisayar ve İnternet, s. 48; Öktem Songu, Sezgi: “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul, Beta Basım, 2011, s. 1057-1058.

¹⁰² Okur, Elektronik Gözetleme, s. 151.

şekilde delinebilir¹⁰³. Devamla Yargıtay aynı kararda işverenin işçiye özel amaçlı interneti kullanım izni vermiş olsa dahi, işçinin internet ya da e-mail kullanımının sınırsız olmayacağını ifade etmiş, işçiye interneti özel amaçlı kullanmasını da sadece açık irade beyanı ile verilmesinin şart olmadığını belirtmiştir. Örneğin en az altı ay boyunca işveren tarafından işçinin işyerinde interneti özel amaçlı olarak kullanımının fark edilmesine rağmen, işverenin ses çıkarmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir.

İşverenlerin internet ve e-posta kullanımını izlemesi ve denetlemesi kural olarak işçilerin ruhsal yapılarını, kişiliklerini, toplumsal ilişkilerini olumsuz yönde etkileyebilecek niteliktedir. Çünkü işçinin tüm davranışlarının izlenmesi özel yaşamına müdahale teşkil edecektir¹⁰⁴. İşveren, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan her uygulamada olduğu gibi izleme ve gözetleme uygulamalarını da bir hukuka uygunluk nedenine dayandırmalıdır¹⁰⁵. İşverenin denetleme ve gözetlemede meşru bir menfaati varsa, bilgisayar ve internet kullanan işçileri saptayacak önlemler aldysa, eşitlik ilkesine ve dürüstlük kuralına uygun olmak koşuluyla izleme ve gözetleme uygulamaları, önceden işçinin bilgilendirilmesi koşuluyla hukuka uygunluk nedenine dayandırılabilir¹⁰⁶. İşveren, özellikle şirket sırlarının korunması¹⁰⁷, işe ve işyerine ilişkin

¹⁰³ Yargıtay'a göre, "... İşçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında önceden ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebileceği gibi; işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde ihtar gerek yoktur. Zira internetin her kullanımı bilgisayarda bir iz bırakır ve uzman üçüncü kişiler hangi internet bağlantısından hangi sayfalara girildiğini rahatlıkla tespit edebilirler. Bu suretle işverenin kamuoyu nezdindeki şöhreti önemli ölçüde zarar görebilir...", Yarg. 9. HD., 17.03.2008 T., 2007/27583 E., 2008/5294 K., <http://www.kazanci.com>.

¹⁰⁴ Özdemir, s. 245; Kuşku, Çisem: "İşverenin, İşçinin İnternet ve E-Posta Kullanımına Müdahalesi Ve İşçinin Kişilik Hakları", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 26.

¹⁰⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341; Okur, Elektronik Gözetleme, s. 161 vd.; Sevimli, s. 199; Yamakoğlu, s. 192.

¹⁰⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341; Yamakoğlu, s. 192; Ugan Çatalkaya, s. 299, 304.

¹⁰⁷ Şirket içi yazışmaların, e-maillerin başkasına gönderilmesi yasağı, sisteme giriş şifrelerinin elde edilmesinin engellenmesi vb.

gizli bilgilerin rakiplere sızdırılmasının önlenmesi, bilgilerin korunması, ek masrafların ve çalışmayı engelleyen özel amaçlı bilgisayar ve internet kullanımının engellenmesi vb. sebeplerle internet ve e-mail kullanımına ilişkin denetleme ve gözetleme hakkına sahip olmalıdır¹⁰⁸. Ancak belirtmelidir ki, internet ve e-postanın kişisel amaçlı kullanımının tamamen yasaklanması veya sınırlandırılması, diğer haberleşme şekillerine izin verildiği sürece mümkün olabilecektir¹⁰⁹. İnternet ve e-posta kullanımını sınırlamak ya da yasaklamak isteyen işveren, işçiyi bilgilendirmeli ve rızasını almalı, internet ve e-posta kullanımına orantılı olarak ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde müdahale etmelidir¹¹⁰. Ayrıca işverenin internet kullanımı ve e-posta denetimi yapabilmesi için ayrıntılı bir denetim politikası oluşturması gerekir¹¹¹.

4. İşçinin İşyerinde Konuşması, Telefonla Görüşmesi veya Şarkı Söylemesi

İnsan olmanın doğal niteliklerinden biri olan konuşma özgürlüğü, davranış özgürlüğünün görünümlerinden biridir ve konuşma özgürlüğü olmayan bir yerde kişi özgürlüğünden de söz edilemez¹¹². Dolayısıyla işyerinde konuşulmaması yönünde verilecek bir talimat kural olarak kişilik haklarına aykırı sayılacaktır. Ayrıca konuşmanın, işin uyum içinde yürütümü açısından, işin verimi ve çalışanların psikolojisi açısından yararlı olduğu da söylenebilir¹¹³. Ancak dikkat ve konsantre gerektiren bazı durumlarda, işveren işin görülmesinin sessizce yapılmasını, yerli yersiz yüksek sesle konuşulmamasını isteyebilir. İşin niteliği gereği bu gibi durumlarda işverenin müdahalesi haklı görülebilir¹¹⁴.

İşveren yönetim hakkı kapsamında işyerinde telefonla konuşulmasına da bir takım sınırlamalar getirebilir; ancak bu sınırlamalar AY m. 22’de düzenlenen ‘haberleşme hürriyetine’ aykırı olmamalıdır. İşçi, yaptığı işi etkilemiyorsa ve makul bir nedene dayanıyorsa telefonla

¹⁰⁸ Okur, Zeki: “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, C. 20, S. 3, Mayıs 2006, s. 7.

¹⁰⁹ Öktem Songu, s. 1075.

¹¹⁰ Güzel, s. 116; Öktem Songu, s. 1075.

¹¹¹ Güzel, s. 116.

¹¹² Taşkent, s. 96; Bayram, s. 300.

¹¹³ Taşkent, s. 98.

¹¹⁴ Taşkent, s. 98; Bayram, s. 300-301; Sevimli, s. 287-238.

haberleşebilir. Bununla birlikte gereksiz yere mesajlaşıyor, oyun oynuyor ve işini aksatıyorsa burada müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak hasta kişi ve yakınları ile yapılacak telefon görüşmesi, idari makamlarla yapılacak görüşme, doktor randevusu alınması, fesih döneminde iş arama gibi durumlarda işçiye özel amaçlı telefon kullanım izni verilmelidir¹¹⁵. Yargıtay, acil durumlarda ve işine ilişkin sebepler gibi meşru bir neden yoksa işçinin mesai saatleri içinde özel telefon görüşmesi yapmasının geçerli fesih nedeni kabul edilebileceğini belirtmiştir¹¹⁶.

İşçinin konuşma özgürlüğünün yanında, işini gördüğü sırada kendi kendine mırıldanması, şarkı veya türkü söylemesi de mümkün olabilir. İşçinin iş yoğunluğu ve stresi içinde bu tür davranışları belli sınırlar içinde makul karşılanabilir ise de işçinin bu eyleminin çalışma arkadaşlarını rahatsız etmeyecek biçimde olması gerekir¹¹⁷.

5. İşçinin İşyerindeki Diğer İşçilerle İlişkisi

İşçinin, işyerinde çalışan diğer işçilerle iletişim kurmasına kural olarak işveren tarafından sınırlama getirilemez ve diğer işçilerle iletişimi yasaklanamaz¹¹⁸. İşçinin özel yaşamı ve ilişkilerinin işverenin ilgi alanı dışında bulunduğu açıktır¹¹⁹. Yine aynı şekilde işçilerin aralarında arkadaşlık veya gönül ilişkisi kurulmasının işyeri çalışma düzenini olumsuz yönde etkilemediği sürece yasaklanması da söz konusu olamaz¹²⁰. Çalışma düzenini olumsuz etkileme, verim düşüklüğü, ayrıcalıklı muamele vb. durumlarda söz konusu olabilir¹²¹. İşyerindeki

¹¹⁵ Okur, Elektronik Gözetleme, s. 151.

¹¹⁶ Yarg. 9. HD., 17.03.2008 T., 2007/27583 E., 2008/5294 K., www.kazanci.com.

¹¹⁷ Taşkent, s. 98-99; Bayram, s. 301.

¹¹⁸ Avrupa Konseyi, R (89) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nda, 'işçinin özel yaşamına ve insanlık onuruna, özellikle de işyerinde sosyal ve bireysel ilişkileri devam ettirme olanağına saygı... korunacaktır.' şeklinde ifade ederek işçinin diğer işçilerle ilişkisini korunma kapsamına almıştır. Sevimli, s. 237, dn. 596; Birben, s. 149-150.

¹¹⁹ Yarg., 9. HD., 06.12.2010 T., 2009/37801 E., 2010/36261 K., www.kazanci.com.

¹²⁰ Sevimli, s. 238; Birben, s. 150-151.

¹²¹ Birben, s. 150.

gönül ilişkilerinin işyerinde hangi somut olumsuzluklara yol açtığına işveren tarafından açıkça ortaya konulması gerekir ki işveren tarafından yapılan fesih, meşru kılınabilsin¹²².

İşyerinde gönül ilişkisinin yaşandığı bir olayda, Yargıtay, olumsuzluğu “işçinin işyerinde çalışan bir başka işçi ile işyeri saatleri dışında özel ilişkiye girmesi değil, bu durumu işyerinde anlatıp alay konusu yaparak dedikodulara ve ilgili kadının zor durumda kalmasına neden olması” olarak açıklamıştır¹²³. Yargıtay, işçinin aynı işyerinde bir başka işçiyle gönül ilişkisine girmesinin, işyeri çalışmalarını aksatmadığı ve çalışma düzenini bozmadığı sürece işverene haklı fesih nedeni vermediğini belirtmiştir¹²⁴. Yine aynı şekilde Yargıtayın başka bir kararında, genel müdür yardımcısı ile uzun süredir özel ilişkisi olan işçinin, genel müdür yardımcısı ayrıldıktan sonra işverenin bu nedenle işçinin iş sözleşmesine son vermesinin geçerli nedene dayanmadığı ifade edilmiştir. Karara göre işveren, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerin işyerinde olumsuzluklara yol açtığını kanıtlamış değildir¹²⁵. İşçinin kendi özel ilişkisinde Banka müşterisini taraf haline getirmesi sebebiyle işverence iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı belirtilmiştir¹²⁶. Buna göre feshe konu eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açıp iş akışını bozacak niteliktedir. Bununla birlikte Yargıtay başka bir kararında, işyerindeki özel ilişkinin fesih için geçerli neden teşkil edeceğini ifade etmiş olup işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığını değerlendirmemiştir¹²⁷.

¹²² Birben, s. 151-152.

¹²³ Yarg., 9. HD., 08.11.2010 T., 2009/35462 E., 2010/32188 K., www.kazanci.com.

¹²⁴ Yarg. 9. HD. 25.02.1998 T., 1998/365 E., 1998/2700 K., www.kazanci.com.

¹²⁵ Yarg., 9. HD., 21.11.2005 T., 2005/33676 E., 2005/36676 K., www.kazanci.com.

¹²⁶ Yarg., 9. HD., 16.02.2016 T., 2016/2722 E., 2016/2771 K., www.kazanci.com.

¹²⁷ “...Dosya içeriğine göre, davacının 18.09.2007 - 13.06.2013 tarihleri arasından davalı bankada şube müdürü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin 13.06.2013 tarihli fesih bildirimini ile iş yerinde talimatı altında çalışan Kurumsal Bankacılık Kıdemli Müşteri İlişkileri yöneticisi ile özel ilişki yaşadığı, bilgi istenildiğinde ise bu hususun reddedildiği, söz konusu durumun çalışan yönetici arasında çıkar çatışmasına sebep olduğu

Yargıtayın önüne gelmiş başka bir olayda, bireysel satış koordinatörü olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, “bazı müşteriler ile bankanın piyasadaki imaj ve itibarını olumsuz yönde etkileyebilecek ve çevrenin eleştirisine konu olabilecek nitelikte ilişkiler yaşamaması, özel hayatındaki ilişkilere banka çalışanlarından beklenen ciddiyetle yaklaşmaması, bir müşteri sahibi olduğu işyerinden aldığı hizmet bedellerinin büyük bir bölümünün karşılığını ödememek suretiyle iş ve insan ölçülerinden beklenen ölçünün dışında menfaat sağladığı, astlarına ve müşterilere karşı kaba ve kırıcı tavırlar sergilediği, astlarını sık sık azarlaması, gerekli sabrı gösterememesi, beklenen olumlu katkıyı yaratamaması” nedenleriyle feshedilmiştir. İşçinin müşterisi olan evli bir erkekle özel ilişkiye girdiği, söz konusu kişinin eşi tarafından, bu münasebeti ve eşi ile kendisini tehdit ettiği için işverene şikâyet üzerine idari soruşturma başlatılmıştır. Yargıtay, olayın işyeri çevresinde bilinen hale geldiğini, bankacılık piyasasında ve müşteri çevresinde bilinmemesinin sonuca etkili olmadığını, işçinin olumsuz davranışları yüzünden artık iş ilişkisinin işveren açısından normal ölçülerde sürdürülemeyeceğini belirtmiştir¹²⁸.

C. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahale

İşveren yönetim hakkı kapsamında işçinin işyerindeki bazı davranışlarına sınırlama getirebilir. İşverenin işçinin hizmet dışı yani işyeri ve çalışma saatleri dışındaki özel yaşamına müdahalesi var mıdır,

bildirilerek 4857 Sayılı Kanun'un 17, 18. maddesi gereğince feshedilmiştir. Mahkemece feshin geçerli sebebe dayanmadığı gerekçesiyle davacının işe iadesi yönünde karar verilmiş ise de davacı ile aynı şubede talimatı altında çalışan şahsın özel ilişki yaşadıkları, bu durum hakkında davalı bankaca bilgi istenilmesine rağmen reddedildiği, sabittir. İşverenin bu davranışı yapan işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Yarg., 22. HD., 27.11.2014 T., 2014/29183 E., 2014/33702 K., www.kazanci.com; Yarg., 22. HD., 19.01.2015 T., 2014/35211 E., 2015/79 K., www.kazanci.com.

¹²⁸ Yarg., 9. HD., 06.12.2010 T., 2009/37801 E., 2010/36261 K., www.kazanci.com.

varsa ne ölçüde işçinin davranışlarına müdahale edebilir sorusu tartışılabilir. Bir görüşe göre, işçinin işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarının işyerinin çıkarlarına zarar vermesi ya da görülen işi olumsuz etkilemesi halinde işverenin yönetim hakkına dayanarak bunlara müdahale etmesi mümkündür¹²⁹. Diğer görüşe göre ise, işletmenin önemli çıkarlarının korunması gibi bir nedene dayansa dahi yönetim hakkı hizmet dışı alana taşırılamaz ve işveren işçinin hizmet dışı davranışlarına karışamaz¹³⁰. Buna göre bazı hallerde işverenin yönetim hakkının işyeri dışını da kapsayabileceğini ifade etmek yerine işçinin bu gibi davranışlarının sadakat borcunun ihlalini oluşturduğunu kabul etmek daha uygun olacaktır¹³¹. İşverenin işçiden işyeri dışındaki davranışları ile ilgili olarak bulunacağı her istek, işçi için bir talimat değil, ancak uyarı ya da hatırlatma olabilir¹³². İşverenin işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına talimat vermesi, işçinin özel yaşamına saldırı teşkil edebilecektir¹³³.

İşçinin özel yaşamını özgürce yaşaması, özel yaşam hakkının bir boyutudur. İşçinin işyeri dışındaki davranışlarından hangisinin zarar doğuracağı tek taraflı olarak işverene belirleme yetkisi verilmesi sonucunda işverenin bu davranışlara müdahalesi kişi özgürlüğüne aşırı müdahale teşkil edecektir¹³⁴. Örneğin, işverenin, işyerinde şef konumunda olan bir işçinin, astlarıyla işyeri dışındaki yaşamında görüşmesine engel olması mümkün değildir; ancak şef işyerindeki otoritesini kaybeder ve bu durum da işyerini olumsuz etkilerse işverenin fesih hakkı gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte her zaman bu sonucun doğacağı varsayımına dayanılarak işverenin bu alandaki işçinin yaşamına yönetim hakkı kapsamında müdahalesinin geçerli olacağı sonucuna gidilmemelidir.

¹²⁹ Tuncay, s. 163; Taşkent, s. 101-103'de adı geçen yazarlar. Bayram'a göre, "İşverenin işyeri dışındaki işçi davranışlarına müdahalesi çok istisnai durumlarda tanınabilir. İşveren bu yetkisini dürüstlük kuralı gereğince işin ve işyerinin özelliklerinin gerektirdiği ölçü ve yoğunlukta kullanabilir.", Bayram, s. 304.

¹³⁰ Taşkent, s. 104; Süzek, s. 84; Güzel, s. 115; Güzel/Ugan Çatalkaya, s. 60; Sevimli, s. 243; Birben, s. 142.

¹³¹ Süzek, s. 84.

¹³² Taşkent, s. 105; Süzek, s. 84; Sevimli, s. 240-241; Birben, s. 142.

¹³³ Güzel, s. 115.

¹³⁴ Sevimli, s. 240.

Diğer taraftan işçi, sadakat borcu çerçevesinde işverenin haklı menfaatlerini korumakla yükümlüdür; bu sebeple işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu altındadır¹³⁵. TBK m. 396/3'e göre, “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.” Bu durumda işçinin işyeri dışında da söz konusu yükümlülüklerinin devam ettiği söylenebilir. Yalnız işçinin yapacağı iş, sadakat borcuna aykırılık teşkil etmiyorsa, işveren işçinin işyeri dışında başka bir işte çalışmasına tek taraflı bir talimatla yasak getiremez, müdahale edemez. Zira aksinin kararlaştırılması çalışma özgürlüğüne ve işçinin kişilik haklarına müdahale teşkil edecektir¹³⁶.

Yargıtay, işçinin işyeri dışında, işyeri ile ilgisi olmayan bir olayla ilgili üçüncü şahsın işyerine gelerek işçi hakkında şikâyetçi olması sebebi ile iş sözleşmesinin feshedilmesinin haklı nedene dayanmayacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte işçinin feshe konu edilen davranışları haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte, işçinin belirtilen davranışının işyerinde olumsuzluklara sebep olduğu değerlendirilmiş ve geçerli fesih sebebi sayılacağına karar verilmiştir¹³⁷.

V. SONUÇ

Kişi, anayasal bir hak olarak kendi yaşamını serbestçe belirleyebilme ve onu yaşama hakkına sahiptir. İşçi de işyerindeki yaşam tarzı ve davranışlarını kural olarak kendisi belirleyebilir. Bununla birlikte işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin davranışlarını düzenleme hakkı mevcuttur. Burada yönetim hakkının en önemli sınırı olarak karşımıza işçinin özel yaşam hakkı bağlamında kişilik hakkı çıkar. İşveren kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi gereğince yönetim hakkını kullanmakta ve iş ilişkilerini düzenlemektedir. İşverenin hukuka uygun bir şekilde yönetim hakkını kullanması halinde işçinin kişilik hakkının ihlali söz konusu olmayacaktır.

¹³⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 296; Süzek, s. 348.

¹³⁶ Süzek, s. 348-349; Sevimli, s. 243-244.

¹³⁷ Yarg., 22. HD., 25.03.2019 T., 2017/21310 E., 2019/6503 K., www.kazanci.com.

İşçinin işyerindeki davranışlarının kural olarak işverence düzenlenmesi mümkün iken; işyeri dışındaki davranışlarına müdahalesi hukuka aykırı olacaktır; ancak işçiden sadakat yükümü çerçevesinde beklenebilecek davranışların düzenlenmesi söz konusu olabilir. İşveren işin niteliği gereği toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde belirlenen dürüstlük kuralları çerçevesinde işyerinde belli bir kıyafetin giyilmesini düzenleyebilir, bu durumda işçi buna uymak zorundadır. Ancak işin niteliği ile bağdaşmayan ve işçiden de o kıyafeti giymesinin beklenemeyeceği hallerde işverenin müdahalesi kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir. Özel amaçlı internet kullanımının açık bir şekilde yasaklandığı durumlarda, işveren sözleşme ve talimatlara uyulup uyulmadığını kontrol etme hakkı çerçevesinde, denetleme hakkına sahip olacaktır. Ancak özel amaçlı internet kullanımına izin veren işverenin, işçinin girdiği sitelerin veya e-maillerinin kontrol edilmesi, kural olarak hukuka aykırı olacaktır. İşçinin rızası ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.

İşverenin yönetim hakkı ve işçinin özel yaşamı arasındaki denge hassas olup, ölçülülük ilkesi gereğince her somut olaya göre değişebilecektir. Bununla birlikte işçinin özel yaşamına işverenin yönetim hakkı kapsamındaki müdahalesinin sınırlarının önceden öngörülmesi hukuki güvencilik için gereklidir. Bu sebeple temel hak ve özgürlükler bağlamında işçinin kişilik hakkının korunması ile ilgili düzenlemelere gereksinim duyulmaktadır.

KAYNAKÇA

- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- BAYRAM, Fuat: “Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2003.
- BEDÜK, Mehmet Nusret: “İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkisine Etkisi”, Legal İHSGHD, C. 16, S. 64, 2019, s. 1369-1410.
- BİRBEN, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 135-169.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2018.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul, Beta Basım, 2019.
- ENGİN, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara, Banka-Sigorta İşçileri Sendikası, 1993.
- GÖZLER, Kemal: Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları, Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, s. 31-67.
- GÜZEL, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, s. 93-126.
- GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul, 2014, s. 17-66.
- HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta Basım, 2001.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

- KANDEMİR, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, İstanbul, Legal Kitapevi, 2011.
- KARADEMİR, Artür / TURGUT, Cemile: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 6, Aralık 2017, s. 67-109.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Güncelleştirilmiş 3. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- KUŞKU, Çisem: “İşverenin, İşçinin İnternet Ve E-Posta Kullanımına Müdahalesi ve İşçinin Kişilik Hakları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- OKUR, Zeki: İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011 (Elektronik Gözetleme).
- OKUR, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları”, Kamu-İş, C. 10, S. 3/2009 (Sigara İçme Özgürlüğü).
- OKUR, Zeki: “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, C. 20, S. 3, Mayıs 2006, s. 4-19 (Yeni Teknoloji).
- OKUR, Zeki: “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi”, Kamu-İş, C. 8, S. 2/2005, s. 47-75 (Bilgisayar ve İnternet).
- ÖKTEM SONGU, Sezgi: “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul, Beta Basım, 2011, s. 1057-1099.
- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta Basım, 2006.
- ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 24. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

SÜZER, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2018.

ŞEN, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, Kazancı, 1996.

TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

ÜZELTÜRK, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta Basım, 2004.

YAMAKOĞLU, Efe: Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

TEZCAN, Durmuş: “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 8, Ankara, 1991, s. 385-392, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4797/dtezcan.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2020.

www.kazanci.com.

www.legalbank.net.

TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Remzi DEMİR*

ÖZ

Kişisel ilişki hakkı, velâyet hakkı sona eren ana veya babanın müşterek çocukları ile görüşmesini, belirli gün ve saat dilimleri içerisinde baş başa vakit geçirmesini, dilediği iletişim araçları aracılığıyla haberleşmesini kapsayan bir haktır. Bu hak, kişiye bağlı bir hak olduğu için, devredilemez ve bu haktan feragat edilemez. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, Anayasa, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile teminat altına alınmıştır. Hem ana babanın, hem de üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişki kurmaları, ancak mahkeme kararıyla ve çocuğun üstün yararı göz önüne alınarak gerçekleşebilir. Çocukla kişisel ilişkinin kaldırılması ya da yeniden düzeltilmesi davalarında uzman görüşüne başvurulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, kişisel ilişki, üstün yarar, ana baba, üçüncü şahıs.

* Dr., Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi, E-Mail: remzidemir60@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6025-5476.
Makalenin Gönderim Tarihi : 15.06.2019.
Makalenin Kabul Tarihi : 14.05.2020.

ESTABLISHING PERSONAL RELATIONS WITH THE CHILD ACCORDING TO TURKISH CIVIL CODE

ABSTRACT

The right to a personal relations a right that the mother or father whose custody is terminated is required to talk to their children, to spend time on a specific day and at a specific time, and to communicate through any means of communication. Since this right is a person's right, it is not transferable, and this right cannot be waived. The right to have a personal relationship with the child is guaranteed by international conventions such as the Constitution, the United Nations Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Exercise of Children's Rights. Either mother and father and the third parties can establish a personal relationship with the child only by the decision of the court which decides through taking into consideration the best interests of the child. In case of abolition or readjusting of personal relationship with child, expert opinion should be consulted.

Keywords: Child, personal relation, best interests, parent, third person.

I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (T.M.K.)'nin 323. maddesinde, ana babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya velayeti kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını istemek hakkına sahiptir. Çocuk ile kişisel ilişkinin kurulması, çocukla onun kendisine bırakılmadığı taraf arasında, ruhsal, manevi bir bağın devamının sağlanmasıdır¹. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra ortak çocuğun

¹ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 605; HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu: Aile Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 111; AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş: Aile Hukuku, Cilt: 2, 17. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s. 396; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku- Aile Hukuku- Cilt: 3, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 318; BULUT, Harun: Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları, Beta, İstanbul 2007, s. 47; BAKTİR, Selma: Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 135. (Aile); GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Mahkemesi Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s.

hem ana hem de baba yanında yaşamasına olanak yoktur. Ancak bu halde velayet hakkını kaybeden tarafın çocuktan bütünüyle uzaklaştırılmasının düşünülemeyeceği gibi böyle bir yol izlenmesi de çocuğun yararına aykırılık oluşturur. Yani çocuğun velayet hakkının bir tarafa bırakılması sonucunda, diğer tarafın çocuğu görme hakkından yoksun bırakılmaması için çocukla kişisel ilişki hakkı tanınmıştır². Yürürlükteki T.M.K., 743 sayılı mülga Medeni Kanunu'nun sadece boşanma ile ilgili olarak düzenlediği bu konuyu, gerek çocuk ile ebeveyn arasında, gerek çocuk ile üçüncü kişiler arasında kişisel ilişki kurulması bakımından ayrıntılı biçimde düzenlemiştir³. Bu konuyu düzenleyen T.M.K.'nın 323, 324, 325 ve 326. maddeleri, mülga Kanun'da bulunmayan ve İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınan tamamıyla yeni maddelerdir⁴.

Boşanma kararı ile birlikte velâyet hakkı verilen taraf bu yetkilerini tek başına kullanmaya başlarken, diğer taraf için velâyeti kullanma hak ve yetkisi sona erer. Ancak velâyeti kullanma yetkisi sona erse bile bu taraf hala çocuğun anası ya da babası olmaya devam etmektedir. Kişisel ilişki hakkı sayesinde çocuğundan ayrı kalan ana veya baba çocuğun yetişmesine katkıda bulunabilir, çocuğun gelişimi hakkında

1124; ÖZUĞUR, Ali İhsan: Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 884; ÖZMEN, İsmail: Velayet Hukuku Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 544; GÜLER, Beyhan Kaplan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Sümer Kitabevi, Ankara 2014, s. 158; GÜVEN, Aydın: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İhlâmların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.4-5; KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, T.B.B. Yayınları, Ankara 2009, s. 498.

² CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 165; ERLÜLE, Fulya: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD, C.XVI, S.3-4, 2010, s. 217; SOLAK, Özlem Ezgi: Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 105.

³ YILMAZ, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MHB, S.1, Y.35, 2015, s. 105.

⁴ SERDAR, İlknur: “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt: 9, İzmir 2007, s. 739; GÜLER, Beyhan Kaplan,a.g.e., s. 160.

bilgi sahibi olabilir, çocuk ile ilişkilerini sürdürebilir. Bu sayede velâyet ilişkisi sona erse bile iki tarafın birbirlerine yabancılaşması önlenebilir. Kişisel ilişki kurulmasıyla, çocuk velâyet hakkı sona eren tarafın sevgisinden ve ilgisinden mahrum kalmadığı gibi ana babanın da analık veya babalık duyguları tatmin edilmiş olur⁵.

II. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Çocuklar taraflardan hangisine bırakılmışsa, velayet sadece o tarafa ait olur. Diğer tarafın çocuklar üzerindeki velayet hakkı o andan itibaren sona erer. Ancak bu sonuç, asla velayet hakkı sonlanan tarafın hiçbir surette çocukları ile kişisel ilişki kurmaya, yani onlarla görüşmeye, onları sevip okşamaya, alıp gezdirmeye, yedirip içirmeye, giydirmeye hakkı olmadığı anlamına gelmez. Tam aksine çocuklar ile kişisel ilişki kurmak, boşanan her anne ve babanın en doğal hakkıdır⁶. Kişisel ilişki, küçüğün velayetinin kendisine bırakılmayan ebeveyn açısından sahsa bağlı bir talep hakkını oluşturmaktadır. Bu hak, kişiye bağlı bir hak olduğu için, devredilemez ve bu haktan feragat edilemez⁷.

A. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Tanımı

Türk Medeni Kanunu'nda kişisel ilişki hakkının tanımı yapılmamıştır. Kişisel ilişki hakkı, velâyet hakkı sona eren ana veya babanın müşterek çocukları ile görüşmesini, belirli gün ve saat dilimleri içerisinde baş başa vakit geçirmesini, dilediği iletişim araçları aracılığıyla

⁵ SOLAK, Özlem Ezgi, a.g.m., s. 105; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 319.

⁶ SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 740; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 159.

⁷ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s.605; AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, a.g.e., s. 396; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s.319; ÖZUĞUR, Ali İhsan, a.g.e., s. 884; ARABACI, Gülistan Pişken: “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 62; CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 165; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 740; YILMAZ, Canan, a.g.m., s. 107; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 159; ÖZLÜ, Hakkı: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s. 18.

haberleşmesini kapsayan bir haktır⁸. Velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁹. Hak sahibi kişinin, bu hakkının elinden alınması ya da kısıtlanması durumunda, çocuk ile bazı ilişkiler kurma, onunla görüşme hakkı olacaktır. İşte velâyet hakkı sürekli ya da geçici olarak elinden alınan kişinin çocuğu ile görüşebilmesine imkan sağlayan bu hakka kişisel ilişki hakkı denilmektedir¹⁰. Baba ile kişisel ilişki kurulması istemi ancak usulüne uygun biçimde soybağı ilişkisinin kurulmasına bağlıdır¹¹.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, Anayasa, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile de teminat altına alınmıştır¹². Öğretide, aile mahkemesi hakimlerinin bu sözleşmelere özel bir titizlik ve duyarlık göstermelerini belirten görüşte isabet bulunmaktadır¹³. Zira, hukukun evrenselleştiği küresel dünyada, insan

⁸ YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2018, s. 113. SERDAR, İlknur, a.g.m., s.740; GÜVEN, Aydın, a.g.e., s. 4-5; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 320.

⁹ AKYÜZ, Emine: “Velayet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 113.

¹⁰ SOLAK, Özlem Ezgi, a.g.m., s. 106, ŞİMŞEK, Canan: Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir 2012, s. 120.

¹¹ GENÇCAN, Ömer Uğur, a.g.e., s. 1124; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 741.

¹² ÖZUGUR, Ali İhsan, a.g.e., s. 885; CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 165; ÖZDEMİR, Saibe Oktay: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt: 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 120; YÜCEL, Özge : “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Aralık 2013, s. 117; ERLÜLE, Fulya, a.g.e., s. 218; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 747; CEYLAN, Ebru: “Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 19, İzmir 2017, s. 351; KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAGA, Köksal, a.g.e., s. 499.

¹³ HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu, a.g.e., s. 111.

haklarının uluslar üstü niteliğinin çocukla kurulacak kişisel ilişkiyle örtüşmesi gerekir.

B. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Hukukî Niteliği

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı esasen anne ve babaya tanınmış bir hak olup, üçüncü kişiler bakımından istisnai olarak kabul edilmiştir¹⁴. Bununla birlikte her anne ve babanın kendi evladı ile vakit geçirme hakkı olduğu kadar, her çocuğun da kendi anne ve babası ile vakit geçirmeye hakkı vardır. Aynı şekilde, nasıl ki belli şartlar altında üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakları varsa, çocuğun da yine belli şartlar altında, üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Bu sebeple kişisel ilişki kurma hakkının aslında çift yönlü bir hak olduğu öğretide ifade edilmektedir¹⁵. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁶.

Kanaatimizce kişisel ilişki kurma hakkının anne ve baba için hem görev hem de hak olduğunu ileri süren düşüncede¹⁷ isabet bulunmaktadır. Zira anne ve baba için evladı ile kişisel ilişki kurmak bir hak olmakla beraber, bu hak anne ve babaya, çocuğu zamanında geri getirmek, çocuğu alıkoymamak gibi bazı yükümlülükler de getirmektedir. Çocuk içinse

¹⁴ DOĞAN, Gül: “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul 2007, s. 529; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 318.

¹⁵ YÜCEL, Yeliz, a.g.e., s. 116; SERDAR, İlknur, a.g.e., s.742; ERLÜLE, Fulya, a.g.e., 219; KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal, a.g.e., s. 498.

¹⁶ “Anne ve babasından veya bunlardan birinden ayrılan çocuğun ana ve/veya babasıyla düzenli kişisel ilişki kurması ve sürdürmesi, çocuk için bir hak olduğu gibi, ana ve/veya baba için de bir haktır. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun bedeni ve fikri gelişimi yanında ana ve/veya babalık duygularını tatmin de önemlidir. Çocukla baba arasında tesis edilen kişisel ilişki süresi, babalık duygularını tatmine elverişli olmadığı gibi, çocuğun da baba sevgi ve şefkatini tatmasına da yeterli değildir. Aynı belirli hafta sonları çocuk baba yanında yatılı kalacak şekilde ve yarı yıl tatili ve yaz tatili döneminde daha uygun süreyle kişisel ilişki tesisi gerekirken, yazılı şekildeki düzenleme doğru bulunmamıştır.” Y2HD,12.03.2019T, 2017/5606E, 2019/2563K. (UYAP).

¹⁷ ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s.227; DOĞAN, Gül: a.g.m., s. 532; YÜCEL, Yeliz, a.g.e., s. 118; KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal, a.g.e., s. 498.

kişisel ilişki, bir görev olarak değil, sadece bir haktır. Bu hakkın çocuğa yüklediği herhangi bir görev olmadığı gibi, bu hak esasen çocuğun yararının sağlanması için benimsenmiştir¹⁸.

C. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Amacı

Çocukla kişisel ilişki kurulmasının amacı, velayet hakkı verilmeyen ana veya baba ile çocuk arasındaki bağı sürdürülmesi ve bunların çocukla aralarında oluşabilecek yabancılaşmanın engellenmesi, çocuğun gerekli ilgi ve şefkatten yoksun kalmasının önüne geçilerek ruhsal ve fiziksel gelişiminin sürdürülmesi ve mevcut sevgi saygının sürdürülerek manevi bağların koparılmamasıdır¹⁹. Bu nedenle, kişisel ilişki hakkı, çocuktan ayrı olan ana ve babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, hısımlık ilişkilerini sürdürmek, yabancılaşmayı önlemek ve nihayet her iki tarafın da sevgi gereksinimlerini tatmin amacını güder²⁰.

Kanaatimizce, çocuğun üstün yararı ilkesinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Hâkim önüne gelen olayda, çocukla kurulacak kişisel ilişkinin ana baba yararına sağladığı yararları elbette gözetecektir. Ancak kurulacak ilişkinin öncelikle çocuğun üstün yararına olduğunu da unutmamalıdır.

D. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması, velâyet hakkına sahip olmayan veya çocuğun kendilerinden alındığı ana ve baba açısından, Türk Medeni Kanunu m. 323-324 hükümlerinde; üçüncü kişiler açısından ise m. 325 hükmünde düzenlenmiştir. Hem ana babanın, hem de üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişki kurmaları, ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebilir. T.M.K.'nin 326/son maddesine göre, çocuk ile kişisel ilişkiye karar verilene dek, velayet hakkına sahip olan ya da çocuk

¹⁸ YÜCEL, Yeliz, a.g.e., s. 118; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 752.

¹⁹ YÜCEL, Yeliz, a.g.e., s. 120; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 740; DOĞAN, Gül, a.g.m., s. 531; CEYLAN, Ebru, a.g.m., s. 355; ÖZMEN, İsmail, a.g.e., s. 545.

²⁰ SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 740; ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s. 223.

kendisine ihtiyati tedbir olarak bırakılmış olan kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz²¹.

1. Ana Baba

T.M.K. m. 323'e göre düzenlenen çocuk ile kişisel ilişki, doğrudan doğruya ana ya da babanın kendi kişilikleri itibarıyla sahip oldukları bir haktır²². Kan bağına dayanmayan bu hak, evlilik içi, evlilik dışı ya da evlat edinilen çocukların tümü açısından söz konusudur. Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma isteminde, bu istemin velayet hakkından ya da çocuğun kendisine bırakılmasına ilişkin mahkeme kararından veya kanundan kaynaklanması arasında bir fark bulunmamaktadır²³.

Çocukla kişisel ilişki kurulması, kamu düzenini ilgilendirmektedir. Ancak, çocukla kişisel ilişki kurmak istemediğini mahkeme huzurunda beyan eden ve bu beyanı mahkeme tutanağına geçen velayet hakkı sahibi olmayan eşle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına yer olmadığına karar verilir. Böyle bir durumda bile bu eşin ilerleyen süreçte kişisel ilişki talep etme hakkı vardır²⁴. Kanaatimizce, ana babanın ekonomik gücünün yetmemesi halinde çocuğun üstün yararı gerçekleşmeyecektir. Daha sonra ana ya da babanın işe girerek düzenli bir gelire kavuşması halinde, çocukla kişisel ilişki kurulmasını istemeleri doğaldır.

2. Üçüncü Kişiler

T.M.K.'nin 325/II maddesine göre, olağanüstü hallerin varlığı durumunda üçüncü kişiler de çocukla kişisel ilişki kurabilir. Bu maddede özellikle çocuklarla hısımlarla çocuk arasında kişisel ilişkinin

²¹ BULUT, Harun, a.g.e., s. 47; GENÇCAN, Ömer Uğur, a.g.e., s. 1124; DOĞAN, Gül, a.g.m., s. 535; CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 172; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 319; CEYLAN, Ebru, a.g.m., s. 354.

²² CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 166; ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s. 221; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 752.

²³ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 605.

²⁴ BULUT, Harun, a.g.e., s. 47.

kurulabileceğine işaret edilmiştir²⁵. Örneğin, ana babası ölen çocuğun büyük ana veya büyük babası arasındaki ilişki kurulması hali, biyolojik ana baba ile evlatlık verilen çocuk, annenin ölümü nedeniyle dayı arasındaki kişisel ilişki²⁶ bu tarz bir ilişkidir²⁷.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, hal ve koşullar gerektirdiği takdirde, hakimın hısımlı olmayan kişiye de çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının tanınabileceği isabetle belirtilmiştir²⁸. Örneğin çocuğa doğduğu günden beri bakmakta olan süt annenin, bu çocuğunun ana veya babasından birisinin ölümü üzerine çocuk ile kişisel ilişki kurmayı istemesi doğal bir duygudur. Böyle bir durumda hakim kurulacak

²⁵ GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 160; HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu, a.g.e., s. 111; BULUT, Harun, a.g.e., s. 49; BAKTIR, Selma, a.g.e., s. 137 ; KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Medeni Kanun’umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.130. (Yenilik); ÖZUGÜR, Ali İhsan, a.g.e., s. 885; DOĞAN, Gül, a.g.m., s. 533; ERLÜLE, Fulya, a.g.e., s. 221; SERDAR, İlknur:, a.g.m., s. 756; ÖZMEN, İsmail, a.g.e., s. 547; KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal, a.g.e., s. 501.

²⁶ “Küçük G..... 2000 doğumlu olup annesinin ölümü nedeniyle baba ile yaşamaktadır. Davacı annesine ile dayı küçük G.... ile kişisel ilişki düzenlenmesini istemiştir. Mahkemece çocuğun beyanı dikkate alınarak dava ret edilmiştir. Bilirkişi incelemesi yapılmış, alınan raporda yatıya kalmayacak şekilde kişisel ilişki kurulmasının uygun olacağı bildirilmiştir. Dinlenen tanık beyanlarından da davacılar ile küçük arasında kişisel ilişki kurulmasının engellendiği anlaşılmaktadır. Davacıların küçükle kişisel ilişki kurulmasını isteme hakları Türk Medeni Kanununun 325. maddesinde kanuni bir hak olarak tanınmıştır. Davacıların yakını olan çocuğun annenin ölümü nedeniyle, yasadaki “olağanüstü hal” koşulu gerçekleşmiş olduğundan; uzman görüşü de dikkate alınarak belirli günlerde yatıya kalmayacak şekilde kişisel ilişki düzenlemesi yapılması gerekirken; yazılı gerekçeyle red hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Y2HD, 24.10.2011, 2011/2840E, 2011/16614K. (UYAP).

²⁷ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 606; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 321

²⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet M., a.g.e., s. 130 (Yenilik); AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, a.g.e., s. 398; CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 167.

ilişkinin çocuğun yararına uygun²⁹ olacağını takdir ederek, süt anne ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulabilir³⁰.

Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurulması istemlerinde, hakimin ileri sürülen sebeplerin olağanüstü olup olmadığı, ilişkinin kurulması halinde çocuğun yararlarının zedelenip zedelenmeyeceği gibi hususlar ile tarafların yaşadığı çevrelerin araştırılması, çocuğun görüşünün alınması ve uzmanlardan inceleme raporlarının ve görüşlerinin de alınarak karara bağlanması gerekir³¹. Bu kapsamda bilirkişiler bir çok yöntemlerden faydalanabilir. Sözgelisi, çocuk ve anne-baba ile birebir görüşme, gözlemler yapma, psikolojik testler uygulama bu yöntemlerin bazılarıdır. Ebeveynlik kapasitesi değerlendirme formu adı verilen, ebeveynlerin ebeveynlik becerilerini ölçmek için objektif ölçütlere göre hazırlanan formlar uygulamada sıkça kullanılmaktadır. Bu formlar, velayetin kime verilmesi gerektiğini ortaya koymaktan çok, ana-baba ile çocuk arasındaki iletişimi anlamaya hizmet eder. Formlarda bilirkişinin kendi gözlemine göre cevaplayacağı ya da doğrudan anne ve babaya yönelteceği birtakım sorular bulunmaktadır. Örnek olarak anne ve babanın çocuğa karşı nasıl bir ses tonu ile hitap ettikleri, çocuğa karşı duyarlı olup olmadıkları, çocuk öfkeli bir haldeyken onu sakinleştirip sakinleştiremedikleri gibi sorular gösterilebilir³².

Kanaatimizce, kişisel ilişki çocuğun ebeveynleri ile olan ilişkilerini zedeliyorsa, hakim bu ilişkinin kaldırılmasına karar vermelidir³³. Yargıtay babaya tanınan kişisel ilişki süresi içinde torunlarını görme ve aile bağlarını koruma ve geliştirme imkanına sahip olduklarını belirttiği dede ve ninenin, torunuyla kişisel ilişki kurulması istemini doğru görmemiştir³⁴.

²⁹ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, a.g.m., s. 1242.

³⁰ AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, a.g.e., s. 398.

³¹ BULUT, Harun, a.g.e., s. 50; KILIÇOĞLU, Ahmet M., a.g.e., s. 131. (Yenilik); ÖZMEN, İsmail, a.g.e., s. 549.

³² BÜKEN, Erhan: "Boşanma Davalarında Çocuğun Velayet Hakkı İçin Uygun Ebeveynin Belirlenmesi", Adli Tıp Bülteni, S.22 (1), Ankara 2017, s. 58.

³³ BAKTİR, Selma, a.g.e., s. 136.

³⁴ "Dava, babaanne ve dede ile torunu arasında kişisel ilişki kurulması isteğine ilişkindir. İlk derece Mahkemesince davacılar ve torunları Taha Toprak arasında her ayın 1. Cumartesi günü saat 10:00 ile Pazar günü saat

E. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Yükümlülüğü Altına Girenler

Çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ana babanın bu hakkının yükümlüsü, çocuğun velayet hakkına sahip ana veya babası ya da çocuğun T.M.K.'nun 347. maddesine göre yerleştirildiği aile ya da kurumdur³⁵. Kanaatimizce, çocukla kişisel ilişki kurma halinde yükümlülük altına giren velayet hakkı sahibi taraf veya çocuğa bakan kişi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiler arasında kurulacak kişisel ilişkiye izin vermeli ve bu ilişkinin kurulmasını kolaylaştırmalıdır³⁶.

F. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırları

Kişisel ilişki kurma hakkının sınırı TMK m.324 hükmünde düzenlenmiştir. Bu madde, sadece boşanmaya özgü bir hüküm olmayıp,

16:00, dini bayramların 2. günü saat 10:00 ile 3. günü saat 16:00, her yıl Ağustos ayının 1. günü saat 10:00 ile 8. günü saat 16:00'ya kadar kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş, karara karşı davalı anne tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesince davalı annenin istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiş, hüküm davalı anne tarafından temyiz edilmiştir. Davaya konu çocuk 12.12.2009 doğumlu olup, anne ve babası boşanmış; boşanma kararı ile velayet davalı anneye bırakılmış, velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Kanuna göre olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde diğer kişilere özellikle hısımlarına çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı tanınabilir (TMK m. 325/1). Boşanma kararı ile kendisine kişisel ilişki hakkı tanınmış olan baba Rusya'da yaşamaktadır. Davacılar ve davalı anne ile torun Muğla'da yaşamaktadır. Babanın yurt dışında çalışıyor ve yaşıyor olması TMK' nun 325/1. maddesindeki olağanüstü hal kavramı içine girmez. Boşanma kararı ile baba ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişki yeterli olup, babanın yurt dışından gelememe sebebine ilişkin bir olağanüstü hal, davacılar tarafından kanıtlanmamıştır. Davacılar, babaya tanınan kişisel ilişki süresi içinde torunlarını görme ve aile bağlarını koruma ve geliştirme imkanına sahiptir. O halde, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." Y2HD, 14.01.2019, 2018/7907E, 2019/50K. (UYAP).

³⁵ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 319.

³⁶ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 607; ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s. 223.

çocukla kişisel ilişki kurulmasının mümkün olduğu her durumda bu ilişkinin sınırlarını düzenleyen bir hükümdür³⁷. Bu maddeye göre;

“Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.”

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir”.

Kişisel ilişki hakkının sınırlarını belirleyen TMK m. 324/1 hükmünde, ana ve babanın, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını kullanırken uymaları gereken yükümlülükler yer verilmiştir³⁸. Hükmün ikinci fıkrasında ise, kişisel ilişki kurma hakkının bir başka sınırına değinilmiştir³⁹. Buna göre anne ve baba, çocukla kişisel ilişki kurarken, çocuğun huzurunu bozmaktan kaçınmak durumundadır. Bu ifade ile kast edilen, kişisel ilişkinin çocuğun bedensel, ruhsal veya ahlâksal yönden gelişimine zarar vermesi veya henüz zarar vermese de böyle bir tehlikeye maruz bırakmasıdır⁴⁰. Özellikle ana veya babanın ağır ruhsal bozukluklarının bulunması, alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı olduğunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmaz⁴¹.

Çocukla kişisel ilişkinin kullanılması çeşitli yöntemlerle olabilir. Genellikle çocuğu görme onunla buluşup görüşme, ziyaret etme şeklinde hükmedilen çocukla kişisel ilişki temini; mektup, e-posta, kısa mesaj gibi iletişim araçları ile de gerçekleştirilebilir. Özellikle çocuk ile ana baba ya da üçüncü kişinin, farklı ya da uzak yerlerde bulunması veya ilişki kurma hakkına sahip tarafın ulaşımını engelleyici sağlık sorunlarının bulunması gibi hallerde, sözlü ya da iletişim araçları ile kişisel ilişki kurulması

³⁷ YÜCEL, Yeliz, a.g.e., s. 128; AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, a.g.e., s. 396; BAKTIR, Selma, a.g.e., s. 135.

³⁸ ŞİMŞEK, Canan, a.g.m., s. 145; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 321.

³⁹ CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 168; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 321.

⁴⁰ ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s. 236; YILMAZ, Canan, a.g.m., s. 127.

⁴¹ BAKTIR, Selma, a.g.e., s. 136 (Aile); DOĞAN, Gül: a.g.m., s. 534; CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 171.

mümkündür⁴². Ancak hak sahibi ile çocuğun telefon ya da e-posta ile iletişim kurarken çocuğun huzurunun bozulmaması, velayeti elinde bulunduran tarafın da çocuğun telefon, e-posta vb. diğer iletişim araçları ile görüşmesine ortam hazırlaması gerekir. Kişisel ilişki kurarken, hakkın yükümlüsü olan tarafın kişilik hakkına dahil değerleri, özellikle de özel hayat alanının sınırlanması gerektiği muhakkaktır⁴³. Kanaatimizce, bu sınırlamanın hâkim tarafından, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi, kanun koyucunun amacına uygun olacaktır.

H. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

TMK m. 326 hükmüne göre, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bütün düzenlemelere, çocuğun oturduğu yer mahkemesi de karar verebilir. Bu anlatımla kanun koyucu, bu hususta başka bir yerdeki mahkemenin de yetkili olabileceğini belirtmiştir. Kaldı ki, aynı maddenin ikinci fıkrasında boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin TMK m. 168 ve 201. hükümlerinde yer alan yetki kuralları saklı tutulmuştur⁴⁴.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. Aile mahkemesi kurulmayan yerlerde ise, bu sıfatla görevlendirilen asliye hukuk mahkemesidir⁴⁵. Aile mahkemesi hakiminin bakacağı çocukla kişisel ilişki kurulması davası, kamu düzenini ilgilendirdiği için herhangi bir hak düşürücü ya da zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Ancak çocuğun reşit olması halinde, velayet sona ereceğinden dolayı bu tarihten itibaren kişisel ilişki isteminde bulunulamaz⁴⁶.

Kişisel ilişkinin kurulmasına ya da yeniden değerlendirilmesine ilişkin davalarda, mahkemece duruşma açılması ve tarafların gösterdiği

⁴² ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s.228; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 740; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 161.

⁴³ ERLÜLE, Fulya, a.g.m., s.228; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 740; YÜCEL, Yeliz, a.g.e., s. 114.

⁴⁴ AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, a.g.e., s. 399; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 758; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 166.

⁴⁵ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 323; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 166.

⁴⁶ BULUT, Harun, a.g.e., s. 52.

delillerin toplanarak takdir ve münakaşasından sonra bir karar verilmesi gerekir⁴⁷. Kanaatimizce, hâkimin çocukla uzman bilirkişi refakatinde görüştüğü sırada, çocuk ile ana babasının aynı zaman ve zeminde bulunması, adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Böyle bir durumda, hâkimin tarafları dinleyip delilleri değerlendirirken, çocuğun psikolojik ortamına özen göstermesi Kanun koyucunun amacına daha uygun olacaktır.

III. HÂKİMİN ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINI DÜZENLERKEN GÖZ ÖNÜNE ALACAĞI ÖLÇÜTLER

A. Çocuğa İlişkin Ölçütler

Aile mahkemesi hâkimi, çocukla ana baba arasındaki kişisel ilişkiyi düzenlerken, ilk önce çocuğun üstün yararını gözetecektir. Çocuğun üstün yararı kavramı, hakimin takdirine bağlı, somut olayın özelliklerine göre uygulanan esnek çerçeveli bir kavramdır⁴⁸. Bu nedenle ana babadan her biri, diğerinin çocukla olan kişisel ilişkisini zedelemekten kaçınmalıdır. Çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesi, çocuğun huzurunun sağlanması ve sürdürülmesi çocuğun üstün yararının gereğidir⁴⁹. Çocuğun fiziksel ya da ruhsal gelişimine engel olacak ya da tehlikeye düşürecek bir ilişkiye izin verilemez⁵⁰.

⁴⁷ GENÇCAN, Ömer Uğur, a.g.e., s. 1125.

⁴⁸ ABİK, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 826; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 745.

⁴⁹ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 609; HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu, a.g.e., s.111. GRASSINGER, E. Gülçin Elçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt: 1, XII Levha, İstanbul 2010, s.120; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 743; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 159.

⁵⁰ BULUT, Harun, a.g.e., s. 47; BAKTIR, Selma, a.g.e., s. 135 (Aile); DOĞAN, Gül: a.g.m., s. 532.

Çocuğun kendisini ifade edebilme yaşında olması halinde mutlaka görüşünün alınması ve olanak buldukça ana ve babanın dinlenmesi⁵¹, eğer çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının da düşüncesinin alınması gerekliliktir⁵². Demokratik katılım hakkı olarak nitelendirilebilecek bu hak, görüş bildirme (partisipasyon) ve olur verme (kooperasyon) hakkı olarak tanımlanmaktadır⁵³.

Ancak çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, çocuğun görüşüne itibar edilmeyebilir. Yargıtay, çocukla kişisel ilişkinin kurulmasında, çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşünün aksine karar verilmesinin mümkün olduğunu belirterek, çocuğun üstün yararı kavramına çağcıl bir yorum getirmiştir⁵⁴. Kanaatimizce, çocuğun

⁵¹ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, a.g.m., s. 1235; YÜCEL, Özge, a.g.m., s. 123.

⁵² GENÇCAN, Ömer Uğur, a.g.e., s. 1124; BULUT, Harun, a.g.e., s. 50; DURAL, Mustafa / ÖGÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e, s. 320; ABİK, Yıldız, a.g.m., s.33; AKYÜZ, Emine, a.g.m., s. 117.

⁵³ SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 749.

⁵⁴ “Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesine öngörmektedir. Çocuğun üstün yarar gerektirdiği takdirde, görüşünün aksine karar verilmesi mümkündür. Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince; mahkemece sosyal inceleme raporu aldırılmış, sosyal inceleme raporunda, çocukların baba yanında buldukları, düzenli bir ortamda fiziksel, sağlık, sosyal, eğitim, maddi açıdan ihtiyaçlarının daha iyi bir şekilde karşılanabilmesi açısından velayetlerinin davalı babaya verilmesinin daha uygun görüldüğü belirtilmiştir. Mahkemece ise müşterek çocukların yaşı itibarıyla annenin bakım ve şefkatine muhtaç durumda bulunmaları nedeniyle velayetlerinin davacı anneye verilmesine karar verilmiştir. Oysa mahkemece yapılması gereken yeniden 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan; ortak çocukların ve annenin yaşam koşulları birbirleriyle ilişkileri, anne ve babanın durumu konusunda rapor alınması ve idrak çağında olan ortak çocukların olası sonuçları hakkında bilgilendirilmek suretiyle velayeti ile ilgili tercihlerinin sorularak

yararına olacak bir kararın ana babasının ya da çocuğun görüşüne uygun olması her zaman beklenemez. Asıl olan, hâkimin vereceği kararın vicdanına uygun olmasıdır. Örneğin, çocuğun beslenmesinin ve eğitimi için belli bir yerde, sağlığına uygun koşullar altında yaşaması gerekebilir. Böyle bir durumda çocuğun; ana babasının yanında yaşamak istediğine dair düşüncesi karara dayanak oluşturmaz.

B. Ana ve Babaya İlişkin Ölçütler

Ana baba ile çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenirken, analık babalık duygularının tatminine özen gösterilmelidir⁵⁵. Ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kuracak kişinin sosyal, kültürel ve ruhsal yapısının çocuğun sağlığına, huzuruna ve gelişimine engel oluşturmaması gerekir⁵⁶. Ana babanın ya da üçüncü kişinin çocukla kişisel ilişki kurmasından amaçlanan tatmin menfaati ile çocuğun üstün yararı çatıştığında, hakim ikincisini üstün tutacaktır⁵⁷. Yargıtay ruhsal hastalığı bulunan baba ile çocuğunun, uzman bilirkişi nezaretinde görüşmesinin çocuğun üstün yararına uygun olacağına isabetle hükmetmiştir⁵⁸.

diğer delillerle birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”
Y2HD,09.04.2019T, 2018/2890E, 2019/4281K. (UYAP).

⁵⁵ ÖZUGUR, Ali İhsan, a.g.e., s. 884.

⁵⁶ BULUT, Harun, a.g.e., s. 47.

⁵⁷ YÜCEL, Özge, a.g.m., s. 121; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 748.

⁵⁸ “Kişisel ilişki kurulmasındaki amaç, analık ve babalık duygularının tatmini yanında çocuğun psikolojik ve sosyal gelişiminin sağlanmasıdır. Çocuğun, gözetim olmaksızın ana veya babasından biriyle kişisel ilişkisinin sürdürülmesi, onun yüksek yararına değilse, gözetim altında kişisel ilişki kurma imkanı öngörülebilir. (Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/3, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.1.2012 gün ve 2011/12727-1614 sayılı ilamı). Yapılan yargılama ve toplanan deliller ile mahkemece bozmadan sonra aldırılan Marmara Üniversitesi Pendik Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 05.10.2017 tarihli heyet raporunda” güncel durumda babada tam remisyonda bipolar bozukluk saptanmasına rağmen, babanın mevcut ruhsal hastalığının tedavisini aksatması nedeniyle çocuğun baba ile görüşürken gerekli durumlarda uygun yönlendirmeyi sağlayacak ve baba çocuk ilişkisini düzenlemeye yardımcı olabilecek bir uzman eşliğinde görüşürülmesinin çocuğun üstün yararına olacağı belirtilmiştir. Ortak

IV. ÇOCUKLA KURULACAK KİŞİSEL İLİŞKİNİN ŞEKLİNİN, SÜRESİNİN, YERİNİN VE DİĞER AYRINTILARIN DÜZENLENMESİ

Çocuğun üstün yararı⁵⁹ öne alınarak kurulan çocukla kişisel ilişkinin, analık babalık duygularını da tatmin etmeye yönelik olacak şekilde ve uygun süreyle kurulması gerekir. Çocuk ile kurulan kişisel ilişki yinelenen, düzenli aralıklarla süren bir ilişkidir. Bu ilişki, sürekli objektif bir düzenlemeyi gerektirir. Hakimin takdir hakkını kullanarak belirleyeceği ziyaretlerin sıklığında ve devamı süresinde, durumun özelliği, tarafların boşanma veya ayrılık davasındaki tutum ve davranışları mutlaka değerlendirilmelidir⁶⁰. 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, hakimin görevlendireceği sosyal çalışmacı, psikolog, pedagogların araştırma, inceleme görüş ve düşüncelerinden de yararlanabileceği belirtilmiştir⁶¹.

Kişisel ilişki ne ana babalık duygusunu yaşamayı engelleyecek kadar az ne de velayet hakkını kullanmayı engelleyecek, çocuğun geleceğini zedeleyecek tarzda fazla süreli olmamalıdır. Ayrıca kişisel ilişkinin sürelerin tam tarihi ile başlangıç ve bitiş saatlerini de gösterir biçimde ve infazda duraksamaya yol açmayacak biçimde düzenlenmesi şarttır⁶². Hakim, uygulamaya elverişli, çocuğun moralini sarsmayıcı ve boşanmış eşler arasında yeni anlaşmazlıklara yol açmayacak bir karar

çocuk mahkemece bizzat dinlenilmiş, babası ile yalnız görüşmek istemediğini beyan etmiştir. Dosyada uzman refakatinde kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yüksek yararına uygun olacağına ilişkin heyet raporu, ortak çocuğun beyanı ve diğer deliller dikkate alınarak çocuğun üstün yararı doğrultusunda uzman refakatinde kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi gerekirken davalı babanın babasının refakatinde kişisel ilişki kurulması doğru olmadığı gibi uygulanmakta olan boşanma ilamında kurulan kişisel ilişkide yeni bir düzenleme yapılmadığı halde davanın kısmen kabulüne karar verildiği belirtilmesi de doğru olmamıştır.” Y2HD, 18.10.2018T, 2018/6211E, 2018/11492K. (UYAP).

⁵⁹ AKYÜZ, Emine, a.g.m., s. 116; YÜCEL, Özge, a.g.e., s. 118.

⁶⁰ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 609; BULUT, Harun, a.g.e., s. 47.

⁶¹ SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 750.

⁶² BULUT, Harun, a.g.e., s. 49; BAKTIR, Selma, a.g.e., s. 136. (Aile); CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 169; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 763; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 163.

vermelidir⁶³. Ayrıca çocukla kişisel ilişki kurulmasına hükmeden hakimin, çocukların da birbirlerini görmesine olanak tanıyacak şekilde karar vermesi gerekir⁶⁴. Yargıtay çocukla kurulacak kişisel ilişkide, aynı şehir ayrı şehir ayırımına gidilmeksizin annelik duygularını tatmine elverişli, çocuğun da anne sevgisi ve şefkatini tatmasına yeterli, daha uygun süreyle kişisel ilişki kurulmasına hükmetmiştir⁶⁵.

V. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN OLARAK EŞLERİN YAPTIĞI ANLAŞMALAR

Çocukla kişisel ilişkinin kurulmasına dair, velayet hakkı kendisine bırakılan tarafın diğer tarafla ya da hısımlarla anlaşma yapmaları mümkündür. Velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan eş, çocuğun eğitim ve bakım giderleri için anlaşıp, bu protokolü hakimin onayına sunabilirler⁶⁶. Yargıtay, velayeti kendisine bırakılmayan eş ile

⁶³ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.385.

⁶⁴ ÖZUĞUR, Ali İhsan, a.g.e., s. 885.

⁶⁵ “Mahkemece, ortak çocuk 06.06.2014 doğumlu A...’in velayeti davacı-davalı babaya bırakılmış, ortak çocuk ile annenin arasında “Farklı yerlerde ikamet etmeleri” dikkate alınarak kişisel ilişki düzenlenmiştir. Taraflar mevcut duruma göre ayrı şehirde yaşıyor olmakla birlikte, günümüz ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken, taraflar bu hususun açıkça dikkate alınmasını talep etmemişlerse, “ayrı şehir”, “aynı şehir” ayırımına gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, aynı şehir ayrı şehir ayırımına gidilmeksizin annelik duygularını tatmine elverişli, çocuğun da anne sevgisi ve şefkatini tatmasına yeterli, daha uygun süreyle kişisel ilişki tesis edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. Ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.” Y2HD, 19.02.2019T, 2018/488E, 2019/1329K. (UYAP).

⁶⁶ HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu, a.g.e., s. 111; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 164.

diğer eşin çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda mutabakata vararak protokol düzenleyebileceklerine isabetle hükmetmiştir⁶⁷.

VI. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ KALDIRILMASI YA DA YENİDEN DÜZENLENMESİ

Boşanma veya ayrılık kararının kesinleştiği tarihten sonra meydana gelen değişiklikler sonucunda, kişisel ilişkinin azaltılması, artırılması ya da tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Ancak taraflar ile çocuğun durumunda önemli bir değişikliğin olmaması ya da kişisel ilişkiyi düzenleyen mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren kısa bir süre geçmesi kişisel ilişkinin değiştirilmesini haklı kılmaz⁶⁸. Hâkim, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair karar verirken, çocuğun üstün yararı ile birlikte mevcut koşulları da nazara alacaktır. Gelecekteki olası koşulların yerine, var olan ve gerçek durumu nazara almaması hukuksuzluğa yol açabilecektir. Bu nedenle Yargıtay, gelecek yıllardaki koşullar önceden bilinemeyeceğinden, şimdiden çocuk ile baba arasında kademeli bir şekilde kişisel ilişki kurulmasını yasaya aykırı bulmuştur⁶⁹.

Öğretide kişisel ilişkinin sınırlanmasını veya önemli sebepler varsa kaldırılmasını son çare olarak benimseyen görüşte⁷⁰ isabet bulunmaktadır. Kanaatimizce, ana baba ile çocuk arasındaki duygusal bağın devamına hizmet eden kişisel ilişkinin varlığı, çocuğun üstün

⁶⁷ “Velayeti davalı anneye bırakılan müşterek çocukla baba arasında tarafların dosyaya sundukları 08.07.2013 günlü protokol gereğince kişisel ilişki kurulması gerekirken, protokol dışına çıkılarak yazılı şekilde hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y2HD, 15.01.2014T, 2013/18891E, 2014/551K. (UYAP).

⁶⁸ BULUT, Harun, a.g.e., s. 50.

⁶⁹ “Mahkemece baba ile velayeti anneye bırakılan ortak çocuk arasında 6 yaşını dolduruncaya kadar ve 6 yaşını doldurduktan sonra şeklinde ayrı ayrı düzenleme yapılarak kademeli bir şekilde ilişki kurulmuştur. Değişen koşullara göre, çocuğun yaşı ve eğitim durumu gözetilerek kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi her zaman istenebilir. Kişisel ilişki kurulmasına yönelik hüküm kurulurken; gelecek yıllardaki koşullar önceden bilinemeyeceğinden, şimdiden çocuk ile baba arasında kademeli bir şekilde kişisel ilişki düzenlenmiş olması isabetsizdir.” Y2HD, 2016/24482E, 2018/11277K. (UYAP).

⁷⁰ SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 746.

yararınadır. Bu nedenle, bu ilişkinin kurulmasının zor olduğu hallerde bu zorluk bir üçüncü kişinin gözetimi ile aşılabiliyorsa, bu hak başka bir kişinin gözetiminde de kullanılabilir.

A. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kaldırılması

T.M.K.'nin 324/II maddesi gereğince, kişisel ilişki sebebiyle, çocuğun huzuru tehlikeye giriyorsa, ana babanın çocuk ile ciddi biçimde ilgilenmemesi, yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya diğer önemli sebeplerin varlığı halinde aile mahkemesi hakimi bu ilişkiyi sonlandırır. Bu dört halden birinin varlığı halinde hakim çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kaldırır⁷¹. Hakim vereceği kararda, çocuğun yaşamındaki dengenin bozulmasında ana babanın davranışlarının etkili olup olmadığını serbestçe takdir eder. Ana babadan birinin çocukla kişisel ilişkisi, karşı tarafın çocukla ilişkisini zedelerse ya da çocuğun eğitime ve gelişimine zarar vermek bir yana engelleyici etki yapıyorsa, onun bu davranışı kişisel ilişkide yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerle bağdaşmaz. Çocuğun fiziksel ya da ruhsal yaşamındaki olumsuzlukların gerçekleşmesinde, ana babanın davranışlarının kusurlu olup olmaması önemli değildir⁷².

T.M.K.'nin 325/II hükmü, üçüncü kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin sınırlandırmalar konusunda, ana ve baba ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin sınırlamalara yollama yapmıştır⁷³. Yargıtay, çocuğun babasının evlendiği kişiyle ve babaannesi ile vakit geçirmek istemediğini beyan etmiş olmasını tek başına kişisel ilişkinin kaldırılmasına gerektirir bir sebep olarak görmemiştir⁷⁴.

⁷¹ AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş, a.g.e., s. 397; SERDAR, İlknur, a.g.m., s. 746; GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s. 165.

⁷² ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 611.

⁷³ KILIÇOĞLU, Ahmet M., a.g.e., s. 132. (Yenilik); ÖZUĞUR, Ali İhsan, a.g.e., s. 884.

⁷⁴ “Küçük 2006 doğumlu olup velayeti anneye bırakılmış, baba ile de boşanma ilamında gösterilen şekilde sadece baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmuştur. Tüm dosya kapsamından çocuk ile baba arasındaki kişisel ilişkinin kaldırılmasını gerektirir sebeplerin varlığı ispat edilmemiştir. Küçük’nin babasının evlendiği kişiyle ve babaannesi ile vakit geçirmek istemediğini beyan etmiş olması tek başına kişisel ilişkinin

B. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Yeniden Düzenlemesi

Çocuğun yaşı ve eğitim durumu nazara alınarak, çocukla diğer taraf arasındaki kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi mümkündür. T.M.K. 351/1 hükmüne göre, " *durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir*". Çocuğun gelişimi ve mutluluğu için, süreklilik taşıyan bir karar verilmesine özen gösterilmelidir⁷⁵. Aile mahkemesi hakimi, kişisel ilişkinin kurulmasına dair verdiği kararları değiştirebilir. T.M.K. 183'de yer alan hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini belirten düşüncede isabet⁷⁶ bulunmaktadır. Bu maddede, ana veya babanın başka biriyle evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi durumlar kanunda örneksene yoluyla sayılmaktadır⁷⁷.

Çocukla kişisel ilişkinin kaldırılması ya da yeniden düzeltilmesi davalarında uzman görüşüne başvurulmalıdır⁷⁸. Yargıtay ekonomik durumunun ve yaşam koşullarının iyileştiğini belirterek çocuğuyla kişisel ilişki kurma kararı verilmesini isteyen babanın, bu talebinin uzman bilirkişiler tarafından incelenerek yeniden değerlendirilmesini isabetle hükmetmiştir⁷⁹.

kaldırılmasını, ya da daraltılmasını gerektirir bir sebep değildir. Kaldı ki psikolog raporunda da babası ile görüşmelerinde küçüğün heyecanlı ve istekli olduğu, kişisel ilişkinin değiştirilmesine gerek olmadığı, küçüğün babaya ihtiyacı olduğu belirtilmektedir. O halde bölge adliye mahkemesince davacı kadının istinaf taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirir" Y2HD, 2019/501E, 2019/3271K. (UYAP).

⁷⁵ YÜCEL, Özge, a.g.e., s. 121.

⁷⁶ ÖZTAN, Bilge, a.g.e., s. 609; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, a.g.e., s. 321, ÖZDEMİR, Saibe Oktay, a.g.m., s. 1241.

⁷⁷ GÜLER, Beyhan Kaplan, a.g.e., s.165.

⁷⁸ GENÇCAN, Ömer Uğur, a.g.e., s. 1126; YÜCEL, Özge, a.g.m., s. 121.

⁷⁹ "Mahkemece ortak çocuk 2014 doğumlu ile davalı baba arasında yatılı olmayacak şekilde her ayın 2. ve 4. hafta sonu salı günü saat 17:00 ile 19:00 arasında, dini bayramların 2. günü saat 10:00 ile 14:00 arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiştir. Kişisel ilişki düzenlenirken göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun üstün yararındır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Mahkemece

VII. SONUÇ

Velayet hakkına sahip olmayan ya da çocuk kendisinden alınmış olan ana babaya, hukuk düzenince çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. T.M.K, 743 sayılı mülga Medeni Kanunu'nun sadece boşanma ile ilgili olarak düzenlediği bu konuyu, gerek çocuk ile ebeveyn arasında, gerek çocuk ile üçüncü kişiler arasında kişisel ilişki kurulması bakımından ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurulması istemlerinde, hakim in ileri sürülen sebeplerin olağanüstü olup olmadığı, ilişkinin kurulması halinde çocuğun yararlarının zedelenip zedelenmeyeceği gibi hususlar ile tarafların yaşadığı çevrelerin araştırılması, çocuğun görüşünün alınması ve uzmanlardan inceleme raporlarının ve görüşlerinin de alınarak karara bağlanması gerekir.

Kişisel ilişki, küçüğün velayetinin kendisine bırakılmayan ebeveyn açısından sahsa bağlı bir talep hakkını oluşturmaktadır. Bu hak, kişiye bağlı bir hak olduğu için, devredilemez ve bu haktan feragat edilemez. Türk Medeni Kanunu'nda kişisel ilişki hakkının tanımı yapılmamıştır. Kişisel ilişki hakkı, velâyet hakkı sona eren ana veya babanın müşterek çocukları ile görüşmesini, belirli gün ve saat dilimleri içerisinde baş başa vakit geçirmesini, dilediği iletişim araçları aracılığıyla haberleşmesini kapsayan bir haktır.

Anne ve baba, çocukla kişisel ilişki kurarken, çocuğun huzurunu bozmaktan kaçınmak durumundadır. Bu ifade ile kast edilen, kişisel

tarafarla ve ortak çocuk ile görüşülerek rapor tanzim edilmiş, bilirkişi, raporda baba tarafından uygun şartlar sağlandığında yeniden değerlendirme yapılması ve yatılı ilişki konusunda karar verilmesinin uygun olacağına yönelik kanaat bildirmiştir. Davalı baba temyiz dilekçesinde ise ortak çocuğun artık yazları yatılı kalacak yaşa geldiğini, ikametgahını ve işini düzelttiğini bu nedenle yatılı ilişki tesisine hazır olduğunu belirtmektedir. Gerçekleşen bu durum karşısında, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi uyarınca psikolog, pedegog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlara inceleme yaptırılarak rapor alınması ve diğer delillerle birlikte değerlendirildikten sonra, gerçekleşecek sonucu uyarınca kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.” Y2HD, 25.03.2019T, 2019/318E, 2019/3265K. (UYAP).

ilişkinin çocuğun bedensel, ruhsal veya ahlâksal yönden gelişimine zarar vermesi veya henüz zarar vermese de böyle bir tehlikeye maruz bırakmasıdır. Özellikle ana veya babanın ağır ruhsal bozukluklarının bulunması, alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı olduğunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmaz.

Boşanma veya ayrılık kararının kesinleştiği tarihten sonra meydana gelen değişiklikler sonucunda, çocukla kurulan kişisel ilişkinin azaltılması, artırılması ya da tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Ana babadan birinin çocukla kişisel ilişkisi, karşı tarafın çocukla ilişkisini zedelerse ya da çocuğun eğitime ve gelişimine zarar vermek bir yana engelleyici etki yapıyorsa, onun bu davranışı kişisel ilişkide yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerle bağdaşmaz. Çocuğun fiziksel ya da ruhsal yaşamındaki olumsuzlukların gerçekleşmesinde, ana babanın davranışlarının kusurlu olup olmaması önemli değildir.

Çocuğun yaşı ve eğitim durumu nazara alınarak, çocukla diğer taraf arasındaki kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi mümkündür. T.M.K. 351/1 hükmüne göre, durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. Çocuğun gelişimi ve mutluluğu için, istikrarlı bir karar verilmesine özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, ss. 1-75, İstanbul 2011.
- AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş: Aile Hukuku, Cilt: 2, 17. Baskı, Beta, İstanbul 2015.
- AKYÜZ, Emine: “Velayet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, ss. 111-157, Ankara 2009.
- ARABACI, Gülistan Pişken: “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.
- BAKTIR, Selma: Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003 (Aile).
- BULUT, Harun: Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları, Beta, İstanbul 2007.
- BÜKEN, Erhan: “Boşanma Davalarında Çocuğun Velayet Hakkı İçin Uygun Ebeveynin Belirlenmesi”, Adli Tıp Bülteni, S.22 (1), ss. 54-63, Ankara 2017.
- CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- CEYLAN, Ebru: “Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 19, ss. 349-375, İzmir 2017.
- DOĞAN, Gül: “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım, ss. 529-536, İstanbul 2007.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku- Aile Hukuku- Cilt: 3, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

- ERLÜLE, Fulya: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD, C. XVI, S. 3-4, ss. 217-248, 2010.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Mahkemesi Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- GRASSINGER, E. Gülçin Elçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar “, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt:1, XII Levha, ss. 823-847, İstanbul 2010.
- GÜLER, Beyhan Kaplan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Sümer Kitabevi, Ankara 2014.
- GÜVEN, Aydın: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu: Aile Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016 (Aile).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003. (Yenilik).
- KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, T.B.B. Yayınları, Ankara 2009.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı “, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt: 2, Vedat Kitapçılık, ss. 1219-1242, İstanbul 2009.
- ÖZLÜ, Hakkı, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 2002.
- ÖZMEN, İsmail: Velayet Hukuku Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan: Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

SERDAR, İlkur: “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 9, ss. 739-781, İzmir 2007.

SOLAK, Özlem Ezgi: Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2014.

ŞİMŞEK, Canan: Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir 2012.

UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi)

YILMAZ, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MHB, S. 1, Y. 35, ss. 103-141, 2015.

YÜCEL, Özge: “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, ss. 117-137, Aralık 2013.

YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2018.