

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 18**

**Sayı: 2**

**Yıl: 2010**

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 18**

**Sayı: 2**

**Yıl: 2010**



ISSN: 1306-8075

## SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 18 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2010

**Sahibi :**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

**Editörler (Editors) :**

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

**Yayın Kurulu (Editorial Board) :**

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Doç. Dr. Faruk BİLİR

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

**Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :**

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
(Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

**Haberleşme Adresi (Communication Address) :**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr> e-posta: [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TÜBİTAK – ULAKBİM –  
HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

**Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.**



## İÇİNDEKİLER

### MAKALELER

#### KAMU HUKUKU

ELEKTRONİK HACİZ UYGULAMASININ  
DEĞERLENDİRİLMESİ ..... 9  
*Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN*

UYUMLAŞTIRMA SÜRECİNDE GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA  
HİZMETİ ULUS VE ULUSLARÜSTÜ DÜZENLEME  
ZORLUKLARI.....39  
*Dr. A. Vahap DARENDELİ*

SİYASAL DÜŞÜNÜRLER VE MODERN EGEMENLİK .....83  
*Arş. Gör. Dr. Selcen ERDAL*

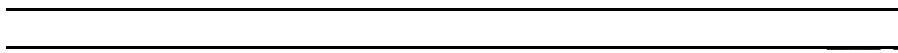
SOSYAL DEVLET ANLAYIŞININ GELİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ 117  
*Arş. Gör. Dr. Ali Tarık GÜMÜŞ*

## **ÖZEL HUKUK**

İŞYERİNDE İNTERNETİN ÖZEL AMAÇLI KULLANIMI  
NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ.....161  
*Yrd. Doç. Dr. Yusuf YİĞİT*

ROMA HUKUKUNDA EVLENME VE BOŞANMA  
(DIVORTIUM).....215  
*Bahattin ARAS*

**Makaleler**



**Kamu Hukuku**





## ELEKTRONİK HACİZ UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN\*

### ÖZET

*Gelişen teknolojiye paralel olarak vergi hukuku alanında da elektronik uygulamalardan yararlanılmaya başlanmıştır. Bu uygulamalardan birisi de elektronik haciz (e-haciz)dir. Kamu alacaklarının tahsilini hızlandırmak, tahsilde etkinlik sağlamak amacıyla e-haciz kabul edilmiştir. Buna göre tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilecektir.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** *Elektronik haciz, kamu alacağı, tahsil, mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.*

### EVALUATION OF APPLICATION OF THE ELECTRONIC LIEN

#### ABSTRACT

*Electronic applications in the field of tax law in line with developing technology started to be used. One of these applications is electronic lien (e-lien). The e-lien has been adopted to accelerate the collection and to ensure the efficiency of public receivables. According to this arrangement, lien releases organized by tax offices, may be communicated in electronic form instead of mail.*

**KEYWORDS:** *Electronic lien, the public receivable, collection, property rights, European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

Günümüzde elektronik devlet (e-devlet) uygulamaları büyük önem kazanmış ve hayatın birçok alanında yeni uygulamalarla kendini göstermeye başlamıştır. E-devlet genel olarak, vatandaşın devletle; devletin vatandaşla, özel sektörle ve devlet kurumlarının kendi arasındaki bilgi akışı ve/veya fiziki etkileşimin dijital ortama taşınması olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Uygulamanın amaçlarını da göz önünde bulundurmak suretiyle şu şekilde de tanım yapmak mümkündür: E-devlet, bilgi ve iletişim teknolojilerinin kamu hizmetlerinin sunumunda kullanılarak, kamu hizmetlerinin daha etkili, sonuca odaklı, basit, hızlı, şeffaf ve bir bütün olarak sunulmasını amaçlayan kamu yönetimi anlayışıdır<sup>2</sup>.

E-devlet uygulamaları ile genel olarak, kamu kurumlarının bilgi, belge ve hizmetlerine elektronik ortamda ulaşılabilen, vergi ve faturalar elektronik ortamda ödenebilen, idarî süreçler verimli hale gelebilen, idarî birimler arasında bilgi akışı sağlanabilmektedir<sup>3</sup>. Ancak kamu hizmetlerinin elektronik ortama aktarılmasında verimlilik sağlanabilmesi bakımından gereksiz süreçlerin kaldırılması da önem arz etmektedir<sup>4</sup>. Aksi halde uygulamaların elektronik ortama aktarılması,

---

<sup>1</sup> BALCI Asım/KIRILMAZ Harun, “Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma Kapsamında E-Devlet Uygulamaları”, Türk İdare Dergisi, Yıl 81, S. 463-464, Haziran-Eylül 2009, s. 48; Ayrıca bkz: ÇEVİKBAŞ Rafet, “Türkiye’de E-Devlet ve E-İmza Altyapısı Uygulamaları”, Türk İdare Dergisi, Yıl 81, S. 463-464, Haziran-Eylül 2009, s. 77.

<sup>2</sup> Esasen e-devlet bir proje değildir. Klasik kamu hizmetlerinin sunumunda olduğu gibi, vatandaşların yaşamlarının her alanında karşılaşacakları, süreklilik gösteren bir yaşam biçimidir. Tanım ve açıklamalar için bkz: SÖYLER Yasin, “E-Devletin Hukuksal Dönüşümü”, Türk İdare Dergisi, Yıl 81, S. 465, Aralık 2009, s. 153.

<sup>3</sup> BALCI/KIRILMAZ, s. 56; E-devlet uygulamaları ile aslında daha hızlı, etkin, verimli ve güvenilir hizmet sağlama amacı güdülmektedir. Bkz: ÇEVİKBAŞ, s. 77.

<sup>4</sup> BALCI/KIRILMAZ, s. 57; E-devletle ilgili uygulama sorunları ve karşılaşılan güçlükler için bkz: NARALAN Abdullah, “Türkiye’de E-Devlet Güçlükleri”, EKEV Akademi Dergisi, Yıl 12, S. 37, Güz 2008, s. 27 vd, <http://pol.atilim.edu.tr/files/e devlet/e devletguclukleri.pdf>, Erişim Tarihi (ET) 1.9.2010.

sürecin hızlı işlemesi, basitlik, verimlilik gibi yönlerden hiçbir fayda sağlamayacağı gibi, bir anlam da ifade etmeyecektir.

E-devlet uygulamaları devlete olan güvenin sağlanması ve arttırılmasında önemli fonksiyon görmektedir<sup>5</sup>. Bu bakımdan yapılacak e-devlet kapsamındaki uygulamaların, hukuka uygunluğunun sağlanması çok büyük bir öneme sahiptir.

DPT'nin 2007 yılında hazırladığı Bilgi Toplumu Stratejisinde e-devletle ilgili hedefler belirlenmiştir. Bunlar etkinlik ve verimlilik artışı, şeffaflık ve hesap verilebilirliği teşvik, yolsuzluklarda azalma, bilgi ve e-hizmet sağlanması olarak belirtilebilir. Vergi gelirlerinde artış da bu hedefler arasında sayılmıştır<sup>6</sup>.

Vergi hukuku alanında da e-devlet uygulamaları önemli bir yere sahiptir. Maliye Bakanlığı teknolojik imkanlardan mümkün olduğunca yararlanmaktadır. Vergi Dairesi Otomasyon Projesi (VEDOP) 1998 yılında başlatılmıştır<sup>7</sup>. Daha sonra bu projelerin devamı gelmiştir. VEDOP-3 (e-VDO) 2007 yılı sonunda uygulamaya geçmiştir. Kurulan alt yapı sayesinde, vergilendirmeye ilişkin süreçlerin neredeyse tamamı, elektronik ortamda yürütülür hale gelmiştir<sup>8</sup>. Bu bağlamda en son olarak 6009 sayılı Kanunla, Vergi Usul Kanununun (VUK) "Tebliğler" başlıklı beşinci kısmına eklenen 107/A maddesiyle, elektronik ortamda tebliğ yapılması imkanı getirilmiştir<sup>9</sup>. Böylece daha önce e-haciz ile gündeme gelen e-tebliğ, bir tebliğ usulü olarak VUK'ta yer almış olmaktadır. AATUHK'un 8. maddesine göre, hilafına hüküm bulunmadıkça bu Kanundaki tebliğlerin yapılmasında VUK hükümleri tatbik olunacaktır. Dolayısıyla 6009 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile e-tebliğler, bir tebliğ usulü olarak hukukî altyapıya kavuşmuş olmaktadır.

<sup>5</sup> BALCI/KIRILMAZ, s. 50.

<sup>6</sup> Bkz: BALCI/KIRILMAZ, s. 57.

<sup>7</sup> ÇEVİKBAŞ, s. 85.

<sup>8</sup> Yapılan düzenlemeler için bkz: BULUT Mustafa/ÇALIŞKAN Mefkûre Seda, "Yönetimsel Yükler Bağlamında Gelir İdaresinde Otomasyon ve Elektronik Uygulamalar", Vergi Dünyası, S. 336, Ağustos 2009, s. 23.

<sup>9</sup> 6009 sayılı Kanun, Resmi Gazete (RG), 1. 8. 2010, S. 27659.

Elektronik haciz uygulaması da 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda (AATUHK) yapılan düzenleme ile oluşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre, tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı kamu idaresi vasıtasıyla posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilecektir. Burada da gündeme gelen e-haciz, esas itibarıyla kamu borçlusunun hak ve alacaklarının bulunabileceği banka hesaplarına yönelik olmaktadır.

Çalışmada ilk önce elektronik haciz (e-haciz) müessesesinin hukukî boyutu üzerinde durulacak, karşılaşılan sorunlar, hukuka aykırılık teşkil edebilecek nitelikteki uygulama sorunları ele alınıp değerlendirilecektir. Daha sonra e-haciz uygulamasının mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olup olmadığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenecek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında genel bir değerlendirme yapılacaktır.

## **II. ELEKTRONİK HACİZ UYGULAMASI VE NİTELİĞİ**

### **A. Genel Olarak**

Kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülebilmesi, kamu ihtiyaçlarının zamanında karşılanabilmesi bakımından gerekli kamu gelirlerinin riske girmeden, zamanında sağlanmasının çok büyük bir önemi bulunmaktadır<sup>10</sup>. Kamu alacaklarının bu temel gereklilikler doğrultusunda toplanabilmesi için AATUHK'ta önemli düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan bir tanesi de üçüncü şahıslardaki menkul malların, alacak ve hakların haczini düzenleyen 79. maddedir. Kamu borçlusunun üçüncü şahıslarda bulunan menkul mallarının, alacak ve haklarının ne şekilde haczedileceği, bunların usulü hakkında maddede ayrıntılı bilgiler yer almaktadır.

AATUHK'un 79. maddesinde, 5479 sayılı Kanunla<sup>11</sup> değişiklik yapılmış, madde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri kamu borçlusunun hak ve alacaklarının bulunabileceği banka şubelerine veya şartları varsa banka genel müdürlüklerine tebliğ edilebilecektir. Tahsil dairelerince düzenlenen söz

---

<sup>10</sup> ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2009, s. 158.

<sup>11</sup> 5479 sayılı Kanun, RG., 8.4.2006, S. 26133.

konusu haciz bildirilerinin elektronik ortamda tebliğ edilebileceği hükme bağlanmıştır. Ödeme emri tebliğinden itibaren kanuni süre içinde borcunu ödemeyenlere yönelik hızlı bir şekilde haciz varakaları düzenlenecek ve e-haciz sisteminde uzun yazışma prosedürüne gerek olmadan elektronik ortamda bütün icra işlemleri yapılabilecektir.

E-haciz müessesenin kanunî dayanağını oluşturan 5479 sayılı Kanun sonrasında, projenin tarafları olan bankalar ile görüşmeler başlatılmış ve Mayıs 2009'da 37 banka ve Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. ile protokol imzalanmıştır. Böylece bankalar ile Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. nezdindeki varlıkların elektronik ortamda haczi için uygulamalar başlatılmıştır<sup>12</sup>.

Elektronik hacizle ilgili olarak Maliye Bakanlığının çalışması sadece AATUHK'un 79. maddesiyle sınırlı bulunmamaktadır. 5904 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle gayrimenkuller, gemiler ve taşıtların da elektronik ortamda haczedilebilmesine yönelik olarak kanunî düzenleme yapılmış ve konuyla ilgili alt yapı çalışmalarına geçilmiştir<sup>13</sup>.

Çalışma kapsamında, AATUHK'un 79. maddesi doğrultusunda e-haciz uygulaması ele alınıp incelenecektir.

### **B. Elektronik Haczin Hukukî Niteliği**

AATUHK'un 79. maddesinde 5479 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, üçüncü şahıslardaki menkul malların, alacak ve hakların haczinin elektronik ortamda yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Maddenin son hali şu şekildedir: "Hamiline yazılı olmayan veya cirosu

<sup>12</sup> Bkz: KOCABEYOĞLU Aydın, "E-Haciz ve Karşılaşılan Sorunlar", Yaklaşım, S. 209, Mayıs 2010, <http://www.yaklasim.com.tr>, s. 1.

<sup>13</sup> 5904 sayılı Kanun, RG., 3.7.2009, S. 27277; Söz konusu Kanunla AATUHK'un 77. maddesine, resmi sicillere kayıtlı menkul mallarla ilgili haciz bildirilerinin elektronik ortamda tebliğ edilebileceği hükmü eklenmiştir. Yine AATUHK'un gayrimenkul mal ve gemilerin hacziyle ilgili 88. Maddesine ise aynı şekilde, haciz bildirilerinin elektronik ortamda tebliğ edilebileceğine dair hüküm getirilmiştir. Bu düzenlemeler sayesinde işlemlere sürat kazandırılarak iş gücünde, posta ve kırtasiye masraflarında tasarruf sağlanacağı doktrinde belirtilmektedir. Bkz: ÇOLAK Mustafa, "E-Devlet Uygulamasında Önemli Bir Adım: Vergi Tahsilâtında E-Haciz, Yaklaşım, S. 198, Haziran 2009, s. 3.

kabil senede dayanmayan alacaklar ile maaş, ücret, kira vesaire gibi her türlü hakların ve fiilen tutanak düzenlemek suretiyle haczi kabil olmayan üçüncü şahıslardaki menkul malların haczi, borçlu veya zilyed olan veyahut alacak ve hakları ödemesi gereken gerçek ve tüzel kişilere, kurumlara haciz keyfiyetinin tebliği suretiyle yapılır. Tahsil dairesi tarafından tebliğ edilecek haciz bildirisi ile; bundan böyle borcunu ancak tahsil dairesine ödeyebileceği ve amme borçlusuna yapılacak ödemenin geçerli olmayacağı veya elinde bulundurduğu menkul malı ancak tahsil dairesine teslim edebileceği ve malın amme borçlusuna verilmemesi gerektiği, aksi takdirde amme borçlusuna yapılan ödemeler ile malın bedelini tahsil dairesine ödemek zorunda kalacağı ve bu maddenin üç, dört ve beşinci fıkra hükümleri üçüncü şahsa bildirilir. Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve bu tebligatlara elektronik ortamda cevap verilebilir. Elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve cevapların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usûl ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri; amme borçlusunun hak ve alacaklarının bulunabileceği bankaların şubelerine doğrudan veya mahallindeki tahsil dairesi aracılığı ile tebliğ edileceği gibi Maliye Bakanlığınca belirlenecek tutarın üzerindeki alacaklar için doğrudan bankaların genel müdürlüklerine de tebliğ edilebilir. Haciz bildirisi bankanın genel müdürlüğüne de tebliğ edilmiş ise tüm şubelerini kapsayacak şekilde beyanda bulunma yükümlülüğü bankanın genel müdürlüğüne aittir”.

Bu düzenleme ile getirilen e-haciz, e-devlet kapsamında geliştirilen vergi dairelerinde uygulamaya sokulan elektronik uygulamaların devamı niteliğindeki bir müessese olarak ortaya çıkmaktadır. AATUHK’un 79. maddesinin 2. fıkrasında yapılan düzenlemeyle, belli tutarın üzerindeki alacaklar için, banka şubelerine ayrıca bildirim yapılmasına gerek kalmamaktadır. E-haciz yöntemiyle banka genel müdürlüklerine elektronik ortamda haciz bildirimlerinin gönderilmesiyle, kamu alacaklarının tahsilinde etkinlik sağlanacağı

düşünülmektedir<sup>14</sup>. Kendisine bildirim yapılan banka genel müdürlüğü, tüm şubelerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmak zorundadır. Bu düzenleme, iletişim teknolojilerinin gelişmesine paralel olarak gelişen ihtiyaçları karşılamaya yönelik olarak görülmektedir<sup>15</sup>. Banka genel müdürlüklerine tebliğ yapılacak miktarı belirleme konusunda, Maliye Bakanlığına yetki tanınmıştır. Maliye Bakanlığı bu yetkisini 440 seri numaralı tebliğ ve daha sonra seri A, 1 numaralı tahsilat genel tebliği ile kullanmıştır<sup>16</sup>.

Kanunla verilen izne dayanılarak Maliye Bakanlığı, e-haciz uygulamasını çıkardığı genel tebliğle başlatmıştır<sup>17</sup>. Bu konuda çıkarılan

<sup>14</sup> KOCABEYOĞLU, s. 1; “Uygulamalar ile örnek olarak banka nezdinde bulunan borçlu mevduat hesaplarına gönderilen e-Haciz ile birlikte haciz işlemi gerçekleştirilerek aynı bankada bulunan kamu hesaplarına intikal ettirilmesi ile vergi dairelerinin tek bir işlemle haciz ve haczedilen malların hesaplara işlenmesi eşanlı gerçekleştirilmiş olabilecektir. Sonuçta, e-Hacizle başlayan süreç kendiliğinden e-Tahsilât sisteminin tamamlayıcı bir parçası haline dönüşecektir”. Bkz: ÇOLAK, s. 4; Banka hesabındaki paraya haciz işlemi uygulandığı anda vergi dairesindeki mükellef cari hesabına işlenecektir. Bu da e-haczin aslında e-tahsilât ile tamamlandığını göstermektedir.

<sup>15</sup> Bkz: CANDAN Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2007, s. 442.

<sup>16</sup> Devlete ait kamu alacakları için düzenlenecek haciz ve ihtiyati haciz bildirimlerinin, takip konusu amme alacağının fer'ileri ile birlikte 50.000 TL ve üzerinde; il özel idareleri ve belediyelere ait amme alacakları için 10.000 TL ve üzerinde olması halinde bankaların genel müdürlüklerine tebliğ edilmesi gerektiği Maliye Bakanlığınca belirlenmiştir. Bkz: 440 seri numaralı Tahsilat Genel Tebliği, RG., 30.1.2007, S. 26419; Tahsilat Genel Tebliği Seri: A sıra no: 1, RG., 30.6.2007, S. 26568.

<sup>17</sup> “Bu hükme istinaden, ayrıca bir düzenleme yapılmaya kadar, alacaklı amme idarelerinin Bakanlığımızın (Gelir İdaresi Başkanlığının) uygun görüşünü de almak suretiyle banka genel müdürlükleri ve Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. ile yapacakları anlaşmalar çerçevesinde, elektronik imza ya da şifre kullanılmak suretiyle haciz bildirimlerinin elektronik ortamda sadece bu kurumlara tebliğ edilmesi ve elektronik ortamda cevaplarının alınması, elektronik ortamda tebliğ edilecek haciz bildirimlerinde yukarıda belirlenen tutar ile sınırlı kalınmaması, birden fazla amme borçlusu için tebligat

genel tebliğlerle, uygulamaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin seri A, 1 numaralı tahsilat genel tebliğinde banka genel müdürlüklerine yapılacak tebliğin taşınması gerekli hususlar belirtilmiştir. Buna göre, posta yoluyla yapılacak tebligatlarda, haciz bildirimlerinin her kamu borçlusu için ayrı ayrı düzenlenmesi, haciz bildirisine konu kamu alacağının asıl ve fer'ilerinin toplamının dikkate alınması ve haciz bildirimlerinin banka genel müdürlüklerine 7 günlük süre içinde cevap verilmesini engelleyecek şekilde topluca gönderilmemesi gerekmektedir. Hükümün devamında elektronik imza veya şifre kullanmak suretiyle haciz bildirimlerinin elektronik ortamda belirtilen kurumlara tebliğ edilmesi ve elektronik ortamda cevaplarının alınması hususu belirtilmiştir. Elektronik ortamda tebliğ edilecek haciz bildirimlerinde banka genel müdürlükleri için belirlenen parasal tutar ile sınırlı kalınmaması ve birden fazla kamu borçlusu için tebligat yapılması ve cevaplarının alınması hükme bağlanmıştır. Posta ile yapılacak tebliğler için belirtilen hususların (haciz bildirimlerinin her borçlu için ayrı ayrı düzenlenmesi, alacağın toplamının dikkate alınması) e-haciz için de geçerli olacağı tabiidir. Uygulamada ortaya çıkan aşağıda değinilecek olan sorunlar da aslında bu kurallara riayet edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bunun dışında e-hacizde banka genel müdürlüklere yapılacak tebliğde bir esneklik tanınmış, bunlara yapılacak e-haciz bildirimlerinde belirtilen parasal tutarlara bağlı kalınmayacağı hükme bağlanmıştır.

E-haciz uygulamasında çeşitli sorunlarla, hukuka aykırı durumlarla karşılaşmaktadır<sup>18</sup>. Bunların başında, vergi dairelerinin alacak miktarıyla, malvarlığıyla ilgili herhangi bir tespit yapmadan haciz bildirimlerini elektronik ortamda tebliğ etmeleri gelmektedir. Bu şekilde araştırma yapılmadan uygulanan hacizlerin hukuka aykırılık oluşturacağı açıktır. Danıştay kararlarında da bu durumun hukuka aykırılık teşkil ettiği vurgulanmaktadır: “750 sayfadan oluşan 22.700 adet mükellefin vergi borçlarının tahsili amacıyla davacı kuruma tebliğ edilen haciz bildirisinin iptali istemiyle dava açılmıştır. ... Olayda 750 sayfadan oluşan mükellef

---

yapılması ve cevaplarının alınması uygun görülmüştür”. Tahsilat Genel Tebliği Seri: A sıra no: 1, RG., 30.6.2007, S. 26568.

<sup>18</sup> Uygulamada karşılaşılan sorunlar elektronik yolla olsun ya da olmasın bankalara yapılan haciz tebliğlerinde yer almaktadır. Ancak e-hacizlerin yaygınlaşmasıyla söz konusu sorunlara daha sık rastlanmaktadır.



listesi eklenmek suretiyle, her bir borçluya ait kamu alacağının türü ve miktarı belirtilmeden ve önceden malvarlığı araştırması yapılarak borçluların davacı kurum nezdinde bir hak ve alacaklarının olup olmadığı araştırılmadan davacıya haciz bildirisini tebliğ edildiği anlaşıldığı, ancak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62nci ve 79uncu maddeleri uyarınca 3. şahıslar nezdinde amme borçlusunun hak ve alacağının olup olmadığının tespit edilmesi, daha sonra her bir borçlu için ayrı ayrı ve borç tutarıyla sınırlı olarak haciz uygulamasına geçilmesinin gerektiği, davalı İdarece bütün bu hususlara uyulmadan, davacıdan binlerce yükümlüye ait hesap durumlarının araştırılarak borçlarına karşılık tüm hak ve alacaklarına haciz konulmasının istenilmesi yönünde davacı kuruma tebliğ edilen işlemde yasal uyarılığın görülmediği gerekçesiyle haciz bildirisinin iptali (gerekir)"<sup>19</sup>.

Diğer bir olayda da Danıştay, benzer şekilde karar vermiştir: "Olayda, dava konusu haciz bildirisine 67 sayfadan oluşan mükellef listesi eklenmek suretiyle, her bir borçluya ait kamu alacağının türü ve miktarı belirtilmeden ve önceden malvarlığı araştırması yapılarak borçluların davacı kurum nezdinde bir hak ve alacaklarının olup olmadığı araştırılmadan davacıya haciz bildirisini tebliğ edildiğinin anlaşıldığı, ancak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 62 nci ve 79 uncu maddeleri uyarınca öncelikle *tahsil dairelerince üzerine haciz uygulanacak hak ve alacakların tespit edilmesi*, daha sonra *her bir mükellef için ayrı ayrı ve borç tutarıyla sınırlı olarak haciz uygulamasına geçilmesinin gerektiği*, davalı idarece bütün hususlara uyulmaksızın, dolayısıyla *tespit yükümlülüğü yerine getirilmeksizin tesis edilen* ve davacı kuruma tebliğ edilen işlemde yasaya uyarılığın görülme(miştir)"<sup>20</sup>. Hukuka uygun bir uygulama için mükelleflerin

<sup>19</sup> D.4.d., 25.5.2009 gün ve E. 2008/2205, K. 2009/2659, Danıştay Dergisi(DD), S. 122, 2009, s. 215.

<sup>20</sup> D.4.d., 27.09.2007 gün ve E. 2007/2374, K.2007/2952, DD, S. 117, 2008, s. 124; "Üçüncü şahıslar nezdinde amme borçlusunun hak ve alacağının olup olmadığının tespit edilmesi, daha sonra her bir borçlu için ayrı ayrı ve borç tutarıyla sınırlı olarak haciz uygulamasına geçilmesi gerekmektedir.", D.4.d., 25.05.2009 gün ve E. 2008/2205, K. 2009/2659, ÖZKAYA Niyazi, "Cebri Tahsilatta Üçüncü Şahıslar Nezdinde Haciz", E-Yaklaşım, S. 210, Haziran 2010, s. 4; "Öncelikle söz konusu borçluların davacı banka

borçlarının miktarı belirlenmeli, her mükellef için malvarlığı araştırması yapılmalı ve her mükellef için ayrı ayrı borç tutarı ile sınırlı olarak haciz uygulamasına geçilmesi zorunludur.

Böyle bir araştırma yapılmaması sonucunda banka hesaplarından fazladan tahsilat yapılması, bir hesaptaki miktarın borca yeterli olmasına rağmen mükellefin tüm hesaplarına birden veya borca yetecek miktardan çok daha fazlasına blokaj konulması gibi hukuka aykırı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Bu tür uygulamalar sonucunda çeklerin karşılıksız çıkması gibi durumlara rastlanmakta, bu da mükellefin ticari hayatını olumsuz etkilemektedir<sup>21</sup>.

Ayrıca uygulamada, borç miktarı kesinleşmeden e-haciz uygulamasına girişilmesine de rastlanmaktadır<sup>22</sup>. Böyle bir durum da

---

nezdinde hesaplarının bulunup bulunmadığı, varsa türü ve miktarı belirlendikten sonra 79'uncu madde uyarınca haciz işlemine başlanması gerektiği, olayda ise davacı bankanın şubesine gönderilen talimatla nezdinde menkul kıymeti, herhangi bir hakkı veya alacağı bulunup bulunmadığı belirsiz binlerce mükellefin hesap durumları araştırılarak, isimlerinin karşısında yazılı borç miktarına yetecek kadar mal varlığının bloke edilmesinin istendiği görüldüğünden, bu istemin 6183 sayılı Kanunun 79'uncu maddesinde belirtilen yöntemle bağdaştırılmasının mümkün olmadığı, diğer taraftan binlerce mükellefin sadece ad ve soyadlarına yer verilmek suretiyle hesaplarına haciz uygulandığı ve 15 gün içinde bilgi verilmediği takdirde bankanın sorumlu tutulacağı kabulü Türk Medeni Kanununun 2'nci maddesinde ifade edilen objektif iyi niyet kuralıyla bağdaşmayacağından, idarenin bu yetkisini kullanırken borçlu mükellefleri makul sayıda gruplara ayırdıktan sonra banka nezdinde takibata geçmesinin hukuk devleti ilkesinin de bir gereği(dir) ”, D. 3.d., 05.06.2008 gün ve E. 2007/696, K. 2008/1865, <http://www.danistay.gov.tr>.

<sup>21</sup> KOCABEYOĞLU, s. 3; Ayrıca borcundan daha çok miktarda vergi idaresinden alacağı olanların mahsup taleplerinin işleme konulmasındaki gecikmeler sonucunda da haciz uygulamasına geçilmektedir. Bkz: KIZILOT Şükrü, “Kazlar Yolunuyor mu Yoksa Kesiliyor mu?” Hürriyet, 27.10.2007; Ayrıca Bkz: KAYNAK Harun, “Müşteri Hesaplarına Uygulanan Hacizlerde Bankaların Sorumlulukları”, Vergi Dünyası, S. 319, Mart 2008, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, s. 2.

<sup>22</sup> KIZILOT, agm; Mükelleflerin ileride doğabilecek alacaklarına yönelik olarak da bankalara haciz bildirisi tebliğ edilmesi de hukuka aykırılık

açıkça hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Her şeyden önce borcun kesinleşmesi ve mükellefe ödeme emri gönderilmesi, ödeme emrine rağmen borcun ödenmemesi durumunda e-haciz uygulamasına girişilmesi gerekmektedir<sup>23</sup>.

Adı her ne kadar e-haciz olsa da, burada söz konusu olan haciz, nitelik olarak nihayetinde bir haciz işlemidir. Hacze başvurabilmek için ilgili şartların (ödeme emri gönderilmesi, mal bildiriminde bulunulması gibi) yerine getirilmesi gerekmektedir. Hatta mükellefe gönderilen ödeme emrinde, borcun ödenmediği takdirde e-haciz yoluna gidilip bankadaki hesapların haczedileceğinin de bildirilmesi hukukî güvenlik bakımından çok daha isabetli olacaktır. E-haciz müessesesinden, haciz sürecinin hızlandırılması, takip işlemlerinin etkin yürütülmesi gibi faydaların sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak bu faydaların sağlanması uğruna hukuka aykırı uygulamalara yer verilmemelidir. Herhangi bir tespit yapılmadan haciz bildirisinin tebliği hukuki güvenliğe aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kişinin borcundan fazla miktarda parasının haczedilmesi halinde, ticari itibarın zedelenmesi gibi hukuki güvenlik ilkesine tamamen aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Kişinin hak ve borçlarının bulunduğu bankalar tespit edilip e-haciz uygulaması o hesaplara karşı yapılmalıdır. Borç miktarı kadar haciz uygulamasına gidilmelidir. Borç miktarından fazla yapılan hacizler gecikmeksizin kaldırılmalıdır. Aksi halde idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Tam yargı davaları ile idare tazminatı dahi mahkum ettirilebilecektir.

AATUHK'un 79/2. maddesinde yapılan değişiklikle "Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri; amme borçlusunun hak ve

---

oluşturmaktadır. Ancak uygulamada bu gibi durumlarla da karşılaşılabilir. Bkz: KOCABEYOĞLU, s. 4.

<sup>23</sup> Tahsilat Genel Tebliği Seri: A sıra no: 1'de de şu şekilde ifade yer almaktadır: "Bu itibarla, amme alacağını süresi içerisinde ödemediği için aynı Kanunun 55 inci maddesi gereğince kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun 7 gün içerisinde borcunu ödememesi veya mal bildiriminde bulunmaması halinde, hakkında bir taraftan 60 ıncı maddeye göre işlem yapılmakla beraber diğer taraftan da tahsil dairesince tespit edilecek olan malların 62 nci maddeye göre haczedilerek 84 üncü ve müteakip maddelerde açıklandığı şekilde paraya çevrilmesi ve bu suretle amme alacağının tahsilinin sağlanması gerekir".

alacaklarının *bulunabileceği* bankaların şubelerine... tebliğ edilebilir” ibaresine yer verilerek, haciz bildirimlerinin hak ve alacakların bulunabileceği banka şubelerine malvarlığı tespit edilmeden de tebliğ edilebileceğinin hükme bağlandığı doktrinde belirtilmektedir. Ayrıca, haciz bildirisi tebliğ edilen üçüncü şahsın 7 gün içinde borcu olmadığı, malın yedinde bulunmadığı gibi iddialarını alacaklı tahsil dairesine yazılı olarak bildirebileceği vurgulanarak, kamu alacağını etkin bir şekilde takip etmenin gereği olarak, herhangi bir tespite dayanmadan da, bankalara haciz bildirisi tebliğ edilebileceği ileri sürülmektedir<sup>24</sup>. Burada idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak idare takdir yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde, vergi hukukuna hakim olan ilkelere uygun bir şekilde kullanmalıdır<sup>25</sup>. Yukarıda değinilen Danıştay kararında da belirtildiği üzere, haciz bildirimlerinin herhangi bir araştırma yapmadan, kişinin borç miktarını belirtmeden, kamu borçlusunun hak ve alacağının bulunabileceği banka şubelerine tebliğ edilmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. Aksi halde borçtan fazla miktarın haczedilmesi gibi hukuki güvenliği zedeleyici durumlarla karşılaşmaktadır. Bu gibi durumlarda ise, borç miktarından fazla yapılan hacizlerin derhal kaldırılması gerekmektedir. Dolayısıyla hiçbir araştırmaya dayanmayan e-haciz uygulamalarında, idarenin takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığından da bahsetmek mümkün olacaktır.

Ayrıca AATUHK’un 62. maddesinde de, borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından, amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczolunacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise Maliye Bakanlığının kamu alacaklarının takibinde haczolunacak malların tespiti amacıyla yapılacak mal varlığı araştırmasının şekli, alanı ve kapsamı ile araştırma yapılacak kamu alacaklarının türü ve tutarını belirlemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Seri A, 1 sıra numaralı Tahsilat Genel Tebliğinde de kamu alacağını tahsil etmek amacıyla tatbik edilecek hacizlerde, alacak tutarından daha fazla değerde haciz yapılmaması ve borçlunun haczi kabil mal varlığının haczinde daha kolay paraya çevrilme olasılığı

---

<sup>24</sup> Bkz: KOCABEYOĞLU, s. 4.

<sup>25</sup> ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s. 51-54.

bulunan malların haczine öncelik verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Alacak tutarından fazla değerde yapılan hacizlerin ise doğal olarak kaldırılacağı vurgulanmıştır. Ayrıca son fıkrada yer alan “Tahsil dairesi, alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir”, hükmü de dikkate alındığında e-hacizlerde idarenin mutlaka araştırma yapması gerektiği ve kamu alacağından fazla tutarlara bloke konmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Aksi yöndeki uygulamalar açıkça hukuka aykırılık teşkil edecektir.

E-haciz işleminin, haciz bildirisinin tebliğ edildiği tarih itibariyle olması gerektiği, fakat hesaplara konan blokaj nedeniyle süreklilik arz eden mahiyette olduğu doktrinde belirtilmekte ve bu durum eleştirilmektedir<sup>26</sup>. Haczin sürekli olması halinde ise, mükellefin hesabında haciz tarihinde para olmasa dahi, sonradan hesaba para yatması halinde, bu yatan miktarlar da haczedilmektedir. Gerçekten de seri A, 1 sıra numaralı Tahsilat Genel Tebliğinde, bankalara tebliğ edilecek haciz bildirimlerinin, kamu borçlusunun tebliğ tarihinde muhatap banka nezdinde mevcut olan varlıklarını kavrayacağı belirtilmiştir. Genel Tebliğde ayrıca, haczedilecek maaş, ücret, kira, istihkak alacakları gibi süreklilik arz eden alacak borç ilişkisi bulunması halinde ileriye matuf haciz yapılması gerektiği tabiidir denilmek suretiyle, sadece belirtilen durumlarda ileriye yönelik haciz yapılacağı vurgulanmıştır. Söz konusu durumlarda da yapılacak e-hacizlerin, AATUHK’un hacizle ilgili kurallarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bunlar dışındaki e-hacizlerin ise süresiz nitelikte olması gerekir. Borç miktarı kadar haciz yapıldıktan sonra hesaplardaki bloke derhal kaldırılmalıdır.

<sup>26</sup> KOCABEYOĞLU, s. 4; KIZILOT, agm; KAYNAK, s. 2; ACAR Mustafa Gürhan/YİĞİT Hasan, “Vergi Borcunun Tahsiline Yönelik Amme İdaresince Yapılan Banka Hacizleri”, Vergi Dünyası, S. 320, Nisan 2008, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, s. 4.

### III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI VE E-HACİZ UYGULAMASININ BU KAPSAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Olarak

İnsanlık tarihinden başlangıcından bu yana insanların en hassas oldukları konuların başında önce can güvenliği, daha sonra da mal güvenliği olarak ifade edilebilecek olan mülkiyet hakkı gelmektedir. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü gibi bir takım ilkelerin temelinde de mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Vergiler aracılığıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler halk hareketlerinin çıkış noktası olmuştur. Öyle ki İngiltere’de mutlak monarşinin yetkilerinin sınırlandırılmasına yönelik mücadelelerin hareket noktasının temelinde, vergilendirme yoluyla bireylerin mülkiyet hakkına kralın keyfi müdahalesi gelmektedir. Yine Amerikan kolonilerinin bağımsızlığını kazanmasında, temsilsiz vergi olmaz ilkesinin etkin bir rol oynadığını görülmektedir<sup>27</sup>. Dolayısıyla vergi sosyal ve hukuki bir olgu olarak her zaman demokrasi ile iç içe olmuştur<sup>28</sup>.

Mülkiyet hakkı temel insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Anayasamızın temel haklar ve ödevlere ilişkin ikinci bölümde 35. maddede düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) eklenen ve mülkiyet hakkını da kapsayan 1 numaralı protokol; Paris’te 20 Mart 1952’de imzalanarak, 18 Mart 1954’te yürürlüğe girmiştir. Bu protokol ile sözleşmeye, mülkiyet, eğitim ve öğrenim, serbest seçim yapma hakları eklenmiştir. Türkiye tarafından da 1954’de onaylanmıştır.

1 numaralı protokolde mülkiyet hakkıyla ilgili olarak şu hükme yer verilmektedir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu

---

<sup>27</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 2, 7; NAZALI Ersin/DEMİRCİ Mete, “Mülkiyet Hakkı ve Vergilendirme”, Vergi Dünyası, Yıl 28, S. 334, Haziran 2009, s. 83.

<sup>28</sup> GREGGİ, Marco, Can Economic Integration be Democratic? The Case of Taxes, 2008, papers.ssm.com/sol3/Delivery.

yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”<sup>29</sup>.

Kamu alacağını tahsil amacıyla yapılan düzenlemelerin mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olup olmadığını ortaya koyabilmek için öncelikle mülkiyet kavramı üzerinde durmak gerekmektedir.

Mülkiyet, kişiye bir şey üzerinde tasarruf etme ve o şeye egemen olma hakkı veren bir olgu olup kişi o şey üzerinde her türlü maddi ve hukuki tasarrufta bulunabilmektedir<sup>30</sup>.

İlgili maddenin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle mülkiyet hakkının konusu olan mal kavramının irdelenmesi gerekmektedir. “Mal ve mülk kavramı iç hukuktaki resmi tanımdan bağımsız olarak özerk bir anlama sahiptir. Mal ve mülk kavramının Mahkeme kararlarında çok geniş yorumlandığı iddia edilmektedir, zira bu hak sadece mülkiyet hakkını içine almamakta ayrıca hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, kira hakları gibi bütün maddi hakları kapsamaktadır. Ve hatta bu haklar bir mesleği icra etmekten de kaynaklanıyor olabilmektedir”<sup>31</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları çerçevesinde mülk kavramı özerk bir anlama sahiptir. Fiziki malların mülkiyeti ile sınırlı değildir<sup>32</sup>. Bu çerçevede bir hak veya

<sup>29</sup> Hükümün Türkçe metni için bkz: TC. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Bilgi Bankası, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsek1.htm>.

<sup>30</sup> SARAÇ Osman, “Kamu Yararı Kavramı”, <http://portal1.sgb.gov.tr/calismalar/yayinlar>, ET. 29.05.2010.

<sup>31</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Dizisi No: 10, Çeviren: ÇINAR Özgür Heval/KAYA Abdulcelil, Belçika 2007, s.5, <http://www.humanrights.coe.int>, ET. 11.09.2010.

<sup>32</sup> CARSS-FRISK Monica, “Mülkiyet Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz”, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, paragraf no (p.no.) 131,

menfaatin AIHS doğrultusunda mal ve mülk sayılabilmesi için her şeyden önce ekonomik bir değere sahip olması ve hesaplanabilir parasal bir değerle ifade edilebilmesi gereklidir<sup>33</sup>. Örneğin kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi sonucu ilgililerin enflasyon nedeniyle uğramış oldukları zarar, mülkiyetin dokunulmazlığını ihlal eder<sup>34</sup>.

### **B. Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırları ve E-Haciz Uygulamasının Bu Sınırlar Çerçevesinde İncelenmesi**

1 numaralı protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu maddede mülkiyet hakkına getirilen koruma ile önce genel ilke konulmakta yani, tanınan hak belirtilmekte sonra da genel kurala getirilmesi muhtemel istisnalar, bunların meşruluk şartları ile birlikte belirtilmektedir<sup>35</sup>. Bu durumda mülkiyet hakkı tamamen dokunulmaz bir hak olmayıp, devlet mülkiyetin kamu yararına uygun olarak düzenlemek veya vergi ve buna benzer katkıların ödenmesini sağlamak için genel ilkedan ayrılabilir ve mülkiyet hakkına müdahalede bulunabilecektir. Özellikle, kamu otoriteleri mülkiyetin kullanımını vergilerin, diğer harçların veya ceza ödemelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla kontrol edebilir. Söz konusu madde bir bütün olarak yalnız mülkiyet hakkına müdahalelere karşı koruma sağlamakla kalmaz aynı zamanda bu hakkı oluşturan çeşitli unsurlara münferit olarak yapılabilecek müdahalelere karşı da teminat içerir<sup>36</sup>

---

[http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS\\_P1M1\\_Mulkiyet.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_P1M1_Mulkiyet.pdf), ET. 11.09.2010.

<sup>33</sup> GÖZLÜGÖL Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, Ankara, 2002, s.228; BAL Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkının Korunması”, <http://www.algul.av.tr/hukukibilgiler/DOKTR%C4%B0NDEN%20%20ALINTILAR/A%C4%B0HM%20Kapsam%C4%B1nda%20M%C3%BClkiyet%20%20Hakk%C4%B1n%C4%B1n%20Korunmas%C4%B1.doc>, s. 2, ET. 11.09.2010.

<sup>34</sup> BAL, s. 4.

<sup>35</sup> GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2002, s. 419.

<sup>36</sup> ÇINAR/KAYA, s. 5.



1 numaralı protokolün 1. maddesi üç farklı kuralı kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu kurallar AİHM tarafından ilk defa Sporrong ve Lönnroth kararında ortaya konmuştur<sup>37</sup>. Bu kurallar şu şekilde belirtilebilir: **a)** Maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen kural, genel nitelik taşımaktadır ve mülkiyet dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesini ortaya koymaktadır. Mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesi olarak adlandırılabilir. **b)** İlk fıkranın ikinci cümlesinde vurgulanan ikinci kural ise, belirli şartlara bağlı olarak mal ve mülkten yoksun bırakılmayı ifade eder. **c)** Üçüncü kural ise, maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, devletlerin kamu yararına uygun olmak ve kanuna dayanmak şartıyla mülkiyetin kullanımını kontrol etme hakkına sahip olduğunu kabul eder<sup>38</sup>.

Vergilendirme, bireyin mülkiyet hakkına devletin müdahalesi olup, içeriğini toplum yararı oluşturmaktadır<sup>39</sup>. Her devletin vergilendirme yetkisine sahip olduğu hususu tartışmasız bir gerçektir. Ancak bu yetki sınırsız olup olmadığı ve bu yetkiye dayanılarak mülkiyet hakkına hangi temeller çerçevesinde ve ne ölçüde müdahale edilebileceği sorusu, birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. 1 numaralı

<sup>37</sup> AİHM., 23.09.1982 T., İsveç'e karşı **SPORRONG VE LÖNNROTH** kararı, Çeviren: DOĞRU Osman, <http://ihami.anadolu.edu.tr>, ET. 11.09.2010.

<sup>38</sup> Bkz: CARSS-FRISK, p.no. 11; ÇINAR/KAYA, s. 10-11; BAL, s. 5-9; “..... Bu madde üç ayrı kuralı kapsamaktadır. Genel nitelikte olan birinci kural, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkını beyan etmektedir; bu kural birinci fıkranın birinci cümlesinde yer almaktadır. İkinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; bu kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer almaktadır. Üçüncü kural Devletlerin, başka şeylerle birlikte, genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle bu amaca uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme hakkına sahip olduğunu tanımaktadır; bu kural ikinci fıkrada yer almaktadır....”, **SPORRONG VE LÖNNROTH** kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>, ET. 11.09.2010.

<sup>39</sup> YALTI Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul, 2006, s.43.

protokolün ilk maddesi incelendiğinde, mülkiyet hakkına müdahalenin meşru olabilmesi için üç şartın varlığının arandığı ortaya çıkmaktadır<sup>40</sup>:

*Birinci şart*, müdahalenin kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olmasıdır. Diğer bir ifade ile müdahalenin kamu yararı doğrultusunda meşru bir amaca hizmet etmesi gerekmektedir. *İkinci şart*, müdahalenin kanun ile öngörülen şartlara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olmasıdır. Kısaca, mülkten mahrum bırakma, kanun tarafından belirlenen esaslara dayanmalıdır. *Üçüncü şart* ise, amaca ulaşmak için başvurulmuş araç ile güdülen amaç arasında makul bir oran ve adil denge olmasıdır.

### **1. Müdahalenin Kamu Yararını Gerçekleştirmeye Yönelik Olması**

Kamu yararı, toplum refahı, ortak iyilik, genel yarar gibi birçok kavramla ilişkili olup; bu kavramların ortak noktası, tümünün 'bireysel çıkar'dan farklı, onun üstünde veya dışında bir yarar/çıkarı ifade etmesidir. Dolayısıyla gerçek ayırım, kamu yararı ile toplum yararı arasında değil kamu yararı ile bireysel çıkar arasındadır<sup>41</sup>. Mücadele alanı devlet ve birey arasında görünse de aslında bu mücadele daha çok genel yarar ve özel yarar arasındaki bir mücadeledir<sup>42</sup>.

Mülkiyetten yoksun bırakma kuralındaki "kamu yararı" testi, mülkiyetin sadece genel olarak toplumun yararı için, kamusal bir amaçla elden alınması halinde yerine getirilmiş olur<sup>43</sup>. Sözleşme organları kamu

---

<sup>40</sup> “1 No’lu Protokolün 1. maddesinin üç kuralından birine göre, mülke müdahale olduğunun tespit edilmesinden sonraki adım, devletin bu müdahaleyi haklı gösterip gösteremeyeceğidir. Eğer bu gösterilebilirse (ispat yükü devlete aittir), o halde, protokolün 1. maddesi ihlal edilmiş sayılamaz”. Bkz: CARSS-FRISK, p.no. 14-18; BAL, s. 9-19.

<sup>41</sup> AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler”, İHİD, Lütfi Duran’a Armağan, S. 1-3, 1988, s. 13-14; SARAÇ, agm.

<sup>42</sup> NAZALI/DEMİRCİ, s. 83.

<sup>43</sup> AİHM., 21.02.1986 T., Birleşik Krallık’a karşı **JAMES ve Diğerleri** kararı, Çeviren: DOĞRU Osman, <http://ihami.anadolu.edu.tr>, ET. 19.08.2010; “Mülke yapılan herhangi bir müdahalenin meşru bir kamu çıkarına (veya genel çikara) hizmet etme şartını yerine getirmesi gereklidir”. CARSS-FRISK, p.no. 89.

yararı kavramına geniş bir anlam vermekte ve bunun değerlendirilmesinde ulusal mercilere geniş bir takdir hakkı tanımaktadır<sup>44</sup>. Mahkeme, kanun koyucunun yargısı açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça, toplum yararının ne olduğu konusunda kanun koyucunun yargısına saygı gösterir<sup>45</sup>.

Komisyon özellikle vergi kanunları nedeniyle yapılan şikâyetlerde ekonomik ve mali reformlar çerçevesinde ülkenin sağlam bir ekonomik temele ulaşma amacı nedeniyle yapılan vergi uygulamalarını kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bulmuştur<sup>46</sup>. Devletlerin, vergilerin tahsilini teminat altına almaktaki yetkisi, 1 numaralı protokol kapsamında geniş tutulmuştur<sup>47</sup>. Sonuç olarak kanun koyucu kamu

<sup>44</sup> "...Ulusal makamlar, kendi toplumları ve onun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgiye sahip oldukları için, neyin "kamu yararına" olduğuna hükmederken, kural olarak bir uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar. Bu nedenle, Sözleşme tarafından kurulan koruma sistemine göre, mülkiyetten yoksun bırakma tedbirini gerektirecek kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını ve çözüm yollarını takdir etmek, öncelikle ulusal makamların işidir ...", **JAMES ve Diğerleri** kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, ET. 19.08.2010.

<sup>45</sup> AİHM., 19.12.1989 T., Avusturya'ya karşı, **MELLACHER ve Diğerleri** kararı, Çeviren: BOYAR Oya, <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, ET. 19.08.2010; "Toplumlarını ve ihtiyaçlarını doğrudan bilmeleri sebebiyle ulusal merciler neyin "kamu yararına" olduğunu uluslar arası bir hakime göre daha iyi belirleme imkanına sahiplerdir. Bu nedenle, AİHS ile oluşturulan koruma sistemi içinde mülkten mahrum bırakma önlemlerini haklı kılacak bir kamu meselesinin varlığı ve alınacak önlemler konusunda ilk değerlendirmeyi ulusal merciler yapmaktadırlar". CARSS-FRISK, p.no. 94.

<sup>46</sup> ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001, s.320.

<sup>47</sup> "AİHM ilgili bütün tarafların, devletlerin "keyfi el koyma" anlamına gelmediği sürece, uygun gördükleri bütün mali yasaları yürürlüğe koyma özgürlüğüne sahip olduğunu kabul ettiğini ifade etmiştir. AİHM, kanun vergi yetkililerine, vergi mükellefine ait mekanda buldukları vergi mükellefine değil üçüncü bir tarafa ait mallara el koyma iznini verse de, bu durumda bir "keyfi el koyma" durumu bulunmadığının altını çizmiştir. AİHM bazı hukuk sistemlerinde buna izin verildiği gerçeğinden destek almıştır", CARSS-FRISK, p.no. 128, 133.

yararına uygun olarak, vergilendirmenin mümkün olduğu kadar verimli olmasını vergi alacaklarının en kısa ve verimli bir şekilde tahsil edilmesini garanti altına almak için mülkiyet hakkına müdahalede bulunabilecektir<sup>48</sup>.

Kamu yararını belirleme konusunda devletlere geniş takdir yetkisi tanındığını, kanun koyucunun bu takdir yetkisine dayanarak gerekli düzenlemeleri yapabileceğine yönelik, AİHM'in önemli bir kararı bulunmaktadır. Bir Alman firması olan Gasus, Atlas isimli bir Hollanda firmasına mülkiyeti muhafaza şartı ile bir beton karıştırıcı makinesi satmıştır. Daha sonra Atlas, mali sıkıntıya düşmüş ve ödenmemiş vergi borçları sebebiyle beton karıştırıcı Hollanda vergi idaresi tarafından haczedilmiştir. Gasus'un beton karıştırıcıyı geri almak için Hollanda mahkemelerinde yaptığı hukuki girişimlerden herhangi bir sonuç alınmamış ve konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine intikal ettirilmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, yapılan haczi vergi tahsil yöntemi olarak değerlendirmiş ve Hollanda'daki kanuni düzenlemenin kamu yararına uygun olduğuna hükmetmiştir. “(Hollanda'daki)1845 sayılı yasanın 16/3.maddesi, vergi idaresine vergi alacağını fiilen borçlunun zilyetliğinde olmasına rağmen hukuki olarak bir başkasına ait olan mallardan tahsil etme yetkisi vermektedir. Bu durum, vergi idaresini malların gerçekten vergi borçlusunun mülkiyeti altında bulunup bulunmadığını araştırmaktan kurtarmaktadır”<sup>49</sup>. Hükümün konuluş amacı, vergi borçlarının tahsilini kolaylaştırmaktır. Bu amaç başlı başına kamu yararındır<sup>50</sup>.

E-Haciz uygulamasının, özellikle ülkenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durum düşünüldüğünde, vergi borçlarının tahsilini kolaylaştıracak olması, bu uygulamada kamu yararının varlığının önemli bir göstergesidir. Bununla birlikte e-devlet'in tamamen devreye

---

<sup>48</sup> YALTI SOYDAN Billur, Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı, Vergi Dünyası, Sayı 227, Temmuz 2000, s. 106.

<sup>49</sup> Bkz: YALTI SOYDAN, s. 105, BAL, s. 16; CARSS-FRISK, p.no. 81, Kararın İngilizce tam metni için bkz: AİHM., 23.02.1995 T., Hollanda'ya karşı, **GASUS DOSIER und FORDERTECHNIK** kararı, [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/95\\_2/Gasus.pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/95_2/Gasus.pdf).

<sup>50</sup> YALTI SOYDAN, s. 105.

girmesiyle birçok kırtasiye ve bürokratik işlem ortadan kalkacak, kamu kurumlarının işleri büyük ölçüde kolaylaşacaktır. Ayrıca devletin diğer birimleri ile on-line bağlantıya geçilmesi denetim mekanizmalarının daha etkin hale gelmesini sağlayacaktır. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda uygulamanın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu rahatlıkla söylenebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kamu yararının neleri kapsadığı konusunda yorumdan kaçınıp devletlere bu konuda geniş takdir yetkisi tanımış olması<sup>51</sup>, kanun koyucunun kamu yararı nitelendirmesine bağlı kalınması gerektiğini göstermektedir. Kanun koyucu kamu yararı doğrultusunda gerekli kanunî düzenlemeleri yapabilecektir. Dolayısıyla e-haciz uygulamasında kamu yararının varlığını doğrudan kabul etmek gerekecektir.

Ancak kamunun menfaatinin varlığı yeterli olmayıp, toplumun talepleri ile kamunun yararı ve bireylerin temel haklarının korunmasının gerekliliği arasında adil bir denge kurulmalıdır<sup>52</sup>.

## 2. Kanuna ve Uluslararası Hukukun Genel İlkelerine Uygunluk

Bu şart, hukukî kesinlik veya kanunîlik olarak da adlandırılmaktadır<sup>53</sup>. Buna göre mülkiyet hakkına müdahale uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olacak ve ancak kanun ile yapılacaktır. Kanun deyimi, Sözleşme organlarınca özerk bir biçimde yorumlanıp bu kavrama geniş bir anlam yüklenmekte ve her türlü düzenleyici işlem kanun olarak kabul görmektedir<sup>54</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “Kruslin” kararında kanun kavramının şekli bir içerik taşımadığını, kararname ya da yazılı olmayan bir takım kuralların da kanun kavramı içinde yer aldığını belirterek bu kavrama maddi bir anlam yüklemiştir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> BAL, s. 15.

<sup>52</sup> CARSS-FRISK, p. no. 16.

<sup>53</sup> CARSS-FRISK, p.no. 18, 149; BAL, s. 18.

<sup>54</sup> TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKTAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 530.

<sup>55</sup> Fransa'ya karşı, **KRUSLIN** kararı, 24.04.1990, app. 11801/85, [www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database).

Kanun çerçevesinin çok geniş tutulması, vergi idaresinin düzenleyici işlemleriyle de mülkiyet hakkına müdahale edilebileceğini göstermektedir. Bu çerçevede vergi dairesi müdürü, kendisine genel tebliğle dahi verilecek bir yetki ile mükelleflerin banka ve ileride tapu, trafik sicil ve borsa kayıtlarına sanal ortamda ulaşabilecek; borcunu ödemeyenlerin hesabına da elektronik ortamda el koyabilecektir.

Bununla birlikte AİHS çerçevesinde kanun olarak nitelendirilebilecek düzenlemenin öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekmektedir<sup>56</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “Spacek sro” davasında, vergilendirme ile ilgili düzenlemenin mükellefler açısından ulaşılabilir ve öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle başvurulmuştur<sup>57</sup>. Kanun, bireye keyfi müdahalelere karşı uygun bir korunma imkanı vermek üzere, kamu otoritesine verilen yetkinin kapsam ve kullanma koşullarını yeterli açıklıkta belirlemelidir<sup>58</sup>. Takdir yetkisi veren bir kanunun o yetkinin sınırlarını da belirlemesi gereklidir. Vergi idaresi de kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken, yetki veren kanunun

---

<sup>56</sup> “Hukuki kesinlik kuralına göre, “hukuk” kavramının temel şartlarını yerine getiren yeterince erişilebilir ve kesinlik içeren iç hukuk hükümlerinin bulunması ve bunlara uyum gereklidir. Bir başka deyişle, “kanun tarafından belirlenen koşullara tabi olma” ifadesi sadece iç hukukla kısıtlı değildir. AİHS, iç hukukun da “hukukun” temel ilkesine uyması gerektiğini vurgulamaktadır. Burada adil ve doğru bir prosedürün uygulanması esastır, söz konusu önlem doğru merciden kaynaklanmalı ve bu merci tarafından uygulanmalı, keyfi olmamalıdır”. CARSS-FRISK, p. no. 19.

<sup>57</sup> AFANASSİEV, Andrei, Human Rights and Taxation in Europe: What is New?, Eastern European Human Rights Law Journal, Vol 1, No 1, s.3; Ayrıntılı bilgi için bkz: YALTI SOYDAN, s. 103 vd.

<sup>58</sup> “Hukuki kesinlik ilkesinin yerine getirilmesi için, devlet (ya da kamu mercii), “hukuk” kavramının temel şartlarını yerine getiren, yeterince erişilebilir olan ve kesinlik taşıyan ulusal yasal hükümlere uygun hareket etmelidir. Bu sadece söz konusu müdahalenin ulusal yasada belli bir hükme uygun olması gerektiği anlamına gelmez, aynı zamanda adil ve uygun bir usul uygulanmış olması, ilgili önlemin uygun bir merciden kaynaklanması, uygun merci tarafından uygulanması ve keyfi olmaması gereklidir”. CARSS-FRISK, p. no. 157.

çizdiği sınırlara uygun davranmak zorundadır<sup>59</sup>. İdare de yaptığı düzenlemelerde kamu yararına uygun davranmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, idare mülkiyet hakkına müdahale içeren düzenlemelerinde, kanun sınırları içinde kalmasının yanı sıra kamu yararını gerçekleştirmeyi de hedeflemiş olmalıdır. Danıştay da idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ile sınırlı olduğu vurgulamaktadır<sup>60</sup>.

E-Haciz uygulamasında vergi dairesi müdürüne verilen yetkinin sınırlarını çok iyi belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü borç miktarı ile sınırlı olmaksızın mükelleflerin tüm mal varlığı bilgilerine girilecek, haciz uygulaması sırasında da mükelleflerin menfaat ihlali söz konusu olabilecektir ve daha da önemlisi bu süreçte özel hayatın gizliliğinin ihlali gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte e-haciz de mükelleflere vergi dairesinin e-imzasını taşıyan maillerle bildirimde bulunulması, mükellefler açısından öngörülebilirlik şartının yerine getirilmesini sağlayacaktır.

### 3. Makûl Oran ve Adil Denge İlkesi

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalede diğer şartların yanı sıra, toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kullanılan araçlar ile hedeflenen amaç arasında makûl bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> ÜSTÜN, s. 53 vd; “Maliye Bakanlığının, anılan taşıtların net ağırlıklarını belirlemede tamamen serbest olmadığı, (Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun eski 2/12. maddesinde) gösterilen verilerle bağlı olduğu açık bulunmaktadır”. D.7.d., 12.3.1998 gün ve E. 1997/3872, K. 1998/998, DD, S. 97, s. 498.

<sup>60</sup> “İdarenin takdir yetkisi mutlak ve keyfi olmayıp kamu yararı amacına ve hizmetin gereklerine uygun olarak (kullanılmalıdır). D.10.d., 7.5.1987 gün ve E. 1986/1870, K. 1987/967, DD, S. 68-69, s. 672; D.5.d., 12.2.1991 gün ve E. 1988/3400, K. 1991/178, DD, S. 82-83, s. 384.

<sup>61</sup> “AİHM toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin korunup korunmadığını belirlemek zorundadır... Bu denge arayışı AİHSnin tamamında esastır ve aynı zamanda [1 No’lu Protokolün] 1. maddesinin yapısında da görülmektedir”. AİHM 23.09.1982 T., İsveç’e karşı **SPORRONG VE LÖNNROTH** kararı, AİHM 21.02.1986 T., Birleşik Krallık’a karşı **JAMES ve Diğerleri** kararı, Bkz: CARSS-FRISK, p. no. 16.

Bu adil denge, toplumun genel menfaatinin doğurduğu taleplerle bireyin temel haklarının korunması arasında olmalıdır<sup>62</sup>. Bununla birlikte müdahalenin demokratik toplumun ihtiyaçları ile de orantılı olması gerekmektedir<sup>63</sup>. Sözleşme organlarına göre mülkiyete müdahalede bulunulduğunda birey, olağandışı ve aşırı yük altına sokulduğundan bu denge bozulmuş sayılacaktır<sup>64</sup>.

Mahkemenin mülkiyet hakkına, ilişkin inceleme sistematığına bakıldığında şu sorulara yanıt arandığı görülmektedir<sup>65</sup>: Vergilendirme yoluyla müdahale meşru bir temele dayanmakta mıdır? Toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarını korunması için gerekli olan ihtiyaçlar arasında adil denge gözetilmiş midir? Araç ile amaç arasında orantılılık var mıdır<sup>66</sup>? Müdahale nedeniyle birey aşırı bir yük altında kalmakta mıdır?

---

<sup>62</sup> Hollanda'ya karşı, **GASUS DOSIER und FÖRDERTECHNIK** kararı.

<sup>63</sup> LEE Natalie, The Effect of the Human Rights Act 1998 on Taxation Policy and Administration, eJournal of Tax Research, Yıl 2004, Cilt 2, S. 2, s. 155 vd, [http://www.atax.unsw.edu.au/ejtr/content/issues/previous/full\\_edition\\_v2n2.pdf](http://www.atax.unsw.edu.au/ejtr/content/issues/previous/full_edition_v2n2.pdf)

<sup>64</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s. 530; “Bu şekilde birleştirildiğinde alınan iki dizi önlem mülkiyet hakkının korunması ve genel çıkarların gerekleri arasında bulunması gereken adil dengeyi bozan bir durum yaratmıştır: Sporrong Mülkü ve Bayan Lönnroth ancak sürelerde azaltım isteme ve tazminat talebinde bulunma imkanları yoluyla meşru sayılabilecek münferit ve aşırı bir yük altına girmişlerdir. Ancak söz konusu dönemde İsveç Kanunları bu iki seçeneğe ve hali hazırda da ikinciye imkan tanımamaktadır”. AİHM 23.09.1982 T., İsveç'e karşı **SPORRONG VE LÖNNROTH** kararı, CARSS-FRISK, p. no. 16; “Dolayısıyla mülke yapılan herhangi bir müdahalenin, mülkiyet hakkının korunması ve genel çıkarların gerekleri arasında adil bir denge sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gereklidir. Münferit mülk sahibinin “münferit ve aşırı bir yük” üstlenmesi halinde bu adil denge korunmuş olmayacaktır”. CARSS-FRISK, p. no. 17.

<sup>65</sup> YALTI, s. 51.

<sup>66</sup> “Buna göre, toplumun genel çıkarları ve bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı, ...ancak söz konusu müdahalenin hukuksallık şartını yerine getirdiği ve keyfi olmadığı belirlendikten sonra geçerli olur”. CARSS-FRISK, p. no. 155.



Devletlerin, vergilerin tahsilini güvence altına almaktaki yetkisi geniş tutulmuştur. Ancak alınacak vergilendirme önlemlerinde orantısallık ilkesine uyulmak zorundadır<sup>67</sup>. Ancak Gasus davasında AİHM, Gasus'un mülkiyeti muhafaza kaydı ile sattığı mala Hollanda Vergi İdaresince el konulmasını durumunu orantılılık ilkesine aykırı bulmamıştır<sup>68</sup>. AİHM her ne kadar vergi ile ilgili düzenlemelerde de adil dengenin bulunup bulunmadığını göz önünde bulunduruyorsa da, devletlerin vergilendirme alanında çok geniş takdir yetkisine sahip olduklarını vurgulamaktadır<sup>69</sup>. Devletlerin vergiyi tahsil amacıyla yaptığı düzenlemelerin mükellefleri aşırı yük altına soktuğu durumlarda, adil denge ve makûl oranın bulunmadığı kabul edilecek ve söz konusu müdahaleler mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilecektir.

#### IV. SONUÇ

Günümüzde teknolojinin gelişmesine paralel olarak bir çok alanda e-devlet uygulamaları hayatımıza girmiş bulunmaktadır ve gün geçtikçe bu uygulamaların kapsamı da genişlemektedir. Bu uygulamalarla beraberinde bazı sorunları da getirmektedir. E-devlet uygulamaları, hukukla birlikte hayata geçirilebilmekte ve hukukla birlikte yürütülebilmektedir<sup>70</sup>. Bu uygulamaları hukuktan bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Dolayısıyla e-devletle ilgili yapılan düzenlemelerin mutlaka hukuka dayandırılması ve uygulamaların da hukuka uygun olması gerekmektedir. Sorunların asgariye indirilmesi ancak bu sayede mümkün olabilecektir. Bu durum aynı zamanda hukukî güvenliğin sağlanmasında da büyük rol oynamaktadır.

E-devlet uygulamalarının en önemlilerinden birisi olan e-haciz aslında, niteliği itibarıyla tam bir hacizdir. Sadece sürecin hızlı işleyebilmesi için elektronik ortamda tebligat yapılması imkanı tanınmaktadır. Bu bakımdan e-hacizle ilgili olarak yapılacak uygulamanın mutlaka hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Haczin çabuk neticelendirilmesi, sürecin hızlı

<sup>67</sup> CARSS-FRISK, p. no. 128.

<sup>68</sup> Bkz: YALTI SOYDAN, s. 107; BAL, S. 17.

<sup>69</sup> CARSS-FRISK, p. no. 136.

<sup>70</sup> SÖYLER, s. 152.

tamamlanması uğruna, hukuk devletinin gereklerine aykırı düşen uygulamalara girişilmemelidir.

E-haciz ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar incelendiğinde, bu sorunların aslında hukuka aykırı uygulamadan kaynaklandığı görülmektedir. Öncelikle borç kesinleşmeli, daha sonra tebligat yapıp e-haciz uygulamasına geçilmelidir. Ödeme emri tebliğ edilmeden e-haciz uygulamasına girişilmesi mümkün değildir. Hatta ödeme emrinde, borç ödenmediği takdirde e-hacze başvurulacağı belirtilmesi hukuki güvenlik bakımından daha uygun olacaktır.

İdare üzerine düşen araştırma görevini yerine getirmeli ve mükellefin hesaplarının tamamına değil, alacağı yetecek miktardaki hesaba e-haciz uygulanmalıdır. İdare, araştırma görevini ihmal etmemelidir. Hukuk devletinin gereklerinden biri hukuki güvenlik ilkesidir. Hiçbir araştırma yapılmadan borç miktarını kat kat aşacak şekilde hesapların tamamına el konulması hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. E-haczin temel özelliğinin süreci hızlandırmak olduğu, idarenin araştırma yapmadan da e-haciz uygulamasına gidebileceği ileri sürülebilirse de, bu durumda dahi mükellefin hesaplarına fazla miktarda yapılan hacizlerin aynı gün, derhal kaldırılması, idarenin üzerine düşen bir görevdir. İdare sadece e-haciz uygulayarak görevini yapmış olmaz. E-haczin hukuka uygun olarak uygulanması gerekmektedir. Bu bakımdan alacak miktarından fazla yapılan hacizlerin derhal kaldırılması gerekmektedir. Mükelleflerin ticari ilişkilerinde bu şekilde yapılan fazla miktardaki hacizlerden dolayı maddi bir zarara uğramaları veya itibar kaybı gibi hallerde idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

E-haciz uygulamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine eklenen 1 numaralı protokol kapsamında da değerlendirmek mümkündür. E-haciz uygulaması nihayetinde mülkiyet hakkını etkilemektedir. Protokolde herkesin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkının bulunduğu hükme bağlanmıştır. Ancak vergilerin tahsilini sağlamak amacıyla devletlerin kanunî düzenleme yapma hakkına sahip olduğu da protokolde vurgulanmıştır.

Protokolde mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin haklı sayılabilmesi için üç şartın varlığı aranmaktadır. Müdahale kamu yararı amacıyla yapılmalı, kanuna ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olmalı ve kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir denge,

orantılılık olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de önüne gelen davalarda bu şartların bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir.

E-haciz uygulaması bu kapsamda değerlendirildiğinde, ilk olarak devletin vergilerin tahsilini sağlamak amacıyla böyle bir kanunî düzenleme yapmasında takdir yetkisi bulunduğu görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında devletlerin bu konuda düzenleme yapma yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta ve bu yetkiye saygı göstermektedir. Vergilerin tahsilinin güvence altına alınması amacının güdülmesi de bu konuda kamu yararının varlığının göstergesi olmaktadır.

Yapılan düzenlemede kamu yararı ile bireylerin hakları arasında adil bir denge, orantılılık bulunması gerekmektedir. Ancak uygulamada görülen alacak miktarından daha fazla miktardaki tutara haciz konulması ve bu yüzden mükellefin ticari itibar kaybına uğraması gibi durumlarda adil bir dengenin bulunduğu bahsedilemeyecektir. Uygulamada görülen bu gibi aksaklıkların önlenmesi, uygulamanın hukuka uygun yürütülmesi gerekmektedir. AATUHK'un 62/son maddesi de bu kapsamda ele alınabilir. Bu maddeye göre, tahsil dairesi, alacaklı kamu idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir. Dolayısıyla kamu alacaklısı ile kamu borçlusunun menfaatlerinin uzlaştırıldığı ölçüde, protokolde belirtilen adil denge sağlanmış olacaktır. Yapılacak e-hacizlerde bu hususlara azami dikkat gösterilmesi, uygulamanın gerek hukuka uygunluğu gerekse de başarısı bakımından büyük önem arz etmektedir.

#### **KAYNAKLAR**

ACAR Mustafa Gürhan/YİĞİT Hasan, "Vergi Borcunun Tahsiline Yönelik Amme İdaresince Yapılan Banka Hacizleri", Vergi Dünyası, S. 320, Nisan 2008, <http://www.vergidunyasi.com.tr>.

AFANASSİEV, Andrei, Human Rights and Taxation in Europe: What is New?, Eastern European Human Rights Law Journal, Vol 1, No 1.

AKILLIOĞLU, Tekin, "İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler", İHİD, Lütfi Duran'a Armağan, S. 1-3, 1988.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Dizisi No: 10, Çeviren:

ÇINAR Özgür Heval/KAYA Abdulcelil, Belçika 2007, <http://www.humanrights.coe.int>, ET. 11.09.2010.

BAL Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkının Korunması”, <http://www.algul.av.tr/hukukibilgiler/DOKTR%C4%BONDEN%20%20ALINTILAR/A%C4%B0HM%20Kapsam%C4%B1nda%20M%C3%BClkiyet%20%20Hakk%C4%B1n%C4%B1n%20Korunmas%C4%B1.doc>, ET. 11.09.2010.

BALCI Asım/KIRILMAZ Harun, “Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma Kapsamında E-Devlet Uygulamaları”, Türk İdare Dergisi, Yıl 81, S. 463-464, Haziran-Eylül 2009.

BULUT Mustafa/ÇALIŞKAN Mefkûre Seda, “Yönetimsel Yükler Bağlamında Gelir İdaresinde Otomasyon ve Elektronik Uygulamalar”, Vergi Dünyası, S. 336, Ağustos 2009.

CANDAN Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2007.

CARSS-FRISK Monica, “Mülkiyet Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz”, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS\\_P1M1\\_Mulkiyet.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_P1M1_Mulkiyet.pdf), ET. 11.09.2010.

ÇEVİKBAŞ Rafet, “Türkiye’de E-Devlet ve E-İmza Altyapısı Uygulamaları”, Türk İdare Dergisi, Yıl 81, S. 463-464, Haziran-Eylül 2009.

ÇOLAK Mustafa, “E-Devlet Uygulamasında Önemli Bir Adım: Vergi Tahsilâtında E-Haciz, Yaklaşım, S. 198, Haziran 2009.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2002.

GÖZLÜGÖL Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara, 2002.

GREGGİ, Marco, Can Economic Integration be Democratic? The Case of Taxes, 2008, [papers.ssrn.com/sol3/Delivery](http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery).

KAYNAK Harun, “Müşteri Hesaplarına Uygulanan Hacizlerde Bankaların Sorumlulukları”, Vergi Dünyası, S. 319, Mart 2008, <http://www.vergidunyasi.com.tr>.

KIZILOT Şükrü, “Kazlar Yolunuyor mu Yoksa Kesiliyor mu?”  
Hürriyet, 27.10.2007.

KOCABEYOĞLU Aydın, “E-Haciz ve Karşılaşılan Sorunlar”,  
Yaklaşım, S. 209, Mayıs 2010, <http://www.yaklasim.com.tr>.

LEE Natalie, The Effect of the Human Rights Act 1998 on  
Taxation Policy and Administration, eJournal of Tax Research, Yıl 2004,  
Cilt 2, S. 2, s. 155 vd, [http://www.atax.unsw.edu.au/ejtr/content/issues/  
previous/full\\_edition\\_v2n2.pdf](http://www.atax.unsw.edu.au/ejtr/content/issues/previous/full_edition_v2n2.pdf).

NARALAN Abdullah, “Türkiye’de E-Devlet Güçlükleri”, EKEV  
Akademi Dergisi, Yıl 12, S. 37, Güz 2008, [http://pol.atilim.edu.tr/  
files/e devlet/e devletguclukleri.pdf](http://pol.atilim.edu.tr/files/e devlet/e devletguclukleri.pdf), Erişim Tarihi (ET) 1.9.2010.

NAZALI Ersin/DEMİRCİ Mete, “Mülkiyet Hakkı ve  
Vergilendirme”, Vergi Dünyası, Yıl 28, S. 334, Haziran 2009.

ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Vergi  
Hukuku, Ankara 2009.

SARAÇ Osman, “Kamu Yararı Kavramı”,  
<http://portal1.sgb.gov.tr/calismalar/yayinlar>, ET. 29.05.2010.

SÖYLER Yasin, “E-Devletin Hukuksal Dönüşümü”, Türk İdare  
Dergisi, Yıl 81, S. 465, Aralık 2009.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKTAR  
Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan  
Hakları Sorunu, Ankara 2004.

ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının  
Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir  
Yetkisi, Ankara 2007.

YALTI SOYDAN Billur, Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme  
Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına  
Müdahalenin Sınırı, Vergi Dünyası, S. 227, Temmuz 2000.

YALTI Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul, 2006.

TC. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Bilgi Bankası,  
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsek1.htm>.

<http://ihami.anadolu.edu.tr>.



## UYUMLAŞTIRMA SÜRECİNDE GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETİ ULUS VE ULUSLARÜSTÜ DÜZENLEME ZORLUKLARI

Dr. A. Vahap DARENDELİ\*

### ÖZET

*AB Mevzuatı ile uyum müzakereleri süresinde “Bilgi Toplumu ve Medya” başlıklı 10.fasıldan sorumlu kurumlardan biri olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu “RTÜK” tarafından Ağustos 2008 tarihinde AB’ye sunulan Eylem Planı ile Ortak Müzakere Pozisyonu Belgesi’nde; AB Mevzuatı ile tam uyumun 2009 Aralık ayı sonuna kadar tamamlanması taahhüt edilmiştir.*

*“Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı” söz konusu ulusal taahhüt ve ulusal gereksinimler göz önünde bulundurularak hazırlandığı iddiasındadır.*

*19 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren “Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi” AB düzeyinde temel medya düzenleme hukuki aracıdır.*

*Görsel-İşitsel medya alanının yeniden düzenlenmesinde yaşanan ulus ve uluslarüstü zorluklar ile düzenleyici yapıların serbestleştirilmesi, medya sahipliği yoğunlaşması gibi problemlerle birlikte; medya pazarının küreselleşmesi, medya ittifaklarının sınır ötesi doğası, siyasi ve sosyal sistemlerin farklı aktörleri arasındaki ilişkileri açıkça ortaya koyarak birtakım değerlendirmeleri gündeme getirmek ve sorunlara bu yöntemle ışık tutmak, çalışmamızın kapsamını ve amacını oluşturmaktadır.*

**ANAHTAR KELİMELER:** Yönerge, yasa tasarısı, uyumlaştırma, yeni medya, yakınsama.

---

\* Hakim, RTÜK Üyesi.

## **NATIONAL AND SUPRA-NATIONAL CHALLENGES OF REGULATION OF AUDIOVISUAL MEDIA SERVICES DURING HARMONISATION**

### **ABSTRACT**

*During the negotiations of harmonisation between Turkish Legislation and EU Acquis, it has been committed by Action Plan and Position Paper submitted to EU in August 2008 to complete full compliance with EU Acquis by December 2009 by Radio and Television Supreme Council "RTÜK" which is one of the responsible administrations from Chapter 10 titled "Information Society and Media".*

*It is claimed that "Draft Law on Establishment of Radio and Television Enterprises and Their Broadcast Services" has been prepared by taking into consideration the mentioned national commitments and requirements.*

*"Audiovisual Media Services Directive" which has entered into force in 19 December 2007 is the main legal instrument on media regulation at EU level.*

*The scope and purpose of our work includes; national and supra-national challenges met in the reregulation of audiovisual media field together with the liberalisation of the regulatory structures, the question of media ownership concentration, globalisation of media market, the transfrontier nature of media mergers, dealing with some reviews by putting forward clearly the relations between different actors of political and social systems and setting light to problems with this method.*

**KEYWORDS:** *Directive, Draft Law, Harmonisation, New Media, Convergence.*

### **GİRİŞ**

**İfade ve haber alma özgürlüğü**, hem uluslararası hem de ulusal düzeylerde medya siyasetinin oluşumu için temel ilke olarak kalmaya devam etmektedir. İfade özgürlüğü, diğer hakların çoğunun uygulanmasını etkileyen temel bir haktır. Bu anlamda medya özgürlüğü



ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak temeli insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>1</sup>

İfade özgürlüğü ve bireylerin tam anlamıyla ve tarafsız biçimde haber alma hakkına ilişkin medya özgürlüğü ve ilgili kurumların yükümlülükleri konusunda Avrupa'daki mevcut düzenleme gelişmelerinden kaynaklanan iki sorunlu alan güncelliğini korumaktadır.

Bunlardan ilki; Avrupa düzeyinde temel medya düzenleme aracı olan, Avrupa Birliği "Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi" (AVMS-Directive) ile Avrupa Konseyinin "Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinin" (ECTT) yeni düzenleme boyutuyla yeni medya hizmetlerini kapsayacak şekilde geliştirilmesi ve uyumlaştırılması, bir diğeri ise; henüz ortak bir düzenlemeye kavuşmayan medya çoğulculuğu ve çeşitliliğini koruyan ortak düzenleme önlemleridir.

Bilindiği üzere AB mevzuat uyumu çalışmaları kapsamında "Bilgi Toplumu ve Medya" başlıklı 10. fasıldan sorumlu kurum olarak görev yapan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından hazırlanan ve Ağustos 2008 tarihinde AB'ye sunulan Eylem Planı ile Ortak Müzakere Pozisyon Belgesinde AB mevzuatı ile tam uyumun 2009 Aralık ayı sonuna kadar tamamlanması taahhüt edilmiştir.

Söz konusu ulusal taahhüt ve ulusal gereksinimler göz önünde bulundurularak, geleneksel düzenleme modellerinden farklı bir anlayışla hazırlandığı iddiasında ve görünümünde olan yeni ulusal düzenleme (Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı)<sup>2</sup> ile ilgili olarak; en temel gözlem ve eleştiriler veya

<sup>1</sup> AB Mevzuatı ile tam uyum müzakereleri sürecinde usulüne göre oluşturulan ve teknik-hukuki olarak kapanması gereken toplam 35 başlık bulunmaktadır. Söz konusu 35 bölümün müzakerelerine 17 Aralık 2004'te resmen karar verilmiş, fiilen müzakere 3 Ekim 2005 tarihinde başlamıştır. 2006 yılının sonunda 8 başlığın dondurulması kararı alındığı gözlemlendiğinde adı geçen 10. faslın müzakere sürecinde nedenli önemli olduğu anlaşılmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. <http://www.euractiv.com.tr/ab-ve-turkiye/link-dossier/ab-turkiye-muzakere-sureci> (28.01.2010).

<sup>2</sup> Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Metni için bkz. TBMM [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.sorgu\\_yonlendirme](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme).

tasarının özellikle sorunlu olan maddeleri üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme bu çalışmanın konusu ve amacı değildir.

Görsel-işitsel medya alanının yeniden düzenlenmesinde yaşanan, hâlen de varlığını sürdüren ulus ve uluslararası zorluklar ile düzenleyici yapıların serbestleştirilmesi medya pazarının küreselleşmesi medya sahipliği yoğunlaşması gibi problemlerle birlikte, medya ittifaklarının sınır ötesi doğası, siyasi ve sosyal sistemin farklı aktörleri arasındaki ilişkileri açıkça ortaya koyarak önemli bir takım değerlendirmeleri gündeme getirmek ve sorunlara bu yöntemle ışık tutmak bu çalışmanın kapsamını ve amacını oluşturmaktadır.

Dolayısıyla bu çalışmada, bir taraftan medya sektörünün düzenlenmesi konusunda Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi bünyesinde süre giden tartışmalar ve değerlendirmeler yansıtılmakta, diğer taraftan üye devlet ve aday üye devlet olarak ulusal politikalarımız değerlendirilmektedir. Bir başka anlatımla kendine özgülüğü ve çok yönlü karakteri olduğu kabul gören medyanın (Görsel-İşitsel Medya Hizmetlerinin) hukukî çerçeve düzenlenmesinin zorluklarına dikkat çekilmek istenmektedir.

## **I.DÜZENLEYİCİ ÇERÇEVENİN UYUMLAŞTIRMA ZORUNLULUĞU**

### **A.UYUMLAŞTIRMA VE MEVZUAT UYUMLAŞTIRMA KAVRAMI**

Yakınlaştırma, ahenkleştirme ya da harmonizasyon olarak da ifade edilen bu terimin, aşağıda bazı tanımları verilmiştir.

*Uyumlaştırma* (Harmonization) ortak serbest piyasanın oluşturulmasına ve işleyişine engel olan unsurları etkisiz kılmak amacıyla devletlerin gereken hukukî ve idarî önlemleri ve bunu temin edecek tedbirleri kendi istekleri doğrultusunda yapmalarıdır.<sup>3</sup>

Diğer bir tanımda da *uyumlaştırma*, hukukî sistemlerden kaynaklanan, serbest rekabeti bozucu nedenleri kaldırmak veya

---

<sup>3</sup> KADIOĞLU, Meltem, **İktisadi Bütünleşmelerde Vergi Uyumlaştırması Sorunu**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1991, s. 2-3.

işgücünün, sermayenin ve malların ülkeler arasında serbestçe dolaşımını kolaylaştırmak için milli hukuk sistemlerinde yapılan değişiklikler olarak ifade edilmiştir.<sup>4</sup>

Avrupa Birliğini Kuran, Avrupa Topluluğu Andlaşması, uyumlaştırma kavramını, bizzat tanımlamamakla birlikte, hukuk yakınlaştırılması veya koordinasyonu kavramlarıyla eş anlamlı olarak kullanmaktadır.<sup>5</sup> Ancak burada, uyumlaştırma kavramının ne ölçüde bir birleştirmeyi de içerdiği açık değildir. Birleştirme, düzenleme farklılıklarının tamamen giderilmesine yönelik olarak yapılır. Böylece sonuçta yegâne bir düzenleme sistemi ortaya çıkar. Örneğin, yeknesak bir vergi sistemine ilişkin birleştirme, üye devletlerin yasama yetkisini tümüyle ortadan kaldırır. Yakınlaştırma veya uyumlaştırmada ise, esas itibarıyla hukuk kuralların tekleştirilmesi söz konusu olmaz, daha ziyade hukuk kurallarının birbiriyle uyumlu hâle getirilmesi hedeflenir.

Hukuk kuralların uyumlaştırılması, yalnızca yazılı hukuk kuralları (mevzuat) için değil, aynı zamanda örf adet hukuk kuralları gibi yazılı olmayan kurallar için de uygulama alanı bulur. Uygulamada genelde yazılı hukuk kurallarının uyumlaştırılması yapıldığından, bu çalışma kapsamında "mevzuat uyumlaştırılması" terimi esas almayı tercih ettik.

Mevzuat uyumlaştırılması, değişik menfaatlerin uzlaştırılması sonucu meydana geldiğinden güçlü bir siyasi karara dayanır. Bu çerçevede üye devletlerin yasama egemenliğini daraltıcı bir etki yaratır. Mevzuat uyumlaştırılmasının bu tıkama etkisi, doğal olarak uyumlaştırılan hukukun katılığına yol açar. Dolayısıyla, uyumlaştırma yapılan alanlarda değişiklikler, özellikle belli hükümler yönünden ancak

<sup>4</sup> ÇAKAN, Enver, "Avrupa Topluluğu'nda Vergilerin Uyumlaştırılması", **Maliye Dergisi**, sayı: 107, Mart-Nisan 1992, s.16. ;ÖZSUNAY, Ergun "AET'de Hukukların Kordinasyonu Uyumlaştırılması. Denkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun Belirgin Özellikleri" Birinci Avrupa Hukuk Haftası, **İ.Ü. Hukuk Fak. Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi (AHAEM)** 24-27 Ocak 1978 s.53-80.

<sup>5</sup> 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanan ve 1 Ocak 1958'de yürürlüğe giren Avrupa, Topluluğunu Kuran Andlaşma :Bölüm 3/Madde 100 ARAD, Tuğrul "*Avrupa Toplulukları Hukuku*" **Avrupa Birliği El Kitabı** T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

Avrupa Birliği düzeyinde mümkün olabilir. Bundan dolayıdır ki tam uyumlaştırmanın yapılması bir çok alanda pratik olarak mümkün gözükmemektedir. Farklı hukukî sistemlerin kusursuz bir biçimde ortak şekillendirilmesi Avrupa’da dahi imkansız ve arzu edilmeyen bir durum olarak ortaya çıkabilecektir.

Bilindiği gibi Avrupa Birliğinde tek bir hukuk değil genel olarak dört farklı hukuk sistemi bulunmaktadır. Roma/Almanya hukuku alanı, Roma/İtalya hukuku alanı, Common Law İngiltere alanı ve İskandinav hukuk alanı. Kuşkusuz Doğu Avrupa hukuk gelenekleri de yeknesak değildir. Farklılıklar, hukukî ve idarî düşüncelerin derinliklerine kadar uzanmaktadır. Diğer taraftan, mevzuat uyumlaştırılması için değişik hukuk alanlarının yeniden bir Avrupalılaştırılması anlamında ortak bir Avrupa hukukî düşünce vizyonuna ağırlık verilmektedir.<sup>6</sup>

Uyumlaştırmada yaşanan bu sorunlar, uyumlaştırmanın; katı uyumlaştırma (hard harmonisation) ve esnek uyumlaştırma (soft harmonisation) şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasına sebep olmuştur. Özellikle bu ayırım yönergeler söz konusu olduğunda daha belirgin bir hâl almaktadır. Yönergeler Avrupa Birliği politikası içinde baskın bir çatı oluşturmakta kullanılmakla birlikte, uygulanması gereken alan ve uygulama metodu üye devletlerin takdirine bırakılmıştır. Ancak yönergeler, ilk örneklerinin aksine, zamanla daha ayrıntılı olmuş, ulusal otoritelerin yorumlarına daha az yer bırakmıştır. Ayrıca yönergeler uygulamalarını sağlayacak usullere ayrıntılı olarak yer verdikleri gibi genel ilkeler de getirmişlerdir.

#### **B.MEVZUAT UYUMLAŞTIRMA HUKUKÎ ARAÇLARI “GÖRSEL İŞİTSEL MEDYA HİZMETLERİ YÖNERGESİ” (GİMH) VE AVRUPA SINIR ÖTESİ MEDYA HİZMETLERİ SÖZLEŞMESİ VE İKİNCİL DÜZENLEMELER**

Mevzuat uyumlaştırılması bakımından tüzükler, yönergeler, kararlar, tavsiye ve görüşler ve uluslararası sözleşmeler olmak üzere başlıca dört hukukî aracın uygulandığı görülmektedir.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CAN, Hacı, **Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku**, Temmuz 2009, 1. Basım Adalet Yayınevi s. 125.

<sup>7</sup> ÖZSUNAY, Ergun, “AET’de Hukukların Kordinasyonu Uyumlaştırılması. Denkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun Belirgin Özellikleri” **Birinci**

Genel olarak mevzuat uyumlaştırmasının tipik aracı kabul edilen Yönergeler esnekliği nedeniyle mevzuat uyumlaştırmasının en çok kullanılan düzenlemeleridir. Yönergeler, tüzüklerden daha kuvvetli bir şekilde ulusal hukuk düzenlerinin özelliklerini dikkate almakta ve md. 5 II Avrupa Toplulukları Andlaşması'nın ikincilik ilkesini gözetmektedir. Konseyin siyasi gündelik yaşamında ulusal hükümetlere, yönergeler vasıtasıyla getirilen asgari uyumlaştırmanın onaylamaları, tüzükler ile yapılan tam bir hukuk birleştirilmesinden daha kolay gelmektedir. Amaçlanan teklik değil, kelime anlamında yer aldığı gibi üye devletlerin hukuk kurallarının alelade bir uyumlaştırmasıdır. Uyumlaştırılan hukuk, "Avrupa boyutlu şekillenmiş" ulusal hukuk olarak kalmakta ve bundan sonra da ulusal mahkemeler tarafından yorumlanmaya devam edilmektedir. Gerektiğinde Adalet Divanı, md. 234 ATA gereğince yönergeye uygunlukları hakkında karar verebilmektedir.

Tüzükler karşısında yönergelere öncelik verilmesi, üye devletlerin yasama egemenliğini korumaktadır. Ancak onların da bir mahsurlu tarafı vardır. Yönerge, ancak tüm üye devletlerin amaca sadık kalarak ve zamanında ulusal hukuka aktardığında tam etkisine, yani iç pazarın bir alanını serbestleştirme ve ulusal rekabet hukuku farklılıklarını giderme ilkesine ulaşabilmektedir. Hâlbuki bir üye devlet, kendi egemenlik alanında yönergeyi ulusal hukuka gecikmeli, eksik veya hiç aktarmaması hâlinde bu faydaları akamete uğratabilmektedir.

Avrupa Birliği açısından; Mevzuat uyumlaştırılması hukukî araçlarından en önemli uluslararası düzenleme 19 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Hakkındaki Yönergesidir.<sup>8</sup> Söz konusu Görsel İşitsel-Medya Hizmetleri Yönergesi (Bundan böyle GİMİH Yönergesi olarak anılacaktır.) Avrupa Birliği medya sektörünün yasal çerçevesini oluşturan başlıca düzenlemedir.

---

**Avrupa Hukuk Haftası, İ.Ü. Hukuk Fak. Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi (AHAEM) 24-27 Ocak 1978, s.55.**

<sup>8</sup> Avrupa düzeyinde temel medya düzenleme araçlarından biri olan (TVWF-Directive) televizyon yayıncılığı ilgili üye devletlerdeki kanun, yönetmelik veya idari kuralların geniş kapsamlı bir modernizasyona tabi tutularak yeni medya hizmetlerini kapsayacak şekilde geliştirilerek; 19 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren **Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (AVMSD-GİMİH)** olarak AB Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.

Avrupa Birliğinin konuyla ilgili diğer temel hukukî düzenlemesi ise; sayısal yayınların ortak kurallar çerçevesinde düzenlenmesine ilişkin “İleri Televizyon Standartları Yönergesidir.” Bununla Beraber AB Görsel-İşitsel Mevzuatı; televizyon yayınlarında tüketicinin küçüklerin ve eser sahiplerinin korunması ve cevap ve düzeltme haklarının tanınması gibi çeşitli, yatay düzenlemeleri de içermektedir.

Üyesi olduğumuz, Avrupa Konseyi bünyesindeki temel çerçeve düzenleme olan “Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Sözleşmesi”<sup>9</sup> uyumlaştırmada birincil hukukî araç olmakla birlikte henüz onaylanmadığı için yürürlüğe girememiştir. Ancak bunun yanında Avrupa Konseyi bünyesinde medya hizmetleri alanlarında yatay düzenlemelerin önemli bir yer işgal ettiği bilinmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından kabil edilen birden çok ilke kararı tavsiye kararı ile bir adet rehber ilke bir adet siyasi mesaj yayınlamıştır.

Bu bildiri, mesaj ve tavsiye kararları; Kriz Zamanlarında İfade ve Haber Alma Özgürlüğü Uzmanlar Grubu (MM-S-IC), Medya Çeşitlilik Uzmanlar Grubu (MM-S-MD), Bilgi Toplumunda Kamu Medya Hizmeti Uzmanlar Grubu (MM-S-PSB), Bilgi Toplumunda İnsan Hakları Uzmanlar Grubu (MM-S-IS), Yeni Medya Uzmanlar Grubu (MC-S-NM), Sınır Aşan İnternet Danışma Grubu (MC-S-PG), Yayın Kuruluşlarının Komşu Hakları Danışma Grubu (MC-S-NR), Yeni Medya Uzmanlar Grubu (MC-S-NM), Sınır Aşan İnternet Danışma Grubu (MC-S-CI), Kamu Medya Hizmeti Yönetişim Danışma Grubu (MC-S-PG),

---

<sup>9</sup> Avrupa Konseyi bünyesinde 1 Mayıs 1993 tarihinde yürürlüğe giren Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinde teknolojik gelişmelere ve AB Sınır Tanımayan Televizyon Yönergesinde yapılan değişikliklere paralel olarak 1998 yılında ilki gerçekleştirilen gözden geçirme çalışmaları sonucunda 11-12 Haziran 2009 tarihleri arasında yapılan 44. toplantıda yeni medya hizmetlerini kapsayacak şekilde ismi de değiştirilen “**Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Sözleşmesi**” taslak metni ve “Açıklayıcı Rapor” taraf devletlerin oylamasına sunulmuştur. Ancak bugüne kadar onaylanmamıştır. Ayrıca söz konusu sözleşmenin geleceğinin tartışıldığı 2 Temmuz 2010 tarihinde Strazburg’da gerçekleşen ve Türkiye’nin başkanlığını yaptığı 45.Daimi Komite toplantısında da Sözleşmesinin geleceği ve AB’nin tutumu konusunda da bir görüş belirlenememiştir. RTÜK, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı’nın 6 Ekim 2010 tarihli yurt dışı faaliyet raporu,

Yayın Kuruluşlarının Komşu Hakları Danışma Grubu (MC-S-NR) ile gruplar tarafından oluşturulmaktadır<sup>10</sup>.

## **II.GENEL OLARAK DÜZENLEME VE ULUSAL DÜZEYDE DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ**

### **A.GENEL OLARAK ULUS-ULUSLARÜSTÜ DÜZENLEMELER (POZİTİF HUKUK KURALLARI)**

Bilindiği gibi en geniş anlamda “toplumsal düzen kuralları”<sup>11</sup> olarak pozitif hukuk kuralları bulunmaktadır. Bu anlamda hukuk belirli bir toplumu oluşturan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünüdür. Ulus-Uluslarüstü düzenlemeler olarak tasnif edilebilecek hukukî düzenlemeleri günümüzde üç biçimde ortaya çıkmaktadır.

Birincisi ve en gelişmiş ulusal hukuk (National law: drit national, nationalen Recht), iç hukuk (municipal law, droit interne, innerstaatlichen Recht) ya da bir devletin hukuku (droit etatique, staatliches Recht) olarak anılan hukuk düzeni çerçevesinde belirli bir devletin anayasası, yasaları vb. hukuk kuralı koyma yöntemleri aracılığıyla oluşturulan kurallardır. Uluslararası ilişkiler açısından daha çok değişik uyruktan bireyler ya da iç hukuk tüzel kişileri arasındaki ilişkileri düzenlemeye ya da kimi uluslar arası suçları cezalandırmaya yönelik olarak oluşturan iç hukuk kurallarının devlet ile yabancı özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri (örneğin, yabancı yatırımların koşullarının düzenlenmesi) ve daha az rastlanmakla birlikte, devletlerarası ilişkileri (örneğin, uluslar arası hukukun iç hukuk düzenlemelerine bıraktığı ya da düzenlemediği çerçevede diplomasi ya da konsolosluk ilişkilerine ilişkin olarak) düzenlemesi olasılığı da bulunmaktadır. Burada iç hukuk nitelemesi kuralın kaynağını belirtmekte

<sup>10</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/standardsettin/media/Doc/MCM\(2000\)003\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsettin/media/Doc/MCM(2000)003_en.asp) (24.02.2010); [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM_en.asp) (24.02.2010); [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/PACE\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/PACE_en.asp) (24.02.2010).

<sup>11</sup> GÖZLER, Kemal, “Hukuka Giriş Ekin Kitabevi Yayınları Bursa 2006, s.19-92.

olup hukuk kuralının uluslar arası nitelikte bir içeriğe sahip olmasına engel değildir.<sup>12</sup>

Uluslararası ilişkileri düzenleyen ikinci tür hukuk kuralları devletlerin üstünde uluslararası (supranational) nitelikte bir hukuk düzeni çerçevesinde ya bu tür bir örgütün üye devletlerin kurucu antlaşmalar aracılığıyla birlikte koyduğu ya da kurucu antlaşmalar oluşturulan bir uluslararası otorite tarafından tek taraflı olarak konulan kurallardır. Bu nitelikli kuralların günümüzde en tanınmış ve gelişmiş örneğini Avrupa Birliği ya da Avrupa Toplulukları hukuku (European Union Law, droit communautaire, Europäisches Gemeinschaftsrecht) diye anılan AB (European Union, Union européenne, Europäisches Union) çerçevesinde oluşturulan ve hem üye devletlerde hem de üye devletler yetkisi altında bulunan bireyler yada iç hukuk tüzel kişileri üzerinde etki doğuran hukuk kuralları oluşturmaktadır.

Uluslararası ilişkileri düzenleyen üçüncü tür hukuk kuralları devletlerarası bir hukuk düzeni çerçevesinde devletlerin ve kimi zaman uluslar arası örgütlerin eşitlik ilkesi içinde birlikte oluşturdukları kurallardır. Bu hukuk kuralları uluslar arası hukuku oluşturmaktadır.

### **B.ULUSALARÜSTÜ DÜZENLEME OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

Uluslararası ifadesinin Avrupa Birliği için açıklayıcı bir kavram olduğu konusunda yaygın bir görüş birliği bulunmaktadır. Gerçekte Avrupa Birliği'ni kuran andlaşmalarda, Birliğin uluslararası bir örgüt olduğu yolunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak gerek, Birliğin genel amacı ve andlaşmaların genel niteliği gerekse, kurumsal yapının ve yapı çerçevesinde işleyen hukukun kendine özgü birtakım nitelikleri, Birliğin uluslararası bir kuruluş olarak kabul edilmesinin temel dayanakları olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>13</sup>

Avrupa Birliği'ni, diğer uluslar arası örgütlerden ayrı kılan önemli bir husus, egemenlik yetkilerinden bir kısmının aktarımına dayalı

---

<sup>12</sup> PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Ankara 2009, Turhan Kitapevi s .2.

<sup>13</sup> ARSAVA, Füsün, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, AÜSBF Yayınları, Ankara 1985, s.11 vd.



bir yapılanma olmasıdır. “Yetki aktarımı” ulusal düzeyde, belirli alanlarda kullanılan, “yasama, yürütme ve yargı” yetkilerinin bir bölümünün, Birlik kurumlarına devri şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde oluşan Birlik Hukuku; ne sırf uluslararası andlaşmaların derlemesi, ne de ulusal hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Kurucu andlaşmalar ve değişiklik içeren andlaşmalar; gerçekte, devletler hukuku kuralları çerçevesinde yapılmış olmalarına karşılık; kendi kuralları ve hukuk anlayışı olan, devletlerin sorumluluğu konusundaki geleneksel usullerin yerine yargısal bir denetim sistemi kuran ve üye ülkeleri ve bu ülkelerin vatandaşlarını bağlayan “özel bir hukuk sisteminin” araçları niteliğinde bulunmaktadır.<sup>14</sup>

Söz konusu hukuk sisteminin ayırt edici özelliği bağlamında, 1991 tarihli Divan görüşünde belirtildiği gibi; “AET Andlaşması, egemenlik yetkilerinin aktarılması öngörmeyen Avrupa Ekonomik Alanı Andlaşmasından farklı olarak, bir hukuk topluluğunun anayasal şartını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda Topluluk her zaman; anayasal belge niteliğindeki kurucu andlaşmalarda belirlenen ortak politika alanları çerçevesinde üye devletlerin, artık o konuda bireysel ya da kolektif olarak hareket edemeyecekleri biçimde ortak kuralları ve standartları içeren hükümler kabul edilebilecektir.”<sup>15</sup>

Böyle bir değerlendirmeye dayanak oluşturabilecek şekilde “doğrudan uygulanabilirlik”, Birlik Hukukunun kendine özgü yapısı çerçevesinde ortaya çıkan ve onu uluslararası hukuktan ayırt eden önemli bir özelliği olarak belirlemektedir. Bunun anlamı, bir Avrupa Birliği normunun, üye devlet iç hukukuna dahil olabilmesi ve hukuk düzeninde uygulanabilmek bakımından herhangi bir tamamlayıcı ulusal norma ihtiyaç duymamasıdır. Nitekim, Birlik Hukuku normlarından: kararların, tüzüklerin ve belirli durumlarda yönergelerin, Birlik düzeyinde bağlayıcı etkiye sahip olmalarını sağlamak için, üye devletlerin müdahâlelerine ve yardımına gerek bulunmamaktadır.

<sup>14</sup> SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007 s. 205.

<sup>15</sup> 1/9 sayılı Görüş, 14.12.1991 European Court Reports, 1991, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!prod!CELEXnumdoc&](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!prod!CELEXnumdoc&) (15.9.2009).

### **C.ULUSAL DÜZEYDE DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ YASAMA OTORİTESİNİN YETKİSİ VE YERELLİK (SUBSIDIARITY) İLKESİ**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi “Sözleşme tarafından korunan herkesin kendi hukuk düzeniyle korunması hak ve özgürlüklerin üye ülkelerce üstlenilmesi” ilkesine kaynaklık eder.

Ulusal düzeyde üye ülkelerin medya düzenlemeleri konusunda GİMİH Yönergesinin Giriş (65.) maddesinde “Üye devletler, bu yönergenin tarafsız ve şeffaf bir biçimde uygulanmasında görev ifa edebilmek için kendi hukukî teamülleri ile kurulu yapılarına ve özellikle bağımsız düzenleyici kurumlarının düzenlerine göre uygun araçları seçme konusunda özgürdür.” denilerek, ulusal düzeyde düzenleme özgürlüğü tanınmaktadır.

Söz konusu yönergenin giriş 68. maddesinde ise bu özgürlük teyit edilmekte ve daha iyi yasa yapma hakkındaki kurumlararası sözleşmenin 34. maddesine uygun olarak, üye devletler, kendileri ve topluluk çıkarları için, bu Yönerge ile uyarılma önlemleri arasındaki ortak hususları mümkün olduğu kadar yansıtan kendi çizgilerini oluşturmaya ve kamunun bilgisine sunmaya teşvik edilmektedir. denilmektedir.

Ayrıca sözkonusu yönergenin giriş 32. maddesinde; “üye devletler, kendi yargı yetkisi içindeki medya hizmeti sağlayıcılarına bu yönergenin düzenlendiği alanlar içinde, Topluluk Hukukunun genel ilkeleriyle tutarlı olmasını sağlayarak, daha ayrıntılı ve katı kurallar uygulayabilmelidir.” hükmü yer almaktadır.

Üye Devletlerce Hazırlanan Yayıncılık Sektöründeki Düzenleyici Kuralların İşlevleri ve Bağımsızlıklarına ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı No.(2000) ise;<sup>16</sup> “Ülkelerin yasal sistemleri ile demokratik ve kültürel geleneklerine bağlı olarak, üye

---

<sup>16</sup> Recommendation Rec (2000) 23 Of The Committee Of Ministers To Member States On The Independence And Functions Of Regulatory Authorities For The Broadcasting Sector (Adopted by the Committee of Ministers on 20 December 2000 at the 735th meeting of the Ministers Deputies) bkz. [http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg\\_ref\\_coe\\_r2000\\_23\\_regulatory\\_athorities\\_201200\\_tcm6-4442.pdf](http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_ref_coe_r2000_23_regulatory_athorities_201200_tcm6-4442.pdf) (02.02.2010).

ülkelerin değişik şekillerde düzenleyici kurallarını oluşturduklarını ve bunun sonucunda bağımsızlık, yetki şeffaflıklarını ne şekilde ve ne ölçüde kazandıkları konusunda farklılık gösterdiklerini kabul ederek” ifadesi ile başlamaktadır.

Ayrıca uyumlaştırma zorunluluğu anlatılırken değinildiği gibi yasal bir düzenlemenin uyumlaştırılma seviyesi, uyumlaştırmayı yapacak olan ülkenin tarihi, idarî ve hukukî yapısına bağlı olduğu kadar, üye devletin içinde bulunduğu koşullara göre de değişiklik gösterebilir. Ayrıca üye devletler, yerellik (subsidiarity) ilkesinden yararlanarak, bir çok alanda Birliğin yetkilerine aykırı düzenlemelerde ve uygulamalarda bulunabilmektedirler. Bu nedenle Ulusal yasama otoritesinin yetkisini ülkemiz açısından (TBMM'nin yetkisini) yasama yetkisi genelliği ve asliliği açısından incelemek gerekli görünmektedir.

Türk Pozitif Hukukunda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu itibariyle sınırlandırılmamış olduğunu, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Yasama organı, şüphesiz Anayasa sınırları içinde, devletin hukukî düzeninin yaratıcısıdır. Meclis, bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyet alanı içine almaya veya devletin faaliyet alanı içindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir. Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış "mahfuz" bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da anlatır. Nitekim Kanun alanının konu itibariyle sınırlandırıldığı, bunun dışındaki alanlarda düzenleme yetkisinin doğrudan doğruya yürütme organına bırakıldığı anayasalar bakımından, yasama yetkisinin genelliğinden söz edilemez.

Yasama yetkisinin ilkelliği (asliliği) ise, yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, yani araya herhangi başka bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesidir.<sup>17</sup> Yasama organı, bir alanı doğrudan doğruya düzenleyebilir. O alanın daha önce Anayasa ile düzenlenmiş olmasına gerek yoktur.

Bilindiği gibi Anayasa hükümleri, yama, yürütme ve yargı organlarını, idarî makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz. Kanunların

<sup>17</sup> ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s.191.

Anayasa'ya uygunluğunu denetimi ise Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken Anayasa çerçevesinde, yasama yetkisinin sınırlarını da belirlemiş olacaktır<sup>18</sup>.

### **III.GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETLERİ ALANININ DÜZENLEME ZORLUKLARI**

Görsel-ışitsel medya düzenlemesinin farklılığı ve kendine özgüğü ile görsel-ışitsel medya hizmet alanının farklı bir doğasının bulunduğuna yönelik kabullenme, bu alana özgü sınırlamaları ve yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Söz konusu sınırlama ve yükümlülükleri, yapımcıların tarafsızlığından, özellikle çocukların televizyonun etkilerine karşı korunmalarına, reklamlara ilişkin sınırlamalardan, eğitim programları yayımlama zorunluluğuna ve hatta özellikle Avrupa ülkelerinde yabancı yayınların oranının sınırlandırılmasına kadar geniş bir yelpaze arz etmektedir. Bütün bu sınırlama ve yükümlülükleri diğer kitle iletişim araçlarına ilişkin düzenlemelerde, görsel-ışitsel alanda olduğu biçimiyle bulmak zordur.

Diğer bir deyişle, görsel-ışitsel medya hizmetleri alanı (idarî otoritenin devletin) düzenleme, denetleme, izin ve yaptırım uygulama yetkilerinin egemen olduğu bir alandır. Oysa yazılı medya alanında yayımcı, ceza hukuku ve medeni hukukun getirdiği sınırlar içinde, idareden izin almaksızın faaliyette bulunabilir; hiç bir idarî yaptırıma ve zorlamaya maruz kalmaksızın yayınlarını istediği gibi biçimlendirilir. Burada basın ve görsel-ışitsel medyanın kategorik olarak farklı hukuksal rejimlere tabi kılınmış olduğunu söylemekte herhangi bir yanlışlık görülmeyecektir<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> YILDIRIM, Turan, **Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 1987 c. 2 s.

<sup>19</sup> YILMAZ, Hâlit, **İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi**, İmaj Yayın, Ankara 2006, s.35-36.

## A.DÜZENLEMENİN DOĞASINDAN KAYNAKLANAN ZORLUKLAR

### 1.MEDYA-YENİ MEDYA KAVRAMI

Görsel-işitsel alanda 1980'li yıllarda, “yeni medya” terimi kablolu ve uydu televizyonu, video-teksti ifade etmek için kullanılmaktaydı. Günümüzde ise bazen “blogları, sosyal şebekeleşme sitelerini, cep telefonu mesajlarını ve göreceli olarak diğer yeni teknoloji uygulamalarını ifade etmektedir. Bir başka anlatımla içinde çoklu ortamlılık ve etkileşimlilik yönleri bulunan sinyal ve içeriğinin sayısallaştığını gördüğümüz tüm iletişim yollarını, sunumu ve bilgiyi ifade etmektedir.”<sup>20</sup>

-“**Paleo (Eski)- televizyon yayıncılığı**” ise; Kamu veya Devlet tekelinin ön çağı,

-“**Neo (Yeni)- televizyon yayıncılığı**” – Kamu ve ticari sektörlerin birbirleriyle rekabet ettiği ve “yayıncılığın” “dar-bant yayıncılıkla” (ör: tematik kanallar) aynı anda var olduğu ve tekelin kalkmasından sonraki dönem olan ikinci etabı,

-“**Post (Son)- televizyon yayıncılığı**” – Sayısal teknolojinin birleşmesi, sürekli yenilikler ve doğrudan olmayan teslimat ve bireyselleştirilmiş TV yaygınlaşırken program hizmetlerinin çoğaltılma ve kişiselleştirme özelliği kazanması sonucu ortaya çıkan, kullanıcıların tercih ettikleri içeriği farklı dağıtım platformları – mobil teknoloji veya internet aracılığıyla da almak üzere zaman ve yer geçişi sağlayan teknolojileri kullandıkları dönem ifade etmektedir.<sup>21</sup>

İnternetin yaygınlaşması ve erişim hızının gün geçtikçe artması ile ortaya çıkan farklı kullanım alanları sonucunda, internet kullanıcıları aynı zamanda birer radyo dinleyicisi, televizyon izleyicisi hâline

<sup>20</sup> KAROL, Jakubowicz, “Medyada Yeni Bir Anlayış mı? Yeni İletişim Hizmetlerinde Medya ve Medya Benzeri İçerik ve Eylemler”, Strasbourg Kasım 2008 Avrupa Konseyi CDMC (2008) 16 Şubat 2009 MİSC Strozborg **Medya ve Yeni İletişim Hizmetleri Yürütme Komitesi Raporunun GayriresmîTercümesisi**.11.  
[http://www.ministerialconference.is/media/images/a\\_new\\_notion\\_of\\_media\\_web\\_version.pdf](http://www.ministerialconference.is/media/images/a_new_notion_of_media_web_version.pdf) (24.02.2010).

<sup>21</sup> Roel 2008 , **KAROL Jakubowicz’in adı geçen raporundan** naklen s.11.

gelmişlerdir. Bu durum teknolojinin ötesinde, yayıncılık politikalarını da doğrudan etkileyen bir gerçekliği ortaya çıkarmıştır.

Ancak bütün bu gelişmelere rağmen yeni medya ve yeni iletişim hizmetleri gelişme aşamasındadır, Yeni medya kendi olgun tanımlarını yapacak kadar olgunlaşmamıştır. Medya ve özellikle ve medya benzeri hizmetlerin kullanıcılar ve genel kamu tarafından mevcut sistemde nereye oturtulacağı, nasıl yaklaşılacağı ve neler getireceği bilinmemektedir.

Bununla birlikte kavramsal anlamda medyanın tanımı medyanın teknolojiden bağımsız olarak tanımlanmasına mani olmamaktadır. Örneğin; Bakanlar Komitesi'nin 99/15 sayılı tavsiye kararı medya kavramını yeniden tanımlamış ve bu tanımdan sonra AB'nin Görsel-İşitsel Medya Hizmeti Yönergesi Görsel-İşitsel Medya Hizmeti tanımını Önsöz 16'dan 25'e kadar olan maddelerde açıklama ihtiyacı duymuştur. Yönerge özellikle geleneksel ve geleneksel olmayan görsel-işitsel medya hizmetleri kavramlarını açıklamakta, unsurları özelliklerini tanımlamaktadır. Bununla birlikte Yönerge medyanın yeni kavramı araştırmasında yardımcı olmaktan ileri gidememektedir.

Bu alanda özellikle Avrupa Konseyinin "Medya ve Yeni İletişim Hizmetleri Komitesi" (CDMC) nin bir dizi toplantısı ve bu komite tarafından kurulan "Yeni Medya Uzmanlar Komitesi" (MC-NM (Group of Specialists on New Media) nin toplantıları önem arz etmektedir. CDMC'nin 8.toplantısında 25-28 Kasım 2008'de Strazburg'da gerçekleştirilen Avrupa Konseyi 1. Bakanlar Konferansının Hazırlıkları Bitirilmiş ve Bu Doğrultuda 28-29 Mayıs 2009'da İzlanda'nın Reykjavik şehrinde yapılacak toplantıda açıklanacak olan "Yeni Bir Medya Anlayışımı" başlıklı "Siyasi Bildiri ve İlke Kararları" kabul edilmiştir. Ancak CDMC tarafından kurulan "Yeni Medya Uzmanlar Gurubu (MC-NM) Strazburg 27-28 Eylül 2010 tarihlerinde yaptığı toplantıda Karol Jakubowicz öncülüğünde yeniden kaleme alınan "Yeni Medya Metni Hakkındaki Tasarı Kararı" taslağına nihai bir şekil verilememiştir." Görüş ve önerilerin alınması yönündeki kararlarla sınırlandırılmıştır.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> RTÜK, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı'nın 7 Ekim 2010 tarihli yurt dışı faaliyet raporu,

Esasen Avrupa Birliği'ni kuran andlaşmalarda ifade ve iletişim özgürlüğü ilkesi tanımlanmamaktadır. Bu ilke bilindiği gibi 1950 yılında Roma'da imzalanan ve ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 10. maddesinde yer almaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 10. maddesi** Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin basın ve radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine ilişkin mevzuatının başlıca kaynağını oluşturmaktadır. AB bünyesinde de medya sektörüne yönelik düzenlemelerin çoğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine gönderme yapmaktadır. Örneğin, AB Komisyonu'nun Yayıncılık Ortak Pazarı'nın oluşturulması hakkında 1984 yılında yayınlanan Yeşil Belgesinde Topluluk içerisinde yayın serbestliğinin sağlanması için alınacak önlemlerin aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde yer alan ifade ve iletişim özgürlüğünün gerçekleştirilmesini amaçladığı ifade edilmektedir. Keza, AB görsel-işitsel politikasının omurgasını oluşturan 1989 tarihli Sınır Aşırı Televizyon Yönergesi'nin giriş bölümünde, televizyon yayınlarının serbest dolaşımının sağlanması, Topluluk iç düzeninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde yer alan ifade ve iletişim özgürlüğünün özel bir tezahürü olarak değerlendirilmektedir. Bu arada Avrupa Adalet Divanı da, özellikle doksanlı yıllarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesiyle düzenlenen ifade ve iletişim özgürlüğü konusunda oldukça zengin bir içtihat geliştirmiştir.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Birliği hukukunun bir parçasını oluşturmamakta, bu nedenle AB'nin medya sektöründe ifade özgürlüğünün korunmasını amaçlayan olası girişimler için gerekli hukukî zemini sağlamamaktadır.

AB düzeyinde bu hukukî zemin eksikliği, 2000 yılında yayınlanan Avrupa Temel Haklar Şartı ile de giderilememiştir. Anılan Şartın 11. maddesinde ifade ve iletişim özgürlüğü şu şekilde düzenlenmektedir:

“1. Herkes düşüncüyü açıklama hakkına sahiptir. Bu hak düşünce hürriyetini ve kamu otoritesinin müdahâlesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek özgürlüğünü içerir.

2. Medyanın hürriyeti ve çoğulculuğuna saygı gösterilir.”

Avrupa Temel Haklar Şartı, bu Şart ile aynı gün imzalanan Nice Antlaşması'nın bünyesine dahil edilmemiş ve dolayısıyla içerdiği hükümlerin AB kurumlarının yetkisi kapsamına alınması sağlanamamıştır. Bir başka deyişle, Avrupa Temel Haklar Şartı AB ve Üye Devletlerini hukuken bağlamayan bir niyet beyanı niteliğinde olup, AB girişimleri için geçerli bir hukukî dayanak oluşturmamaktadır.<sup>23</sup>

Avrupa Birliği medya hukuku yanında Avrupa Konseyinin hukukî çerçeve oluşturma yönünde bir çok ilke kararı tavsiye kararı ve bildirgesi bulunduğu kuşkudan uzaktır. Örneğin: "Bir Demokraside Medya İçin Göstergeler" başlıklı ve 1636 (2008) sayılı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İlke Kararında<sup>24</sup>; demokratik standartların evrensel kabul görmüş insan haklarının bir parçası olduğu ve bu nedenle bir devletin iç işi olamayacağı vurgulanmış ve çeşitli uluslar arası belgelere atıfta bulunulmuştur. Bu belgeler arasında BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (19. Madde), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (10. Madde) bulunmaktadır. Ayrıca UNESCO, Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Merciler Kongresi, Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü gibi kuruluşların çalışmalarına da atıfta bulunulmaktadır.

Ayrıca görsel-işitsel alanda hukukî bir çerçeve oluşturulması gayretleri görsel işitsel düzenleyici otoritelerin kurdukları birliklerde ve uluslar arası yapılarda da ana konuyu oluşturmaya devam etmektedir. Bu cümleden olmak üzere Akdeniz Düzenleyici Otoriteler Ağı (MNRA/RIRM) ile Karadeniz Yayıncılık Düzenleyici Otoriteler Formu (BRAf) ın radyo ve görsel işitsel yayıncılık, yapım ve programların saklanması alanlarında ortak bir hukukî çerçevenin oluşturulmasının özendirilmesi, uyumlu bir düzenleme çerçevesinin geliştirilmesinin

---

<sup>23</sup> Westphâl D., "Media Pluralism and European Regulation", **European Business Law Review**, 13(5), 2002, s. 485-486.

<sup>24</sup> "Indicators For Media In a Democracy" Resolution, 1636 (2008), rapor için bkz.  
[http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERE\\_S1636.htm](http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERE_S1636.htm) (25.02.2010).



desteklenmesi yönünde kararlar aldığı ve bu kararların uygulanmasının takibinin üstlenildiği deklare edildiği bilinmektedir<sup>25</sup>.

### **B.DAHA İYİ KANUN OLUŞTURMA HUSUSUNDA KURUMLARARASI SÖZLEŞMENİN UYGULAMASINDA YAŞANAN ZORLUKLAR**

Avrupa Birliğinin Görsel-İşitsel Medya Hizmetler Yönergesinin giriş kısmının son maddesinde de “Daha İyi Kanun Oluşturma Hususunda Kurumlararası Sözleşme doğrultusunda Yönergenin hazırlanmasını ve ulus devletlerce uyumlaştırılmasını hüküm altına almaktadır. Söz konusu 68. madde daha iyi yasa yapma hakkındaki Kurumlararası Sözleşmenin 34. konusuna uygun olarak, üye devletler kendilerine ve Avrupa Birliği çıkarları için bu yönerge ile uyarılma önlemleri arasındaki ortak hususları mümkün olduğu kadar yansıtan kendi çizgilerini oluşturmaya kamu bilgisine sunmaya teşvik edilmelidir.” denilmektedir.

Söz konusu Sözleşmede; yasama sürecinin daha iyi eşgüdümü, hukukî dayanağın seçimi, ortak denetim, özdüzenleme, yasama kalitesini artırma, etki analizi, daha iyi aktarma ve uygulama ve mevzuatı basitleştirmek ve hacmini azaltmak başlıkları altında önemli standartlar, usuller ve ilkeler belirlemede mutabakata varıldığı belirtilmektedir. Bu ilkeler arasında subsidiarite (yerellik) ilkesi, orantılık ilkesi ve hukukî belirginlik gibi genel ilkelerin öne çıktığı görülmektedir.<sup>26</sup>

Ülkemiz açısından yasa yapma tekniği ve standartları konusunda ise; 3056 Sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun ilgili maddelerine dayanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan 19/12/2005 tarih ve 2005/9986 nolu “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”<sup>27</sup>

<sup>25</sup> 19 Nisan 2009’da Kahire Genel Kurulu tarafından kabul edilen Akdeniz Görsel İşitsel Oporotörleri Daimi Konferansı (COPEAM) “Mutakabat Zaptı” ve “Karadeniz Yayıncılık Düzenleyici Otoriterler Formu Kuruluş Tüzüğü” için bkz. [www.braf.info/index.php](http://www.braf.info/index.php) (11.03.2010).

<sup>26</sup> Bu ilkelerden Subsidiarite (Katmanlı Yetki) ve Orantılık İlkelerinin uygulanmasına dair Protokol Avrupa Topluluğunu kuran Roma Andlaşmasına ve özellikle 5. maddesine Andlaşmayla eklenen yetkililerdir.

<sup>27</sup> 17.02.2006 tarihli ve 26083 sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

hükümleri göz önünde bulundurulma zorunluluğu söz konusudur. Gerek anılan Yönetmelik hükümleri gerekse yukarıda bahsi geçen Avrupa Birliği “Daha İyi Kanun Oluşturma Hususunda Kurumlararası Sözleşme” de belirlenen usuller ve standartlar görsel-işitsel medya alanında düzenlemede de geçerliliğini korumakta, hem düzenleyici otoriteler ve hem de yasama otoritesi için bağlayıcılığını sürdürmektedir. Bu nedenle uyumlaştırma gerekliliği içinde hareket edilirken oluşturulacak düzenlemede tüm standart ve usullerinde uyumlaştırılma zorunluluğu ve güçlüklerinin bulunmasının işin doğası olduğunu unutmamak gerekir.

Bu bağlamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi “geleneksel” kitle iletişimine uygulanan standart oluşturucu metinlerini son yıllarda gözden geçirmekte ve güncellemektedir. Bakanlar Komitesinin 11 Mayıs 2005 tarihli 926. Bakanlar Temsilcileri toplantısında kabul edilen 9 sayfadaki müteşekkil bildiri ve eklerinde yer alan Avrupa Konseyi Referans metinleri<sup>28</sup>; görsel işitsel medya alanında uygulanacak ve standart oluşturabilecek düzenlemelerin önemli bir listesini vermektedir.

Diğer taraftan yapılacak ulusal düzenlemelerle getirilen kurallar ya da sorunlara bulunacak hukukî çözümler ile teknolojinin getirdiği rekabetçi yapıya zarar verilmemesi önerilmekte, mevcut ulusal hukuk kurallarının kullanımında ve yorumlamasında çok dikkatli davranılması gerektiği yorumları yapılmaktadır. Bu yorumlarda teknoloji dostu bir yeni (hukukî) yaklaşımın sergilenmesi zorunluluğu bulunduğu hukukî ilke olarak kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> MEMİŞ, Tekin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukuk Devleti üzerine Bakanlar Komitesi Bildirisi ve ekleri, 3 G Teknolojik Yaklaşımlar Hukukî Sorunlar ve İlkeleri Bilgi Çağı 2009 İstanbul s. 40-41. 11 Mayıs 2005 tarihli 926. Bakanlar Temsilcileri toplantısında kabul edilmiştir. [http://www.ministerialconference.is/media/images/a\\_new\\_notion\\_of\\_media\\_web\\_version.pdf](http://www.ministerialconference.is/media/images/a_new_notion_of_media_web_version.pdf) (24.02.2010).

<sup>29</sup> MEMİŞ, Tekin, “3G Teknolojik Yaklaşımlar Hukukî Sorunlar ve İlkeleri” Bilgi Çağı, 2009 İstanbul s. 40-41.

## C.KAMU HİZMETİ YAYINCILIĞININ GÖREVİNİN ULUSLARÜSTÜ VE YAKINSAMA ORTAMINDA YENİDEN TANIMLANMASI ZORLUĞU

Kamu hizmeti yayıncıları, toplum içindeki farklı grupların ve çıkarların kendilerini ifade etmelerini sağlamaları yoluyla medya çoğulcülüğünü korumada önemli bir rol oynamaktadır. AB Kurucu Sözleşmesine Amsterdam Andlaşmasıyla eklenen Kamu Yayıncılığı Sistemi Hakkındaki Protokol,<sup>30</sup> kamu hizmeti yayıncılığını her toplumun demokratik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarıyla ve medya çoğulcülüğünü koruma gereksinimiyle bağlandırmaktadır. Bu Protokol, üye Devletlere kamu hizmeti yayıncılığının finansmanını bu gereksinimlerin karşılanması kadarıyla sağlamalarına imkan vermektedir. Ancak Protokol yorumları, kamu hizmeti yayıncılarının ticarileşmesi ve AB devlet yardımı politikası gibi sebeplerden dolayı önemli zorluklarla karşılaşmaktadır.

Bazı taraflar, kamu hizmeti yayıncılığının yeniden tanımlanması gerektiğini, böylece kamu hizmeti yayıncısı kuruluşlarının; iç çoğulcülüğü sağlamak, kültürel çeşitliliği ilerletmek ve kültürel temsillerinin, görüşlerin ve fikirlerin geniş çapta ifade edilmesini temin etmek için Avrupa düzeyinde medya çoğulcülüğünün korunmasına dönük tasarlanmış tek bir düzenleyici çerçeve oluşturulması görüşündedirler. Örneğin; “Sayısal Çağda Avrupa’nın Görsel-İşitsel Politikaları” başlıklı AB’nin görsel-ışitsel politikalarının belirlendiği üst düzey bir çalışma grubu raporunda,<sup>31</sup> Avrupa ülkelerinde kamu hizmeti

<sup>30</sup> Avrupa Topluluğunun Kurucu Andlaşması olan Roma Andlaşmasına 2.10.1997 tarihinde 32 sayılı Protokolü ile eklenen “Kamu Hizmeti Yayıncılığına Dair Amsterdam Protokolü” (Official Journal of the European Community 10.11.1997) Er. C (340).

<sup>31</sup> The Digital Age: Report Of the High Level Group on Audiovisual Policy” See [http://europa.eu.int/eac/bg-intro\\_en.html](http://europa.eu.int/eac/bg-intro_en.html) for details on the outcome of the Conference.

<sup>31</sup> “ The Digital Age: Report Of the High Level Group on Audiovisual Policy” See [http://europa.eu.int/eac/bg-intro\\_en.html](http://europa.eu.int/eac/bg-intro_en.html) for details on the outcome of the Conference.

yayıncılarının finansmanı konusunda “oransallık” ve “açıklık” ilkeleri getirilmiştir. Oransallık ilkesi, kamusal fonların sadece kamu hizmeti faaliyetleri için tahsis edilmesini ve bunun haricindeki faaliyetlere harcanmamasını ifade etmektedir. Açıklık ilkesi ise, üye devletlerin kamu hizmeti görevlerinin tarifini açıklıkla belirtilmesi, mali şeffaflığın sağlanması ve kamu sektörü işletmecilerinin tamamen ticari olan faaliyetleri için ayrı hesaplar tutulması gerektiğini ifade etmektedir.

Diğer taraftan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 27 Eylül 2006 tarihinde benimsenen kamu hizmeti yayıncılığının bağımsızlığının güvence altına alınmasına dair bildirmede ise;<sup>32</sup> siyasi ve ekonomik müdahâleye karşı kamu hizmeti yayıncılarının bağımsızlığını güvence altına almak amacıyla üye Devletlere (96) 10 Sayılı Tavsiye Kararını uygulama yönünde çağrıda bulunulmuştur. Raporda uygun, güvenli ve şeffaf bir finansman çerçevesi içinde kamu hizmeti yayıncılığının editoryal bağımsızlığı ve kurumsal özerkliğinin, tutarlı bir politika ve yeterli bir yasal çerçeveye güvence altına alınması ve belirlenen bu politika ve çerçevenin etkin bir biçimde uygulanması gerekliliği vurgulanmaktadır.

Görsel-İşitsel Medya Hizmeti Yönergesinde ise; özel ve kamu görsel işitsel medya hizmeti sağlayıcılarının birlikte var olmasının, Avrupa görsel-işitsel medya pazarını farklılaştıran bir özellik olduğunu belirttikten sonra Giriş Madde 9’da “Yönerge, kamu hizmeti yayıncılığına ilişkin olarak 25 Ocak 1999 tarihinde yapılan AB Konseyi ve Üye Devletler Hükümet Temsilcileri toplantısında alınan ilke kararı, kamu hizmeti yayıncılığı görevinin yerine getirilmesinin, kamu hizmeti yayıncılığının teknolojik ilerlemeden fayda sağlamaya devam etmesini gerektirdiği hususunu teyit etmiştir.” hükmü yer almakta böylece yapılacak olan hukukî düzenlemenin çerçevesi belirlenirken kamu ve özel medya hizmetinin farklılıkları ve çelişkilerine rağmen birlikte düzenleme zorunluluğu bir kere daha vurgulanmaktadır.

#### IV.GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA DÜZENLEYİCİ ZORLUKLARI

##### A.GELENEKSEL DÜZENLEME ANLAYIŞINDA DEVLETİN (ULUSAL DÜZENLEYİCİ KURULLARIN) ROLÜ

Görsel-işitsel medyada ulusal düzenleyici kurulların rolünün ne olduğu yönünde doktrinde ve uygulamada tartışma yaşanmakta ve bu konuda önemli iki görüş ortaya konulmaktadır. Kuşkusuz kamu hukukunun ve siyaset biliminin en önemli tartışma konularından birini oluşturan bu görüşler temelde devletin rolünün ne olduğunun sorgulanmasını zorunlu kılmaktadır. Devletin rolü tartışmalarında ise konu ile ilgili olarak demokrasi kuramı üzerine yapılan eleştiri ve yanıtlara dikkat çekilmektedir.

Devletin müdahâlesi olmadığı birinci tür rejimde medya özgürlüğü yalnızca devletin negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir konudur. Devletin, fikirlerin pazaryeri olan (olması gereken) piyasaya müdahâlesi olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu piyasa, kendi kendisini düzenleyecek araçlara sahiptir. Ekonomiyi düzenleyen görünmez el kuşkusuz ifade özgürlüğünün bağlı olduğu düşünce piyasasını da düzenleyebilir. Bu görüş, liberalizmin klasikleşmiş olan *laissez-faire* doktrinin<sup>33</sup> bir uzantısı olmaktadır. Görüleceği üzere; Bu görüşte olanlar devletin yayıncı kuruluşlara ve piyasasına müdahâleyi uygun bulmamakta serbesti rejimini savunmaktadırlar.

İkinci tür rejim (sistemde yer alan) görüşe göre ise; Devlet, etkin bir ifade özgürlüğünün oluşması için sisteme müdahâle etmelidir. Bu görüşe göre *laissez-faire* doktrininin yarattığı bir sistemde demokrasinin işleyebilmesi için yaşamsal önemi olan toplumsal tartışmalar geri plana itilir; düşüncelerin yerini görsel efektler/seslemeler, şaşalı pazarlama teknikleri (ticari ürün reklamları), kan ve şiddeti özendiren, cinselliği ön plana alan görüntüler ya da toplumsal tartışmaya hiçbir katkısı olmayan sulandırılmış bireysel yaşam dedikoduları alır. Dolayısıyla devletin (otoritenin) müdahâlesi önem kazanır denilmektedir.

<sup>33</sup> Laissez-faire, doktrininin ekonomik bir sistem olan kapitalizmin siyasal ideolojisinin iskeletini oluşturduğu belirtilmektedir. “Bırakınız yapsınlar, bırakınız etsinler” biçiminde özetlenen söz konusu doktrin, en iyi yönetimin en az müdahâle eden yönetim olduğunu savunmaktadır.

## **B.MEDYA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLARININ ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ**

Doktrinde bağımsız idari otoriterler, bağımsız idari kurullar, üst kurullar, düzenleyici kurullar, düzenleyici ve denetleyici kurullar olarak adlandırılan idareler, dünyanın bir çok yerinde yaşanan çok kapsamlı değişim ve dönüşümlere bağlı olarak, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının daha düzenli işleyişini sağlama ve güvence altına alma amacıyla kurulmuşlardır.

Bağımsız idari kurumların varlık nedenlerinden biri, temel hak ve özgürlükler alanı ile idarenin değişen işlevleri arasında kurulmasına ihtiyaç duyulan yeni ilişkidir. Özellikle radyo ve televizyon alanında bu ihtiyaç açık olarak gözlenir. Nitekim düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının faaliyet gösterdiği diğer bir çok alanda (örneğin enerji, rekabet, ulaşım vb) esas belirleyici etken liberal ekonomik değerlerin güvence altına alınmasıdır. Bu nitelikteki bağımsız idari kurumların işlevleri sonucunda temel hak ve özgürlükler alanı için olumlu sonuçlar da ortaya çıkmaktadır.

Bu ilişkinin yeniden kurulmasına neden ihtiyaç duyulmuştur? Bu noktada gerekçelerden<sup>34</sup> ikisi üzerinde durulabilir; (a) temel hak ve hürriyetler alanında teknolojinin gelişimi sonucu yaşanan değişim ve bu durumun etkileri ve (b) idarenin belli konularda atıl kalması. İdarenin atıl kalması argümanı teknolojinin hızlı gelişimine atıf yapmaktadır. Şöyle ki; klasik idari yapıların atıl kalması, teknolojinin gerektirdiği düzenleme ve denetleme faaliyetlerini zamanında ve yeterince yerine getirememelerini ifade eder. İdarenin yavaş işleyen karar alma mekanizmasından özerk bir mekanizmaya da bu nedenle ihtiyaç duyulmuştur. Çünkü zamanın paraya eşdeğer olduğu sermaye piyasalarında ya da iletişim sektöründe veya bireylerin ve hatta belli girişimlerin büyük şirketlerden ya da paralel davranan farklı şirketlerden

---

<sup>34</sup> Çalışmada ele alınmayan gerekçeler arasında; bazı faaliyetlerin konusunda uzman kişilere gördürülmesi. kamu gücünün dağıtılmasına duyulan ihtiyaç ve çalışanları devlet memurları statüsünde sayılmayacak kurumlar yoluyla memur sayısı ile baş edebilme isteği sayılmaktadır. Brian THOMPSON, *Textbook on Constitutional and Administrative Law* 3 Ed. Blackstone Press Limited, 1997, s.259

korunması alanlarında idarenin yeterince çabuk ve etkin olamadığı görülmüştür.<sup>35</sup>

Teknolojinin temel hak ve hürriyetler alanı ile ilişkisi, teknolojinin ulaştığı düzeyin temel hak ve hürriyet alanını daha geniş hale getirdiğini ortaya koymaktadır. Nitekim teknoloji, basın özgürlüğünün alanını genişletmiş; ifade özgürlüğünün araçlarını farklılaştırmış ve hatta daha ileri giderek görsel ve işitsel iletişim özgürlüğü denilen yeni bir özgürlük alanı doğurmuştur. Teknolojinin bu etkileri sonucunda söz konusu alanların klasik idari yapılar tarafından kolluk görevi içerisinde idare edilmesinde (düzenlenmesi ve denetlenmesinde) zafiyet riski ortaya çıkmış ve buna bağlı olarak üst kurullar oluşturulmuştur.<sup>36</sup>

Bu çerçeveden bakıldığında, yeni teknolojilerin temel hak ve özgürlük alanlarının ihlâl tehditlerini ve risklerini etkisiz hale getirmek için kurulmuşlardır.<sup>37</sup>

Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumların ortaya çıkışının bir diğer nedeni de bu yapıların düzenleme ve denetleme faaliyetlerinde buldukları alanlara politikacıların müdahalelerinin asgari düzeye indirilmesi hatta yok edilmesi isteğidir. Bu istek temel hak ve hürriyetlere müdahale olgusunun ötesinde ilgili alanların özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim bu kurulların iletişim, medya, ekonomik rekabet, bankacılık, finans vb. sektörleri içeren çalışma alanları duyarlı sektörler olarak kabul edilmekte ve politikacıların müdahalelerinden olabildiğince uzak bulunmaları arzulanmaktadır.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> TIRYAKI, Refik, Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK AÜUFD. Cilt 51, S.4, s.169-204

<sup>36</sup> YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Üçüncü Baskı, Konya, 2009, s.151

<sup>37</sup> DURAN, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdare Otoriteler” A.İ.D. C.30, S.1, Mart 1997, s.30

<sup>38</sup> ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” ABD, Yıl 2000, S.2, s.4759

### **C.DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLAR ELİYLE DEVLETİN MEDYA DÜZENLEME YETKİSİ**

Düzenleyici ve denetleyici kurulların medya ortamı düzenlemeleri temelde devletin müdahâlesinin nedenlerinin sorgulanmasını zorunlu kılmakta ve üç ayrı neden üzerinde durulmaktadır.

Devlet müdahâlesinin öncelikli nedeni; radyo ve televizyon yayınlarının sağlanabilmesi açısından gerekli olan frekans sayısının yetersiz ve kamu malı niteliğinde oluşudur. Bu durum frekansların devlet eliyle dağıtımını zorunlu kılmıştır<sup>39</sup>. Diğer taraftan frekansların kamu malı olarak kabul edilmesi yayıncı üzerine bazı kamu yararı yükümlülüklerinin getirilmesi sonucunu doğurmakta ve bu sonuç çoğulcu bir medya ortamının amacını oluşturmaktadır.

Devletin olumlu müdahâlesinin ikinci nedeni; bilgi alma özgürlüğünün niteliğinde saklıdır. Görsel-ışitsel medya özgürlüğü ifade özgürlüğünün yanında bilgi alma özgürlüğünü de içerir. Ancak gerçekte ifade ve bilgi alma özgürlükleri sıklıkla zikredilmekle birlikte hatta diğer bir deyişle bir birleriyle çok yakından bağlantılı ya da birbirlerini tamamlayan unsurlar olarak kabul edilmesine rağmen bu iki özgürlük arasında bir çatışma olduğu varsayılır. Öncelikle ve üstün olan hakkın yayıncının hakkı değil dinleyici ve izleyicilerin hakkı olduğu kabul edilmektedir. Devlet kişinin (bireyin) izleyicinin bilgi alma özgürlüğünü teminat altına almak için müdahâle etme gerekliliği duymaktadır. Bu düşüncenin altında yatan yaklaşım ise; yayıncı piyasa sürecinde ticari çıkarlarını düşünür ve bu durum bireylerin sağlıklı bilgilenme ihtiyacının önündeki en büyük engellerden birini oluşturur. Bu engelleri ortadan kaldırmanın yolu görsel-ışitsel medya özgürlüğüne kamu gücünün müdahâlesidir.

Devletin (otoritenin) müdahâlesinin üçüncü nedeni ise; tarafsızlık yükümlülüğü; yayıncının tarafsız yayın yapma zorunluluğu olarak gösterilmektedir. Ancak bu nedenin bilgi alma hakkı nedeni kadar güçlü ve etkili olmadığı bir gerçektir. Tarafsızlık yükümlülüğü yanında birçok

---

<sup>39</sup> ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları, Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gereçekleri ve Sınırları** Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. Mart 200, İstanbul, s.175.



nedenin müdahâlenin gerekçesi gibi gösterilmesine rağmen diğer gerekçeler sanki sahneyi tamamlayan küçük dekorlardır. Bilgi alma hakkı adeta asli bir unsur gibi görünmektedir<sup>40</sup>.

#### **D.SAYISALLAŞMA VE YAKINSAMANIN ULUSAL DÜZENLEYİCİ KURULLARIN ROLÜ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**

Günümüzde, yayıncılık teknolojisinde yaşanan hızlı gelişmeler, radyo ve televizyon yayınlarının üretim ve iletiminin sayısal teknikle yapılabilmesinin yolunu açmış, bu yayınlarla birlikte program ilintili veya ilintisiz ek yayın hizmetlerinin ve etkileşimli yayıncılığın yapılabilmesini olanaklı hâle getirmiştir. Bunun sonucunda telekomünikasyon, bilişim ve yayıncılık arasındaki geleneksel ayrımları ortadan kaldırılarak, her türlü hizmetin aynı iletişim ortamından sunulması olarak tanımlanabilecek yakınsamanın (convergence) fiili olarak gerçekleşme süreci başlamıştır. Dolayısıyla, sayısallaşma ve yakınsama, iletişim sektörlerinin bir araya gelmesini sağlayarak, iletişim ortamlarının bugüne kadarki tariflerinin değişmesini ve hatta kısa bir süre öncesine kadar var olmayan iletişim ortamlarının ortaya çıkmasını gündeme getirmektedir<sup>41</sup>.

Son yıllarda gözlenen teknolojik gelişmenin, özellikle sayısal (dijital) sıkıştırma teknolojilerinin gelişmesiyle, frekans sınırlılığı sorununun çözüleceği, **görsel-işitsel iletişim alanında, kamu otoritesinin yayımcı sayısını sınırlamasının meşru temelini kalkacağı ifade edilmektedir.** Gerçekten şu anda tek bir yayımcının klasik yöntemler kullanarak yayım yaptığı frekans alanı, sıkıştırma yöntemiyle aynı anda birçok yayım yapma olanağı sunmakta (multiplex), frekans sınırlılığı sorunu nedeniyle yayımcı sayısının sınırlı kalması sorununu ortadan kaldırmış bulunmaktadır.

Görsel-işitsel iletişimin temel özelliklerinden birisi olan yayım içeriğine dönük düzenlemelerin yeni teknolojilerin biçimlendirdiği yeni bir ortamda da sürüp sürmeyeceği bir başka önemli konudur. İçerik düzenlemesi ve bunun denetimi bu güne kadar görsel-işitsel iletişim

<sup>40</sup> YILMAZ, Hâlit, İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi, İmaj Yayınevi Ankara, 2006, s.64, 69

<sup>41</sup> İLETİŞİM TÜRKİYE 09, İletişim ve Medya Zirvesi, 9-10 Temmuz 2009 İstanbul Wow Convention Center. Yayınlanmamış Zirve Bildiri Özetleri.

hukukunun tartışmalı temel konularından biri olmuştur. Ancak ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim gibi değerlerle, küçüklerin korunması, çoğulculuk ve tarafsızlığı (impartiality) korumak gibi değerler arasındaki dengenin kabul edilebilir ölçüde kurulması, yöndeşen iletişim alanında varlığını sürdürmesi gereken temel düzenleme ve denetim konuları olmaya devam edecektir.

Farklı teknolojilerin birleştirilmesi diğer adıyla yakınsama yukarda değinilmeye çalışıldığı gibi çözüm bekleyen yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır. Zira iç içe giren bu teknolojilerin ortaya çıkardıkları sorunlar henüz tam olarak çözümlenmemişken bir de hangi kuralların ya da düzenlemelerin hangi otoriteler tarafından uygulanacağı ciddi tartışmalara yol açmıştır. Bu nedendir ki yayıncılık hizmetleri (GİMİH) ile telekomünikasyon hizmetleri arasındaki yakınsama, ülkelerin telekomünikasyon ve yayıncılık alanlarındaki düzenleyici kurumlarında da yapısal değişiklikler yapmalarına sebep olmuş ve bazı ülkelerde de telekomünikasyon ve yayıncılıktan sorumlu düzenleyici kurumların da yakınsaması sonucunu doğurmuştur. Örneğin İngiltere'deki daha önce 5 ayrı kurum (Yayıncılık Standartları ve Komisyonu-BSC, Bağımsız Televizyon Komisyonu-ITC, Radyo Otoritesi, Telsiz İletişim Otoritesi ve Telekomünikasyon Otoritesi-Oftel) tarafından yürütülen faaliyetleri yürütmek üzere kurulan Ofcom ile, bu 5 kurum arasındaki ortak çalışmaların daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi amaçlanmıştır. Bu işbirliğinin sağlanması hususu AB'deki yeni çerçeve ile daha fazla gerekli bir hâle gelmiştir<sup>42</sup>.

ABD'nde ise Federal İletişim Komisyonu (Federal Communications Commission –FCC) 1934 yılında yayımlanan İletişim Kanunu ile kurulmuş ve ulusal ve uluslar arası alanda telli, telsiz, televizyon, kablo ve uydu telekomünikasyon hizmetlerini düzenlemekle görevlendirilmiştir. FCC 1934 yılında zaten bir yakınsak düzenleyici otorite olarak kurulmuş olduğundan FCC'nin yapılandırılmasında son zamanlarda gelişen teknolojik yakınsamanın etkisinin ön plana çıkmadığı değerlendirilmektedir. Avrupa dışında Avustralya, Güney

---

<sup>42</sup> BTK SAS Dairesi Bşk., 2009, Yakınsama: “**Telekomünikasyon ve Medya Sektörleri Açısından Düzenlemelere Etkisi**”, <http://www.itc.org.uk/> (24.02.2010).

Kore gibi kimi ülkelerde Avrupa’da ise İtalya örneğinde (AGCOM) gibi birleştirilmiş üst kurulların varlığı bilinmektedir<sup>43</sup>.

### **E.MEDYA PAZARININ KÜRESELLEŞMESİNİN ÜST KURULLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**

Uluslararası medya şebekeleri ve uygulamaları siyasi ve sosyal sistemin farklı aktörleri arasındaki ilişkileri artan biçimde yeniden düzenlemelerle yeni biçim vermektedir. Medya pazarının küreselleşmesi medya sahipliği yoğunlaşmasının hızla oluşan ve yok olan yeni türde ittifakların oluşmasına neden olabilmektedir.

Burada uluslararası medya faaliyetleri, medya ittifaklarının sınır ötesi doğası ve üye devletler tarafından geliştirilen medya pazarı için oluşturulan düzenleme modellerinin çeşitliliği arasında artan bir gerilim bulunmaktadır. Bazı kurumlara göre (Ör: Avrupa Parlamentosu) bu gerilimler, AB düzeyinde medya çoğulculuğunun korunması amacıyla ortak düzenleme önemlerinin alınmasına ve asgari şartların ortaya konulması gerekliliğini haklı çıkarmaktadır.

Bazı uzmanlar da küçük ve kâr gütmeyen akışsız hizmet sağlayıcılarının özellikle yeni düzenleme kuralları getirilmesi karşısında yok olabileceklerini, çünkü bunların yeni düzenleme kurallarını uygulamak ve denetlemek için altyapıya, kaynaklara veya yetilere sahip olmayabileceklerine işaret etmektedirler. Bu durumun da geniş çoklu ortam şebekelerinden oluşan ittifaklara sebep olma olasılığı doğuracağı, sonuç olarak da bunların ek düzenleme talepleri doğurabileceği belirtilmektedir<sup>44</sup>.

Teknolojik gelişmenin beraberinde getirdiği yeni hukuksal düzenlemeler kültürel bakış açısının ortaya koyduğu “kamuya hizmet modeli” yerine “piyasa modeli” üzerine inşa edilme eğilimi göstermektedir. Piyasa modelinde, yurttaşların iletişim sürecindeki kamu yararı yükümlülükleri yoktur. Dolayısıyla düzenlemeler kültürel bir temelden ekonomik bir temele doğru kaymaktadır. Temel ölçüt iletişim

<sup>43</sup> Iosifidis Petros, Digital Convergence: **Challenges for European Regulation**, 2002.

<sup>44</sup> KLİMKEWECZ, Beata, “Yeni Düzenlemelerin Zorluğunda Avrupa Medyası ve İfade Özgürlüğü” gayri resmi tercüme s. 3, 22-23 Eylül 2006 Cost 30 Eylemi Çalışma Grubu 3. Medya ve Siyasa Düzenlemesi.

özgürlüğünden teşebbüs özgürlüğüne doğru kaymaktadır. Devletin düzenleme ve denetim sorumluluğu daralmaktadır. Bir başka anlatımla düzenleyici kurullar yeni gelişmeler karşısında düzenleme zorlukları ile karşı karşıya kalmaktadır. Medya alanlarının düzenlenmesi derin bir gelişim değişim geçirmektedir. Bu değişim üst kurulların yapısını da etkilemekte bazı üst kurullar arasındaki yakınsama nedeniyle İngiltere'nin OFCOM İtalya'nın AGCOM'u gibi bilgi iletişim teknolojiden sorumlu üst kurullar ile yayıncılıktan sorumlu kurullar tele çatı altına örgütlenerek Ulusal **Birleşmiş Düzenleyici Kurullarının** yetkisini gündeme getirmektedir.

Nitekim AT Andlaşmasının 12. maddesinde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin serbestçe faaliyetlerini kısıtlayan düzenlemelerin iyileştirilmesi ve yabancı sermayeye getirilen kısıtlamaların kaldırılması yönündeki hükmü, AB müktesebatı yönünden üye ülkeleri bağlayıcı bir zorunluluk olarak bulunmaktadır.

## **F.GÖRSEL-İŞİTSEL POLİTİKA BELİRLEYİCİ VE ÜRETİCİLERİNİN DÜZENLEYİCİ OTORİTE ÜZERİNDEKİ OLASI ETKİLERİ**

### **1.GENEL POLİTİKA BELİRLEYİCİLERİ VE ETKİLERİ**

Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesinin televizyon yayıncılığında Avrupa Yayıncılarının yayın sürelerinin en az yarısını Avrupa yapımlarına ayırmalarına öngören yayın kotaları görsel-ışitsel alanda genel politikaların ilkinin oluşturmaktadır. AB'nin söz konusu politikası ABD ve AB arasında ciddi bir ihtilafa dönüşmüş ABD'li yayıncılar, topluluk içerisinde üçüncü ülkeler yapımlı programların gösterimini miktar olarak kısıtlayan "yayın kotalarının" Dünya Ticaret Örgütünün hizmet ticaretini düzenleyen GATS Andlaşmasına aykırı olduğunu savunmaktadırlar. Ancak uyumlaştırmanın temel hukukî aracı olarak kabul edilen GİMİH giriş 48. madde de yer alan korumacılığın sürdürülmesini ve ulusal düzenleyicilerden de bu konuda daha dikkatli davranmalarını beklemektedir.

Avrupa Birliğinin Görsel-İşitsel Medya Politikasının yayın kotaları dışında ikinci ana hedefi de televizyon ve sinema yapımcılığı sanayinin "rekabet gücünün artırılması" olmuştur. Söz konusu politika gereği Avrupa Birliği üç farklı mali yardım mekanizması belirleyerek Avrupa yapımı görsel-ışitsel eserlerin geliştirilmesini ve dağıtılmasını

teşvik etmek suretiyle Avrupa film ve program endüstrisinin rekabet edebilirliğini artırmayı ve AB içerisinde kültür ve lisan çoğulculuğunu korumayı amaçlamaktadır.

AB diğer sektörlerde olduğu gibi görsel işitsel medya sektöründe de bir yandan Avrupa Birliği içerisinde yayın ve içerik endüstrileri için sınırsız fırsatlar yaratmayı hedeflerken öte yandan tüketiciye görsel-ışitsel medya hizmetleri bağlamında **yüksek bir koruma seviyesi** sağlanmasını da politikasının bir parçası olarak görmektedir. Ancak belirli başlıklar dışında (kişisel verilerin korunması gibi) medya hizmetlerinin içeriğinin düzenlenmesine yönelik Avrupa Birliği girişimleri ve politikası son derece sınırlı kalmaktadır. Bu çerçevede üye devletler tarafından, medyada hürriyetin ve çoğulculuğun korunması gibi medya politikasının kültürel ve sosyal hedeflerinin öncelikle ulusal düzeyde belirlenmesi gerektiğinin savunulması, Avrupa Birliğinin aynı hedeflere yönelik girişimlerin mali yardım tedbirleri ve yönlendirici ilkeler ile sınırlandırılmasına yol açmıştır. Aynı zamanda AB medya hukukunun temel çelişkisini oluşturan bu durum üye devletlerin medya sektöründe içerik hizmetlerini düzenleme yetkilerinin prensipte korunmasına yol açmıştır.<sup>45</sup>

## 2. ULUSAL POLİTİKA BELİRLEYİCİLER VE ETKİLERİ

Demokratik yönetimlerde dönemsel olarak göreve gelen hükümetler, belirledikleri politikalar ile ülke pazarlarına yön verirler. Bazı pazarlarda, bu görev her ne kadar idarî ve mali özerkliğe sahip kurullarca yapıyor gibi görülse de politikalar, hükümet veya ilgili bakanlarca belirlenmektedir. Dolayısıyla, sektöre ait oyunun kurallarının belirlendiği düzenlemeler de belirlenen politikalara göre şekillenmektedir.

Seçilmişlerce belirlenen politikaların ve kanunla görevlendirilmiş kurullarca yapılan düzenlemelerin bir bütünlük arz etmesi ve sektör içerisinde etkilerinin sağlıklı olabilmesi için sosyal ve ekonomik amaçlara yönelik olarak devlet tarafından belirlenen politikalar,

<sup>45</sup> KUTAY, Pars / ÖZÇERİ, Aslı, **Avrupa Birliği'nde Medya Hukuku ve Uygulamaları**, Televizyon Yayıncıları Derneği Yayın No:2, İstanbul 2006, s. 27.

düzenlemelerin amacını ve hedeflenen sonuçlarını açıkça ortaya koyabilmelidir<sup>46</sup>.

Ancak hükümet politikaları sektör gelişimine gereksiz şekilde ve istemeden mani olabileceği için sektör gelişimine mani olabilecek olanları saptamak ve bunları iyileştirmek amacıyla, bu politikaların gözden geçirilmesi değer taşımaktadır.

Örneğin yeni medya politikaları açısından son derece önemli bulduğumuz “Birinci Medya Yeni İletişim Hizmetlerinden Sorumlu Avrupa Konseyi Bakanlar Konferansı”nda Türkiye Cumhuriyeti bu yöndeki politikasıyla ilgili olarak aşağıdaki ifadeleri önem arz etmektedir.

“Medya tüm şekilleri ile kültürler ve toplumlar arasında bir köprü olarak hizmet etme potansiyeline sahiptir. Medyanın sürekli vurgulanan amacı okuyucu ve izleyiciyi bilgilendirme ve eğitmedir. Hâlen günümüz medya dünyasının baskısının bir kısmı - politik kontrol ve piyasa güçlerinin – sunulan yabancı kültürlerin iyi dengelenmiş betimlemelerini gösteren kaliteli haberler ve eğlence programlarının her ikisini de engellemektedir. Bir çok ülkede gazetecilik basın özgürlüğünden yoksun icra edilmektedir. Özgürlüğün olduğu yerlerde ise genelde özgürlüklerin uygulanmasında piyasa güçleri ve milliyetçi hassasiyetlerin” sorumsuz uygulanması, güvenilir bilgi akışının engellenmesinin, kalıplaşmış ve yanlış sunumlardan kurtarılması ihtiyacı vardır.”<sup>47</sup>

Ayrıca görsel-ışitsel politikalarının oluşturulmasında etkili olan unsurlardan birisininide ulusal güvenlik kaygıları oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi tarafından benimsenen temel ilkelere göre ulusal otoritelerin devletini ve hâlkını terör şiddetinden koruması yönünde düzenleme

---

<sup>46</sup> ÖZTÜRK, Alper Tunga, “**Telekomünikasyon Sektöründeki Politikaların Düzenlemeler Üzerindeki Olası Etkileri İletişim**”, Bilgi ve Teknoloji Dergisi, Ocak 2010, s.78.

<sup>47</sup> “**Yeni Bir Medya Anlayışı mı? Medeniyetler İttifakı ve Medya ve Yeni İletişim Hizmetleri Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Konseyi Bakanlar Konferansı**” Reykjavik (İzlanda 28-29 Mayıs 2009 Resmi Bildirisi s.4), [http://www.ministerialconference.is/media/images/a\\_new\\_notion\\_of\\_media\\_web\\_version.pdf](http://www.ministerialconference.is/media/images/a_new_notion_of_media_web_version.pdf) (24.02.2010).

yapması en tabii hakkı ve görevi olarak kabul edilmektedir. Ancak ifade özgürlüğünü kısıtlayan bazı anti terörist yasaların kapsamının çok geniş tutulmasının insan hakları suiistimallerine yol açtığı iddiaları ortaya atılmaktadır.

Bu yüzden ulusal devletlerin vakit kaybetmeden ve istekli bir şekilde ulusal yasalarını Reykjavik'teki Bakanlar Toplantısında alınan "Karar MCM (2009) 011'de üzerinde anlaşmaya varıldığı şekilde Avrupa Konseyi standartları ile uyumluluğunu sağlamak üzere ifade özgürlüğü ve bilgi edinme haklarının anti terörizm önlemlerinden etkilenmemesini garanti altına almaları yönünde politika oluşturmaları önem taşımaktadır.<sup>48</sup>

### **V.GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA DÜZENLEMELERİNDE MEDYA SAHİPLİĞİ VE YOĞUNLAŞMA ÖNLEMLERİ EKSİKLİĞİ**

Medya hukukunun kendine özgürlüğü ve çok yönlü karakteri bu alanın tek bir hukukî çerçeve bünyesinde düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin medya özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul görmekte, temel insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir. Bu yönüyle medya hukukundaki düzenlemelerin, çoğulculuğu ve içerik çeşitliliği gözetilerek yapılması gereği genel kabul görmektedir.

Medyada çoğulculuk (pluralism) ve çeşitlilik (diversity) kavramları, ise ülke medya politikalarının merkezinde bulunmaktadır. Ancak bu kavramların medya sektörü ile ilgili düzenleme girişimlerinde ne şekilde kullanılacağına dair uygulamada ve doktrinde bir fikir birliğinin oluşmadığı gözlenmektedir. Ayrıca, "çoğulculuk" ve "harici çoğulculuk (external pluralism)" kavramları, daha ziyade medya sahipliği ile ilgili tartışmalarda, "çeşitlilik" ve "dahili çoğulculuk (internalpluralism)" kavramları ise içerik çeşitliliği (content diversity) ile ilgili olarak kullanılmaktadır.

---

<sup>48</sup> **"Respect for Media Freedom"**, Committee On Culture, Science and Education Sub-Committee On Media, AS/Cult/Media (2009) 03,rapor için bkz. [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/20091026\\_HorsleyReport.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/20091026_HorsleyReport.pdf) (24.02.2010).

Medya çoğulculuğu ve sahipliği alanda Avrupa Birliği Hukukuna müdahâlesine yönetilen en önemli eleştiri medyada çoğulculuğun Avrupa Birliğinin müdahâlesi olmaksızın en iyi şekilde ancak üye devletlerce sağlanabileceği hususudur. Komisyon çeşitli vesilelerle, "medya çoğulculuğunun korunması konusunun öncelikle üye devletlerin sorumluluğu olduğunu" vurgulamıştır<sup>49</sup>. Tabiatıyla, bu görev üye devletlerin medya sektöründeki yaklaşımlarına göre farklı şekillerde yerine getirilmektedir.

Bununla Birlikte, medya çoğulculuğu sadece yerel veya ekonomik bir konu olarak kategorize edilemez. Medya çoğulculuğu, Avrupa Birliği'nin demokratik meşruiyetini doğrudan ilgilendiren, bu meşruiyetinin merkezini oluşturan bir kavramdır. Bu nedendir ki medya çoğulculuğunun, çağdaş medya siyaseti tartışmaları içinde zorlukla dışlanabilen önemli bir olayı işaret ettiğine dair genel bir kanı vardır. Ancak, aynı zamanda da tutarlı ve pragmatik bir yolla medya çoğulculuğunu ele almanın, aykırı tanımlamalar, eksik işlevsellik ve normatif ve düzenleyici bir mantık olarak medya çoğulculuğu terimini kullanmada ortak zeminlerin olmaması sebebiyle zor olduğu konusunda ortak bir kanı da mevcuttur<sup>50</sup>.

Ancak 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren AB Temel Andlaşması (AB Anayasa Andlaşması) AB'nin AİHS ile teminat altına alınan temel hakların AB hukukunun rehber ilkeleri oluşturduğunu hükme bağlamaktadır. Bir başka anlatımla söz konusu Temel Andlaşma ile ifade ve haber alma özgürlüğünün ve medya çoğulculuğunun korunması için AB düzeyinde tedbir alınmasını sağlayacak hukukî dayanağının temin edileceği öne sürülmektedir<sup>51</sup>.

Ülkemizde görsel işitsel medya sahipliği ve görsel ve işitsel alanda yoğunlaşma konularında ilk düzenlemeler 1994 yılında çıkarılan 3984 sayılı Kanun'da yapılmıştır. Bu Kanun'un ilk hâlindeki, yayıncılıkta özel mülkiyeti düzenleyen 29. maddesi, o dönemde Fransa'daki sistem göz önüne alınarak hazırlanmıştır. Diğer bir deyişle, benimsenen sistem

---

<sup>49</sup> **Commission, "Green Paper on Services of General Interest",** paragraf. 74.

<sup>50</sup> KLİMKEİNECZ, Beata, adı geçen Strateji Raporu Taslağı s. 4 .

<sup>51</sup> KUTAY, Pars/ÖZÇERİ, Aslı, a.g.e., s. 19.



Fransa'nın bugün de bazı değişikliklerle uygulamakta olduğu "*Sermaye Payı/Yayın Lisans Modeline*" dayalıdır.

2002 tarihli 3984 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 4756 sayılı Kanun ile 29. maddeye getirilen değişiklik ile bu model terk edilerek İngiltere ve Almanya'nın uygulamakta olduğu "İzleyici Payı Modeli" getirilmiş ancak söz konusu madde, Sayın Cumhurbaşkanımızın başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından önce yürürlüğü durdurmuş ve daha sonra 21.09.2004 günlü E.2002/100, K.2004/109 sayılı kararı ile esasen iptal edilmiştir. Dolayısıyla değişiklikle getirilmek istenen model hiç hayata geçirilememiştir.

Avrupa Birliği ve Avrupa Komisyonu'nun medya çoğulculuğunun korunması konusunda öncelikle üye devletlerin sorumlu olduğunu, bu nedenle, medya sahipliği konusu düzenlenirken ülkelerin idarî, hukukî ve pazar yapılarına uygun ülke çıkarlarını göz önünde düzenlemeler yapılması gerektiği yolundaki görüşleri ile Anayasa Mahkemesi iptal kararında açıkça vurgulandığı gibi yasa koyucunun Anayasa'da verilen yetkiler ve görevler doğrultusunda bu alanda yeni bir yasal düzenleme yapma yetkisi ve imkanı bulunduğu, ancak yasa koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen sınırlar doğrultusunda takdir hakkı bulunduğu gerçeğiyle ve zorluğu ile karşı karşıya bulunmaktayız<sup>52</sup>.

#### **VI. ULUSAL GÖRSEL-İŞİTSEL DÜZENLEME OLARAK "RADYO VE TELEVİZYONLARIN KURULUŞ VE YAYIN HİZMETLERİ HAKKINDA KANUN TASARISI"**

TBMM Anayasa Komisyonunda bulunan "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı", Türkiye'de yayıncılık alanını düzenleyen halen yürürlükte olan 3984 Sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun"nu AB Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (GİMH) ile uyumlu hale getirmektedir. Bu anlamda, yeni taslakta sadece karasal yayıncılık değil, isteğe bağlı yayın hizmetleri de tasarının kapsamına alınmıştır.

<sup>52</sup> DARENDELİ, A.Vahap, "Medya Yoğunlaşması, Tekelleşmenin Denetim ve Çoğulculuğun Kurulması" **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** S. 68, Ocak-Şubat 2007 s. 129-130.

Öncelikle söz konusu yasa tasarının iki farklı yayın hizmeti üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, bir program akışı çerçevesinde sunulan radyo ve televizyon yayın hizmetleri; ikincisi ise yeni teknolojilerin getirdiği program akışsız, isteğe bağlı yayın hizmetleridir. Bu iki yayın hizmeti AB Yönergesinde tek bir şemsiye kavram içerisinde, televizyon yayınları ile birlikte isteğe bağlı yayın hizmetlerini içine alacak şekilde “görsel işitsel medya hizmeti” terimi içerisinde düzenlenmektedir. Bu kavramın söz konusu Yasa Tasarısına radyo ve televizyon yayın hizmetleriyle birlikte isteğe bağlı yayın hizmetlerini de içerecek şekilde “Yayın Hizmetleri” terimi olarak yerleştirildiği anlaşılmaktadır. Hâlbuki AB Görsel-İşitsel Medya Hizmeti Yönergesi sadece televizyon ve televizyon benzeri isteğe bağlı görsel-ışitsel yayınları düzenlemektedir. Burada bahsi geçen “görsel-ışitsel” kavramı radyo yayınlarını kapsamamaktadır. Buna karşılık, mevcut 3984 Sayılı Kanunda radyo yayınları da düzenlenmiş olup, hazırlanan taslakta da radyo yayınlarının düzenlenmesi gerekliliği nedeniyle seçilecek kavramın radyo yayıncılığını da kapsaması öngörülmektedir.

Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 133. maddesinde Radyo Televizyon Üst Kurulunun radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek üzere kurulduğunun ifade edilmiş olması ve Üst Kurulun adının da açıkça Anayasada yer almış olması nedeniyle, Yasa Tasarısında da Anayasada belirlenen terminolojiye uygun kavramaların geliştirilmesine özen gösterilmek zorunda kalındığı gözlenmektedir.

Bunun yanı sıra AB mevzuatına uyum çerçevesinde; Yargı Yetkisi, Avrupa Eserleri, Kısa Gösterim Hakkı, Toplumun Önemli Olaylara Erişimi gibi önemli yeni madde başlıkları ilgili bölümlerde düzenlenerek Tasarıya dahil edilmek suretiyle olumlu çağdaş düzenlemenin amaçlandığı görülmektedir.

- Yeni Yasa Tasarısı ile düzenlenmesi öngörülen başlıklar arasında;
- 16 yıldır yapılamayan frekans tahsisi karmaşasının son bulması ve frekans tahsislerinin yapılması
  - Sayısal yayıncılığa geçiş imkânının sağlanması,
  - Yayın ilkelerinin AB Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (GİMH) esas alınarak yeniden oluşturulması,
  - Medya sahipliği konusunda yabancı sermaye oranının yüzde 25'ten yüzde 50'ye çıkarılması,

- Belli oranda yerli yapılara yer verilmesinin zorunlu tutulması,
  - Reyting ölçümlerinin RTÜK tarafından denetlenmesi,
- konuları öne çıkmaktadır.

Her biri tek tek ve uzun uzun inceleme konusu olan bu başlıklardan özellikle frekans tahsisi ve medya sahiplik oranlarının yeniden düzenlenmesi konuları özel önem arz etmektedir. Dünya çapında düzenleyici kuruluşların en temel görevlerinden biri olan frekans tahsisinin yapılması ile ülkemizdeki çok önemli bir sorunun çözülmesi amaçlanmaktadır.

Medya sahiplik oranlarının yeniden düzenlenmesi konusunda yapılan değişiklik ise küreselleşme ile birlikte yaşanan serbestleşme politikalarına bağlı bir deregülasyon (katı kurallardan arındırma, yumuşatma yönünde yeniden düzenleme) olarak nitelendirilebilir. Yeni yasa tasarısında yabancı sermaye oranının yüzde 25'ten yüzde 50'ye çıkarılması konusu, basitçe küreselleşen dünyaya entegre olma süreci gibi görülebilir.<sup>53</sup>

Yeni yasa tasarısında yukarıdaki yenilikler dışında, özellikle yeni denetleme ilkeleri, ürün yerleştirme, akıllı işaretler (sınıflandırma sistemi) ve sayısal yayıncılığa geçiş gibi konularda Avrupa Birliği görsel-ışitsel politikalarına uyumlu değişiklikler içeriyor. Amacı izleyiciyi korumak olan ve bu nedenle yasak olan "gizli reklam" uygulaması, "ürün yerleştirme" başlığı altında kayıt altına alınıyor. "Akıllı İşaretler" (sınıflandırma sistemi) uygulaması ise hukuki altyapıya kavuşuyor gözükmemektedir.

Bütün bunlarla birlikte, söz konusu tasarının hayata geçirilebilmesi için somut önerilerimiz ise aşağıda yer almaktadır;

Öncelikle tasarı adının "Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi"nin tanımına uygun olarak yeniden düzenlenmesi bu nedenle de 1982 Anayasanın 133. maddesinde **Anayasa değişikliğine gidilmesi zorunlu görülmektedir**. Aksi takdirde tasarının kapsamı ile Anayasanın RTÜK için belirlediği görev ve yetki alanı birbiriyle uyuşmayacaktır.

---

<sup>53</sup> GÖLOĞLU, Özönur Defne, "Yeni RTÜK Yasa Tasarısı Değerlendirilmesi" MediaCat Özel Eki Eylül 2010 s.13

Tasarının tümü göz önünde bulundurulduğunda radyo-televizyon yayıncılığının kamu hizmeti işlevine gereği kadar özel vurgu yapmazken ticari boyutun zorunlu olarak ayrıntılı biçimde ele alındığı görülmektedir. Oysa mevcut yayıncılık ortamı, kamu hizmeti yayıncılığı anlayışının ve önceliklerinin gözetilmesini gerektiren ve bu konuda yasal teminata ihtiyaç duyulan bir ortamdır. Bu nedenle tasarı metni, gerek resmi olarak kamu hizmeti yayıncılığı işlevi ile tanımlanan ve gerekse özel yayıncılar için kamu hizmeti nosyonundan hareketle yeniden yazılmalıdır.

Diğer taraftan tasarının RTÜK'ü sadece bir resmi denetim kurumu olarak konumlayan bir anlayışı sürdürüyor olması izleniminden kurtarılarak “düzenleyici” kimliğinin özdenetim veya ortak denetime özendiren, yasaklayıcı değil teşvik edici olan bir “düzenleyici” kurum olması vurgusu yapılmalıdır.

Mevcut 3984 Sayılı Kanunda var olan ve söz konusu Tasarıda da varlığını sürdüren “siyasi partiler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, birlikler, dernekler, vakıflar, mahalli idareler ve bunlar tarafından kurulan veya bunların doğrudan veya dolaylı ortak oldukları şirketler ile sermaye piyasası kurumları ve bu aracı kurumlara doğrudan veya dolaylı ortak olan gerçek ve tüzel kişilere yayın lisansı verilemez.” ifadesinin tasarıdan çıkarılarak sendikalara ve kâr amacı taşımayan demokratik kitle örgütlerine yayın hakkı tanınmalıdır. Bu çoğulcu ve demokratik bir medya ortamının sağlanmasının en önemli gereklerinden biridir.

TRT'nin Yasa Tasarısı kapsamına alınarak yayın ilkeleri ile yayın hizmetlerinde ticari iletişimi düzenleyen hükümlerinin TRT için de uygulanması yerindedir. Ancak, ilgili maddenin 2. paragrafında “söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda Türkiye Radyo Televizyon Kurumu, ihlalin niteliği açıkça belirterek Üst Kurulca uyarılır ve bu hususun gereği için Türkiye Radyo Televizyon Kurumuna bildirilir.” ifadesi yer almaktadır. Bu durum Tasarının 43. maddesinde yer alan ve RTÜK'ün medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile isteğe bağlı yayın hizmeti sunan kuruluşlara uygulayabileceği idari yaptırımların kapsamı göz önünde bulundurulduğunda çifte standarta sahip bir değerlendirme ortamı yaratmaktadır. Diğer kuruluşlara uyarıda bile bulunmadan idari para cezası yanında programların durdurulabileceği ya da program kataloğundan çıkartılabileceği belirtilirken, TRT'nin sadece RTÜK tarafından uyarılacağı belirtilmektedir. TRT'nin uyarıya konu

olacak ihlali tekrarlaması durumunda TRT'ye nasıl bir yaptırım uygulanacağı belirtilmemiştir. Tasarıdaki bu çelişki giderilmelidir.

### VII. SONUÇ:

Ülkemiz son dönem medya politikaları, AB üyeliği süreci ile paralel gitmektedir. 1999 yılının Aralık ayında Türkiye'nin tam üyelik adaylığının kabul edilmesiyle birlikte girilen yeni dönemde, hükümetlerin en önemli görevi Avrupa Birliği'nden müzakere tarihi almak olmuştur. Türkiye'nin üyelikten kaynaklanan yükümlülükleri üstlenebilme yeteneği aranan kriterlerden biridir. Bu yükümlülükler, müktesebat olarak bilinen ve Avrupa Birliği'nin amaçlarının uygulanabilmesi için kullanılan hukukî ve kurumsal çerçeveyi ifade etmektedir.

Avrupa Birliği'nin görsel-işitsel medya hizmetlerinin hukukî ve kurumsal çerçevesi esas itibarıyla; AB medya politikalarını da oluşturan, tüketiciye yüksek koruma, (içeriğin düzenlenmesi) yayın endüstrileri için sınırsız fırsatlar yaratma ve rekabet gücünün artırılması hedeflerinden oluşmaktadır.

Doğal olarak gerek Avrupa Birliği gerekse Avrupa Komisyonunda özellikle son iki yıl yoğun olmak üzere yaşanan süreç ve su suretçe yaşanan zorluklar sonrasında ortaya çıkan GİMİH Yönergesi veya sonuçlandırılmayan GİMİH “Sözleşme Taslağı gibi” uluslararası metinler, standartlar daha iyi yasa (düzenleme) yapma adına ulus devletlere ve onun düzenleyici otorite ve yasama otoritelerine rehberlik edecek vazgeçilmez bir hükümler olarak yerlerini almışlardır. Bu anlamda Avrupa'da geliştirilen demokratik standartların, evrensel kabul görmüş insan haklarının bir parçası olduğunu da vurgulamak gerektiğine inanmaktayız.

Ancak 2009 yılı sonu itibarıyla AB üyesi devletlerin büyük bir kısmı GİMİH Yönergesi uyum doğrultusunda, ulusal düzenlemelerini hayata geçirmiş olmalarına rağmen yönergenin uygulamasından sorumlu temas komitesince izlenen süreçte uluslararası düzeyde yeni medya ve medya benzeri kavramlar ve tanımlarının netleşmemesinin bir takım belirsizlikleri beraberinde taşıdığı görülmektedir.

Ayrıca görsel-işitsel medya düzenlemesinin farklılığı ve kendine özgülüğü ile görsel-işitsel medya hizmet alanının farklı bir doğasının bulunduğuna yönelik genel kabullenme, bu alana özgü sınırlamaları ve yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Söz konusu sınırlama ve

yükümlülükleri, yapımcıların tarafsızlığından, özellikle çocukların televizyonun etkilerine karşı korunmalarına, reklamlara ilişkin sınırlamalardan, eğitim programları yayımlama zorunluluğuna ve hatta özellikle Avrupa ülkelerinde yabancı yayınların oranının sınırlandırılmasına kadar geniş bir yelpaze arz etmektedir.

Medya alanında sermaye sahipliğinin aynı zamanda zihinsel üretim aracı sahipliği olduğu göz önünde bulundurulduğunda; bu alanda ideal düzenleme getirmenin önemi ve güçlülüğü yadsınamaz gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Görsel-işitsel medya hizmetleri düzenlemelerinde, hangi noktada dışsal (sektör dışı) katkıların ve hangi noktada içsel (görsel-işitsel sektör) iradenin bir düzenlemeye hayat veren yapıtaşlarını oluşturacağını önceden kestirmek zor görülmektedir. Bu nedenledir ki bu alanda ulus ve uluslarüstü medya siyaseti belirleyenlerin, düzenleyici otoritelerin ve sektörün tüm aktörlerinin bu güne kadar ortaya koydukları her türlü dokümanın adresi ve ipuçları verilmek ve önemli bir data oluşturularak ulusal çerçeveye hukuksal katkıların önü açılmak istenmektedir.

Bu genel bakış içerisinde, söz konusu tasarının hukukî çerçevesinin oluşturulmasında sektörün aktörleri kadar ülkenin hukuk ve bilim adamlarının da aktif katılımına ihtiyacı olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle daha iyi yasa yapma arzusu ve yargısal içtihat ve bilimsel doktrinin zengin katkısına olan ihtiyacıyla görsel-işitsel medya alanında ki düzenlemelerde, özellikle kamu hukukçusu ve yönetsel hukukçulara büyük görevler düşmektedir.

Medyanın, özellikle görsel-işitsel medyanın, sosyal yaşamdaki ve genel olarak toplumdaki rolü göz önünde bulundurulduğunda medyadaki düzenlemelerin medya yapısında ve içerindeki değişikliklerden ve yeniliklerden ziyade bunların toplumsal sonuçları itibariyle tartışmaların ana eksenini oluşturduğu bir gerçektir. Bu bağlamda medyada çoğulculuk ve çeşitlilik ve çok seslilik kavramları, demokratik toplumun hukuk devletinin ve en önemlisi ifade özgürlüğünün merkezindeki kavramlar olarak düzenlemenin ve bu alanda yapılacak tüm temel ikincil ve düzenlemelerin referans noktaları hâline geldiğini göz ardı etmemek zorunluluğu bulunmaktadır.

Ulusal görsel-işitsel medya hizmetlerinin düzenlenmesi için hazırlanan ve hâlen TBMM de bulunan Radyo ve Televizyonların

Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun Tasarısının, ifade ve haber alma özgürlüğünün ve medyada çoğulculuğun kurulması ve korunması için teminat oluşturacak, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokrasi için medya göstergesi anlamında hukukî dayanağa dönüştürülmesi aşamasında, başta bu ülkenin mümtaz hukuk adamları olmak üzere ilgili herkesin ve her kesimin bireysel ve toplumsal görev ve yükümlülükleri olduğunu belirtmek isteriz.

#### KAYNAKÇA:

- 1- ARSAVA, Fusun, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1985.
- 2- CAN, Hacı, **Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku**, 1. Basım Adalet Yayınevi, Temmuz 2009.
- 3-ÇAKAN, Enver, "Avrupa Topluluğu'nda Vergilerin Uyumlaştırılması", **Maliye Dergisi**, sayı: 107, Mart-Nisan 1992; ÖZSUNAY, Ergun "AET'de Hukukların Kordinasyonu Uyumlaştırılması. Denkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun Belirgin Özellikleri" Birinci Avrupa Hukuk Haftası, **İ.Ü. Hukuk Fak. Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi (AHAEM)** 24-27 Ocak 1978.
- 4-DARENDELİ, A.Vahap. "Medya Yoğunlaşması, Tekelleşmenin Denetim ve Çoğulculuğun Kurulması" **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** S.68 Ocak-Şubat 2007.
- 5-DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Bağımsız İdare Otoriteler" A.İ.D. C.30, S.1, Mart 1997,
- 6-GÖLOĞLU, Özönur, Defne, "Yeni RTÜK Yasa Tasarısı Değerlendirilmesi" MediaCat Özel Eki Eylül 2010.
- 7-KADIOĞLU, Meltem, **İktisadi Bütünleşmelerde Vergi Uyumlaştırması Sorunu** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1991.
- 8-KAROL, Jakubowicz, "**Medyada Yeni Bir Anlayış mı? Yeni İletişim Hizmetlerinde Medya ve Medya Benzeri İçerik ve Eylemler**", Strozborg Medya ve Yeni İletişim Hizmetleri Yürütme Komitesi Raporunun Gayriresmi Tercümesi. RTÜK Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı.
- 9-KLİMKIEWECZ, Beata. "**Yeni Düzenlemelerin Zorluğunda Avrupa Medyası ve İfade Özgürlüğü**" gayri resmi tercüme s.3 22-23

Eylül 2006 Cost 30 Eylemi Çalışma Grubu 3.medya ve Siyasa Düzenlemesi. RTÜK Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı.

10-KUTAY, Pars / ÖZÇERİ, Aslı. **Avrupa Birliği’de Medya Hukuku ve Uygulamaları**, Televizyon Yayıncıları Derneği Yayın No:2 İstanbul 2006.

11-MEMİŞ, Tekin, **3G Teknolojik Yaklaşımlar Hukukî Sorunlar ve İlkeler** Bilgi Çağı 2009 İstanbul, 2009.

12-ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.

13-ÖZSUNAY, Ergun, “**AET’de Hukukların Koordinasyonu Uyumlaştırılması. Denkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun Belirgin Özellikleri**”, Birinci Avrupa Hukuk Haftası, İ.Ü. Hukuk Fak. Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi (AHAEM) 24-27 Ocak 1978.

14-ÖZTÜRK, Alper Tunga, **Telekomünikasyon Sektöründeki Politikaların Düzenlemeler Üzerindeki Olası Etkileri**, İletişim, Bilgi ve Teknoloji Dergisi, Ocak 2010.

15-PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

16-SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

17-ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları, Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gerekseleri ve Sınırları**, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. Mart 2009 İstanbul.

18-TİRYAKİ, Refik, Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK AÜUFD. C.51,S.4

19- THOMPSON, Brian, Textbook on Constitutional and Administrati ve Law 3 Ed. Blackstone Press Limited, 1997.

20-ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” ABD, Yıl 2000. S.2

21-YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Üçüncü Baskı, Konya, 2009

22-YILMAZ, Hâlit. **İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi**, İmaj Yayın, Ankara 2006.

23-YILDIRIM, Turan, “Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mayıs 1987. C.2



24-Avrupa Birliği El Kitabı T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

**DIĐER KAYNAKLAR:**

1- Avrupa Topluluğunun Kurucu Andlaşması olan Roma Andlaşmasına 2.10.1997 tarihinde 32 sayılı Protokolü ile eklenen “Kamu Hizmeti Yayıncılığına Dair Amsterdam Protokolü” (Official Journal of the European Community 10.11.1997) Er. C (340).

2-BTK SAS Dairesi Bşk., 2009, Yakınsama: “**Telekomünikasyon ve Medya Sektörleri Açısından Düzenlemelere Etkisi**”, <http://www.itc.org.uk/> (24.02.2010).

3-Commission, “**Green Paper on Services of General Interest**”, paragraf. 74.

4-[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM_en.asp) (24.02.2010).

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsettin/media/Doc/MCM\(2000\)003\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsettin/media/Doc/MCM(2000)003_en.asp) (24.02.2010).

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/PACE\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/PACE_en.asp) (24.02.2010).

5-“*Indicators For Media In a Democracy*” Resolution, 1636 (2008), rapor için <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERES1636.htm> (25.02.2010).

6-Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.sorgu\\_yonlendirme](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme)

7-Iosifidis Petros, Digital Convergence: “**Challenges for European Regulation**”, 2002.

8-Recommendation Rec (2000) 23 Of The Committee Of Ministers To Member States On The Independence And Functions Of Regulatory Authorities For The Broadcasting Sector (Adopted by the Committee of Ministers on 20 December 2000 at the 735th meeting of the Ministers Deputies) bkz. [http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg\\_ref\\_coe\\_r2000\\_23\\_regulatory\\_authorities\\_201200\\_tcm6-4442.pdf](http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_ref_coe_r2000_23_regulatory_authorities_201200_tcm6-4442.pdf) (02.02.2010).

9-“**Respect for Media Freedom**”, Committee On Culture, Science and Education Sub-Committee On Media, AS/Cult/Media (2009). [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/20091026\\_HorsleyReport.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/20091026_HorsleyReport.pdf) (24.02.2010).

10- RTÜK, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı'nın 6 Ekim 2010 tarihli yurt dışı faaliyet raporu,

11-RTÜK, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı'nın 7 Ekim 2010 tarihli yurt dışı faaliyet raporu,

12-“The Digital Age: Report Of the High Level Group on Audiovisual Policy”

See [http://europa.eu.int/eac/bg-intro\\_en.html](http://europa.eu.int/eac/bg-intro_en.html) for details on the outcome of the Conference.

13- “The Digital Age: Report Of the High Level Group on Audiovisual Policy”

See [http://europa.eu.int/eac/bg-intro\\_en.html](http://europa.eu.int/eac/bg-intro_en.html) for details on the outcome of the Conference.

14-17.02.2006 tarih ve 26083 sayılı TC Resmi Gazetesi.

15-Yeni Bir Medya Anlayışı mı, Medeniyetler İttifakı ve Medya ve Yeni İletişim Hizmetleri Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Konseyi Bakanlar Konferansı Reykjavik İzlanda 28-29 Mayıs 2009 Resmi Bildirisi. [http://www.ministerialconference.is/media/images/a\\_new\\_notion\\_of\\_media\\_web\\_version.pdf](http://www.ministerialconference.is/media/images/a_new_notion_of_media_web_version.pdf) (24.02.2010).

16-Westphâl D., “Media Pluralism and European Regulation”, **European Business Law Review**, 13(5), 2002.

17-1/9 sayılı Görüş, 14.12.1991 European Court Reports, 1991, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartap!prod!CELEXnumdoc&](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartap!prod!CELEXnumdoc&) (15.9.2009).

18-Akdeniz Görsel İşitsel Oporotörleri Daimi Konferansı (COPEAM) “Mutakabat Zaptı” ve “Karadeniz Yayıncılık Düzenleyici Otoriterler Formu Kuruluş Tüzüğü” için bkz. [www.braf.info/index.php](http://www.braf.info/index.php) (11.03.2010).

## SİYASAL DÜŞÜNÜRLER VE MODERN EGEMENLİK

Arş. Gör. Dr. Selcen ERDAL\*

### ÖZET

*Modern bir kavram olarak egemenlik, ancak modern devletin ortaya çıkmaya başladığı dönemle birlikte gündeme gelmiştir. Bu bağlamda, ilk ortaya çıkan şekliyle devletin egemenliğinin günümüze kadar hiç değişmeden geldiği söylenemez. Bu konuda iki farklı dönem vardır. Birincisi, 1789 Fransız Devrimine kadar olan ve egemenliğin tek bir kişiye izafe edildiği dönemdir. Bu dönemde, Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau'nun görüşleri son derece önemli bir yer işgal etmektedir. Rousseau'nun görüşlerinin de etkili olduğu ve Fransız Devrimi ile ortaya çıkan ikinci dönemde ise, bu güç tek bir kişiden alınarak tüm topluma maledilmiştir.*

**ANAHTAR KELİMELER:** Egemenlik, Machiavelli, Bodin, Hobbes, Rousseau.

### POLITICAL THINKERS AND MODERN SOVEREIGNTY

#### ABSTRACT

*Sovereignty, as a modern concept, has arisen at the same time with the modern state. In this context, it is impossible to say that, sovereignty didn't change up until now. There are two different periods about this subject. In the first period, sovereignty had attributed to only one person and taken time to the 1789 French*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

*Revolution. In this period, Machiavelli, Bodin, Hobbes and Rousseau and their thoughts are very important. In the second period which had arisen at the same time with the French Revolution, this power has taken from one person and given all society.*

**KEYWORDS:** *Sovereignty, Machiavelli, Bodin, Hobbes, Rousseau.*

## GİRİŞ

İnsanların birlikte yaşamakta oldukları tüm ortamlarda, kural koyma ve bununla bağlantılı olarak iktidar sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü, insanların bir üstün otorite tarafından yönetilmeye ihtiyaç duymaksızın birlikte yaşayabilmeleri mümkün değildir. Belirli kurallar ve kural koyanların bulunmadığı bir toplumda, düzensizlik ve kaos yaşanması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, insanlar arasında barış ve güveni sağlamak ve onların özgürlüklerini korumak amacıyla, devlet bir zorunluluktur<sup>1</sup>. Bu bağlamda, Eski Yunandan günümüze kadarki dönemlerde devletin en temel özelliği, insanların yönetilmesi ile ilgili tüm süreci gerçekleştirmek ve toplumsal düzen ve güvenliği sağlamak olmuştur. Bunun sağlanabilmesi için, devletin bir üstün otorite olarak kurallar koyma, bu kurallara uymayı sağlama, cezalandırma, emir ve direktifler verme gibi, insanların bir arada yaşamaları için gerekli olan yetkileri kullanabilmesi gerekir. İşte bu noktada, uyulması zorunluluğu olan tasarruflarda bulunması imkanını devlete kazandıran bir kavram olarak, “egemenlik” ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında egemenlik, “bir devletteki üstün emretme gücü”dür<sup>2</sup>.

Modern bir kavram olarak egemenlik, ancak modern devletin ortaya çıkmaya başladığı dönemle birlikte gündeme gelmiştir. Bunun yanında egemenlik, uzun bir süre günümüzdekinden oldukça farklı bir

---

<sup>1</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BELAND Daniel**, “Insecurity, Citizenship and the Globalization: The Multiple Faces of State Protection”, *Sociological Theory*, Vol. 23, No. 1, March 2005, s. 26-28.

<sup>2</sup> **HAKYEMEZ Yusuf Şevki**, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara 2004, s. 14; **UYGUN Oktay**, “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1989, s. 389.

biçimde kullanılmış ve adeta krala özgülenmiştir. Fakat belli bir süre sonra, burjuvazinin de etkisiyle, krala ait olan bu üstün gücün, ondan alınarak tüm topluma geçmesi sonucu, egemenliğin “demokratik” niteliği de tarihsel gelişim sürecinde yerini almaya başlamıştır. Başka bir deyişle, demokratik egemenlikle birlikte, daha önce yalnızca yönetilen konumunda olan insanlar, üstün emretme gücünün sahibi pozisyonuna da gelmişlerdir. Ancak, yine zaman içinde yaşanan gelişmeler sonucunda, mutlak egemenlikten farklı sınırlı bir egemenlik anlayışı ortaya çıkmıştır.

### ***I. MODERN DEVLETİN VE EGEMENLİĞİN DOĞUŞU***

Modern devlet düşüncesini şekillendiren temel ölçüt, egemenlik kavramı ve bu kavramın hukuki zemine oturtulmasıdır. Tarihsel süreç, Batıda 16. yüzyıldan sonraya rastlar. 18. yüzyıla kadar hem egemenlik hem modern devlet düşüncesi olgunlaşacak; yalnız düşünceyi değil, modern hukukun temel kavramlarını yeniden inşa ederek, iktidar ve birey arasında kurulan hukuki-siyasi ilişkiyi tamamen değiştirecektir. Egemenlik kavramı da bu süreçte, modern hukuk dağarcığındaki sarsılmaz yerine kavuşacaktır<sup>3</sup>.

Klasik doktrinde egemenlik devlet kudretinden ayrılmamış ve onunla aynı kabul edilmiştir. Devlet ise hükmi bir şahıs ve soyut bir kavram olduğu için, sahip olduğu kudreti kullanacak gerçek kişilere ihtiyaç hissetmektedir. Dolayısıyla egemenlik, fiili olarak devlet kudretini kullananların sahip oldukları iktidar ile özdeşleşmektedir. Devlet kudretini kullananların bu hakkı nereden aldıkları, başka bir ifadeyle, bir kısım insanların, diğer insanlara emir verme ve onları emirlerine uymaya mecbur etme yetkisini nasıl elde ettikleri sorunu ortaya çıkmaktadır. Egemenliğin kaynağı tabiri ile –klasik anlamda- kastedilen budur<sup>4</sup>. Siyasal düşünce tarihinde, egemenliğin kaynağı ile ilgili olarak farklı görüşler ortaya konulmuştur.

Siyasal iktidarın meşruluk temeli önceleri gökyüzünde, Tanrıda ve kutsal kaynaklarda aranmıştır. En eski zamanlardan ve ilkel toplumlardan yakın zamanlara kadar bu inanç değişik şekillere ve

<sup>3</sup> **KİA Rukiye Akkaya**, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, İstanbul 2006, s. 15.

<sup>4</sup> **TÜRÇAN Talip**, Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, Ankara 2001, s. 111-112.

anlayışlara bürünmüştür. Bu teolojik meşruluğun en ilkel türünü eski çağların Tanrı-Kral'larında görmek mümkündür<sup>5</sup>.

Asıl gelişmiş ve sistemleştirilmiş teokratik doktrinler, orta çağın sonlarında ve yeni çağın başlarında ortaya çıkmıştır. Katolik kilisesi ve dogmatığı, bu teorilerin oluşmasında önemli bir rol oynamıştır. Avrupa'da mutlak monarşilerin kurulmasıyla birlikte, kralların hükümlerini haklarını meşru bir temele dayandırma zorunluluğu da kendini göstermiştir. Bu duruma bağlı olarak, krallar da iktidarlarını doğrudan doğruya Tanrı'ya, onun kutsal iradesine atfetmişlerdir. Burada, bizzat kralın kişiliğinin Tanrısal niteliği artık söz konusu olmamakla beraber, iktidarının kaynağının ilahi olduğu fikri üzerinde durulmaktadır. Her türlü insan iradesinin üstünde, kaynağını ulu Yaratıcının mutlak ve karşı gelinmez iradesinden alan ve yine onun adına kullanılan bir iktidar, o çağlarda siyasal iktidara bulunabilecek en sağlam meşruluk temelidir<sup>6</sup>.

Sonuç olarak, "teokratik teoriler" tabiri ile, egemenliğin kaynağında ilahi-tanrısal bir iradenin bulunduğunu kabul eden görüşler kastedilmektedir. Teokratik egemenlik teorilerine göre, egemenlik Tanrı'ya aittir. Bütün iktidarlar Tanrı'dan gelir (Omnis potestas a Deo). Egemenliğin sahibi Tanrı olmakla birlikte, Tanrı adına bu egemenliği yeryüzünde kullanacak insanlara ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, egemenliğin yeryüzündeki kullanıcılarının kim olacağı ve bunların nasıl belirleneceği konusunda teokratik teorilerde görüş birliği yoktur<sup>7</sup>.

## II. SİYASAL DÜŞÜNÜRLER VE MODERN EGEMENLİK ANLAYIŞI

Orta çağda uhrevi hayata verilen ağırlığın yerini, yeni çağda dünyevi hayat almıştır. Zira, orta çağı yeni çağdan ayıran en önemli özellikler, dünyevileşme ve laikleşme olgularıdır<sup>8</sup>. Bunun sonucu olarak da, orta çağda modern egemenlik anlayışının bulunmadığını söylemek mümkündür.

---

<sup>5</sup> **KAPANİ Münci**, Politika Bilimine Giriş, 13. Baskı, Ankara 2001, s. 68.

<sup>6</sup> **KAPANİ**, s. 69.

<sup>7</sup> **GÖZLER Kemal**, Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2004, s. 51.

<sup>8</sup> **HAKYEMEZ**, s. 24.

Modern devletin ortaya çıkmasında laikleşme süreci önemli rol oynamıştır. 16. ve 17. yüzyıllarda yaşanan din savaşları sonrasında kilise, siyasal iktidarın üzerinden elini çekmek zorunda kalmış, dünyevi otorite bütün gücü ile kendi yetki alanına hakim olmaya başlamıştır<sup>9</sup>. Bu dönemde Avrupa’da Fransa Krallığı başta olmak üzere monarşiler, feodalite, Papalık ve Roma-Germen İmparatorluğu arasında yaşanan üstünlük mücadelesini Fransa kralları kazanmışlar, içeride feodal güçlere karşı üstünlüklerini kabul ettirmişler ve dışa karşı da Papalık ve İmparatorluk karşısında bağımsızlıklarını sağlamışlardır. Bu mücadele sırasında Fransa kralları egemenlik kavramını, ülke içinde kendi iktidarlarına rakip olabilecek bir iktidar tanımadıklarını ve ülke dışında da kendilerinden üstün olabilecek bir güç kabul etmediklerini ifade eden bir hukuksal kavram olarak kullanmışlardır<sup>10</sup>.

Bu bağlamda, egemenliğin “modern” niteliği bu tarihten itibaren ortaya çıkmakla birlikte, ilk ortaya çıkan şekliyle devletin egemenliğinin günümüze kadar hiç değişmeden geldiği söylenemez. Bu konuda iki farklı dönem vardır. Birincisi, 1789 Fransız Devrimine kadar olan ve egemenliğin tek bir kişiye izafe edildiği dönemdir. Rousseau’nun görüşlerinin de etkili olduğu ve Fransız Devrimi ile ortaya çıkan ikinci dönemde ise, bu güç tek bir kişiden alınarak tüm topluma maledilmiştir<sup>11</sup>.

#### **A. NİCCOLO MACHİAVELLİ (1469-1527)**

Machiavelli<sup>12</sup>, orta çağ ile olan bağları kesme noktasında en önemli düşünür olarak karşımıza çıkmaktadır. Düşünür bu bağları

<sup>9</sup> **MacCORMICK Neil**, Questioning Sovereignty: Law, State and the European Commonwealth, Oxford University Press, New York 1999, s. 123.

<sup>10</sup> **HINSLEY F. H.**, Sovereignty, New York 1966, s. 126; **KAPANI**, s. 55-56; **TURHAN Mehmet**, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003, s. 216.

<sup>11</sup> **AKAL Cemal Bali**, “Devlet, Yasa, Hakimiyet”, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İ.Ü.H.F.Y., İstanbul 1999, s. 26-27; **OKANDAN Recai Galip**, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 784-785.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz, **AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/KÖKER Levent**, Tanrı Devletinden Kral Devlete, 3. Baskı, Ankara 2001, s. 170-207; **EBENSTEIN William**, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, (Çev.: İsmet

keserken, dini bir kenara bırakarak, yerine politikayı getirmiş ve yeni bir sistem kurmuştur<sup>13</sup>. Bir kuram oluşturma endişesi olmayan Machiavelli, modern devlet ve egemenlik olgularını, kendi amacını gerçekleştirmek için, ilk kez kullanmıştır<sup>14</sup>. Böylece Machiavelli, egemenliği kavramsallaştırmadan, onu modern bir olgu olarak belirlemeye çalışan düşünür olarak görülür<sup>15</sup>.

Orta çağ ile bağlantıyı kesen, onun ahlak ve din anlayışının yerine politikayı koyan yepyeni bir sistem getiren Machiavelli'nin egemenliğinin tek dayanağı ve hedefi, insanların güvenlik isteğidir. Bu bağlamda Machiavelli, siyaseti etkili bir kontrol tekniği olarak düşünmüştür ve bunun amacı İtalya'nın birliğinin sağlanmasıdır<sup>16</sup>. Düşünüre göre, İtalya'da egemenliğin kurulmasına kilise engel olmuştur. Dolayısıyla buna tepki olarak, egemen otorite laik bir olgu olarak kurgulanmalıdır. Bu bağlamda Machiavelli, "Tüm iktidarlar Tanrıdan gelir" (Omnis potestas a Deo) formülü üzerine kurulu orta çağ skolastik düşüncesinden gerçek anlamda kopuşun bir simgesi olmuştur<sup>17</sup>.

---

Özel), İstanbul 1996, s. 134-145; **THOMSON David**, Siyasi Düşünce Tarihi, (Çev.: Ali Yaşar Aydoğan ve diğerleri), 3. Baskı, İstanbul 2000, s. 22-39.

<sup>13</sup> **AKAD Mehmet/DİNÇKOL Bihterin Vural**, Genel Kamu Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 76; **HAKYEMEZ**, s. 27.

<sup>14</sup> **AKKUŞ Selahattin**, Modern Egemenliğin Doğuşu: Pratik ve Kavramsal Belirlenme, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, s. 95-96.

<sup>15</sup> **AKKUŞ**, s. 75; **HAKYEMEZ**, s. 28; **KOÇAK Mustafa**, "Modern Egemenlik Düşüncesi ve Mustafa Kemal Atatürk'ün Ulusal Egemenlik Anlayışı Üzerine Düşünceler", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli 2001, s. 170.

<sup>16</sup> **AKAD Mehmet**, "Machiavel-Bodin ve Hobbes'da Monarşi Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, İstanbul 1974, s. 556; **AKAD/DİNÇKOL**, s. 76; **AKKUŞ**, s. 99-101; **HAKYEMEZ**, s. 28; **SABINE George H./THORSON Thomas L.**, A History of Political Theory, Fourth Edition, 1989, s. 318 vd.

<sup>17</sup> **AKAD/DİNÇKOL**, s. 79; **AKAL Cemal Bali**, Sivil Toplumun Tanrısı, 2. Baskı, İstanbul 1995, s. 45; **AKKUŞ**, s. 107-108; **CASSIRER Ernst**, Devlet Efsanesi, (Çev.: Necla Arat), İstanbul 1984, s. 142-143; **GÖZE**



Machiavelli, belki orta çağın siyasal iktidar konusundaki “tüm güç Tanrı’nın gücüdür” ilkesine karşı yeni bir ilke arayışına girmemiş, ama onu adeta yok sayarak, modern ulus devletin temel niteliklerinden olan laiklik yönünde köktenci bir adım atmıştır<sup>18</sup>.

Siyasal iktidarın, birlik içinde tek bir egemenin ürünü, bu egemenin de hükümdar/prens olması gerektiğini savunan Machiavelli, kilisenin siyasal egemenliği bölen iktidarını reddederek, tek bir egemen ve egemenlik kuramı geliştirmiştir. Machiavelli’ye göre, egemenliğin en temel ilkesi birlik ve bütünlüktür. Egemeni denetleyecek ve sınırlandıracak hiçbir güç olmadığı gibi, egemenin ortak iyiyi sağlayacak amacına ulaşması için kullandığı her yol meşrudur<sup>19</sup>. Machiavelli’ye göre, hükümdarın portresi egemen bir hükümdarın portresidir, yani onun kullandığı iktidar egemenlikle tanımlanır<sup>20</sup>.

Machiavelli’nin ünlü eseri Prens’te<sup>21</sup> (İl Principe), o dönemden ve tarihten örnekler verilerek bir krallığın nasıl ele geçirileceği ve nasıl elde tutulacağı konusu işlenmiştir. Düşünürün temel problemiği iktidar sorunudur ve bu kitapta Machiavelli, iktidar konusunu yalın ve gerçekçi bir biçimde dile getirir<sup>22</sup>.

”Devlet Efsanesi” isimli kitabın yazarı Ernst Cassirer, Machiavelli’nin bu gerçekçiliği konusunda şunları söylemektedir: “Machiavelli, siyasal eylemleri bir kimyagerin kimyasal reaksiyonları incelediği gibi incelemiştir. Laboratuvarında çok kuvvetli bir zehir hazırlayan kimyager, hiç kuşku yok ki, bunun sonuçlarından sorumlu

---

**Ayferi**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 7. Baskı, İstanbul 1995, s. 112; **KOÇAK**, “Modern Egemenlik Düşüncesi”, s. 171.

<sup>18</sup> **KOÇAK**, “Modern Egemenlik Düşüncesi”, s. 171; **SABINE/THORSON**, s. 319.

<sup>19</sup> **AKGÜL Deniz Altınbaş**, “Türkiye – Avrupa Birliği İlişkilerinde Egemenlik Sorunu”, Avrasya Dosyası, C. 10, S. 1, İlkbahar 2004, s. 140.

<sup>20</sup> **MAIRET Gerard**, “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, (Çev.: Cemal Bali Akal), Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000, s. 231.

<sup>21</sup> Türkçe çeviri için bkz., **MACHIAVELLI Niccolo**, Hükümdar, (Çev.: Selahattin Bağdatlı), 4. Baskı, İstanbul 1994.

<sup>22</sup> **KOÇAK**, “Modern Egemenlik Düşüncesi”, s. 170.

tutulamaz. Çünkü, bu zehir, usta bir doktorun elinde bir insanın hayatını kurtarabileceği gibi, bir katilin elinde de bir insanın ölümüne neden olabilir. Her iki olayda da kimyageri ne övebilir ne de suçlayabiliriz. O eğer bize zehri hazırlamak için gerekli olan tüm süreçleri öğretmiş ve kimyasal formülünü vermişse elinden geleni yapmış demektir<sup>23</sup>”.

Machiavelli, siyasi iktidar kavramında sürekliliği göz ardı etmiştir. Bu, düşünürün en önemli eksiği olarak görülür. Machiavelli'deki eşitsiz dünyevi güç ilişkileri, bu nedenle “geçici”dir<sup>24</sup>. Bunu sürekli boyuta çekecek olan ise Jean Bodin'dir.

### **B. JEAN BODİN (1530-1596)**

Jean Bodin<sup>25</sup>, feodal düzenden merkezi monarşilere geçişi simgeleyen bir düşünürdür. Bodin, mutlak monarşiyi hukuksal temeller üzerine oturtmuş ve ona laik bir anlam kazandırmıştır.

Egemenlik kavramının ilk olarak çağdaş anlamda tanımını yapan, onu sistemleştirerek belirli bir teori haline getiren de, Fransız hukukçusu Jean Bodin'dir. Egemenlik kavramı yanında, “devlet nedir ve nasıl kurulmuştur?” gibi sorular üzerinde de, ilk kez Bodin durmuştur<sup>26</sup>. Yazar, “Devletin Altı Kitabı” adlı eserinde, egemenliği, “**yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güç**” olarak tanımlamıştır<sup>27</sup>. Bu

---

<sup>23</sup> CASSIRER, s. 157.

<sup>24</sup> AKAL, Sivil Toplumun Tanrısı, s. 60-61; HAKYEMEZ, s. 29.

<sup>25</sup> Jean Bodin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EBENSTEIN, s. 155-163.

<sup>26</sup> AKAL, Sivil Toplumun Tanrısı, s. 63; AKGÜL, s. 140; AKYOL Taha, “AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliğin Çağdaş Kayıt ve Şartları”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003, s. 95-96; EBENSTEIN, s. 196; HAKYEMEZ, s. 29; KAPANİ, s. 56; KOÇAK Mustafa, Batı'da Ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi: Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar – Yeni Anlamlar), Ankara 2006, s. 80; WILKS Ivor, “A Note on Sovereignty”, A Philosophical Quarterly, Vol. 5, No. 21, October 1955, s. 342; ZABUNOĞLU Yahya Kazım, Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, Ankara 1963, s. 45.

<sup>27</sup> AKAD, s. 567; BODİN Jean, “Devlet Üstüne Altı Kitap”tan Seçme Parçalar, (Çev.: Özer Ozankaya), Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi (Der.: Mete Tunçay), C. 2, s. 1; ÇINAR Mehmet Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2004,

tanım bağlamında, egemenlik sınırsız ve mutlak bir iktidar olup, tekelci, bölünemez ve devredilmez bir yapıya sahip olmaktadır<sup>28</sup>.

Görüldüğü gibi, Bodin'in egemenlik tanımında, kavramın yalnızca iç egemenlik boyutu ele alınmıştır<sup>29</sup>. Böyle olması son derece doğaldır; zira, Bodin'de egemenlik kavramı, Avrupa'nın ulus-devletlere ayrılmasının ve mutlak hükümdarlıkla toplumsal sınıflar arasındaki mücadelenin ürünüdür<sup>30</sup> ve bu nedenle devlet içerisindeki düzeni sağlamayı amaçlamaktadır.

Bodin, "Devletin Altı Kitabı" adlı eseriyle, kralın mutlak iktidarını güçlendirmek ve onu ülkedeki karma yönetim savunucularından kurtarmak, din kavgaları yüzünden bozulmaya yüz tutan Fransa'nın birliğini sağlamlaştırmak ve ona kalkınma yollarını göstermek, zamanın dini, siyasi kargaşalığı arasında kurtuluş yolunu gösterecek hukukun genel ilkelerini ortaya koymak ve siyasal bilimin temellerini atmak gibi amaçları hedeflemiştir. Gerçekten bu amacına ulaşan Bodin, monarşiyi savunurken egemenlik kavramını da kişi gereksinmelerine dayatmakla, kralların tanrısal hakları öğretisine ağır bir darbe indirmiştir<sup>31</sup>.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Bodin'le birlikte, siyasal iktidar, hükümdarın fiziksel varlığından bağımsızlaşarak, ilk kez "sürekli" bir

s. 35; **GÖZE**, s. 125; **HAGGENMACHER Peter**, "Vitoria'dan Vattel'e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet", (Çev.: İdil Selçuk), Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000, s. 261; **KAPANİ**, s. 56; **KOÇAK**, "Modern Egemenlik Düşüncesi", s. 171; **MINOGUE Kenneth**, Siyaset ve Despotizm, (Çev.: Ünal Gürdoğan), Ankara 2002, s. 49; **OKANDAN**, s. 527 vd.; **ÖZMAN M. Aydoğan**, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", A.Ü.H.F.D., C. 21, S. 1-4, Y. 1964, s. 57; **SABINE/THORSON**, s. 377; **TURHAN**, s. 216.

<sup>28</sup> **AKAD/DİNÇKOL**, s. 87; **AKAL**, Sivil Toplumun Tanrısı, s. 63; **ÇINAR**, s. 35; **GÖZE**, s. 123; **KAPANİ**, s. 56; **KİA**, s. 16; **WILKS**, s. 342.

<sup>29</sup> **KRASNER Stephen D.**, "Rethinking the Sovereign State Model", Review of International Studies, Vol. 27, Special Issue, December 2001, s. 20.

<sup>30</sup> **AKGÜL**, s. 140; **EBENSTEIN**, s. 196; **HAKYEMEZ**, s. 29; **SCHMITT Carl**, Siyasi İlahiyat, (Çev.: E. Zeybekoğlu), Ankara 2002, s. 24.

<sup>31</sup> **AKAD**, s. 564.

niteliğe ulaşmıştır<sup>32</sup>. Egemenlik süreklidir; çünkü, değişen yönetimlerin ötesinde hep aynı kalır. Egemenliğin sürekliliği siyasal toplumun sürekliliği düşüncesinden kaynaklanır. Düşünüre göre, süreyle kısıtlı olan ya da istendiği zaman geri alınabilen bir iktidar, egemenlik değil, ancak bir yetki olabilir. Dolayısıyla bunu kullanan da, bir egemen değil, sadece yöneticidir<sup>33</sup>. Siyasal iktidarın meşrulaştırılması süreci içerisinde süreklilik unsurunu ilk kez ortaya koyan Bodin, böylece kendi açısından egemenlik ve dolayısıyla modern devlet kuramına en önemli katkıyı da yapmıştır. Böylelikle egemenlik, sadece iktidarın kullanımı (potestas) ile değil, iktidarın ilkesi (auctoritas) ile de ilişkilendirilmiş ve böylece egemenlik ya da devlet erki kişilerden soyutlanmıştır<sup>34</sup>.

Bodin'in ortaya koyduğu egemenlik kavramının en önemli özelliklerinden biri de, "bölünmez" niteliğidir. Ancak düşünür, egemenliğin bölünmezliği ilkesini salt krallığı savunmak için öngörmüştür. Yukarıda da belirtildiği gibi, egemenlik kelimesini Bodin, derebeylikler arasındaki savaşların yaşandığı Fransa'da, kralın merkezi otoritesini güçlendirmek amacıyla kullanmıştır<sup>35</sup>. Düşünüre göre, egemenliğin uygulanacağı en doğru model monarşidir. Zira, egemenliğin mutlak, bölünmez ve sürekli olabilmesi için, kralın kişiliğinde somutlaşmış olması gerekir<sup>36</sup>.

Bodin'in egemenliğinin bir diğer özelliği "mutlak" oluşudur. Egemenliğin mutlaklığı başkalarından emir almamayı gerektirir. Egemenlik her şeyden önce kanun yapmak ve kanunları kaldırmak

---

<sup>32</sup> AKAD, s. 568; GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2001, s. 43; GÖZE, s. 126; HAKYEMEZ, s. 30; ÖZMAN, s. 57.

<sup>33</sup> AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/AKAL Cemal Bali/KÖKER Levent, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, Ankara 1994, s. 22; AKIN İlhan, Kamu Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1987, s. 95; HAKYEMEZ, s. 30.

<sup>34</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 23; HAKYEMEZ, s. 30.

<sup>35</sup> AKIN, s. 98; DÖNER Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003, s. 26; KIA, s. 16.

<sup>36</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 24, 42; AKKUŞ, s. 216.

iktidarıdır. Egemen güç bu iktidarını kullanırken ne kendisinden üstün ne kendisine eşit ne de başka herhangi bir güce tabi olur. Kendisinden önce konulan veya kendisinin koyduğu kurallarla bağlı değildir. Egemen kişi, “istese de kendi elini kolunu bağlayamaz” der Bodin. Bu nedenle kral fermanlarının ve emirnamelerinin sonunda “isteğimiz bu yöndedir” sözlerine rastlanır<sup>37</sup>.

Egemenin mutlak oluşu, en açık biçimde, egemenin yasalarla olan ilişkisi içinde görülür. Zira, egemenliğin ve mutlak erkin temel noktası, genel olarak bütün uyruklara onaylarını almaksızın yasa koymakta yatar. Egemen olan kişi, uyruklarına yasa verme, yeni yasalar yapmak için gereksiz yasaları bozma ya da ortadan kaldırma hakkına sahiptir. Bundan dolayı prens, yasaların gücünden bağımsızdır. Bu durumda, ülkenin yasası, egemenin buyruğundan başka bir şey değildir. Egemen, yasaları dilediği gibi yapar; ne kendi yaptığı yasalarla, ne kendinden öncekilerin yaptıklarıyla bağlıdır. Hatta istese bile, bu mutlak erkenden vazgeçemez, bunu sınırlayamaz. Çünkü “insanın, kendi kendine yasa vermesi ya da kendi kendine buyurması doğal olarak olanaksızdır”<sup>38</sup>.

Bodin’e göre egemenlik tamamen sınırsız da değildir<sup>39</sup>. Egemenliğin mutlak niteliğiyle çelişircesine, Bodin’in egemeni, Krallığın temel yasalarıyla, tanrısal ve doğal yasalarla sınırlıdır. Ayrıca egemen, mülkiyet hakkına saygı göstermekle de yükümlüdür<sup>40</sup>. Burada Bodin, bir yandan düzen sağlama kaygısı ile hareket ederek krallığı güçlendirmeye çalışırken; diğer taraftan eski kurumlara özgü özgürlükler ile burjuvazinin çıkarlarını kollamak amacıyla, egemen erki sınırlamaya yönelmektedir<sup>41</sup>. Sonuç olarak, önemli katkıları olmakla birlikte, Bodin’in modern egemenliği eksiksiz bir biçimde ortaya koyabildiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Bodin’in egemenlik kuramı, hukuksal bir anlam içermekle birlikte, pratik bir siyasal amaç da taşımaktadır. Şöyle ki; bu kuram,

<sup>37</sup> GÖZE, s. 126.

<sup>38</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da..., s. 26.

<sup>39</sup> DÖNER, s. 26.

<sup>40</sup> AKAD, s. 567; HAKYEMEZ, s. 31; ZABUNOĞLU, s. 46.

<sup>41</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da..., s. 28-33; AKIN, s. 96-97; HAKYEMEZ, s. 31.

merkezi otoritenin güçlendirilmesi sorununa getirilen siyasal bir çözümdür. Bodin, ortaya koyduğu egemenlik kuramı ile, Fransız monarşisinin çıkarlarına hizmet etmekte, Fransa kralının mutlak bir erke sahip olması gerektiğini “teorik” bir biçimde savunmaktadır<sup>42</sup>.

Bodin, siyasal iktidarı toplumsal yaşamın varolmasının zorunlu kurumu olarak kabul etmesiyle, Padova’lı Marsilius ile Machiavelli’den sonra, modern devlet kuramının oluşumuna katkıda bulunan bir düşünürdür. Ancak, eski düşünsel ve kurumsal yapılardan kendisini tümüyle kurtaramaması, kuramında Tanrı’ya yer vermesi, astrolojiye siyasal olayların açıklanmasında önemli bir yer atfetmesi, onun tam anlamıyla özgün olmasını da engellemektedir. Birçok yorumcunun belirttiği gibi, Bodin eski ile yeninin arasındadır; düşüncesi bir kopuşu değil, bir geçişi ifade etmektedir. Bu da yapıtının, birçok çelişkiyi içinde barındırmasına yol açmıştır<sup>43</sup>.

### **C. THOMAS HOBBS (1588-1679)**

Thomas Hobbes<sup>44</sup> teorisini oluştururken, hiçbir zaman gerçekleşmemiş bir varsayımdan hareket etmiştir. Düşünürüne göre, insanlar ilk önce devletsiz ve dolayısıyla güvensiz bir ortamda, kendi başlarına yaşamışlardır. Bu doğrultuda, doğuştan toplumsal olmayan ve bencil olan insanoğlu, mutlak biçimde kendi yararını ve çıkarını düşünmüş; varlığını sürdürebilmek için devamlı olarak kendisini korumak zorunda kalmıştır. Bu ise insanları kargaşalığa, savaşa ve birbirlerine düşmanlığa sürükleyen bir durumdur. Bu güvensiz ortamın ortadan kalkması için Hobbes’un ürettiği çözüme göre, toplumdaki tüm bireyler birbirleriyle bir andlaşma yapacak ve devletsiz durum ortadan kalkacaktır<sup>45</sup>. Toplumu yabancıların istilasından koruyabilmenin, birbirlerine zarar vermelerini engellemenin, kendi sanayilerini ve

---

<sup>42</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 32.

<sup>43</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 17.

<sup>44</sup> Thomas Hobbes hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EBENSTEIN**, s. 162-175; **STRAUSS Leo**, “Tabii Hak ve Tarih”, (Çev.: Ozan Erözden), Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000, s. 269-291; **THOMSON**, s. 63-78.

<sup>45</sup> **SILVESTRINI Gabriella**, “Rousseau, Puffendorf and the Eighteenth-Century Natural Law Tradition”, History of European Ideas, 2010.

yeryüzünün meyvelerini güven altına almanın yolu, bütün gücü ve kudreti bir tek insana ya da insanların meclisine vermektir. Başka bir deyişle, toplum içinde yaşayan insanlar birbirlerine “ben haklarımdan vazgeçiyorum ve tüm haklarımı bu insana ya da insanlar topluluğuna veriyorum” demelidirler. Böylece bütün güç ve kudret tek bir kişide toplanır. Bu, “devlet” ya da Latince “civitas” olarak adlandırılır. Bu, büyük “Leviathan”ın doğması demektir<sup>46</sup>.

Hobbes, eserinin hemen girişinde Leviathan’ın ne olduğunu açıklamıştır. Leviathan Latince’de “civitas” olarak adlandırılan devlettir ve bu devlet insan eseri yapay bir yaratıktır. Tıpkı insana benzer ama ondan daha büyük ve daha güçlüdür; çünkü, insanları korumak ve savunmak için yaratılmıştır<sup>47</sup>. Doğal olarak özgürlüğü ve başkalarına egemen olmayı seven insanların, devletler halinde yaşarken kendilerini tabi kıldıkları kısıtlamanın nihai nedeni, amacı veya hedefi, kendilerini korumak ve böylece daha mutlu bir hayat sürmek; yani, insanları korku içinde tutacak ve onları, ceza tehdidiyle, ahitlerini ifa etmeye ve doğa yasalarına uymaya zorlayacak belirgin bir güç olmadığında, insanların doğal duygularının zorunlu sonucu olan savaş durumundan kurtulmaktır<sup>48</sup>.

İnsanı diğer yaratıklardan ayıran temel farkı akıl olarak belirleyen Hobbes, aklını kullanan insanın kendini güvende hissetmek istediğini belirtmiştir. İşte doğal hakkın sonucu ve aklın eseri olan doğal yasalara uyarak barışı ve güvenliği arayan insanoğlu, çareyi sözleşme ile toplum

<sup>46</sup> **AKTAN Coşkun Can**, Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete, Ankara 1999, s. 137-138; **HAKYEMEZ**, s. 32; **MARITAIN Jacques**, “The Concept of Sovereignty”, The American Political Science Review, Vol. 44, No. 2, June 1950, s. 349-350; **NASSTRÖM Sofia**, “What Globalization Overshadows”, Political Theory, Vol. 31, No. 6, December 2003, s. 816-818; **SADLER Gregory B.**, “Reason As Danger and Remedy for the Modern Subject in Hobbes’ Leviathan”, Philosophy & Social Criticism, Vol. 35, No. 9, November 2009, s. 1099-1118; **STACY Helen**, “Relational Sovereignty”, Stanford Law Review, Vol. 55, No. 5, May 2003, s. 2032-2033.

<sup>47</sup> **GÖZE**, s. 133-134; **KOÇAK**, Devlet ve Egemenlik, s. 94.

<sup>48</sup> **HOBBS Thomas**, Leviathan, (Çev.: Semih Lim), 2. Baskı, İstanbul 1995, s. 127.

haline geçmekte bulmuştur. Böylece, güvenlik ve barış içinde toplum haline geçen insanlar, yönetim haklarını bir egemene devrederler; ama, bu toplum hali, Aristo'nun düşündüğü gibi doğal bir olay değildir. İradi bir anlaşmadan doğan yapay bir olgu, bir çıkar hesabıdır<sup>49</sup>.

Sözleşme ile egemene haklarını devreden kişiler, aslında, sözleşmeyi onunla değil, kendi aralarında yapmışlardır. Bu yüzden sözleşme egemeni bağlamaz. Görülüyor ki, halkın iradesi ile, devletin kuruluşu, egemenlik yetkisi ortaya çıkmaktadır. Tek sözleşme ile hem toplum haline geçen, hem de yönetim hakkını egemene devreden insanlar, aynı zamanda tüm hak ve özgürlüklerinden de vazgeçmektedirler. Hobbes, bu yoldan, ileride uyrukla yönetici arasında çıkacak anlaşmazlığı peşinen önlemiş olmaktadır<sup>50</sup>.

Hobbes, toplum sözleşmesi ile, bu doğal halde yaşayan insanları, egemen bir halk konumuna getirmiştir. Toplum sözleşmesi varsayımında, sözleşmeye taraf olan insanların tümünün ortak arzusu, doğal durumdan devletli bir düzene geçerek, güvenli bir biçimde yaşamaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, Hobbes'un egemeni, bilinçli bir tasarım sonucu, bu sözleşmeye taraf değildir ve dolayısıyla hiçbir yükümlülük altına da girmemiştir<sup>51</sup>. Bu, Hobbes'un egemeninin mutlak olması ve Hobbes'un klasik egemenlik anlayışına uygun bir formülasyonu benimsediğini de göstermektedir<sup>52</sup>.

İnsanların yapay bir biçimde yarattıkları ölümlü tanrının ya da buna ait olan egemenliğin çeşitli özellikleri vardır. Hobbes'a göre, bu özelliklerin başında, yukarıda da belirtildiği gibi, egemenliğin ya da egemenliğe sahip olan egemenin mutlak oluşu gelir<sup>53</sup>. Siyasal rejimin niteliği ne olursa olsun, egemen erk birdir ve tek bir iradeye sahiptir. Egemen, sözleşmeye taraf olmadığından, hiçbir yükümlülük altına girmiş

---

<sup>49</sup> AKAD, s. 571.

<sup>50</sup> AKAD, s. 571-572.

<sup>51</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da..., s. 228; AKAL, Sivil Toplumun Tanrısı, s. 111; HAKYEMEZ, s. 33.

<sup>52</sup> HAKYEMEZ, s. 33.

<sup>53</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da..., s. 210; APPERLEY Alan, "Hobbes on Democracy", Politics, Vol. 19, No. 3, September 1999, s. 165-170.



de değildir. Nitekim, Machiavelli'yi andırırçasına, “kılıçsız sözleşmeler boş sözcüklerden başka bir şey değildir” diyen Hobbes’a göre, bir sözleşmeyi geçerli kılan, verilen sözler değil, fakat zorlayıcı yaptırım gücüdür; yani egemenin elindeki kamusal güçtür. Açıkçası, bütün toplumsal erk egemenin elinde toplanmıştır. Bu bakımdan egemen, doğa durumundaki birey gibi mutlak bir özgürlüğe ve mutlak haklara sahiptir. Üstelik doğa durumundaki insandan farklı olarak, egemenin karşısında (ülke sınırları içinde), kendisini sınırlayacak başka herhangi bir güç de yoktur. Zaten egemenin, insanların daha yücesini düşleyemeyecek denli büyük bir güçle donanmış olmasının nedeni de budur<sup>54</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Hobbes’un egemeni bu biçimde bir sözleşme sonrasında ortaya çıkmış olmasına rağmen, sözleşme ile bağlı değildir. Egemenin özelliklerine bakıldığında, “mutlak” ve “en üstün” olduğu, “sürekli” ve “bölünmez” niteliklere sahip olduğu görülür. En önemli özelliklerinden birisi de, yasalar yapması ve kendisinin yaptığı yasalarla bağlı olmamasıdır. Egemenin başlıca hakkı, zor kullanma ve cezalandırmadır. “Adalet kılıcı” ile “savaş kılıcı”nı elinde tutan egemen, “her bireyin güvenliğinin ve kamusal barışın korunması için”, gerekli gördüğü her şeyi yapma hakkına sahiptir<sup>55</sup>. İnsanları, yaptığı şeylere, aldığı kararlara boyun eğmeye zorlar ve uymayanları cezalandırır. Egemenin diğer tüm hakları, bu temel hakkından kaynaklanır; bunların başında da yasama hakkı gelir<sup>56</sup>. 17. yüzyılda Thomas Hobbes, yasaların hukuksal açıdan bir sınıra tabi olmayan siyasal egemenin emirleri olduğunu belirtmiş ve ilahi veya doğal hukukun egemen bakımından hiçbir öneme sahip olmadığını iddia etmiştir<sup>57</sup>. Egemenin bu biçimdeki geniş imkanını, bireylerin ve toplumun güvenliğini ve barışı sağlamak ve korumak amaçlı düşünmek gerekir. Zira, Hobbes’ta egemenin, bireyin yaşamının korunması amacını mutlaka gözetmesi gereği, en temel sınır olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hobbes, devlet biçimi ne olursa olsun egemenliğin bölünmez niteliğini de vurgular. Kuvvetler ayrılığı doktrinine kesin bir dille karşı

<sup>54</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 210-211.

<sup>55</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 213.

<sup>56</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 213.

<sup>57</sup> TURHAN, s. 216.

çıkan Hobbes, egemenliğin bölünmesinin, parçalanmasının anlamının, onu yok etmekten, yani doğa durumuna geri dönmekten başka bir şey olmadığını belirtir<sup>58</sup>. Siyasal iktidarı bölmek, onu yok etmekle birdir. O zaman iktidarın bölünen parçaları kadar yeni iktidar ve egemen ortaya çıkar ki, bu sosyal yapının bozulduğunun en açık göstergesidir<sup>59</sup>.

Görüldüğü gibi, Hobbes'ta devlet, insanlar tarafından kendi rızaları ile oluşturulmuş yapay bir varlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumda, egemen herkesin üzerindedir. İnsanlar, bir kere devleti oluşturduktan sonra, artık onun yönetiminde söz hakkına sahip olamamaktadırlar. Yani Hobbes'ta halk için, halk adına kullanılan ama halk tarafından kullanılmayan bir temsil anlayışı vardır<sup>60</sup>. Hobbes'taki devlet demokrasi açısından değerlendirildiğinde, devletin bireyler tarafından yapılan bir sözleşmenin ürünü olduğu düşünülerek, bunun demokrasiyi de içerdiği sonucuna ulaşılabılır<sup>61</sup>. Bununla birlikte, egemeni sınırlayan hiçbir iradenin olmaması ve konulan kurallara uyma yükümlülüğünün bulunmaması düşünüldüğünde, aynı sonuca ulaşmak oldukça güçleşir. Zira Hobbes, kendi kendini yönetme biçimindeki bir özerkliğe karşı çıkmaktadır ve ortaya çıkardığı egemen ne sorgulanabilir ne geri çağırılabilir ve ne de yanlışları düzeltilebilir niteliktedir.

Tarihsel gelişim sürecinde, teorik düzeyde, Hobbes'un en önemli yeniliği, egemenliğin laik temele kavuşturulması noktasında karşımıza çıkmaktadır. Hobbes'un kuramında egemenliğin hem sürekli niteliği sağlanmıştır, hem de onun laik temele kavuşturulması noktasında çok önemli adımlar atılmıştır. Öncelikle Hobbes, devletin kökenini, Tanrısal irade yerine toplum sözleşmesine dayandırmıştır. Hobbes, Tanrısal iradeyi devletin kökeni konusunda kabul etmemekle birlikte, aslında dinin varlığına karşı değildir. Onun karşı olduğu şey, devletin yanında kilisenin bir diğer kamusal otorite olarak varlığını sürdürmesidir<sup>62</sup>. Machiavelli'den farklı olarak Hobbes, bunu teorik bir temele de

---

<sup>58</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 212.

<sup>59</sup> AKAD, s. 575.

<sup>60</sup> AKAL, Sivil Toplumun Tanrısı, s. 118-119; HAKYEMEZ, s. 34.

<sup>61</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet ya da.., s. 223; HAKYEMEZ, s. 34.

<sup>62</sup> AKAL, Sivil Toplumun Tanrısı, s. 121; HAKYEMEZ, s. 35.

kavuşturmuştur. Ayrıca, toplum sözleşmesi sayesinde artık meşruiyetin kaynağı olarak, Tanrı yerine toplum karşımıza çıkmaktadır. Böylece Hobbes, tarihsel süreçte, bir kurum olarak modern devleti düşünsel düzeyde ortaya çıkarmıştır<sup>63</sup>.

Thomas Hobbes, siyaset kuramını genel bir felsefe içinde sunmayı başarmış olan önemli bir düşünürdür. Siyasal iktidarı, başka hiçbir yazarın yapamadığı ölçüde büyük bir güçle temellendirmiş ve mutlak iktidarın zorunluluğunu çok tutarlı bir biçimde ortaya koyup savunmuştur. Fakat Hobbes'un kuramında beliren mutlak iktidar anlayışı gerçekte modern devletin ta kendisidir. Auctoritas ile potestas'ın tek merkezde toplanıp, bu merkezin de rasyonel bir meşrulukla donatıldığı siyasal yapı, modern devleti ifade etmektedir<sup>64</sup>.

Klasik egemenlik düşüncesi, henüz demokratik boyuta ulaşmamış olmakla birlikte, Hobbes'ta en ileri aşamasına ulaşmış, egemenliğin mutlak niteliği sağlanmıştır<sup>65</sup>. Toplum sözleşmesi sonrasında da uyruklar, doğa durumundaki gibi, eşit durumdadırlar. Fakat artık, sözleşme sonrasındaki bu yeni durum, egemenin yönetimi altında eşitliğe dönüşmüş olmaktadır. Başka bir deyişle, doğal yaşam döneminde mutlak özgürlük ve eşitlik içerisinde ölümüne yarışan insanlar, artık sivil halde, egemenin koyduğu kurallar çerçevesinde yarışır duruma gelmişlerdir<sup>66</sup>.

#### **D. JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)**

Fransa'da, mutlakiyeti korumak için ortaya atılmış olan mutlak egemenlik teorisini, demokratik bir kisveye büründürmek

<sup>63</sup> AKAL, *Sivil Toplumun Tanrısı*, s. 104; HAKYEMEZ, s. 35; KOÇAK, "Modern Egemenlik Düşüncesi", s. 123; SARICA Murat, 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, 6. Baskı, İstanbul 1993, s. 62.

<sup>64</sup> AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, *Kral Devlet ya da..*, s. 149-151.

<sup>65</sup> HAKYEMEZ, s. 36.

<sup>66</sup> BULUT Nihat, "Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s. 1397; HAKYEMEZ, s. 36; Hobbes'un görüşlerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. WILLIAMSON Colwyn, "A Contradiction in Hobbes' Analysis of Sovereignty", *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 32, No. 2, May 1966, s. 202-219.

Rousseau'nun<sup>67</sup> işi olmuştur. Rousseau, mutlakıyetçiliği ve gelişen burjuva toplumunu eleştiren bir düşünürdür<sup>68</sup>. Egemenliğin mutlakıyetçi "hükümdar"dan alınıp topluma maledilmeye çalışıldığı Devrim öncesinin ortamında, toplumun bütününe egemen sayıp, bireyler ile genel iradenin ifadesi olan yasalar arasında bir irade bütünlüğünün bulunduğunu ortaya koymak, çağdaş demokrasiye geçişin en parlak anlatılışı olmuştur<sup>69</sup>.

Rousseau bir toplum sözleşmecisi<sup>70</sup> olduğu için, öğretisini varsayım olarak, doğal dönem ve onun ardından yapılan bir sözleşme ile oluşan devlete göre belirlemiştir. Rousseau'nun modelindeki doğal yaşamda, herkes kendi kendine yetecek bir yaşam düzeyine sahiptir. Ancak, mülkiyetin ortaya çıkmasıyla birlikte bu otarşik nitelik bozulmuş ve sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu sorunları ortadan kaldırmak için, bir sözleşme yapılması öngörülmüştür. Rousseau'ya göre bu sözleşmeyle her birey, tüm haklarıyla birlikte kendini topluma terk ederek, genel iradenin üstünlüğünü kabul etmiş; herkes aynı biçimde bir prosedüre göre kendi haklarından vazgeçmiştir. Bu durumda, genel iradenin içerisinde yer alan bireyler, hem yönetici hem de yönetilen pozisyonunda olduklarından, sözleşme ile oluşan bu devlette önemli etkiye sahiptirler ve genel iradeye bağlı olarak yaşarken aynı zamanda özgürdürler<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Rousseau hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EBENSTEIN**, s. 197-210; **STRAUSS**, s. 291-320; **THOMSON**, s. 114-127.

<sup>68</sup> **ERDİNÇ Tahsin**, "Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, İstanbul 1974, s. 304; **MARITAIN**, s. 353; **OKANDAN**, s. 578; **SCHMIDT Manfred G.**, Demokrasi Kuramlarına Giriş, (Çev.: M. Emin Köktaş), Ankara 2001, s. 63.

<sup>69</sup> **SANCAR Mithat**, "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen", Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003, s. 159; **SOYSAL Mümtaz**, "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003, s. 172.

<sup>70</sup> Rousseau'nun toplum sözleşmesine dair görüşleri için bkz. **ROUSSEAU Jean Jacques**, Toplum Sözleşmesi, (Çev.: Turhan Ilgaz), Ankara 2005, s. 47-49.

<sup>71</sup> **ERDİNÇ**, s. 304; **HAKYEMEZ**, s. 38; **OKANDAN**, s. 84; **SOYSAL**, s. 172.

Rousseau'nun yaptığı aslında, Bodin ve Hobbes'un kral hakkında kabul ettikleri mutlak irade ve iktidarın, bütün özellikleriyle topluma intikal ettirilmesinden; başka bir deyişle, söz konusu gücün sahibinin kral değil, toplum olduğunun kabul edilmesinden ibarettir<sup>72</sup>. Egemenliğin kaynağı ve sahibi halktır. Zaten Rousseau toplum sözleşmesi ile bu gayeyi gerçekleştirmek ister. Yoksa gerek doğal dönem ve gerekse toplum sözleşmesinin vaki olup olmadığı önemli değildir. Hatta bunlar sadece bir varsayımdan ibarettir. Rousseau bütün bunları kabul eder ve fakat varsayım da olsa bunları basamak yapar, hakimiyeti tek kişinin elinden alarak topluma mal etmek ister<sup>73</sup>.

Rousseau'ya göre devlet, ne Tanrısal bir lütufla, ne de Hobbes'un Leviathan'ında olduğu gibi halkı özgür olmayan bir sürü yapan otoriter egemenlikle açıklanabilir. Aksine Rousseau'ya göre devlet, vatandaşların özgür olarak birleşmesi esasına dayanır ve sadece böyle bir egemenlik meşrudur<sup>74</sup>. Bu biçimdeki egemenliğin en temel özellikleri, “mutlak”, “devredilmez”, “yanılmaz” ve “bölünmez” olmasıdır<sup>75</sup>. Buradaki mutlaklığın tek sınırı, egemenin yetkisini toplum zararına kullanamamasıdır. Yani egemen, hiçbir toplum üyesine, toplumun isteği dışında bir zorunluluk yükleyemez. Bu, Rousseau'nun egemenlik modelinde bireylerin özgürlüğüne verilen önemin açık bir kanıtıdır.

Rousseau'nun egemenliğinin devredilemez niteliği en fazla tartışılan noktalardan biridir. Rousseau'da, egemen pozisyonunda olan halk, egemenliğini devretmez. Bu nedenle hükümet, egemenliğin temsil edilmesi görevini değil, sadece bir aracı görevini üstlenir. Yani hükümet üyeleri aslında halkın görevlileri pozisyonundadırlar<sup>76</sup>. Rousseau, temsili demokrasiyi reddederken, halkın iradesine vurgu yapmak için, “genel irade” kavramını ortaya atmaktadır. Rousseau'ya göre egemenlik “genel irade”ye aittir. Genel irade ise, sadece kişilerin iradelerinin

<sup>72</sup> **MILLER James**, Rousseau: Dreamer of Democracy, Yale University Press, New Heaven 1984, s. 118-120; **TÜRCAN**, s. 89.

<sup>73</sup> **ERDİNÇ**, s. 305-306.

<sup>74</sup> **HAKYEMEZ**, s. 38; **SCHMIDT**, s. 63.

<sup>75</sup> **HAKYEMEZ**, s. 38; **MAZRUI Ali A.**, “Alienable Sovereignty in Rousseau: A Further Look”, Ethics, Vol. 77, No. 2, January 1967, s. 107.

<sup>76</sup> **HAKYEMEZ**, s. 38; **ROUSSEAU**, s. 58-59.

birleşmesinden ibaret değildir; onlardan ayrı ve onların üstünde kendine özgü bir varlığı olan kolektif bir iradedir<sup>77</sup> ve bunun bireylerin özel tüm iradelerinin toplamı olan “ortak irade”den çok farklı olduğunu belirtmektedir. Genel irade genelin çıkarını, genelin refahını amaçlarken, ortak irade sadece özel çıkara yöneliktir ve bu özel iradelerin toplamından başka bir şey değildir. Genel irade daima doğru yoldadır ve kamu yararını hedefler<sup>78</sup>.

Genel irade, hiç kimsenin iradesi değildir; bir bakıma insanüstü olma özelliğine sahiptir. İşte bu niteliğinden ötürü genel irade, soyut bir varlığın, bir başka deyişle halkın-ulusun iradesidir. Hiç kimsenin kendi iradesini genel irade olarak ortaya koyamamasına karşın, her yurttaş sanki genel irade imişcesine irade belirtmeye çalışmak zorundadır. Bu, yurttaş olmasının bir gereğidir. Dolayısıyla genel irade, “halkın iradesi artı yurttaşların uymak zorunda oldukları norm” şeklinde belirmektedir<sup>79</sup>.

Toplumda yaşayan ve genel iradeden ayrı görüşe sahip olanların durumuna gelince, Rousseau’ya göre, eğer toplum sözleşmesi varsayımı kabul edilirse, kişi zaten o sözleşme anında çoğunluk iradesini kabul etmiştir. Kişi, kendisinin muhalif oldukları dahil, tüm yasaları kabul etmiş ve çoğunluğun iradesini benimsemeyi göze almıştır. Bu nedenle, çoğunluğun egemen olması durumunda bile birey, egemenliğinden ve özgürlüğünden bir şey kaybetmeyecektir<sup>80</sup>.

Öngörülen sistemde, genel iradenin yasa koyucu olarak mutlak belirleyici olması, demokratik açıdan bakıldığında, çoğunluğun azınlığa tahakkümü sonucunu doğurur. Ödün vermez bir genel irade çerçevesinde algılanan Rousseau’cu demokrasinin, totaliter devletle aynı anlama

---

<sup>77</sup> **AKGÜL**, s. 141; **MARINI Frank**, “Popular Sovereignty but Representative Government: The Other Rousseau”, *Midwest Journal of Political Science*, Vol. 11, No. 4, November 1967, s. 454; **MAZRUI**, s. 107-108; **TURHAN**, s. 216-217.

<sup>78</sup> **HAKYEMEZ**, s. 39; **MARINI**, s. 455; **TEZİÇ Erdoğan**, *Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 1998, s. 92; **TÜRCAN**, s. 85.

<sup>79</sup> **AĞAOĞULLARI Mehmet Ali**, “Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil”, *A.Ü.S.B.F.D.*, C. 46, No: 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 23.

<sup>80</sup> **HAKYEMEZ**, s. 39; **ROUSSEAU**, s. 63.

gelebileceği belirtilmelidir<sup>81</sup>. Çoğunluğun kararının her zaman kamu yararına uygun ve doğru olacağına öngörülmesi sonucunda, azınlıkta kalanların çıkarları ve hak ve özgürlükleri, çoğunluk iradesinin elinde olacaktır. Bu, Rousseau'nun sisteminin en zayıf noktası olarak görülmektedir<sup>82</sup>.

Egemenliğin “bölünmez” niteliği nedeniyle Rousseau, kuvvetler ayrılığına ve siyasal iktidarın paylaşımı görüşlerine de karşıdır<sup>83</sup>. Nitekim, bu görüşü de kuvvetler birliği modeli olarak tarihte uygulanmıştır.

Rousseau'nun teorisine, çoğunlukla normatif olduğu, tecrübe ve bilimsel temelini zayıf olduğu biçiminde eleştiriler yapılmıştır. Zira bu model, son derece dar bir demokrasi anlayışı getirmekte, temel hakların güvenliği açısından eksiklikler taşımakta ve halk egemenliğini mutlaklaştırmaktadır<sup>84</sup>. Tüm bunlara rağmen Rousseau, çoğunluğun mutlak üstünlüğüne dayalı olsa da, şimdiye kadar ele alınan düşünürler arasında demokratik egemenlik anlayışına yapmış olduğu vurgu ile ön plana çıkmaktadır. Nitekim, Rousseau'nun ortaya koyduğu bu anlayış, 1789 Fransız Devriminde etkisini göstermiş ve “demokratik halk hükümlerliği”<sup>85</sup> olarak slogan haline gelmiştir.

### III. 1789 FRANSIZ DEVRİMİ

Devrim öncesinde Fransa'da monarşi baskıcı bir şekilde devam ederken, bu dönemin toplumunda üç önemli sınıf olarak soylular, din adamları ve bu ikisinden geriye kalan herkes bulunmaktadır. Gittikçe güçlenen burjuvazi, siyasal iktidarda söz sahibi olmak için bir mücadeleye girişmiş; özellikle aristokraziye karşı kendi isteklerini eşitlik, temel hak ve özgürlükler ve temsili rejim ekseninde dile getirmiştir. Soylular ve burjuvazi arasındaki mücadele, 1789 Devriminin ortaya

<sup>81</sup> AKAL, “Devlet, Yasa, Hakimiyet”, s. 33-34; HAKYEMEZ, s. 40; SCHMIDT, s. 64, 76.

<sup>82</sup> MARINI, s. 452-453; UYGUN Oktay, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İstanbul 2003, s. 145-146.

<sup>83</sup> MAZRUI, s. 109; ROUSSEAU, s. 60-62; farklı görüş için bkz. UYGUN, Demokrasinin Tarihsel, s. 151-152.

<sup>84</sup> HAKYEMEZ, s. 40; SCHMIDT, s. 72, 76.

<sup>85</sup> HAKYEMEZ, s. 40.

çıkmasına neden olmuştur. Sonuçta, burjuvazi ve halk mücadeleden galip çıkıp Ulusal Meclisi ilan etmiş ve hemen ardından İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi hazırlanıp yayınlanmıştır<sup>86</sup>. 1789 tarihi eşiği böylece yeni çağın kamu hukuku ilkelerini belirlerken; diğer yandan eski düzenin ayrıcalıklarını ve siyasi düzenini de ortadan kaldırmıştır<sup>87</sup>.

1789 Fransız Devrimi ile, klasik egemenlik kuramının gelişiminin son aşamasına ulaştığı söylenebilir<sup>88</sup>. 1789 Fransız Devrimi, egemenlik kavramının bir anayasal ilke haline gelmesine imkan sağlamıştır. Ancak bu yeni egemenlik anlayışı çok önemli bir değişimi de beraberinde getirmiştir. O da, devletin gücünün kaynağının tamamen toplumdaki geldiğini kabul ederek, “ulusal egemenlik” kavramını sistemin merkezine oturtmasıdır<sup>89</sup>. Bu ilke, 1789 Devrimi ile birlikte pozitif kamu hukukunda değer kazanmış ve günümüze kadar da etkisini sürdürmüştür.

1789 Fransız Devrimi ile gerçekleşen, egemenlik tacının, kralın başından alınarak ulusun başına giydirilmesidir<sup>90</sup>. Fransız Devrimi, Rousseau'nun “egemen” dediği “toplum”un yerine “ulus”u koyarak Fransa'ya önce “ulusal egemenlik” kavramını ve ardından, kendinden önceki Amerikan İhtilalinin etkisiyle, “anayasa” kavramını getirmiştir.

Ulusal egemenlik, egemenliği tamamen ulusa verdiği için önemlidir ve bunun yeni olan boyutu, demokratik niteliğidir. Bu bakımdan ulusal egemenlik, başlı başına kuvvet doğuran ve devletlerin yapısını, insanlık tarihinin akışını değiştiren fikirlerden birisidir<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> **BULUT Nihat**, Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Ankara 2003, s. 105-111; **GÖZE**, s. 525-531; **HAKYEMEZ**, s. 42.

<sup>87</sup> **GÖZE**, s. 531; **HAKYEMEZ**, s. 42.

<sup>88</sup> **DUGUIT Leon**, “Egemenlik ve Özgürlük”, Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000, s. 380.

<sup>89</sup> **HAKYEMEZ**, s. 43; **KAPANİ**, s. 72; **SOYSAL**, s. 172; **TÖNGÜR Ali Rıza**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul 2005, s. 3; **TUNAYA Tarık Zafer**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 150.

<sup>90</sup> **KOÇAK**, “Modern Egemenlik Düşüncesi”, s. 174.

<sup>91</sup> **HAKYEMEZ**, s. 43.



Nitekim, bunun bir gereği olarak 1789 Bildirgesi<sup>92</sup>, hem ulusal egemenliğe, hem de ulusal egemenlikle bir özne pozisyonuna gelen bireylerin devlet yönetiminde söz sahibi olmasını sağlayacak olan siyasal haklara yer vermektedir<sup>93</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 1789’la birlikte egemenliğin el değiştirmesini, yani monarktan ulusa geçmesini, sadece bir tacın sahibinin değiştirilmesi olarak kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle, egemenliğin özüne yönelik bir değişiklik yoktur<sup>94</sup>. Egemenliğin sürekliliği, mutlaklığı gibi nitelikler aynen devam etmektedir. Bununla birlikte, ilk bakışta sembolik gibi gözükse de, egemenliğin sahibinin değişmesi, özünde çok önemli sonuçlar doğurur. Bu nedenle, demokratik meşruluk açısından bu yenilik önemli bir adımdır.

Fransız Devrimi ile birlikte karşımıza “ulus” biçiminde yeni bir kavram çıkmaktadır. Duguit’in deyimiyile ulus, bireysel bilinç ve iradelerden farklı ulusal bir ruhtur ve sayısal olarak da bireylerin toplamından farklıdır<sup>95</sup>. Bu anlayış doğrultusunda, özellikle I. Dünya Savaşından sonra, hanedanlığın pek çok yerde sona ermesi ile, ulus-devlet temel bir örgütlenme modeli olarak ortaya çıkmıştır.

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 3. maddesinde, ulusal egemenlik anlayışı şu şekilde düzenlenmiştir: “Her hakimiyetin özü esas itibariyle millettir; hiçbir kurul, hiçbir kişi açıkça millettен gelmeyen

<sup>92</sup> Fransız Beyannamesinin yorumlanmasıyla ilgili olarak bkz. **BACOT Guillaume**, “1789 Bildirisi ve 1958 Anayasası”, (Çev.: Süheyl Batum), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (Fransız Devriminin 200. Yılı Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 10, s. 1-55; **LUCHAIRE François**, “1789 Beyannamesinin Güncelleştirilmiş Anlamı”, (Çev.: Aydın Gülan), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (Fransız Devriminin 200. Yılı Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 10, s. 125-142; **WALLERSTEIN İmmanuel**, “Dünya Tarihinde Yer Alan Bir Olay Olarak Fransız Devrimi”, (Çev.: İştâ B. Tarhanlı), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (Fransız Devriminin 200. Yılı Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 10, s. 155-170.

<sup>93</sup> **GÖZE**, s. 532; **HAKYEMEZ**, s. 43.

<sup>94</sup> **AĞAOĞULLARI**, “Demokratik Mitoslar”, s. 23; **KAPANİ**, s. 72; **TUNAYA**, s. 153.

<sup>95</sup> **DUGUIT**, s. 391.

herhangi bir otoriteyi kullanamaz”<sup>96</sup>. Keza, 1791 tarihli Fransız Anayasasının 3. bölümünün 1. maddesinde de “Egemenlik tektir, bölünmez, devir ve ferağ olunamaz, zamanaşımı ile kayıp edilemez. O ulusa aittir. Ulusun hiçbir kısmı, hiçbir fert bu egemenliğin kullanılmasını kendine mal edemez” ifadeleri yer almaktadır. İşte bu ilke, önce Fransız pozitif hukukuna yerleşmiş, oradan da diğer birçok ülkelere, bu arada 1921, 1924, 1961 ve 1982 Türk Anayasalarında temel ilke olarak yerini almıştır.

Devrim sonrasında bu biçimiyle ortaya çıkan ulusal egemenlik, hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk açısından kabul görmüş ve 19. yüzyıl bu bakımdan egemenliğin en aşırı, en mutlak şekilde algılandığı ve kullanıldığı dönem olmuştur<sup>97</sup>. Egemenlik anlayışı yönünden bu devre, devletin dış ilişkilerinde de de mutlak egemenliğinden feragat etmek istemeyen gayretlerin ifadesi olmuştur<sup>98</sup>.

Ulusal egemenlik anlayışına geçişle birlikte, siyasi sistemde önemli bir değişiklik daha yaşanmıştır. Fransız Devriminin devlet biçimiyle ilgili olarak getirdiği bu önemli değişiklik, monarkın elinde bulunan otoriteyi yasaya aktarmasıdır. Böylece yönetilenler tarafından feodal düzende senyöre, monarşide krala gösterilen bağlılık, demokraside yasalara yöneltilmiş olmaktadır<sup>99</sup>.

Monarşik egemenlikte yasa, bir kişinin isteği olup herkesi bağlamasına rağmen, demokraside bu ilişki, halkın kendi iradesine boyun eğmesi halini almaktadır. Bu sayede halkın kendine itaati, devlete olan itaati gibi algılanmaktadır. Sonuçta, burada devletin halk ile özdeşleştiği bir model olarak ulus-devlet karşımıza çıkmaktadır<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Bildirinin tam metni için bkz. **KUZU Burhan**, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1994, s. 723-724.

<sup>97</sup> **HAKYEMEZ**, s. 45; **ÖZMAN**, s. 65; **YACK Bernard**, “Popular Sovereignty and Nationalism”, Political Theory, Vol. 29, No. 4, August 2001, s. 517.

<sup>98</sup> **ÖZMAN**, s. 65.

<sup>99</sup> **AĞAOĞULLARI**, “Demokratik Mitoslar”, s. 24.

<sup>100</sup> **AĞAOĞULLARI Mehmet Ali**, “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, A.Ü.S.B.F.D., C. 41, No. 1-4, Ocak-Aralık 1986, s. 146.

Aslında, Devrimin getirmiş olduğu yeni anlayışa göre, egemenlik bir kişide değil tüm toplumdadır. Egemenlik açısından bakıldığında, toplumda artık soylular, kral, burjuva gibi farklı katmanlar yerine yurttaş vardır<sup>101</sup>. İşte bu yeni egemenlik anlayışında gizli olan temel ilke, “eşitlik” ilkesidir. Bu önemli ilke, bildirgenin 1. maddesinde yerini bulur: “İnsanlar hukuken eşit ve özgür doğarlar ve özgür ve eşit olmakta devam ederler, toplumsal farklılıklar ancak ortak faydaya dayalı olabilirler”.

Bireyler doğuştan özgür olduklarına ve egemenlik de bir kişi yerine tüm bireylere ait olduğuna göre, devlet yönetiminde, özgürlüğün önünde yer alan engellerin kaldırılması amacıyla, bildirmede çok önemli bir madde karşımıza çıkmaktadır. Bildirgenin 16. maddesindeki, özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının sağlanamadığı toplumların anayasaya sahip olduklarının söylenemeyeceği biçimindeki ifade, bu amaçla getirilmiştir<sup>102</sup>.

Bireyin özgürlüğünün sağlanabilmesi açısından, demokratik bir anayasanın bireylerin özgürlüklerini güvence altına alması ve kuvvetler ayrılığı biçiminde bir örgütlenmeyi gerçekleştirmesi gerekir. İşte bu biçimdeki devletler “anayasal devlet” olarak nitelendirilirler. Bireyi ön plana çıkaran bu özgürlük anlayışı, neredeyse 1789’dan günümüze dek gerçekleştirilen tüm anayasalarda etkisini göstermiştir.

Fransız Devrimi, genellikle bireyciliğin büyük zaferi olarak kabul edilir. 17. ve 18. yüzyıl boyunca çeşitli düşünürler tarafından savunulan bireycilik, “geleneksel toplumun üzerinde yapılandığı topluluk içi bağların ve bağımlılık ilişkilerinin yıkılması ve aynı zamanda siyasal iktidarın karşısında bireysel bir özerklik alanının tanınması” düşüncelerini içerir<sup>103</sup>. Bu düşüncelerin ulaştığı nokta ise, devletin monarkın mallarının yönetimi olmaktan çıkıp, ortak iyiliğin ve çıkarın gözetildiği kamusal alana dönüşmesidir. Fransız Devrimine bu açıdan

<sup>101</sup> AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, “Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi: 1789-1794”, A.Ü.S.B.F.D., C. 44, No: 3-4, Temmuz-Aralık 1989, s. 207-208.

<sup>102</sup> HAKYEMEZ, s. 48.

<sup>103</sup> AĞAOĞULLARI, “Fransız Devriminde”, s. 195.

yüzeysel bir biçimde yaklaşılsa, onun bireycilik projesinin gerçekleşme biçimi olduğu ileri sürülebilir<sup>104</sup>.

Çünkü Devrim, bireylere hiçbir özerk alan tanımayan ve egemene uyruklarının yaşamları ve mülkiyetleri bakımından ahlaksal engeller dışında bir başka engel getirmeyen mutlak monarşiden kesin bir kopuşu ifade eder<sup>105</sup>. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, bir yanda bireye kamusal alanın dışında doğasında bulunan haklardan oluşan özerk bir alan tanımakta, öte yanda bu hakların siyaset topluma göre öncelliğini vurgulayıp devleti insana özgü niteliklerden kaynaklandırmaktadır<sup>106</sup>. Bir bakıma Fransız Devrimi, bireylerden yola çıkarak Rousseau'cu bir toplum sözleşmesi yapmış ve siyaset toplumu temelden yeniden kurmuş olmaktadır. Dolayısıyla artık amaç bireydir, bireyin özgürlüğü, mutluluğudur; devlet ise, bu amacı sağlamaya yönelik bir araçtan başka bir şey değildir<sup>107</sup>.

Devrim sonrasında yaşananlara bakıldığında, devrimin amacına ulaşmadığı ya da amacından saptırıldığı biçiminde bazı konuların tartışıldığı görülmektedir. Bu süreçte en fazla eleştirilen kesim burjuvazi olmuştur. Çünkü, burjuvazi halkın geriye kalan kısmı ile birlikte imtiyazlı sınıflara karşı özgürlük ve eşitlik elde etmek amacıyla devrim yapmış, ama sonuçta bu işten karlı çıkan kesim sadece kendisi olmuştur. Bu açıdan 1789 Devrimi, bir yandan monarkın egemenliğine son verirken, öte yandan iktidarın doğrudan doğruya halk yığınları tarafından kullanılmasını engelleyecek bir formül olarak ortaya çıkmıştır<sup>108</sup>. 1789 sonrasında, Devrimin en temel ilkelerinden birisi eşitlik olmasına rağmen, burjuvazi aslında kendi sınıfsal iktidarını kurmak ve sürdürmek amacıyla yurttaşlar arasında eşitsizlikler oluşturmaya çalışmıştır. Bu amacını gerçekleştirmek için, egemenlik ulusa ait olmakla birlikte, kullanılmasında temsili rejimi savunmuş ve böylelikle elindeki imkanlardan yararlanarak rahatça iktidarı elde etmeyi başarabilmiş ve

---

<sup>104</sup> AĞAOĞULLARI, “Fransız Devriminde”, s. 195.

<sup>105</sup> AĞAOĞULLARI, “Fransız Devriminde”, s. 195.

<sup>106</sup> AĞAOĞULLARI, “Fransız Devriminde”, s. 196.

<sup>107</sup> AĞAOĞULLARI, “Fransız Devriminde”, s. 196.

<sup>108</sup> HAKYEMEZ, s. 49; TEZİÇ, s. 94.

sistemli olarak halkı devlet yönetiminden uzak tutmuştur<sup>109</sup>. Devrim yapan burjuvazi, uygulamada kendisi dışındakilerin temsilci seçilmesini engellemek amacıyla da “aktif-pasif yurttaş” ayrımı yapmıştır. Pasif yurttaşlar, 1789 Bildirgesinde belirtilen tüm haklardan yararlanmalarına karşılık, seçme ve seçilme hakkından yoksundurlar<sup>110</sup>. Bu durum 1789’un siyasal başarısına gölge düşürmekte, ulusal egemenliği zedelemektedir.

1789 Fransız Devrimi ile, ilke olarak eşitsizliklerin teorik düzeyde ortadan kaldırılması ve egemenliğin tek kişiden alınıp tüm topluma verilmesi olumlu adımlar olarak değerlendirilmelidir. Ancak, burjuvazinin kendi amacı doğrultusunda hareket edip, sadece kendi temsilcilerine seçilme imkanı sağlayacak formüller içerisine girmesi kabul edilemez. Buradaki asıl sorun, aslında eşitliğin sadece hukuksal bir ilke olarak ortaya konulması değil, bir toplumsal olgu haline dönüşmesi noktasında düğümlenmektedir. İşte, bu açıdan bakıldığında, 1789’un sadece bir başlangıç olduğu görülür. Toplumdaki değişik alanlarda söz konusu olan fırsat eşitsizliği ve benzeri olumsuzlukların giderilmesi ile ancak eşitlik ilkesinin herkes açısından bir anlamı olabilir<sup>111</sup>.

## SONUÇ

Günümüzde devletin bir unsuru olarak kabul edilen egemenlik anlayışı, 16. yüzyılda Avrupa’da gelişmiştir. Kilise, kral ve feodal beyler arasındaki güç mücadelesi yapısal bir değişikliğe yol açmış; bu değişiklik, güçlü merkezi krallıklara geçilmesine, bugünkü anlamıyla ulus-devletin doğumuna imkan sağlamıştır.

18. yüzyıl ise, Avrupa’nın krala karşı özgürlük mücadelesi verdiği ve başarıyla sonuçlandırdığı bir dönem olmuştur. Bodin’in formüleştirdiği, bölünmez, tek, mutlak, sınırsız ve devredilmez bir iktidar olan egemenlik, krallar tarafından ülke içinde kendi iktidarlarına rakip olabilecek bir iktidar, ülke dışında da kendilerinden üstün bir kudret tanımadıklarını ifade eden bir hukuki kavram olmuştur. “Egemenliğin

<sup>109</sup> AĞAOĞULLARI, “Fransız Devriminde”, s. 214; HAKYEMEZ, s. 49; SARICA, s. 193.

<sup>110</sup> GEMALMAZ, s. 104-106; HAKYEMEZ, s. 49, TEZİÇ, s. 94.

<sup>111</sup> HAKYEMEZ, s. 51.

kayıtsız şartsız millete ait olduğu” felsefesini benimseyen Rousseau ile birlikte, egemenlik içerik değiştirmeden sahip değiştirmiş ve kraldan ulusa geçmiştir. 1789 Fransız Devrimi ile, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi kabul edilmiş, ulusal egemenlik ve kuvvetler ayrılığı teorisine bu bildirinin maddeleri arasında yer verilmiş ve böylece ulusal egemenlik modern devletin temel özelliğini oluşturmuştur.

Günümüzdeki anlamını kastederek egemenliği, “bir devletin vatandaşlarının, ülkesel sınırları içerisinde aslen sahip olduğu ve özgürce kullanabildiği üstün emretme gücü yanında, o devletin, uluslararası alanda diğer devletlerle hukuken eşit haklara sahip bir aktör olarak, kendi ilişkileri bağlamındaki tüm konularda tek başına karar verme yetkisine sahip olmak” biçiminde tanımlamak mümkündür.

#### **KAYNAKÇA**

**AĞAOĞULLARI Mehmet Ali**, “Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil”, A.Ü.S.B.F.D., C. 46, No: 1-2, Ocak-Haziran 1991.

**AĞAOĞULLARI Mehmet Ali**, “Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi: 1789-1794”, A.Ü.S.B.F.D., C. 44, No: 3-4, Temmuz-Aralık 1989.

**AĞAOĞULLARI Mehmet Ali**, “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, A.Ü.S.B.F.D., C. 41, No. 1-4, Ocak-Aralık 1986.

**AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/AKAL Cemal Bali/KÖKER Levent**, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, Ankara 1994.

**AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/KÖKER Levent**, Tanrı Devletinden Kral Devlete, 3. Baskı, Ankara 2001.

**AKAD Mehmet**, “Machiavel-Bodin ve Hobbes’da Monarşi Anlayışı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, İstanbul 1974.

**AKAD Mehmet/DİNÇKOL Bihterin Vural**, Genel Kamu Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2002.

**AKAL Cemal Bali**, “Devlet, Yasa, Hakimiyet”, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İ.Ü.H.F.Y., İstanbul 1999, s. 26-27;

**AKAL Cemal Bali**, Sivil Toplumun Tanrısı, 2. Baskı, İstanbul 1995.

**AKGÜL Deniz Altınbaş**, “Türkiye – Avrupa Birliği İlişkilerinde Egemenlik Sorunu”, Avrasya Dosyası, C. 10, S. 1, İlkbahar 2004.

**AKIN İlhan**, Kamu Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1987.

**AKKUŞ Selahattin**, Modern Egemenliğin Doğuşu: Pratik ve Kavramsal Belirlenme, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002.

**AKTAN Coşkun Can**, Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete, Ankara 1999.

**AKYOL Taha**, “AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliğin Çağdaş Kayıt ve Şartları”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

**APPERLEY Alan**, “Hobbes on Democracy”, Politics, Vol. 19, No. 3, September 1999.

**BACOT Guillaume**, “1789 Bildirisi ve 1958 Anayasası”, (Çev.: Süheyl Batum), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (Fransız Devriminin 200. Yılı Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 10.

**BELAND Daniel**, “Insecurity, Citizenship and the Globalization: The Multiple Faces of State Protection”, Sociological Theory, Vol. 23, No. 1, March 2005.

**BODİN Jean**, “Devlet Üstüne Altı Kitap”tan Seçme Parçalar, (Çev.: Özer Ozankaya), Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi (Der.: Mete Tunçay), C. 2.

**BULUT Nihat**, “Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes’un Eşitlik Anlayışı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002.

**BULUT Nihat**, Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Ankara 2003.

**CASSIRER Ernst**, Devlet Efsanesi, (Çev.: Necla Arat), İstanbul 1984.

**ÇINAR Mehmet Fatih**, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2004.

**DÖNER Ayhan**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003.

**DUGUIT Leon**, “Egemenlik ve Özgürlük”, Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000.

**EBENSTEIN William**, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, (Çev.: İsmet Özel), İstanbul 1996.

**ERDİNÇ Tahsin**, “Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, İstanbul 1974.

**GEMALMAZ Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2001.

**GÖZE Ayferi**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 7. Baskı, İstanbul 1995.

**GÖZLER Kemal**, Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2004.

**HAGGENMACHER Peter**, “Vitoria’dan Vattel’e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet”, (Çev.: İdil Selçuk), Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000.

**HAKYEMEZ Yusuf Şevki**, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Ankara 2004.

**HINSLEY F. H.**, Sovereignty, New York 1966.

**HOBBS Thomas**, Leviathan, (Çev.: Semih Lim), 2. Baskı, İstanbul 1995.

**KAPANİ Münci**, Politika Bilimine Giriş, 13. Baskı, Ankara 2001.

**KİA Rukiye Akkaya**, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, İstanbul 2006.

**KOÇAK Mustafa**, “Modern Egemenlik Düşüncesi ve Mustafa Kemal Atatürk’ün Ulusal Egemenlik Anlayışı Üzerine Düşünceler”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Vecdi Aral’a Armağan, Kocaeli 2001.

**KOÇAK Mustafa**, Batı’da Ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi: Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar – Yeni Anlamlar), Ankara 2006.



**KRASNER Stephen D.**, “Rethinking the Sovereign State Model”, *Review of International Studies*, Vol. 27, Special Issue, December 2001.

**KUZU Burhan**, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 1994.

**LUCHAIRE François**, “1789 Beyannamesinin Güncelleştirilmiş Anlamı”, (Çev.: Aydın Gülan), *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (Fransız Devriminin 200. Yılı Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 10.

**MacCORMICK Neil**, *Questioning Sovereignty: Law, State and the European Commonwealth*, Oxford University Press, New York 1999.

**MACHIAVELLI Niccolo**, *Hükümdar*, (Çev.: Selahattin Bağdatlı), 4. Baskı, İstanbul 1994.

**MAIRET Gerard**, “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, (Çev.: Cemal Bali Akal), *Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal)*, Ankara 2000.

**MARINI Frank**, “Popular Sovereignty but Representative Government: The Other Rousseau”, *Midwest Journal of Political Science*, Vol. 11, No. 4, November 1967.

**MARITAIN Jacques**, “The Concept of Sovereignty”, *The American Political Science Review*, Vol. 44, No. 2, June 1950.

**MAZRUI Ali A.**, “Alienable Sovereignty in Rousseau: A Further Look”, *Ethics*, Vol. 77, No. 2, January 1967.

**MILLER James**, *Rousseau: Dreamer of Democracy*, Yale University Press, New Heaven 1984.

**MINOGUE Kenneth**, *Siyaset ve Despotizm*, (Çev.: Ünal Gürdoğan), Ankara 2002.

**NASSTRÖM Sofia**, “What Globalization Overshadows”, *Political Theory*, Vol. 31, No. 6, December 2003.

**OKANDAN Recai Galip**, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul 1976, s. 784-785.

**ÖZMAN M. Aydoğan**, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, *A.Ü.H.F.D.*, C. 21, S. 1-4, Y. 1964.

**ROUSSEAU Jean Jacques**, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.: Turhan Ilgaz), Ankara 2005.

**SABINE George H./THORSON Thomas L.**, A History of Political Theory, Fourth Edition, 1989.

**SADLER Gregory B.**, “Reason As Danger and Remedy for the Modern Subject in Hobbes’ Leviathan”, Philosophy & Social Criticism, Vol. 35, No. 9, November 2009.

**SANCAR Mithat**, “Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

**SARICA Murat**, 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, 6. Baskı, İstanbul 1993.

**SCHMIDT Manfred G.**, Demokrasi Kuramlarına Giriş, (Çev.: M. Emin Köktaş), Ankara 2001.

**SCHMITT Carl**, Siyasi İlahiyat, (Çev.: E. Zeybekoğlu), Ankara 2002.

**SILVESTRINI Gabriella**, “Rousseau, Puffendorf and the Eighteenth-Century Natural Law Tradition”, History of European Ideas, 2010.

**SOYSAL Mümtaz**, “Değişen Egemenlik ve Meşruluk”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

**STACY Helen**, “Relational Sovereignty”, Stanford Law Review, Vol. 55, No. 5, May 2003.

**STRAUSS Leo**, “Tabii Hak ve Tarih”, (Çev.: Ozan Erözden), Devlet Kuramı (Der.: Cemal Bali Akal), Ankara 2000.

**TEZİÇ Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1998.

**THOMSON David**, Siyasi Düşünce Tarihi, (Çev.: Ali Yaşar Aydoğan ve diğerleri), 3. Baskı, İstanbul 2000.

**TÖNGÜR Ali Rıza**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul 2005.

**TUNAYA Tarık Zafer**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1980.

**TURHAN Mehmet**, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

**TÜRÇAN Talip**, Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, Ankara 2001.

**UYGUN Oktay**, “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1989.

**UYGUN Oktay**, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İstanbul 2003.

**WALLERSTEIN İmmanuel**, “Dünya Tarihinde Yer Alan Bir Olay Olarak Fransız Devrimi”, (Çev.: İştâ B. Tarhanlı), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (Fransız Devriminin 200. Yılı Özel Sayısı), S. 1-3, Y. 10.

**WILKS Ivor**, “A Note on Sovereignty”, A Philosophical Quarterly, Vol. 5, No. 21, October 1955.

**WILLIAMSON Colwyn**, “A Contradiction in Hobbes’ Analysis of Sovereignty”, The Canadian Journal of Economics and Political Science, Vol. 32, No. 2, May 1966.

**YACK Bernard**, “Popular Sovereignty and Nationalism”, Political Theory, Vol. 29, No. 4, August 2001.

**ZABUNOĞLU Yahya Kazım**, Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, Ankara 1963.



## SOSYAL DEVLET ANLAYIŞININ GELİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ\*

Arş. Gör. Dr. Ali Tarık GÜMÜŞ\*\*

### ÖZET

20. yy. boyunca çok sayıda ülke tarafından benimsenen ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında genişleme eğilimi göstererek kurumsallaşan sosyal devlet, bu dönemden 1970'lere kadar olan süreçte "Altın Çağ"ını yaşamıştır. Daha sonra 1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizlerle birlikte, sosyal devletin genişlemesi durmuş ve cömert sosyal devletten geriye gidiş başlamıştır. Söz konusu geriye gidişte en önemli etken, ekonomik kötüleşmeden kurtulabilmek amacıyla neoliberal düşüncelerin benimsenmesi ve devam etmekte olan küreselleşme sürecinin neoliberal düşünceler çerçevesinde şekillenmesidir.

**ANAHTAR KELİMELELER:** 1-Sosyal Devlet 2-Refah Devleti 3-Sosyal ve Ekonomik Haklar 4-Küreselleşme 5- Neo-liberalizm.

### DEVELOPMENT AND TRANSFORMATION OF SOCIAL STATE CONCEPT

#### ABSTRACT

The welfare state was adopted by a number of nations during the 20<sup>th</sup> century, especially after World War II, Welfare State which institutionalised with intention of expansion, lived "Golden Age" in the process from that period until the 1970s. Later in the 1970s with the

---

\* Bu çalışma 2010 yılında S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsünde Doç. Dr. Reyhan SUNAY danışmanlığında Doktora tezi olarak hazırlanmış ve oybirliği ile kabul edilmiştir. Makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir. Ayrıca çalışma, TÜBİTAK'ın sağladığı yurtdışı araştırma bursu sayesinde hazırlanmıştır.

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

*economic crisis, the expansion of the welfare state stopped and started going back to the generous welfare state. The most important factor in going to the back, in order to avoid the economic slump, is to adopt neoliberal ideas and the ongoing process of globalization taken shaped by neoliberal ideas.*

**KEYWORDS:** 1- Social State 2- Welfare State 3-Social and Economic Rights 4-Globalization 5- Neoliberalism.

## GİRİŞ

Durağan bir nitelik arz etmeyen devlet, farklı tarihsel şartlara ve ideolojik hareketlere göre değişebilir niteliktedir. 20. yy. boyunca çok sayıda ülke tarafından benimsenen sosyal devlet, ilk olarak Sanayi Devrimi'nin etkileriyle ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu süreçte sosyalist ve Marksist düşüncelerin, burjuvazi tarafından engelleme isteğinin de etkisiyle gelişen sosyal devlet açısından, I. ve II. Dünya Savaşları ile 1929 dünya ekonomik krizi önemli dönüm noktaları olmuştur. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında genişleme eğilimi göstererek kurumsallaşan sosyal devlet, bu dönemden 1970'lere kadar olan süreçte "Altın Çağ"ını yaşamıştır. Altın çağ boyunca genişleyen sosyal devletin, gerek devlet, gerekse hak ve özgürlük anlayışına olan yansımalarıyla bireylerin refahını önemli boyutlarda arttırdığı görülmüştür.

Daha sonra 1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizlerle birlikte, sosyal devletin genişlemesi durmuş ve cömert sosyal devletten geriye gidiş başlamıştır. Söz konusu geriye gidişte en önemli etken, ekonomik kötüleşmeden kurtulabilmek amacıyla neoliberal düşüncelerin benimsenmesi ve devam etmekte olan küreselleşme sürecinin neoliberal düşünceler çerçevesinde şekillenmesidir. Bunun yanında değişen nüfus ve aile yapısının da önemli ölçüde etkilediği sosyal devletten geriye gidiş sürecinin, günümüzde de devam ettiği görülmektedir. Hem devlet yapısına, hem de hak ve özgürlük anlayışına önemli yansımaları bulunan bu sürecin, toplumun zor koşullar altında yaşayan kitlelerinin hayatını daha da zorlaştırması söz konusu olmaktadır. Zorlaşan hayat şartlarının toplumsal barışı önemli ölçüde zedelediği bu süreçte, gelir adaletsizliği önemli boyutlara ulaşmıştır.

## I. SOSYAL DEVLETİN ORTAYA ÇIKIŞI

İlk çağlarda Eski Yunan ve Roma'da, devletin sosyal bir yapısı bulunmamakta ve sosyal adaleti sağlamaya dönük politikalara rastlanmamaktadır. Fakat bu dönemlerde, bireysel mülkiyet hakkının korunmasına özel bir önem atfedildiği görülmektedir<sup>1</sup>. Ortaçağ ise, sosyal devlete ilişkin belirtilerin ilk ortaya çıkmaya başladığı dönem olarak değerlendirilmektedir. Buradaki itici faktör Ortaçağ düşüncesinde; dinin, devlet ve toplum hayatında egemen bulunmasıdır<sup>2</sup>.

Ortaçağ sonrasında ise, 18. yy.'da Sanayi Devrimiyle birlikte yaşanan çalışma ilişkilerindeki farklılaşma, üretim kapasitelerindeki artış ve iş bölümünün ortaya çıkması gibi değişimler; işçi sınıfını, zor koşullara mahkûm etmiştir. Sanayi üretiminde uygulanan iş bölümü uygulamasıyla; emek değersizleşmiş, düşük ücretler ciddi anlamda yaygınlaşmıştır. Her ne kadar liberal bir düzende iş sözleşmeleri; irade serbestisiyle yapılıyor gibi gözükse de esas itibarıyla elinde emeğinden başka hiç bir şeyi olmayan çalışan kesimlerin sermayenin insafına terk edildiği açık bir şekilde görülmüştür. Nitekim bu süreçte çalışanlar, işverenin uygun gördüğü en kötü çalışma şartlarını bile kabullenmek zorunda kalmışlardır. Ancak geniş kitlelerden oluşan çalışan kesimlerin; her anlamda maruz kaldıkları olumsuzluklar, sosyal ve ekonomik anlamda önemli değişimlerin meydana gelmesine neden olmuştur<sup>3</sup>.

Bu bağlamda işçi sınıfı; tedrici olarak içinde bulunduğu olumsuz koşullara karşı tepkilerini dile getirmeye ve önemli mücadeleler sergilemeye başlamıştır<sup>4</sup>. 1848 İşçi Devrimi, söz konusu sınıf mücadelelerinin en somut göstergesi olarak ortaya çıkmıştır<sup>5</sup>.

1848 Devrimi sonrasında; devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalelerde bulunmak suretiyle, hiçbir şeye karışmayan tavrını terk etmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu bağlamda devlete önemli görevler

<sup>1</sup> TALAS, 1991, s. 93; TALAS, 1997, s. 54-55.

<sup>2</sup> ŞENEL, 1995, s. 207-208.

<sup>3</sup> TALAS, 1990: s. 86; İZVEREN, 1975: s. 36-37.

<sup>4</sup> GEMALMAZ, 2003: s. 112-113; İZVEREN, 1975: s. 34.

<sup>5</sup> AKAD/DİNÇKOL, 2006: s. 259-260.

yüklenmiştir. Bundan böyle, devletin bireylerin refahını arttırmayı amaçlayan görevlerinde bir artış meydana gelmiştir<sup>6</sup>.

Şüphesiz sosyal devletin ortaya çıkma sürecinde işçi sınıfının ortaya koyduğu mücadelelerin baskısı yanında; Marksist ve sosyalist düşüncelerin, burjuvazi önderliğindeki liberal değerler karşısında yayılma eğilimine girmesi, 1929 yılında bütün dünyada ortaya çıkan dünya ekonomik krizi ve yaşanan dünya savaşlarının oluşturduğu yıkımlar da önemli roller üstlenmişlerdir. Ayrıca söz konusu problemlere karşı başta Keynes ve Beveridge olmak üzere, fikri planda üretilen çözümler sosyal devletin meydana gelmesine önemli bir katkı yapmıştır<sup>7</sup>. Özellikle, I. Dünya Savaşı'ndan sonra pek çok ülke anayasasında yer alan sosyal devlete yönelik hükümler; II. Dünya Savaşı sonrasında yerini, hem ulusal hem de uluslararası düzenlemeler bağlamında daha kapsamlı ve sistematik düzenlemelere bırakmışlardır<sup>8</sup>.

Sonuç itibarıyla sosyal devlet, söz konusu dinamiklerin etkisiyle II. Dünya Savaşı sonrasında, sanayileşmiş ülkelerde işveren, işçi ve devlet arasında sağlanan uzlaşmaya dayalı olarak ortaya çıkmıştır<sup>9</sup>. Söz konusu uzlaşma sonucunda, devletin sosyal amaçlarında önemli ölçüde artışın yaşandığı, bu çerçevede özellikle toplumun korunmaya muhtaç kesimleri ve çalışanların ciddi kazanımlar elde ettiği görülmüştür. Nitekim dönemin sloganlaşan ibaresi “daha çok devlet” olmuştur. Bu itibarla söz konusu dönemde, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesini sağlayan mekanizmalar oluşturulmuş, sermayeden alınan vergiler yükseltilmiş ve sosyal harcamalar artırılarak sosyal hizmetlerin alanı genişletilmiştir<sup>10</sup>. Dolayısıyla, bu aşamalardan da anlaşılacağı gibi, sosyal devlet, çok uzun ve zorlu süreçlerden geçerek uygulamaya konulabilmiştir.

---

<sup>6</sup> AKIN, 1980: s. 333-335; GÖZE, 1995, s. 362-363; GÖZE, 1977: s. 160; KAPANİ, 1993: s. 53-54.

<sup>7</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 94-95; SALLAN GÜL, 2006: s. 144-145.

<sup>8</sup> GÖZE, 1995:, s. 362-367; GÖZE, 1977: s. 155-160; KAPANİ, 1993: s. 53-75; ŞAYLAN, 2003: s. 94-95; SALLAN GÜL, 2006: s. 144-145.

<sup>9</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 93; SUNAY, 2007: 2007: s. 262; DOĞAN, 2006: s. 196; TANÖR, 1978: s. 120-121.

<sup>10</sup> BAŞKAYA, 2001: s. 16-17.



## II. SOSYAL DEVLETİN İÇERİĞİ, GELİŞİMİ VE YANSIMALARI

### A.SOSYAL DEVLETİN ANLAMI

Toplumun bir arada tutan sosyal sözleşmeyi yeni bir şekle zorlayan sosyal devlet,<sup>11</sup> kolayca tanımlanabilecek nitelikte bir kavram değildir. Nitekim pek çok yazar, sosyal devleti tanımlamaya ilişkin söz konusu zorluğa dikkat çekmektedir<sup>12</sup>. Esas itibarıyla sosyal devlete dair pek çok açıklamaya rağmen; sosyal devletin herkes tarafından bilinen ve kabul edilen genel bir tanımlaması bulunmamakta<sup>13</sup>, bunun yerine farklı bakış açılarına göre yapılan tanımlama gayretlerinden söz edilmektedir.

Farklı bakış açılarına göre yapılan tanımlamaların bazıları; sosyal devlette yer alan “sosyal” ibaresinden yola çıkarak yapılmaya çalışmakta; diğer bazıları ise, sosyal devleti “refah” kavramını temel alarak somutlaştırma gayretine girişmektedirler. Bir kısım düşünürler ise, sosyal devletin yokluğu durumunu dikkate alarak bir tanımlama sunma gayreti içerisindeyler. Farklı yaklaşımdaki diğer düşünürler ise, sosyal devlette bulunması gereken özellikleri sıralayarak bunu yapmaktadırlar. Sosyal devleti tanımlama yönünde ortaya konulan ve yaygın olarak kabul edilen son bir çaba ise; sosyal devletin genel niteliklerini veya amacını esas alarak, söz konusu tanımlamayı gerçekleştirilmeye çalışmaktadır.

Kanaatimizce sosyal devleti tanımlama hususunda en isabetli yöntem, sosyal devletin genel niteliklerinden veya amaçlarından yola çıkılarak yapılan tanımlamalardır. Bu çerçevede yapılan tanımlamalarda; sosyal devletin temel amacının, vatandaşlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam standartlarını sağlamak olduğundan hareket edilmiştir. Söz konusu yaklaşıma göre; sosyal devlet, bu amacı gereği, sosyal adaleti sağlamaya çalışmak zorundadır. Bunun için ise, devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalelerde bulunması ve bireylere, sosyal ve ekonomik

<sup>11</sup> WAGNER, 2004: , 2004: s. 281.

<sup>12</sup> POWELL/HEWITT, 2002: 2002: S. 5; VEIT-WILSON, 2000: S. 1.

<sup>13</sup> HUBER, 1970: s. 33. Bu hususta Hayek, sosyalizmden farklı olarak sosyal devletin kesin bir anlamı bulunmadığını ifade etmektedir. HAYEK, 2007: s. 90.

haklarını tanıması gerekmektedir<sup>14</sup>. Nitekim bu kapsamda yapılan tanımlamalar çerçevesinde, aynı zamanda sosyal devletin temel özelliklerine de yer verilmektedir.

Söz konusu özellikleri birleştirmek suretiyle yapılacak bir tanımlamaya göre sosyal devlet; bireylere, insan onuruna yaraşır asgari yaşam standartlarını sunmaya yönelmiş, bu amaçla milli gelirin daha adil dağıtılmasını ve böylelikle sosyal adaletin temin edilmesini sağlayan, bu bağlamda devletin, ekonomik ve sosyal hayata aktif müdahalelerde bulunmasını hedefleyen ve bireylere; kişisel ve siyasal haklar yanında, sosyal ve ekonomik hakların da tanınmasını öngören bir anlayışı ifade etmektedir.

## **B. DEVLET ANLAYIŞININ SOSYAL DEVLET YÖNÜNDE GELİŞİMİ**

Temel itibarıyla sosyal devlet, 1800'li yıllardan 1970'lerin ortasına kadar olan süreçte sürekli bir gelişim içerisinde olmuştur. Bu süreç içerisinde ise, 1945'e kadar olan dönemde meydana gelen dönüm noktaları, aynı zamanda sosyal devletin kurumsal anlamda ortaya çıkmasını ve gelişmesini sağlayan dinamikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim ilk başlıkta değinilen sosyal devlete giden süreçte önemli işlevler üstlenen söz konusu dinamiklere tekrar değinmemekle birlikte, sosyal devletin genel gelişim sürecine ilişkin bir perspektif sunmakta yarar bulunmaktadır. Doktrinde sunulan pek çok perspektifte sosyal devletin ortaya çıkma ve gelişim süreci kendi içerisinde de sınıflandırılmaya tabi tutulmaktadır. Bununla beraber; ortaya çıkan pek çok yaklaşımda, daha önce ifade edilen farklı tarihsel dönüm noktaları esas alınarak çeşitli sınıflandırmalara gidilmektedir.

Bu bağlamda Helco<sup>15</sup> ve Midgley<sup>16</sup> tarafından çeşitli sınıflandırmalar yapılmakla birlikte, bu hususta en isabetli sınıflandırma Pierson tarafından yapılmaktadır. Pierson'un sınıflandırmasına göre, sosyal devletin gelişimi üç temel dönemde ele alınmıştır. İlk dönem

---

<sup>14</sup> ÖZBUDUN, 1995: s. 99; GÖZLER, 2000, s. 155; ATAR, 2005: s. 96; AKYILMAZ, 2004: s. 93-95; YILDIRIM, 2003: s. 129-131; BULUT, 2003a: s. 174; GÜMÜŞ, 2005: s. 142-150.

<sup>15</sup> HELCO, 1981, s. 384-387.

<sup>16</sup> MIDGLEY, 1997: s. 135.

sosyal devletin doğumu olarak ifade edilen 1880–1914 yılları arasındaki dönemdir. İlk olarak sosyal güvenlik tedbirlerinin alındığı 1880’li yıllardan başlayan bu dönem, sosyal güvenliğin yaygınlaştığı I. Dünya Savaşı’na kadar devam etmiştir<sup>17</sup>. İkinci dönem, I. Dünya Savaşı’nın bitiminden başlayarak 1975 yılına kadar sürmektedir. Sosyal devletin büyüme dönemi olarak adlandırılan bu dönemde; önceden var olan kapitalist toplum ve düzen anlayışı, sosyal devletin çekirdek formlarıyla yer değiştirmiştir<sup>18</sup>. Üçüncü ve son dönem ise, 1975 sonrası dönemdir. Bu dönem, üzerinde geniş toplumsal kesimler tarafından mutabakata varılmış olan sosyal devlete yönelik uzlaşmanın ortadan kalkmaya başladığı bir süreci ifade etmektedir. 1975 sonrası dönemde; daha önceki süreçte devam eden, geniş sosyal devletin sürdürülmesi, karma ekonominin desteklenmesi ve tam istihdam ile sürdürülebilir ekonomik büyüme politikaları üzerinde sağlanmış olan konsensus sona ermiştir<sup>19</sup>.

Pierson; sosyal devletin gelişim sürecini ifade etmek amacıyla, “büyüme dönemi” olarak adlandırdığı 1918–1975 arasındaki dönemi de kendi içerisinde sınıflandırmalara tabi tutmuştur. Bu bağlamda söz konusu büyüme dönemini öncelikle ikiye ayırmış ve 1918–1940 arası dönemi, sosyal devletin “sağlamlaşma ve gelişme” dönemi; 1945–1975 arası dönemi ise, sosyal devletin “altın çağı” olarak ifade etmiştir<sup>20</sup>.

Pierson ve çoğu düşünür tarafından “altın çağ” olarak karakterize edilen 1945-1975 arası dönem, sosyal devletin önemli gelişmeler kaydettiği yıllar olarak ifade edilmiştir. Bu dönemde sosyal devletin önemli ölçüde gelişmesi çeşitli etkenlere bağlı olarak ortaya çıkmış bir durumdur. İlk olarak, vatandaşların ulusal refahtan daha fazla pay

<sup>17</sup> PIERSON, 2001: s. 103-104.

<sup>18</sup> PIERSON, 2001: s. 108-113, 121-122, 131-135.

<sup>19</sup> PIERSON, 2001: s. 154. 70’li yılların ortasından sonra sosyal devletin yeniden yapılandırılması söz konusu olmuştur. POWELL/HEWITT, 2002: s. 41. Kuş, Fransa özelinde yapmış olduğu değerlendirmede; 1975 sonrasındaki üçüncü dönemi, kendi içerisinde 1974-1983 arası ekonominin sarsıldığı dönem ve 1983 sonrası neoliberal düşüncenin etkin olduğu dönem olmak üzere ikiye ayırmaktadır. KUS, 2006: s. 512.

<sup>20</sup> PIERSON, 2001: s. 112-113, 121-122; GÜMÜŞ, 2009: 147. Kuş’ta 1945-1974 arası dönemin, Fransa özelinde aynı durumu yansıttığını ifade etmektedir. KUS, 2006: s. 512.

alabilmesi için daha evrensel ve geniş sosyal devlet düşüncesi benimsenmiştir. İkinci olarak, kaynakların artışıyla beraber devletin bireylerin refahını sağlama sorumluluğu genişlemiştir. Üçüncü olarak, sosyal refah ve karma ekonomi lehine geniş ölçekte bir konsensüs oluşmuştur. Dördüncü ve son olarak ise, tam istihdam ve ekonomik büyüme başarıyla bir arada yürütülmüştür. Esasında II. Dünya Savaşı sonrası dönemde bütün bu etkenlerin ortaya çıkabilmesi sermaye ve iş gücü çıkarlarının uzlaşması sayesinde mümkün olabilmıştır<sup>21</sup>.

### **C. Sosyal Devlet Yönünde Yaşanan Gelişimin Yansımaları**

Devletin, sosyal devlet olma yönünde önemli bir gelişim gösterdiği bu süreçte, devlet anlayışı ile hak ve özgürlükler anlayışına önemli yansımaları olan değişimler meydana gelmiştir. Bu bağlamda söz konusu değişimlerin bir boyutu devlet anlayışına, diğer boyutu ise hak ve özgürlük anlayışına ilişkin olmak üzere bir gelişim göstermiştir.

### **1. SOSYAL DEVLET YÖNÜNDE YAŞANAN GELİŞİMİN DEVLET ANLAYIŞINA YANSIMALARI**

Sosyal devletin gelişimine yönelik olarak yapılan karşılaştırmalı çalışmalarda, en önemli gösterge olarak sosyal koruma programlarına yapılan harcamalar dikkate alınmaktadır. Daha çok sosyal harcamaların GSYİH'ya oranındaki değişimlerden yola çıkan söz konusu yaklaşımlarda; sosyal harcamalarda meydana gelen değişimler, bu husustaki temel parametreleri oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Temel itibarıyla sosyal devlet uygulamasında bireylerin refahını artırma amacıyla yapılan sosyal harcamalar; gerek devlet anlayışında oluşan değişimlerin, gerekse hak ve özgürlük anlayışında meydana gelen değişimlerin etkisiyle artış

---

<sup>21</sup> PIERSON, 2001: s. 121-122. Bu dönemde ortaya çıkan ekonomik büyüme ve politik konsensüs, sosyal devletin altın çağını yaşamasına neden olmuştur. LOWE, 1999: s. 102. Fraser tarafından 1951–1979 arasındaki dönemin refah konsensüsü olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir. FRASER, 2003: s. 265. Bazı görüş sahipleri tarafından bu dönemdeki büyüme ve üretkenliğin her ikisinde birlikte yüksek bir başarının yakalanması, iç ekonomilerin bu gündünden daha kapalı olması ve ulus devletlerin ulusal sınırlarını ve hedeflerini kontrol edebilmesine bağlanmaktadır. OLSEN, 2002: s. 166; TAYLOR-GOOPY, 2002: s. 597.

<sup>22</sup> STARKE, 2006: , s. 112; CLASEN/CLEGG, 2007: s. 168-170; KUHNER, 2007: s. 6. KANGAS/PALME, 2007, s. 106-129.

göstermektedir. Esasen devlet anlayışında, sosyal devlet yönünde meydana gelen değişimle birlikte; kamu hizmetlerinin genişletilmesi, tam istihdamı sağlama amacının benimsenmesi ve toplumun belli bir refah seviyesine ulaştırılması gibi uygulamalara gidilmesi belirtilen durumun nedeni olarak görülmektedir. Ayrıca bu süreçte sosyal ve ekonomik haklarda meydana gelen genişlemenin yansımaları da devletlere önemli maliyetler getirmektedir<sup>23</sup>.

Sosyal devletin, gelişimini en üst seviyelere çıkardığı altın çağ olarak adlandırılan dönemde, kamu harcamalarının yanı sıra kamu hizmetlerinin önemli bir genişleme süreci yaşadığı görülmektedir. Nitekim sosyal devletin gelişimini karşılaştırmalı olarak ortaya koymaya yönelik çalışmaların, en önemli göstergelerinden birini de kamu hizmetleri alanında meydana gelen değişiklikler oluşturmaktadır<sup>24</sup>.

Bu çerçevede sosyal devletin kurumsallaştığı ve en üst seviyede gelişim gösterdiği altın çağ süresince; devletin güvenlik, adalet ve maliye alanına ilişkin üstlendiği klasik işlevlerine ek olarak, sosyal devleti doğuran dinamiklerin de etkisiyle başka birtakım işlevler de yüklendiği görülmüştür. Bu bağlamda devletin tarihsel süreç içerisinde yaşadığı dönüşümün bir yansıması olarak özellikle 20. yy.'ın ikinci yarısından itibaren kurumsallaşan sosyal devlet, çeşitli kamu hizmetlerinin sağlanması hususunda önemli görevler yüklenmiştir. Sosyal devlet, bireylerin insan onuruna yaraşır hayat standartlarına ulaşması amacıyla sosyal ve ekonomik hakların sağlanması ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesi amacıyla çeşitli ödevler üstlenmiş, bu nedenle devletin aktif olarak kamu hizmeti sunması gerekmiştir. Bu doğrultuda devletin sosyal amaçlarla sunmuş olduğu kamu hizmetleri, sosyal ve ekonomik haklar ile sosyal adaletin gerçekleştirilmesi suretiyle, temelde insan onuruna yaraşır hayat standartlarını temin etmeye hizmet etmiştir<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sosyal harcamalarla sosyal haklar arasındaki ilişkinin ayrıntılı analizi için bkz. KANGAS/PALME, 2007: s. 106-129.

<sup>24</sup> CLASEN/CLEGG, 2007: s. 168-170. Sosyal harcamalarla sosyal haklar arasındaki ilişkinin ayrıntılı analizi için bkz. KANGAS/PALME, 2007: s. 106-129.

<sup>25</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 293-294; ÖRÜCÜ, 1972: s. 35; BULUT, 2003a: s. 173.

Son olarak sosyal devlet içerisinde benimsenen üretim ve birikim modelinin devlet anlayışına önemli yansımaları söz konusu olmuştur. Bu çerçevede üretim ve birikim modeli olarak benimsenen Fordizm ile devlete yönelik önemli değişimler ortaya çıkmıştır.

İlk kez 1914 yılında uygulanmaya başlanan Fordist anlayış, esasında 1929 Dünya ekonomik krizi sonrasında önem kazanmıştır. 1929 Dünya ekonomik krizinin, bir üretim krizi olması ve bu krizden çıkışın Keynes tarafından ileri sürülen düşüncelerle mümkün olabilmesi nedeniyle, Fordizm daha önemli hale gelmiştir. Keynes tarafından krizden çıkış için çok önemli bir unsur olarak gösterilen talebin artırılması hususu, Fordist üretim ve birikim modeli benimsenerek gerçekleştirilmiştir. Keynesyen anlayışın dayandığı efektif talep yaklaşımı, Fordizm ile örtüşerek sosyal devlet için elverişli bir zemin hazırlamıştır<sup>26</sup>. Bu bağlamda 1929 Dünya ekonomik krizinin aşılması süresince gelişen Fordist anlayış; Keynesyen sosyal devletin kurumsallaştığı, II. Dünya Savaşı sonrasında 70'li yıllara kadar geniş bir biçimde pek çok devlet tarafından uygulanmıştır<sup>27</sup>. Dolayısıyla 1929 Dünya ekonomik krizi sonrasında önem kazanan Fordist anlayışın, II. Dünya Savaşı sonrasında sosyal devletin kurumsallaşmasıyla birlikte egemen konuma geldiği söylenebilir.

## **2. SOSYAL DEVLET YÖNÜNDE YAŞANAN GELİŞİMİN HAK VE ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞINA YANSIMALARI**

Sosyal devlet yönünde yaşanan gelişme sürecinin hak ve özgürlüklere yansımaları, sosyal ve ekonomik haklar doğrultusunda gerçekleşmiştir. Temelde özgürlük anlayışının sosyal ve ekonomik haklar yönünde genişlemesiyle, sosyal devlet arasında önemli bir bağlantı kurulmuştur. Pek çok düşünür tarafından dile getirilen söz konusu bağlantı, sosyal devletin genişleme sürecine ilişkin önemli bir gösterge olarak değerlendirilmiştir<sup>28</sup>. Bu çerçevede sosyal devletin önemli bir gereği olan sosyal ve ekonomik hakların bireylere tanınma derecesi, sosyal devletin genişleme sürecinde en üst seviyelere çıkmıştır. Nitekim

---

<sup>26</sup> KARA, 2004: s. 90-91.

<sup>27</sup> SALLAN GÜL, 2006: s. 149; PIERSON, 2000: s. 192; PIERSON, 2001: s. 60; ESPING-ANDERSEN, 1996: s. 1.

<sup>28</sup> CLASEN/CLEGG, 2007: s. 168-170.

sosyal devletin altın çağı olarak adlandırılan 45–75 arası dönemde sosyal ve ekonomik haklar önemli ölçüde genişleme göstermiştir. Sosyal ve ekonomik haklardaki belirtilen genişleme, Sanayi Devrimi'nden beri süregelen bir sürecin II. Dünya Savaşı sonrası zirveye ulaştığı kurumsallaşma dönemini ifade etmiştir<sup>29</sup>.

Temelde Sanayi Devrimi'nin oluşturduğu dinamiklerin hak ve özgürlük anlayışında oluşturduğu değişimle ortaya çıkmış olan sosyal ve ekonomik haklar<sup>30</sup>, I. Dünya Savaşı'ndan sonra kısmen anayasalara girmiştir<sup>31</sup>. II. Dünya Savaşı'ndan sonra ise, sosyal devlete yönelik işçi-işveren ve devlet arasında meydana gelen uzlaşmanın sonucu olarak<sup>32</sup> sosyal ve ekonomik hakların kurumsal manada anayasa ve uluslararası belgelerde yer alması ve böylece önemli bir genişleme göstermesi söz konusu olmuştur<sup>33</sup>.

Sosyal ve ekonomik haklarda meydana gelen bu genişleme; hem kapsam ve içerik, hem de hukuki nitelik bakımından gerçekleşmiştir. Bu bağlamda, kapsam ve içerik açısından yaşanan genişleme ile sosyal ve ekonomik hakların sayısında ve her bir sosyal ve ekonomik hakkın koruma seviyesinde önemli bir genişleme yaşanmıştır. Bu çerçevede sosyal ve ekonomik hakların sayısı önemli ölçüde artış göstermiş ve bireylere; sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve çalışma şartlarının iyileştirilmesiyle ilgili haklar, eğitim hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, beslenme hakkı, özel olarak korunması gereken yaşlı, kadın ve çocuklara ilişkin haklar ve sendikal haklar gibi pek çok sosyal refah hakları tanınmıştır<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> PIERSON, 2001: s. 122.

<sup>30</sup> GÖREN, 2000: s. 37; ALGAN, 2007: s. 305-307.

<sup>31</sup> DOĞAN, 2006: s. 174; KABOĞLU, 2001: s. 107; ALGAN, 2007: s. 482-483.

<sup>32</sup> PIERSON, 2001: s. 122-125.

<sup>33</sup> PIERSON, 2001: s. 123; MICHALOWSKI, 2008: s. 36; DOĞAN, 2006: s. 174; TANÖR, 1978: s. 179-184; KABOĞLU, 2001: s. 107; ALGAN, 2007: s. 305-307.

<sup>34</sup> TANÖR, 1978: s. 71, 101-102; ALGAN, 2007: s. 31-33; Bu alanda hazırlanmış hiçbir listenin “tam olması” beklenemeyeceği gibi, böyle bir liste her zaman yeni hakların eklenmesiyle genişleyebilecektir. ALGAN, 2007: s. 31-32.

### **III. SOSYAL DEVLET ANLAYIŞINDA YAŞANAN DÖNÜŞÜM**

#### **A. DÖNÜŞÜMÜ HAZIRLAYAN FAKTÖRLER**

1970’li yılların ortalarından itibaren sosyal devlet anlayışının önemli bir değişim sürecine girdiği görülmektedir. Bu süreçte sosyal devlette meydana gelen değişimler daha çok zayıflama yönündedir. Bu nedenle sosyal devlette meydana gelen zayıflamayı ya da II. Dünya Savaşı sonrasında 1970’li yılların ortasına kadar devam eden genişleme sürecinden geriye gidişi ifade etmek üzere “dönüşüm” ibaresi kullanılmaktadır<sup>35</sup>. Sosyal devlet anlayışında meydana gelen söz konusu dönüşümü hazırlayan faktörler ise, 1970’lerde devletin mali anlamda krize girmesi, neoliberal düşünceler ve küreselleşme süreci olmak üzere üç temel başlık altında ele alınabilir.

#### **1. DEVLETİN MALİ KRİZİ**

Sermaye ile iş gücü arasındaki uzlaşmayla ortaya çıkan ve II. Dünya Savaşı sonrasında kurumsallaşan sosyal devlet; 1950’lerden, 1970’lere kadar yaşadığı “altın çağ” (golden age) süresince, Keynesyen ekonomi çerçevesinde ekonomik büyüme ve tam istihdamın sürdürüldüğü başarılı bir model olarak uygulanmıştır. Bu süreçte ekonomik büyüme sermayeyi tatmin ederken, iş gücünü de tam istihdam tatmin etmiştir. Fakat sosyal devlet, 1970’li yılların ortasından günümüze kadar uzanan süreçte önemli ekonomik problemlerle karşı karşıya kalmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında, 1970’lerin ortasına kadar ekonomide yaşanan hızlı büyüme oranlarının, 1970’lerin ortasından itibaren yerini büyümenin yavaşlamasına ve artan işsizliğe bırakmasıyla ekonomik kötüleşme ortaya çıkmış ve savaş sonrası yıllarda sürekli genişleyen sosyal devlet, getirdiği yükler nedeniyle pek çok problemin nedeni olarak görülmüştür. 1970’lerin ortalarından itibaren devletin mali anlamda krize girmesiyle beraber altın çağın sonuna gelinmiş, sosyal taraflar arasındaki uzlaşma sona ermiş ve sosyal devletten

---

<sup>35</sup> DALY, 2001: s. 79; TAYLOR-GOOPY, 2001: s. 134; TAYLOR-GOOPY, 2002: s. 597.



geriye gidiş süreci başlamıştır<sup>36</sup>. Taylor-Gooby tarafından söz konusu süreç; altın çağdan, gümüş çağa geçiş olarak adlandırılmıştır<sup>37</sup>.

Sosyal devletin gümüş çağa geçişi, ilk etapta devletin mali anlamda krize girmesiyle başlamıştır. Esasında 1970'li yıllarda yaşanan birtakım ekonomik problemlerle başlayan bu süreç, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirmiştir. Bu bağlamda II. Dünya Savaşı'ndan 70'li yıllara gelindiğinde; Bretton Woods Sistemi çökmüş(1971), Birinci (1973–1974) ve İkinci (1979–1980) Petrol Krizleri yaşanmış ve bu nedenlerle ekonomi önemli bir durgunlaşma sürecine girmiştir<sup>38</sup>.

Bu bağlamda öncelikle sorun tespit edilmeye çalışılmış ve en temel problemin ekonomik büyümenin yavaşlaması ve işsizlik olduğu ifade edilmiştir. Her iki sorunun sosyal devlet açısından hayati nitelikte olması, devletin mali krizi ile sosyal devlet arasındaki bağlantıyı kurmaktadır. Bu bağlamda daha yavaş büyüyen ekonomi, sosyal devletin mali zorluklar yaşamasına neden olmakta ve sosyal devletin sağladığı sosyal yararlar için kaynak sıkıntısı oluşturmaktadır. Ayrıca yüksek oranda seyreden işsizlik de devletlere önemli maliyetler getirerek yaşanan kaynak sıkıntısını daha da derinleştirmektedir. Sonuçta sosyal devlet, mali krize bağlı olarak önemli bir kaynak sıkıntısıyla karşı karşıyadır<sup>39</sup>. Ancak bundan daha da önemlisi, sosyal devletin, devasa maliyet getiren yapısını devam ettirmenin mümkün olmadığı yönündeki düşüncelerin yaygınlık kazanması ve bununla sosyal devletten bir geriye gidiş sürecinin başlamasıdır<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> PIERSON, 2001: s. 124, 128, 135, 154-155; OFFE, 2007: s. 66-67; SHAIKH, 2003: s. 531; POWELL/HEWITT, 2002: s. 83; LOWE, 1999: s. 102; OLSEN, 2002: s. 186; TAYLOR-GOOBY, 2002: s. 597; TOMKA, 2003: s. 249–257; SHAIKH, 2003: s. 531, 545; ŞAYLAN, 2003: s. 126.

<sup>37</sup> TAYLOR-GOOBY, 2002: s. 597.

<sup>38</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 120-123; HIRST/THOMPSON, 2003: s. 30; MIDGLEY, 1997: s. 138.

<sup>39</sup> TAYLOR-GOOBY, 2004: s. 30; RYAN, 2003: s. 142.

<sup>40</sup> CAMERON, s. 8-9; KAZGAN, 2005: s. 232.

## 2. DÜŞÜNSEL FAKTÖR: NEO-LİBERAL DÜŞÜNÜCE

Başlangıçta devletler, klasik liberal anlayışı benimsemekteyken, 1930'lu yıllar ve özellikle de II. Dünya Savaşı sonrasında Keynes ve Green gibi liberal düşünürlerin ortaya koyduğu sosyal liberal düşünceleri benimsemişlerdir<sup>41</sup>. 1970'lere gelindiğinde ise, karşı karşıya kalınan ekonomik problemlerin sorumlusu olarak, sosyal liberal anlayışın uygulamaları görülmüş ve bu anlayışın yanlış uygulamalarına karşı alternatif söylemler ortaya koyan neoliberal anlayış yaygınlık kazanmıştır<sup>42</sup>. İlk olarak 1970'lerin sonlarından itibaren Reagan ve Thatcher öncülüklerinde ABD ve İngiltere'de uygulamaya konulan neoliberal düşünceler<sup>43</sup>, Latin Amerika ülkeleri ve Özal öncülüğünde Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde yürürlüğe konulmuştur<sup>44</sup>.

1970'lerin sonundan günümüze kadar uzanan süreçte önemli bir hâkimiyet sağlayan neoliberal düşüncenin sosyal devletin zayıflaması üzerinde oldukça etkili olduğu görülmüştür<sup>45</sup>. Hatta kimi görüş sahipleri, neoliberal düşüncelerin uygulanmasıyla sosyal devlet öncesi klasik liberal döneme geri dönüldüğünü iddia etmişlerdir<sup>46</sup>. Ancak sözü edilen anlayışın bütünüyle liberal düşünceleri yansıttığı görülmekle beraber, klasik liberal anlayışın bazı olumsuzluklarından ders aldığı da gözlemlenmektedir. Bu bağlamda kartel ve tröstlerin önlenmesi ve sosyal boyutun çok asgari de olsa sağlanmaya çalışılması, bu husustaki en

---

<sup>41</sup> PIERSON, 2001: s. 118-119; DOĞAN, 2006: s. 196.

<sup>42</sup> HIRST/THOMPSON, 2003: s. 175; HIRST/THOMPSON, 2006: s. 31; SUNAY, 2007: s. 264-265; PIERSON, 2000: s. 195-198; POWELL/HEWITT, 2002: s. 85; ROSANVALLON, 2004: s. 51; MIDGLEY, 1997: s. 138.

<sup>43</sup> KUS, 2006: s. 506-507; MIDGLEY, 1997: s. 140; PIERSON, 2001: s. 39; PIERSON, 2000: s. 198; POWELL/HEWITT, 2002: s. 85; DOĞAN, 2006: s. 139; SALLAN GÜL, 2006: s. 302-303.

<sup>44</sup> SALLAN GÜL, 2006: s. 302-303.

<sup>45</sup> MIDGLEY, 1997: s. 151; KARA, 2004: s. 115-117, 251; SALLAN GÜL, 2006: s. 23; SUNAY, 2007: s. 262; ROTHGANG/OBINGER/LEIBFRIED, 2006: s. 250-254.

<sup>46</sup> OFFE, 2007: s. 67; KARA, 2004: s. 115-117, 251; DOĞAN, 2006: s. 173; ŞAYLAN, 2003: s. 136-137; PIERSON, 2001: s. 39; Aynı yönde bkz. KAZGAN, 2005: s. XVIII; SALLAN GÜL, 2006: s. 34-35, 37. Aksi yönde bkz. DOUGLAS, 1991: s. 187; SALLAN GÜL, 2006: s. 19.

önemli göstergeler olarak dile getirilmiştir<sup>47</sup>. Ayrıca neoliberal düşünce, piyasa-devlet ilişkisine, klasik liberal anlayıştan çok farklı yaklaşarak değişik bir bakış açısı ortaya koymuştur<sup>48</sup>.

### 3. KÜRESELLEŞME VE SOSYAL DEVLET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

1970'li yıllardan itibaren ön plana çıkan küreselleşmenin<sup>49</sup> gerçekte son 500 yıldır varlığını devam ettiren ve kendi içerisinde üç farklı küresel dalgayla şekillenen bir süreç olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda ilk dalga, 1500'lü yıllardan itibaren bölgesel ticaretin küreselleşme merkezinde gelişmesi sürecidir. İkinci dalga, 1800'lerden sonra başlayan ve sanayileşmeyle hız kazanan süreç olarak belirmektedir. Üçüncü dalga ise; 1945 sonrasında yeni dünya düzeni mimarisinden türeyen ve 70'li yıllardan itibaren hız kazanan süreç olarak ortaya çıkmaktadır<sup>50</sup>. Esas itibarıyla her bir dalga, küresel güç değişimini doğuran savaş ya da buna benzer bir olayla başlamakta ve bu dalgalar karşılıklı bağlantı ve sinerji meydana getirmektedirler<sup>51</sup>.

Karmaşık bir fenomen olan küreselleşme<sup>52</sup>, üzerinde uzlaşamayan ve çok farklı alanlarda tartışmaları da beraberinde getiren bir kavram olarak dikkat çekmektedir<sup>53</sup>. Sözü edilen bağlamda pek çok tanımlamada küreselleşme, karşılıklı bağlantıların artışıyla karakterize edildiği görülmektedir. Bu itibarla günümüz dünyasında da devam eden

<sup>47</sup> SUNAY, 2007: s. 266; BEER/CLOWER/HAUGHTOW/MAUDE, 2005: s. 50-52; DOĞAN, 2006: s. 208.

<sup>48</sup> SALLAN GÜL, 2006: s. 23.

<sup>49</sup> LANE, 2006: s. 1; SUNAY, 2007: s. 112.

<sup>50</sup> ROBERTSON, 2003: s. 4; POWELL/HEWITT, 2002: s. 90-91; YILMAZ, 2004: s. 31 -32; SUNAY, 2007: s. 118; UYGUN, 2009: <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/kuresell.htm>; KAZGAN, 2005: s. 10-11; BULUT, 2003a: s. 183.

<sup>51</sup> ROBERTSON, 2003: , s. 4.

<sup>52</sup> Küreselleşme süreci içerisinde aynı anda birbiriyle çelişkili ve karmaşık pek çok süreç gerçekleşebilmektedir. DOĞAN, 2006: s. 24, 37-38,

<sup>53</sup> BANERJEE, 2006: s. 85; OLSEN, 2002: s. 184; SUNAY, 2007: s. 112.

bağımlılık süreci, geleceği de anlayabilmemiz açısından anahtar bir kavram niteliğinde bulunmaktadır<sup>54</sup>.

Küreselleşme kavramını bu şekilde anlamlandırma çabasının ardından, küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde en önemli etkiyi doğuran ekonomik boyutu üzerinde durmak gerekmektedir. Temel itibarıyla küreselleşme; ekonomik, siyasi, teknolojik, kültürel ve sosyal yönleri olan çok boyutlu bir kavram olmasına karşın, küreselleşme sürecinde en yoğun dönüşüm ekonomik alanda yaşanmaktadır<sup>55</sup>. Sosyal devletin yaşadığı dönüşümde de en önemli etkiyi meydana getiren ekonomik küreselleşmedir<sup>56</sup>.

Genel olarak küreselleşmeye ilişkin olduğu gibi, küreselleşmenin ekonomik boyutuna ilişkin olarak da en temel kavram “karşılıklı bağımlılık”tır<sup>57</sup>. Bu çerçevede küreselleşmenin ya da uluslararası alanda ulusal ekonomilerin karşılıklı bağımlılığının<sup>58</sup> göstergesi; insanların, paranın, malların ve hizmetlerin uluslararası alandaki karşılıklı hareketliliğinin artmasıdır<sup>59</sup>.

Bu çerçevede küresel hale gelen sermayenin kolayca yer değiştirebilme imkânıyla coğrafi konuma bağımlılık ortadan kalkmış durumdadır. Böylelikle maliyetlerin düşük olduğu bölgelere yönelen ve çıkarlarını tatmin etmeyen bölgeleri terk eden sermaye; daha avantajlı ülkeleri tercih etmekte ve ülkeleri, daha avantajlı şartlar sunma hususunda bir yarışa sürüklemektedir. Bu bağlamda uluslararası hale gelen sermayenin mekânı bütün dünya haline gelmekte ve ulus

---

<sup>54</sup> SUNAY, 2007: s. 112-115, 120; LANE, 2006: s. 1. Küreselleşmeyi, karşılıklı bağlantıların artışıyla karakterize eden tanımlamalar için bkz. KLINGNER, 2004: s. 740; PIERSON, 2000: s. 263-264; HELD/MCGREW/GOLDBLATT/PERRATON, 2006: s. 185-187, 191; GIDDENS, 2006: s. 204; ŞENKAL, 2003: [http://www.sosyalsiyaset.net/documents/kuresellesme\\_sp\\_donusumu.htm](http://www.sosyalsiyaset.net/documents/kuresellesme_sp_donusumu.htm); SUNAY, 2003: s. 54-55.

<sup>55</sup> DOĞAN, 2006: s. 24, 37-38.

<sup>56</sup> OLSEN, 2002: s. 187.

<sup>57</sup> KEYMAN, 2009: <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/kuresell.htm>.

<sup>58</sup> RIEGER/LEIBFRIED, 2003: s. 20.

<sup>59</sup> LYNGSTAD, 2008: 2008: s. 74.

devletlerin ekonomideki belirleyiciliği azalmaktadır<sup>60</sup>. Temelde bu hususlara bağlı olarak uluslararası rekabetin hızlı gelişimi, küreselleşmenin ekonomik boyutunu ön plana çıkartmakta<sup>61</sup> ve küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde etki doğuran boyutu da bu hususlara bağlı olarak şekillenmektedir<sup>62</sup>.

Sonuç itibariyle küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde oluşturduğu etkinin<sup>63</sup>; basit bir etkiden çok, sosyal devletin önemli ölçüde erozyonuna neden olan<sup>64</sup> büyük bir tehdit olduğu ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Daha da ileri giden bazı görüş sahipleri, küreselleşmenin oluşturduğu etkinin, sosyal devletin sonunu getirebilecek nitelikte olduğunu ifade etmektedirler<sup>66</sup>. Kanaatimizce; küreselleşme sürecinin gerektirdiği reformların, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirdiği yadsınamaz bir gerçek olmasına karşın, bu sürecin sosyal devletin ortadan kalkmasına neden olacağını öngörmek abartılı bir yaklaşım niteliğindedir<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> OLSEN, 2002: s. 184; PIERSON, 2001: s. 179; PIERSON, 2000: s. 197-200; YÜKSEL, 2005: s. 173; HIRST/THOMPSON, 2003: s. 209-211, 220; SUNAY, 2007: s. 122, 141, 149, 155, 297, 302-303; DOĞAN, 2006: s. 137, 197; KARA, 2004: s. 113; Ancak, sermayenin ulus devlete ihtiyacı kalmadığı şeklindeki bir yaklaşım da abartılı niteliktedir. BULUT, 2003b: s. 188.

<sup>61</sup> TAYLOR-GOUBY/DEAN/MUNRO/PARKER, 1999: s. 178; HIRST/THOMPSON, 2003: s. 209-211

<sup>62</sup> OLSEN, 2002: s. 187.

<sup>63</sup> GIAIMO, 2001: s. 365; Ekonomik küreselleşme ile Sosyal Devletin krizi arasındaki bağlantı, akademik ve kamu tartışmalarında son 10 yıllarda geniş ölçüde varsayılan bir bağlantıdır. BENVENISTI/NOLTE/BARAK-EREZ, 2004: s. 80.

<sup>64</sup> ABOU-NASSIF, 2002: s. V, 1.

<sup>65</sup> GIZELIS, 2005: s. 146.

<sup>66</sup> CLARKE, 2007: s. 72.

<sup>67</sup> SUNAY, 2007: s. 273.

## **B. SOSYAL DEVLETTE YAŞANAN DÖNÜŞÜMÜN YAPISAL İFADESİ: DÜZENLEYİCİ DEVLET MODELİ**

### **1. GENEL OLARAK**

Küreselleşme süreciyle birlikte devlet yapısında yaşanan değişim, sosyal devlet üzerinde önemli etkilere sahip olmuştur. Nitekim küreselleşme sürecinin hız kazandığı 1990'lı yılların başında, devletin, küçültülmesi amacıyla “minimal devlet” biçiminde yeniden yapılandırılması yaygınlık kazanmış bir düşüncedir. Ancak 2000'li yıllardan itibaren bu kavramdan vazgeçilerek OECD ve DB gibi kurumlar öncülüğünde “minimal devlet” yerine “aktif ve düzenleyici devlet” ön plana çıkarılmıştır<sup>68</sup>.

Düzenleyici devletin temel işlevi; sosyal devlet gibi yeniden dağıtım politikaları izlemek değil, küresel kapitalizmin en rasyonel biçimde işlemlerini sağlamaktır. Devletin sadece düzeni koruyucu bir işleve indirildiği bu anlayışta, devletin sosyal ve ekonomik işlevlerinin en asgari seviyeye indirilmesi ya da sıfırlanması, özelleştirme ve deregülasyon gibi yöntemlerle gerçekleştirmek istenmektedir. Devletin yükleniciden ziyade, idare edici, düzenleme yapan koordinatör nitelikte olduğu düzenleyici devlette devlet bir kontrol edici değil, düzenleyici ve kolaylaştırıcıdır. Nitekim bundan böyle “kürek çeken değil, dümen tutan devlet” söz konusudur. Dolayısıyla devletin düzenleyici rolü, piyasanın işleyişini kolaylaştırma ve geliştirme amacına yönelik “piyasa dostu düzenleyicilik” şeklinde gerçekleşmektedir. Böylelikle, piyasanın kayıtsız şartsız egemenliğinin sağlanması hedeflenmekte ve uluslararası serbestlik kazanan sermayenin egemenliği, yeni ekonomik düzenin temel belirleyici niteliği olarak ortaya çıkmaktadır<sup>69</sup>.

Düzenleyici devletin temel amacı olan “küresel kapitalizmin rasyonel biçimde işlemlerini sağlama” düşüncesi, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirmektedir. Bu doğrultuda sosyal devletlerin çeşitli alanlarda yaşadığı değişimlerle yeniden yapılandırılması söz

---

<sup>68</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 16, 23-25, 206, 217.

<sup>69</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 16, 23-25, 202, 206, 217, 307-308; SUNAY, 2007: s. 129, 272; DOĞAN, 2006: s. 367-369; AKTAN, 2003: s. 128; KAZGAN, 2005: s. 285; AKKAYA, 2004: s. 739. Benzer yönde bkz. BULUT, 2003b: s. 131.

konusudur<sup>70</sup>. Nitekim yeniden yapılanma sürecinde en temel değişimler, ekonomik ve idari alanlarda ortaya çıkmaktadır.

## 2. EKONOMİK BOYUTU

Düzenleyici devlet ile devlet ve piyasa ilişkilerinde önemli bir farklılaşma yaşanmaktadır. Keynesyen anlayıştan neoliberal anlayışa geçişin bir sonucu olarak yaşanan bu değişim<sup>71</sup>, ilk olarak Reagan ve Thatcher tarafından ABD ve İngiltere’de yürürlüğe konulmuştur<sup>72</sup>. Daha sonra ise, IMF, DTÖ, NAFTA, AB gibi uluslararası ve uluslararası örgütler öncülüğünde<sup>73</sup> bütün dünyaya yayılmıştır<sup>74</sup>.

Esasında neoliberal düşünce çerçevesinde şekillenen düzenleyici devlet ile devletin, “müdahalecilik karakterinde bir değişim” yaşanmaktadır<sup>75</sup>. Söz konusu değişimle ekonomiye müdahale eden bir yapı olmaktan çıkarılan devlet, düzenleyici ve denetleyici işlevler üstlenmektedir<sup>76</sup>. Bu bağlamda düzenleme ve denetleme çerçevesinde şekillenen devletin, piyasaya müdahalesi mal ve hizmet üretmek şeklinde

<sup>70</sup> SUNAY, 2007: s. 127.

<sup>71</sup> AKKAYA, 2004: s. 739; SUNAY, 2007: s. 261; KUS, 2006: s. 507; ROSANVALLON, 2004: s. 51-52; PIERSON, 2001: s. 168; HIRST/THOMPSON, 2003: s. 31; SALLAN GÜL, 2006: s. 1, 302-303; KARA, 2004: s. 115; İNSEL, 2004: s. 179.

<sup>72</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 195-197; SALLAN GÜL, 2006: s. 302-303; KUS, 2006: s. 507; SUNAY, 2007: s. 268; İNSEL, 2004: s. 179. Thatcher, siyasi başarısını büyük ölçüde çalışan kesimleri bölüp, işsizlik sorunu olmayan vasıflı emeği yanına çekerek sağlamıştır. ŞAYLAN, 2003: s. 197.

<sup>73</sup> Söz konusu örgütler bu hususta önemli işlevler üstlenmişlerdir. AB’nin düzenleyici rolü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. SCHELKLE/MABBETT, 2009: s. 23.

<sup>74</sup> RIEGER/LEIBFRIED, 2003: s. 16; ŞAYLAN, 2003: s. 263-264; ÖZDEK, 1999: s. 27-28, 44.

<sup>75</sup> SUNAY, 2007: s. 274; CERNY, 1997: s. 251 vd.; PIERSON, 1998: s. 785.

<sup>76</sup> Devletin mal ve hizmetleri doğrudan üretmek yerine, kendinden ayrılan işlevler üzerinde denetleme amacıyla “düzenleme”ler yapması gündemdedir. Düzenleme kavramıyla geniş anlamda kastedilen; piyasa aktörlerinin eylemlerini hukuki ve idari anlamda denetlemek amacıyla yapılan müdahalelerin tümüdür. Örneğin: çalışma saatlerinin düzenlenmesinden çevre ya da sağlık amacıyla aranan çeşitli standartlar bu kapsamdadır. PIERSON, 2000: s. 170-174.

değil, piyasa tarafından mal ve hizmet sunumunu kolaylaştırmak şeklinde gerçekleşmektedir. Piyasanın işleyişini kolaylaştırmayı ve geliştirmeyi hedefleyen yeni devlet anlayışı, “piyasa dostu düzenleyicilik” kavramıyla nitelendirilmektedir. Bu anlayışta da devletin bir müdahalesi öngörülmeyle birlikte müdahalenin içeriği, tarafları hiyerarşik olmayan bir biçimde bir araya getirmek ve eşgüdüm işlevi sağlamaktan ibarettir<sup>77</sup>. Bu hususlardan yola çıkılarak devletin “ortak”, “katalizör” ya da “kolaylaştırıcı” nitelikte müdahalelerde bulunan bir devlete dönüştüğü dile getirilmektedir<sup>78</sup>.

Kısaca düzenleyici devlet modeli içerisinde devletin yaptığı müdahalenin amacı; piyasanın hoşnutluğunu kazanmak, devleti piyasaya engel olmaktan çıkarmak, devletin piyasa çıkarları doğrultusunda işlemesini sağlamaktır<sup>79</sup>. Devletin piyasa çıkarlarını önemseydiği bu anlayışla devlet ile piyasa arasındaki çatışma beraberliğe dönüşmektedir<sup>80</sup>. Nitekim devlet, “piyasa dostu” niteliğe bürünmektedir<sup>81</sup>.

Devletin ekonomiye müdahalesinin değişimi ve piyasanın devlet karşısında güçlendirilmesinin sosyal devlet anlayışına önemli yansımaları bulunmaktadır. Liberal anlayışa dayanan düzenleyici devlette, ekonomik kaygıların oldukça ön planda tutulması sosyal devletle bağdaşmamaktadır. Çünkü sosyal devlette, piyasa ve ekonomik işleyiş bu derece ön planda değildir. Sosyal devlette ekonomik kaygılardan ziyade, sosyal kaygıların öne çıkarılması söz konusudur. Bunun yanında sosyal devlet anlayışı içerisinde, ekonomik refah için devlet müdahalesi şart olarak görülmektedir. Ancak düzenleyici devlet anlayışında, devletin

---

<sup>77</sup> SUNAY, 2007: s. 271-272; PIERSON, 2000: s. 170-174; ŞAYLAN, 2003: s. 206.

<sup>78</sup> SUNAY, 2007: s. 272-273; AKTAN, 2003: s. 105, 110, 117-118, 127.

<sup>79</sup> LEISERING, 2003: s. 176; ROSS, 2000: s. 23.

<sup>80</sup> CLARKE, 2007: s. 76.

<sup>81</sup> GENSCHEL, 2004: s. 614; ŞAYLAN, 2003: s. 206; SUNAY, 2007: s. 261-262, 272. DB'ye göre: piyasa dostu devlet; “insanların yeterli yatırım yapmasını güvence altına alan, özel girişim için rekabete dayalı bir ortam sunan, ekonomiyi uluslararası ticarete açık tutan ve istikrarlı bir makro ekonomiyi sağlayan devlet” olarak ifade edilmektedir. ÇULHA ZABCI, 2003: s. 163.



ekonomiye müdahalesinin, özgürlükleri daralttığı, sorunları büyüttüğü ve refah getirmediği dile getirilmektedir<sup>82</sup>.

Ayrıca düzenleyici devletin sermaye çıkarlarını önemsemesinin gereği olarak, uluslararası ölçekte varlığını sürdüren küresel rekabete kayıtsız kalmaması<sup>83</sup> ve sosyal devletten vazgeçilerek rekabet devletine geçilmesini öngörmesi, sosyal devlet üzerinde en önemli etkiyi doğurmaktadır. Nitekim sosyal devletin ekonomiye yüklediği ağır yüklerle birlikte; yeni küresel ekonomide rekabet edebilmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla küresel rekabet sürecinde, sosyal devletin bir yük olarak değerlendirilmesi söz konusu olmakta ve bunun sonucunda küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde yıkıcı etkiler meydana getirdiği yaygın ölçekte kabul görmektedir. Küresel rekabetin hâkim olduğu bu süreçte, belirtilen etkiye direnemeyen cömert sosyal devletleri, verimsiz ve sürdürülemez niteliklerinden arındırılarak yeniden biçimlendirilmek zorunda olduğu dile getirilmektedir<sup>84</sup>.

Bu çerçevede düzenleyici devlet, piyasa verimliliği için sosyal devlette kesintilere gidilmesini ve devletin çekildiği sosyal alanın aile, gönüllü kuruluşlar, diğer resmi olmayan destek ağları ve özel sektörece doldurulmasını öngörmektedir<sup>85</sup>. Bu bağlamda düzenleyici devlet anlayışıyla sosyal devletin tamamen ortadan kaldırılması da istenmemektedir. Bu noktada temel amaç; sosyal devlet alanlarının piyasaya açılması ve böylelikle sosyal devlet programlarının piyasalaştırılmasıyla ortaya çıkacak fırsatlardan sermaye sahiplerinin kâr elde etmesi ve aile, gönüllü kuruluşlar ve diğer resmi olmayan destek ağları aracılığıyla devletin sosyal yüklerden kurtarılmasıdır. Bununla sosyal devlet tamamen ortadan kalkmamakta; fakat “hak ve devlet

<sup>82</sup> TAYLOR-GOOPY, 2004: s. 44-45; AKTAN, 2003: s. 105, 118, 489-495.

<sup>83</sup> SAPIR, 2006: s. 371. Benzer yönde bkz. KORPI, 2007: s. 76-77.

<sup>84</sup> SUNAY, 2007: s. 268, 274; DOĞAN, 2006: s. 188; CERNY, 1997: s. 251 vd.; PIERSON, 1998: s. 785; SAPIR, 2006: s. 369, 380; STARKE, 2006: , s. 107; PIERSON, 2001: s. 65, 169; TAYLOR-GOOPY/CHARLOTTE/CATHERINE, 2003: s. 1; SEELEIB-KAISER, s. 1; BENVENISTI/NOLTE/BARAK-EREZ, 2004: s. 81; GÜRİZ, 1998: s. 192; SALLAN GÜL, 2006: s. 199.

<sup>85</sup> TAYLOR-GOOPY/CHARLOTTE/CATHERINE, 2003: s. 3; OLSEN, 2002: s. 194; AKTAN, 2003: s. 105, 110, 117-118, 127; SALLAN GÜL, 2006: s. 198-199.

temelli” sosyal devlet anlayışı yerine, “piyasa, gönüllülük, çalışma ve hak eden yoksul temelli” sosyal devlet anlayışına geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle düzenleyici devlet içerisinde, sosyal devlet sisteminin piyasalaştırıldığı öne sürülmektedir<sup>86</sup>. Söz konusu genel etkileşim çerçevesinde düzenleyici devletin temel gerekleri sosyal devleti olumsuz etkilemek ve sosyal devlette bir geriye gidiş doğurmaktadır.

### 3. İDARİ(YÖNETSEL) BOYUTU

Devletin ilk olarak ortaya çıkmasından bu yana; güvenlik, adalet ve maliye alanına ilişkin birtakım klasik işlevleri söz konusu olmuştur. Devlet, bu klasik işlevlerine ek olarak tarihsel şartlara göre değişebilen nitelikte başka birtakım işlevler de yüklenmiştir. Bu çerçevede modern devlet de; tarihsel gelişimi içerisinde, çeşitli kamu hizmetlerinin sağlanması hususunda önemli görevler üstlenmiştir. Özellikle 20. yy.’ın ikinci yarısından itibaren modern devletin tarihsel süreç içerisinde yaşadığı dönüşümün bir yansıması olarak kurumsallaşan sosyal devlet; sosyal ve ekonomik hakları ve sosyal adaleti gerçekleştirmek amacıyla devlete pek çok ödev yüklemiş, söz konusu ödevler nedeniyle devletin aktif olarak kamu hizmeti sunması gerekmiştir. Bu doğrultuda devletin sosyal amaçlarla sunmuş olduğu kamu hizmetleri, sosyal devletin gerçekleştirilmesine hizmet etmiştir<sup>87</sup>.

Sosyal devletin 1970’lerden bu yana yaşadığı söz konusu dönüşüm sürecinde kamu yönetimini daha az masraflı hale getirme amacıyla; kamu hizmetleri serbest piyasaya açılmış, seviyesi azaltılmış ve hantal bürokratik yapıdan kurtarılarak kamu sektörüne etkinlik ve verimlilik kazandırılmaya çalışılmıştır<sup>88</sup>.

Küreselleşmeyle birlikte geçerli olan sözü edilen dönüşüm sürecinde, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi önemli bir yer tutmuştur.

---

<sup>86</sup> GREVE, 2008: , s. 4; PIETERSE, 2003: s. 7; ABOU-NASSIF, 2002: s. 53.

<sup>87</sup> ŞAYLAN, 2003: s. 293-294; RUHİ, 2003: s. 225; GÖZLER, 2000: 167. BULUT, 1999: s. 36.

<sup>88</sup> CLARKE, 2007: s. 17; KLINGNER, 2004: s. 742; PAVOLINI/RANCI, 2008: s. 256-257; SCHELKLE/MABBETT, 2009: s. 16; POWELL/HEWITT, 2002: s. 120; PIERSON, 2001: s. 165; PIERSON, 2000: s. 170-174; SUNAY, 2007: s. 271; ŞAYLAN, 2003: s. 310-311; GÖZLER, 2000: 167; AKTAN, 2003: s. 448, 451.

Ancak yerel yönetimlerin güçlendirilmesiyle amaçlanan husus; daha üst seviyede kamu hizmetlerinin sunulabilmesi değil, ulus devletlerin egemenliğinin azaltılması ve piyasa hâkimiyetinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda küreselleşmenin getirdiği anlayışla ulus devletlerin bağımsız karar alabilme kapasitesinde, uluslarüstü alana (yukarıya) veya bölgesel ve yerel otoritelere (aşağıya) doğru kayma söz konusu olmuştur. Bu durumdan yola çıkılarak küreselleşmenin önemli bir yerelleşme (adem-i merkezileşme) süreci doğurduğu ifade edilmiştir<sup>89</sup>. Bu doğrultuda örneğin, İngiltere’de eğitim ve sağlık gibi kamu hizmetleri 1980’ler ve 90’larda yapılan reformlarla yerel yönetimlere kaydırılmıştır<sup>90</sup>. Benzer bir süreç İskandinav ülkeleri<sup>91</sup> ve diğer Avrupa ülkelerinde de görülmüştür<sup>92</sup>. Bazı düşünürler tarafından; bu şekilde ortaya çıkan yerelleşme eğilimi, piyasaların hükümetler üzerinde egemenlik kurmasına ilişkin küreselleşme sürecinin bir parçası olarak değerlendirilmiştir<sup>93</sup>.

Küreselleşme süreciyle birlikte farklılaşan kamu yönetimi anlayışının yaşadığı değişimi ifade etmek amacıyla çeşitli yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Esasında hangi kavramlarla ifade edilirse edilsin, sosyal devlet anlayışında yaşanan dönüşüme paralel biçimde değişen kamu yönetimi anlayışında ön plana çıkan kavram “iyi yönetim” (good governance) olmuştur. Kamu yönetiminde meydana gelen değişim etrafında şekillenen iyi yönetim kavramıyla; yerelleşme, piyasalaşma ve

<sup>89</sup> CLARKE, 2007: s. 108; OLSEN, 2002: s. 167; PIETERSE, 2003: s. 27; SCARBROUGH, s. 232; KLINGNER, 2004: s. 739; TAYLOR-GOOPY, 2002: s. 617; KEYDER, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/kuresell.htm>, 05.01.2009; UYGUN, 2009: <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/kuresell.htm>; ŞENGÜL, 2005: 2004, s. 131-132; KAZGAN, 2005: s. 16-17.

<sup>90</sup> LUND, 2002: s. 173; WINCOTT, 2006: , s. 170; TAYLOR-GOOPY, 2002: s. 617.

<sup>91</sup> Örneğin İskandinav ülkelerinden İsveç’te, 80’ler ve 90’larda yerel yönetimlerin sosyal refah hizmetlerindeki rolü arttırılmıştır. OLSEN, 2002: s. 170-173; ESPING-ANDERSEN, 1996: s. 14;

<sup>92</sup> Benzer bir eğilim 80’lerden bu yana Fransa’da da ortaya çıkmıştır. WAGNER, 2004: , s. 281.

<sup>93</sup> PIERSON, 2005: s. 792; KLINGNER, 2004: s. 737.

gönüllüleşme yönünde önemli değişiklikler meydana gelmiş ve yeni bir kamu yönetimi anlayışı doğmuştur<sup>94</sup>.

Yeni kamu yönetimi anlayışının etrafında şekillendiği iyi yönetim, “devlet dışındaki piyasa ve sivil toplum aktörlerini de kapsayacak şekilde çoğulcu bir biçimde birlikte yönetme çerçevesinde değiştirme” anlamına gelmektedir. Bu bağlamda iyi yönetim, yöneten ve yönetilen karşıtlığıyla oluşan devlet-toplum ayrılığı yerine; hükümet dışı aktörlerin katılımıyla birlikte yönetme uzlaşısına dayanan adem-i merkezîleşme ve düzenleyici devlet kavramları etrafında biçimlenen yeni bir modele karşılık gelmektedir<sup>95</sup>.

Nitekim bu kavram, 1970'lerin ortalarından itibaren sosyal devletin krizi, 1989'da sosyalist blokun çöküşü, neoliberalizmin yükselişiyle ön plana çıkan devletin küçültülmesi, özelleştirme, deregülasyon, serbest piyasa ve rekabet düzeninin sağlanması gibi kavramlarla belirginlik kazanmış ve kullanımı hızla yaygınlaşmıştır<sup>96</sup>.

İyi yönetim kavramının geliştirilmesinde; DB (Dünya Bankası) ve IMF (Uluslararası Para Fonu) 'in devletin yeniden yapılandırılmasına yönelik raporları, BM Küresel yönetim Komisyonu Raporu (1995), Milenyum Deklarasyonu (2000) ve OECD'nin Düzenleyici Reform Raporu (1997) belirleyici bir rol üstlenmişlerdir<sup>97</sup>.

Bunlardan iyi yönetim kavramını en yaygın biçimde kullanan Dünya Bankası'nın tanımlamalarına göre, *"iyi yönetim (good governance); açık ve öngörülebilir bir karar alma sürecinin, profesyonel bir bürokratik yönetimin, eylem ve işlemlerinden sorumlu bir hükümetin*

---

<sup>94</sup> CLARKE, 2007: s. 17; PRIOR/SKYES, 2001: s. 202; PIERSON, 2001: s. 165.

<sup>95</sup> SUNAY, 2007: s. 196, 257-259, 269-270; BAYRAMOĞLU, 2005: s. 27-35; SÖZEN/ALGAN, 2009: s. 12-14; FITZPATRICK, 2005: s. 159; AKTAN, 2003: s. 174-175; CLARKE, 2007: s. 116-118; ŞENKAL, 2003: , [http://www.sosyalsiyaset.net/documents/kuresellesme\\_sp\\_donusumu.htm](http://www.sosyalsiyaset.net/documents/kuresellesme_sp_donusumu.htm), 11.04.2010; Benzer yönde bkz. ÖZDEK, 1999: s. 44-45.

<sup>96</sup> SUNAY, 2007: s. 196, 269-270; BAYRAMOĞLU, 2005: s. 27-35; AKTAN, 2003: s. 174-175; BULUT, 1999: s. 31; CLARKE, 2007: s. 118; LYNGSTAD, 2008: s. 78; POWELL/HEWITT, 2002: s. 120; PRIOR/SKYES, 2001: s. 202.

<sup>97</sup> SUNAY, 2007: s. 196, 258; BAYRAMOĞLU, 2005: s. 27-35; AKTAN, 2003: s. 174-175.

*ve kamusal sürece aktif bir şekilde katılımında bulunan sivil toplum ve hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir düzeni ifade etmektedir.*<sup>98</sup>.

Özü itibariyle iyi yönetim kavramının; piyasa ekonomisi, sivil toplum, devletin piyasaya müdahalesinin sınırlandırılması ve siyaset ile ekonominin birbirinden ayrılması gibi kavramları ön plana çıkarması nedeniyle neoliberal yaklaşımla paralellik arz ettiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda özellikle iyi yönetim anlayışıyla devletlerin, uluslararası rekabet sürecinde girişimciler için uygun atmosferi hazırlamaya çalışması söz konusudur<sup>99</sup>.

### **C. SOSYAL DEVLETTE YAŞANAN DÖNÜŞÜMÜN HAK TEMELİNDEKİ İFADESİ**

Batı sosyal devletlerinin 1970'lerin ortalarından itibaren mali anlamda krize girmesiyle birlikte; neoliberal düşüncenin de etkisiyle, refah yaklaşımında bir erozyon yaşanmıştır. Bu ortamda sosyal devletler; küresel rekabetin taleplerini daha iyi karşılayabilmek amacıyla, vatandaşların sosyal ve ekonomik haklarını daha zayıf biçimde karşılama yoluna gitmişlerdir. Buradaki temel amaç; sosyal harcamaların artmasına neden olarak görülen sosyal hakları kısıtlamak suretiyle, ülkelerin daha rekabetçi hale gelmesini sağlamak olmuştur. Nitekim küreselleşmenin yol açtığı uluslararası rekabet; sosyal devletin getirdiği maliyetli sosyal ve ekonomik haklar üzerinde aşındırıcı bir etkide bulunmuş<sup>100</sup>, hatta bu

<sup>98</sup> SUNAY, 2007: s. 259; AKTAN, 2003: s. 175. Benzer yönde bkz. ÖZDEK, 2000: s. 493.

<sup>99</sup> SUNAY, 2007: s. 202, 260; BAYRAMOĞLU, 2005: s. 111-112, 130-131, 154; ŞAYLAN, 2003: s. 200-201.

<sup>100</sup> WONG, 2004: s. 151; CLARKE, 2007: s. 74; KANGAS/PALME, 2007: s. 106-107; ABOU-NASSIF, 2002: s. 1, 51; GIAIMO, 2001: s. 366; KORPI, 2003: s. 590-591; KUHNER, 2007: s. 7; ŞAYLAN, 2003: s. 293-295; KAZGAN, 2005: s. 233; UYGUN, 2003: s. 267; DOĞAN, 2006: s. 179, 197-198. Türkiye'de de Özal öncülüğünde ve neoliberal düşünceler çerçevesinde şekillenen bu süreçte, 24 Ocak 1980 tarihinde ekonomiye ilişkin alınan kararların önemli bir etkisi olmuş ve bu süreç, 1982 Anayasası'na da yansımıştır. SALLAN GÜL, 2006: s. 282-283; KARA, 2004: s. 230-231, 240; KORAY, 2005: s. 180-183; ÖZŞUCA, 2003: s. 26.

süreç bazı düşünürler tarafından sosyal ve ekonomik hakların tasfiyesi olarak değerlendirilmiştir<sup>101</sup>.

Her ne kadar küresel rekabet sürecinde, sosyal ve ekonomik haklarda yaşanan değişimi, bu hakların tamamen tasfiyesi olarak değerlendirmek abartılı bir yaklaşım olarak görünse de söz konusu süreçte sosyal ve ekonomik hakların önemli ölçüde değişime uğradığı da bir gerçektir. Nitekim bu iddiayı destekleyecek birtakım gelişmeler de söz konusudur. Bunlardan ilki; kriz öncesi ve sonrasında sosyal ve ekonomik hakların farklı seviyede ele alınması; ikincisi, sosyal ve ekonomik haklara karşılık; kişisel ve siyasal hakların ön plana çıkarılması ve sonucunda sosyal refah imkânlarının hak temelinden çıkarılarak, bireysel sorumluluk ve toplumsal dayanışma temelinde ele alınmasıdır.

Belirtilen gelişmelerden ilk olarak, kriz öncesi ve sonrasında sosyal ve ekonomik hakların farklı seviyelerde ele alınmasına değinecek olursak; 70'li yılların ortalarından itibaren ABD ve başta İngiltere olmak üzere hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde, sosyal harcamaların azaltılma çabası gözlenmektedir. Bu süreçte özellikle, maliyet getiren sosyal ve ekonomik hakların azaltılmasına dönük bir yönelim söz konusudur<sup>102</sup>. Fakat ilgili ülkeler; bu hususta radikal değişikliklere gitmemekte<sup>103</sup>, dolayısıyla da anayasal temelde herhangi bir düzenleme

---

<sup>101</sup> BRAND/WISSEN, 2005: s. 10.

<sup>102</sup> KAZGAN, 2005: s. 233; MICHALOWSKI, 2008: s. 53; PIERSON, 1998: s. 791-792; PIERSON, 2001: s. 150; KORPI, 2003: s. 591, 598; ABOU-NASSIF, 2002: s. 1, 17, 51; WINCOTT, 2006: s. 182-183; CLARKE, 2007: s. 74; PRIOR/SKYES, 2001: s. 201; TAYLOR-GOOBY, 1999: s. 1-3; ESPING-ANDERSEN, 1996: s. 72. Sosyal devletin beşiği olarak kabul edilen İskandinav ülkelerinde dahi, Sosyal Devlet ve bu çerçevede sosyal ve ekonomik haklar güç kaybına uğramaktadır. ESPING-ANDERSEN, 1996: s. 25; UYGUN, 2003: s. 267; RYAN, 2003: s. 143; GIAIMO, 2001: s. 367; KUISMA, 2007: s. 9-10; GÜMÜŞ, 2004: s. 170-179 Hatta bu hususta devletler öyle baskı altındadırlar ki; 1990'ların Fransa'sında iktidar olan sosyalist parti dahi, yeni liberal düzen çerçevesinde pek çok esası benimsemiştir. GRITSCH, 2005: s. 18-19. Aksi yönde dile getirilen düşüncelere göre; sosyal ve ekonomik hakların azalmasından ziyade, yeniden dizayn edilmesinden bahsedilebileceği ifade edilmektedir. PAVOLINI/RANCI, 2008: s. 246.

<sup>103</sup> KORAY, 2005: s. 119.

yapmamaktadırlar. Sözü edilen süreçte devletler, daha çok bütçeye maliyet getiren sosyal sigorta ve sosyal yardımları kapsayan sosyal güvenlik hakkı, sermayenin rekabet edebilirliğini etkileyen çalışma hakkı, çalışma koşulları ile ilgili haklar, sendikal haklar, toplu sözleşme ve grev hakkını sınırlamaya dönük önemli reformları yürürlüğe koymaktadırlar<sup>104</sup>.

Sosyal ve ekonomik haklarda değişime yol açan ikinci gelişme ise, kişisel ve siyasal hakların ön plana çıkarılması olmuştur. Esas itibariyle liberalizmin yeniden yükselişe geçtiği dönemle birlikte, insan hakları içerisinde sosyal ve ekonomik hakların geri plana atılması söz konusu olmuştur. Hatta pek çok düşünür tarafından; toplum içinde korunmaya muhtaç kesimlerin insanca bir yaşam sürmesini amaçlayan sosyal hakların, "insan hakkı" olarak değerlendirilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür. Nitekim bu doğrultuda; ısrarlı bir biçimde ve yoğun olarak sosyal ve ekonomik haklar yerine, ekonomik verimlilik ve büyümeyle uyumlu olan kişisel ve siyasal haklar üzerinde durulmuştur<sup>105</sup>.

Sosyal ve ekonomik haklarda değişime yol açan son gelişme ise, sosyal refah imkânlarının hak temelinden çıkarılarak, bireysel sorumluluk ve toplumsal dayanışma temelinde ele alınmasıdır. Bu çerçevede sosyal devletin gereği olarak yürürlüğe konulan sosyal ve ekonomik haklara önemli itirazlar yöneltilmektedir<sup>106</sup>. Sosyal ve ekonomik hakların, gerçekte hak niteliği bulunmadığı hususunda ileri sürülen bu iddialara paralel biçimde, sosyal devletin etkin olduğu dönemde; devletten, "hak" niteliğinde istenebilen hususlar, neoliberal politikalar çerçevesinde, gönüllülük esasına dayanan ve bireylerin merhametine bırakılan "yardım"lara dönüşmektedir<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> PIERSON, 2001: s. 162; PIERSON, 2005: s. 794; TAYLOR-GOOBY, 1999: s. 1; ABOU-NASSIF, 2002: s. 15; UYGUN, 2003: s. 266-267; KAZGAN, 2005: s. 237..

<sup>105</sup> PIETERSE, 2003: s. 7; TAYLOR-GOOBY, 2002: s. 619; ÖZDEK, 2002: s. 33-34; UYGUN, 2003: s. 267; MIDGLEY, 1997: s. 144.

<sup>106</sup> BARRY, 2004: s. 272-273, 285; RYAN, 2003: s. 143; TAYLOR-GOOBY/CHARLOTTE/CATHERINE, 2003: s. 2; GILBERT, 2002: s. 4.

<sup>107</sup> MIDGLEY, 1997: s. 151, 154; PIERSON, 2001: s. 150; PAVOLINI/RANCI, 2008: s. 256-257; GIAIMO, 2001: s. 366; DOĞAN, 2006: s. 202; KORAY, 2005: s. 419; KARA, 2004: s. 245; ÇULHA ZABCI, 2003: s. 237.

## SONUÇ

Tarihsel şartlara ve ideolojik hareketlere göre değişebilen nitelikteki devletin, sosyal devlet yönündeki gelişimi, bu sürecin bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Sürekli bir gelişim ve değişim içerisinde bulunan devletin sosyal nitelik kazanabilmesi, uzun bir tarihsel süreç sonucunda ortaya çıkan dinamiklere bağlı olarak mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla devletin, sosyal devlet anlamında bir kurumsal yapıya dönüşmesi uzun, karmaşık ve çok yönlü faktörlerin etkisiyle söz konusu olabilmektedir. Bu çerçevede sosyal devlet, temelde toplumsal hayatın her alanını etkileyen liberal düzenin kriz ve değişimlerinin, özellikle de sosyal ve ekonomik alandaki yetersizliklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu itibarla Sanayi Devrimi'yle ağırlaşan yaşam koşulları karşısında liberal düşüncenin yetersizliği anlaşılmış ve bu düzene karşı işçi sınıfı tarafından önemli bir mücadele sergilenmiştir. Söz konusu mücadele ile ekonomik açıdan zayıf kesimlerin insan onuruna yaraşır hayat standartlarına kavuşturulması hedeflenmiştir.

Esas itibarıyla I. ve II. Dünya Savaşı ile iki savaş arası dönemde meydana gelen 1929 dünya ekonomik krizi gibi yıkım meydana getiren olayların, yaşam koşullarını daha da zorlaştırması ve bu olayların bireylerde daha adil, eşitlikçi ve katılımcı dünyada yaşama arzusu doğurması sosyal devletin kurumsallaşmasını önemli ölçüde hızlandırmıştır. Nitekim büyük krizlerin ve savaşların toplumsal anlamda yeniden bir yapılanma dönemleri getirmiş olduğu ve sosyal devletin bu dönemde önemli sıçramalar yaptığı görülmüştür. Bu çerçevede ilk emareleri 19. yy.'da ortaya çıkan sosyal devlet, II. Dünya Savaşı sonrasında kurumsal anlamda ortaya çıkabilmiştir.

Sosyal devlet, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra önemli bir kurumsallaşma süreci yaşamıştır. Hatta 1950'lerden 1970'lere kadar olan dönem, sosyal devletin altın çağı olarak adlandırılmıştır. Devletin, sosyal devlet olma yönünde önemli bir gelişim gösterdiği bu süreçte, devlet anlayışı ile hak ve özgürlükler anlayışına önemli yansımaları olan değişimler meydana gelmiştir. Bu bağlamda söz konusu değişimlerin bir boyutu devlet anlayışına, diğer boyutu ise hak ve özgürlük anlayışına ilişkin olmak üzere bir gelişim göstermiştir.

Devlet anlayışında meydana gelen değişimde; sosyal harcamalar ile vergilerin artışı ve kamu hizmetlerinin genişlemesi önemli ölçüde



dikkat çekmiştir. 1945 öncesi dönemle kıyaslandığında büyük oranda genişleyen bu alanlar, devletin, sosyal devlet niteliği kazanmasının en önemli göstergeleri olmuştur. Ayrıca altın çağ olarak adlandırılan bu dönemde, pek çok ülke tarafından anayasa ve uluslararası belgelerde sosyal ve ekonomik haklara yer verilmiş ve bu hakların daha geniş bir biçimde düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Böylelikle sosyal ve ekonomik hakların içeriğinde önemli bir genişleme meydana gelmiş ve bu genişlemenin bireylerin refahına olumlu yansımaları olmuştur.

Sosyal devlet; 1950'lerden, 1970'lere kadar yaşadığı altın çağ süresince, Keynesyen ekonomi çerçevesinde ekonomik büyüme ve tam istihdamın sürdürüldüğü başarılı bir model olarak uygulanmıştır. Bu süreçte ekonomik büyüme, sermayeyi tatmin ederken, iş gücünü de tam istihdam tatmin etmiştir. Fakat sosyal devlet, 1970'li yılların ortasından günümüze kadar uzanan süreçte önemli ekonomik problemlerle karşı karşıya kalmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında, 1970'lerin ortasına kadar ekonomide yaşanan hızlı büyüme oranlarının, 1970'lerin ortasından itibaren yerini büyümenin yavaşlamasına ve artan işsizliğe bırakmasıyla ekonomik kötüleşme ortaya çıkmış ve savaş sonrası yıllarda sürekli genişleyen sosyal devlet, getirdiği yükler nedeniyle pek çok problemin nedeni olarak görülmüştür. 1970'lerin ortalarından itibaren devletin mali anlamda krize girmesiyle beraber altın çağın sonuna gelinmiş, sosyal taraflar arasındaki uzlaşma sona ermiş ve sosyal devletten geriye gidiş süreci başlamıştır. Taylor-Gooby tarafından söz konusu süreç; altın çağdan, gümüş çağa geçiş olarak adlandırılmıştır.

Sosyal devletin gümüş çağa geçişi, ilk etapta devletin mali anlamda krize girmesiyle başlamıştır. Esasında 1970'li yıllarda yaşanan birtakım ekonomik problemlerle başlayan bu süreç, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirmiştir. Bu bağlamda II. Dünya Savaşı'ndan 70'li yıllara gelindiğinde; Bretton Woods Sistemi çökmüş(1971), Birinci (1973–1974) ve İkinci (1979–1980) Petrol Krizleri yaşanmış ve bu nedenlerle ekonomi önemli bir durgunlaşma sürecine girmiştir.

1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizden başlayarak işçi ve işveren kesimlerinin cömert imkânlar sunan sosyal devlet uygulamaları üzerindeki anlaşması sona ermiş ve yeni bir sürece girilmiştir. Sosyal devlet gereği olarak yapılan masrafları azaltmaya yönelik olan bu süreç; “sosyal devletin sonu”, “sosyal devletin çöküşü”, “sosyal devletin iflası”

ya da “sosyal devletin mali krizi” gibi yakıştırmalar yapılmışsa da, esasında bu süreçte sosyal devlet ortadan kalkmamış, ancak yeni koşullar karşısında rol ve işlevlerinde önemli farklılıklar yaşanmış ve sosyal devlet, masraflarının azaltılması yönünde yeniden yapılandırılmıştır. Söz konusu yeniden yapılanma sürecini ifade etmek üzere; “dönüşüm”, “reformlara tabi tutulma”, “modernize edilme” ya da “tekrar ayarlama”, “tekrar değiştirme”, “hayatta kalma”, “geçiş”, “yeniden yapılanma”, “evrim”, “değiştirme” veya “modifiye etme” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

Dönüşüm ya da yeniden yapılandırma olarak adlandırılan bu süreçte; sosyal devletlerde önemli reformlar gerçekleştirilmektedir. Neoliberal düşünceler öncülüğünde hız kazanan küreselleşme ve iç faktörlerin bir bütün olarak etkili olduğu sosyal devletin yeniden yapılanma sürecinde, gerçekleştirilen reformlar sermaye tarafından desteklenmektedir. Sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getiren reform sürecinden yola çıkılarak, klasik liberal döneme geri dönüldüğü iddiaları yaygın olarak dile getirilmektedir. Ancak kanaatimizce; sosyal devlette yaşanan gerileme henüz bu boyutlara ulaşmamakla beraber, sosyal barış ve güvenlik açısından olumsuz bir nitelik arz etmektedir. Çünkü piyasanın istekleri doğrultusunda yapılan pek çok düzenleme ile toplumun ekonomik imkânlardan yoksun bireyleri, zor yaşam koşullarına maruz bırakılmakta ve böylelikle toplumsal barış zedelenmektedir.

Toplumsal barışı olumsuz etkileyen sosyal devletin yeniden yapılanma döneminde yaşanan dönüşümün, devlet ile hak ve özgürlük anlayışı olmak üzere iki boyutta yansımaları olduğu görülmektedir. Küreselleşme süreciyle birlikte devlet anlayışında yaşanan değişim, sosyal devlet üzerinde önemli etkilere sahip olmuştur. Küreselleşme sürecinin hız kazandığı 1990’lı yılların başında, devletin, küçültülmesi amacıyla “minimal devlet” biçiminde yeniden yapılandırılması yaygınlık kazanmış bir düşüncedir. Ancak 2000’li yıllardan itibaren bu kavramdan vazgeçilerek OECD ve DB gibi kurumlar öncülüğünde “minimal devlet” yerine “aktif ve düzenleyici devlet” ön plana çıkarılmıştır.

Düzenleyici devletin temel amacı olan “küresel kapitalizmin rasyonel biçimde işlemlerini sağlama” düşüncesi, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirmiştir. Bu doğrultuda sosyal devletlerin

çeşitli alanlarda yaşadığı değişimlerle yeniden yapılandırılması söz konusu olmuştur. Nitekim yeniden yapılanma sürecinde en temel değişimler, ekonomi ve kamu yönetimi alanlarında ortaya çıkmıştır.

Yeniden yapılanma sürecinde sosyal devlet alanında yaşanan dönüşümün yansımalarının önemli bir kısmı ise, hak ve özgürlükler alanında meydana gelmiştir. Bu bağlamda Batı sosyal devletlerinin 1970'lerin ortalarından itibaren mali anlamda krize girmesiyle birlikte; neoliberal düşüncenin de etkisiyle, refah yaklaşımında bir erozyon yaşanmıştır. Bu ortamda sosyal devletler; küresel rekabetin taleplerini daha iyi karşılayabilmek amacıyla, vatandaşların sosyal ve ekonomik haklarını daha zayıf biçimde karşılama yoluna gitmişlerdir. Buradaki temel amaç; sosyal harcamaların artmasına neden olarak görülen sosyal hakları kısıtlamak suretiyle, ülkelerin daha rekabetçi hale gelmesini sağlamak olmuştur. Küreselleşmenin yol açtığı uluslararası rekabet; sosyal devletin getirdiği maliyetli sosyal ve ekonomik haklar üzerinde aşındırıcı bir etkide bulunmuş, hatta bu süreç bazı düşünürler tarafından sosyal ve ekonomik hakların tasfiyesi olarak değerlendirilmiştir.

Her ne kadar küresel rekabet sürecinde, sosyal ve ekonomik haklarda yaşanan değişimi bu hakların tamamen tasfiyesi olarak değerlendirmek abartılı bir yaklaşım olarak görünse de, söz konusu süreçte sosyal ve ekonomik hakların önemli ölçüde değişime uğradığı da bir gerçektir. Nitekim bu iddiayı destekleyecek birtakım gelişmeler de söz konusudur. Bunlardan ilki; anayasal boyuta yansımada da kriz öncesi ve sonrasında sosyal ve ekonomik hakların farklı seviyede ele alınması; ikincisi ise, sosyal ve ekonomik haklara karşılık; kişisel ve siyasal hakların ön plana çıkarılması ve sonucunda sosyal refah imkânlarının hak temelinden çıkarılarak, bireysel sorumluluk ve toplumsal dayanışma temelinde ele alınmasıdır.

#### KAYNAKÇA

ABOU-NASSIF, Fida, **Canadian Woman in the Welfare State Age of the Globalization**, Not Published Dissertation, www.proquest.umi.com UMI No. 0-612-72749-1, Ottawa Canada 2002.

AKAD Mehmet, DİNÇKOL Bihterin, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006.

AKAD, Mehmet, Küreselleşme Sürecinde Bir Genel Değerlendirme, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. I, sy. 1, İstanbul 2004.

AKAD, Mehmet, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

AKIN, İlhan, **Kamu Hukuku**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1980.

AKKAYA, Rukiye, Çözülen Sosyal Devlet ve Küreselleşme Olgusu, **Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

AKTAN, Çoşkun C., **Değişim Çağında Devlet**, Çizgi Kitabevi, Konya 2003.

ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişimi ve 1961 Anayasası**, İÜHF Yayını, İstanbul 1982.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2005.

AZRAK, Ali Ülkü, Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasası'nın Sistemi, **İÜHF Mecmuası.**, c. XXVII, İstanbul 1962.

BANERJEE, A. Vinayak, Globalization and All That, **Understanding Poverty**, Ed. Abhijit Vinayak Banerjee-Roland Benabou, Dilip Mookherjee, Oxford University Press, 2006.

BARRY, Norman P., **Modern Siyaset Teorisi**, Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2004.

BAŞKAYA, Fikret, Küresel Kapitalizm, Neoliberalizm, Devlet, **Özgür Üniversite Forumu**, sy. 16, Ekim-Aralık 2001.

BAYRAMOĞLU, Sonay, **Yönetişim Zihniyeti Türkiye'de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü**, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.

BEER, Andrew, CLOWER, Teery, HAUGHTOW, Graham, MAUDE, Alaric, Neoliberalizm and the Institutions for Regional Development in Australia, **Geographical Research**, Vol. 43, No. 1, March 2005.

BENVENISTI Eyal, NOLTE George, BARAK-EREZ Daphne, **The Welfare State, Globalization, and International Law**, Springer Published 2004.

BRAND Ulrich, WISSEN Markus, Neoliberal Globalization and the Internationalization of Protest: A European Perspective, **Antipode**, Translated into English by Sabah Alnasseri and Irene Wilson, Vol. 37, Issue 1, Blackwell Publishing, 2005.

BULUT, Nihat, **Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003. (2003b)

BULUT, Nihat, Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?, **AÜHFD**, c. 52, sy. 2, Ankara 2003. (2003a)

BULUT, Nihat, Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek, **AÜEHFD**, c. III, sy. 1, Erzincan 1999.

CERNY, Philip G., Paradoxes of the Competition State: The Dynamics of Political Globalization", **Government and Opposition**, Vol. 32, Issue 2, 1997.

CLARKE, John, **Changing Welfare Changing States (New Directions in Social Policy)**, Sage Publications, London 2007.

CLASEN Jochen, CLEGG Daniel, Levels and Levers of Conditionality: Measuring Change within Welfare States, **Investigating Welfare State Change: The 'Dependent Variable Problem' in Comparative Analysis**, Eds. Jochen Clasen, Nico A. Siegel, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007.

ÇEÇEN, Anıl, **Sosyal Demokrasi**, Devinim Yayınları, Ankara 1984.

ÇULHA ZABCI, Filiz, Sosyal Riski Azaltma Projesi: Yoksulluğu Azaltmak mı, Zengini Yoksuldan Korumak mı?, **AÜSBFD**, c.58, sy.1, Ocak-Mart 2003.

DALY, Mary, Globalization and Bismarckian Welfare State, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Eds. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

DOĞAN, İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

DOĞAN, İlyas, **Parçalayan Küreselleşme**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

DOUGLAS, Jack D., **The Myth of the Welfare State**, Transaction Publishers, New Brunswick and London 1991.

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy, **Welfare States in Transition: National Adaptations in Global Economies**, Sage Publications, London 1996.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, Welfare States without Work: The Impasses of Labour Shedding and Familialism in Continental European Social

Policy, **Welfare States in Transition: National Adaptations in Global Economies**, Sage Publications, London 1996.

FITZPATRICK, Tony, **New Theories of Welfare State**, Palgrave Macmillan, Hampshire 2005.

FRASER, Derek, **The Evolution of The British Welfare State**, Palgrave Macmillan, New York, 2003.

GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

GENSCHEL, Philipp, Globalization and the Welfare State: a Retrospective, **Journal of European Public Policy**, Vol. 11, Issue 4, August 2004.

GIAIMO, Susan, Who Pays for Health Care Reform, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001.

GIDDENS, Anthony, Modernitenin Küreselleşmesi, Çev.Kudret Bülbül, **Küreselleşme Okumaları Ekonomi-Siyaset**, Ed. Kudret Bülbül, Kadim Yayınları, Ankara 2006.

GILBERT, Neil, **Transformation of the Welfare State. The Silent Surrender of Public Responsibility**, Oxford University Press, Oxford 2002.

GIZELIS, Theodora-Ismene, Globalization, Integration, and the European Welfare State, **International Interactions**, vol 31, Issue 2, Year 2005.

GOUGH, Ian, Social Welfare and Competitiveness, **The Welfare State A Reader**, Eds. Christopher Pierson and Francis G. Castles, Polity-Blackwell, Cambridge 2000.

GÖREN, Zafer, Sosyal Devlet, **Seyfullah Edis'e Armağan**, DEÜ Yayını, İzmir 2000.

GÖZE, Ayferi, **Liberal Marxist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1977. (Liberal Marxist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri)

GÖZE, Ayferi, **Liberal Marxist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1977.

GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

GÖZE, Ayferi, **Sosyal Devlet Sistemi**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.

- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GREVE, Bent, Introduction: The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States, **The Future of the Welfare State European and Global Perspectives**, Ed. Bent Greve, Ashgate Publishing, England 2008.
- GRITSCH, Maria, The Nation-State and Economic Globalization: Soft Geo-Politics and Increased State Autonomy?', **Review of International Political Economy**, Vol. 12, Issue 1, 2005.
- GÜMÜŞ, A. Tarık, Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Korunması, **SÜHFD**, c. 12, sy. 3-4, Konya 2004.
- GÜMÜŞ, A. Tarık, Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti, **Uluslararası Davraz Kongresi Küresel Diyalog**, Isparta 2009.
- GÜMÜŞ, A. Tarık, Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, **SÜHFD**, c. 13, sy. 2, Konya 2005.
- GÜRİZ, Adnan, **Sosyal Demokrasi İdeolojisi**, AÜHF Yayınları, Ankara 1998.
- HAYEK, Friedrich Von, The Meaning of the Welfare State, **The Welfare State A Reader**, Eds. Christopher Pierson and Francis G. Castles, Polity Press, Cambridge 2007.
- HELCO, Hugh, Toward a New Welfare State, **The Development of Welfare States in Europe and America**, Der. Peter Flora Arnold J. Heidenheimer, Transaction Publishers, New Brunswick and London 1981.
- HELD David, MCGREW Anthony, GOLDBLATT David, PERRATON Jonathan, Küresel Dönüşümler, Siyaset, Ekonomi ve Kültür, Çev. İsmail Aktar, **Küreselleşme Okumaları**, Ed. Kudret Bülbül, Kadim Yayınları, Ankara 2006.
- HIRST Paul, THOMPSON Grahame, Küreselleşme – Gerekli Bir Mit mi?, Çev. Nasuh Uslu, **Küreselleşme Okumaları**, Kadim Yayınları, Ankara 2006.
- HIRST Paul, THOMPSON Grahame, **Küreselleşme Sorgulanıyor**, Çev. Çağla Erdem Elif Yücel, Dost Kitabevi, Ankara 2003.
- HUBER, Ernst R., Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet, **AÜSBFD**, Çev. Tuğrul Ansay, c.XXVII, sy.3-4, Ankara 1970.
- İNSEL, Ahmet, **Neo-Liberalizm: Hegemonyanın Yeni Dili**, İletişim Yayınları, İstanbul 2004.

İZVEREN, Adil, Toplumsal Bir Aşama Olarak Sosyal Devlet, **Danıştay Dergisi**, y. 5, sy. 18-19, Ankara 1975.

KABOĞLU, İbrahim, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001 Ankara)**, TBB Yayını, Ankara 2001.

KABOĞLU, Ö. İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

KANGAS Olli, PALME Jokaim, Social Rights, Structural Needs and Social Expenditure: A Comparative Study of 18 OECD Countries 1960-2000, **Investigating Welfare State Change: The 'Dependent Variable Problem' in Comparative Analysis**, Ed. Jochen Clasen, Nico A. Siegel, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

KAPANİ, Münci, Sosyal Bir Devletin Belirgin Özellikleri ve Ekonomik ve Sosyal Alanlardaki Başlıca Ödevleri, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, İstanbul 1982.

KAZGAN, Gülten, **Küreselleşme ve Ulus Devlet: Yeni Ekonomik Düzen**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

KEYMAN, Fuat, Globalleşme Söylemleri ve Türkiye, **Küreselleşme ve Ulus Devlet**, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/kuresell.htm>, 05.01.2009.

KLINGNER, E. Donald, Globalization, Governance, and the Future of Public Administration: Can We Make Sense Out of the Fog of Rhetoric Surrounding the Terminology, **Public Administration Review**, Vol. 64, No. 6, November/December 2004.

KORAY, Meryem, **Sosyal Politika**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.

KORPI, Walter, The Power Resources Model, **The Welfare State A Reader**, Eds. Christopher Pierson and Francis G. Castles, Polity Press, Cambridge 2007.

KORPI, Walter, Welfare-State Regress in Western Europe: Politics, Institutions, Globalization, and Europeanization, **Annual Reviews Sociology**, Vol. 29, June 2003.

KUHNER, Stefan, Country-Level Comparisons of Welfare State Change Measures: Another Facet of the Dependent Variable Problem within the Comparative Analysis of the Welfare State?, **Journal of European Social Policy**, Vol. 17, Issue 1, 2007.



KUISMA, Mikko, Social Democratic Internationalism and the Welfare State After the 'Golden Age', **Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association**, Vol.42, Issue 1, 2007.

KUS, Basak, Neoliberalism, Institutional Change and the Welfare State: The Case of Britain and France, **International Journal of Comparative Sociology**, Vol. 47, Issue 6, 2006.

LANE, Jan-Erik, **Globalization and Politics: Promises and Dangers**, Ashgate Publishing, Hampshire 2006.

LEISERING, Lutz, Nation State and Welfare State: an Intellectual and Political History, **Journal of European Social Policy**, Vol. 13, Issue 2, 2003.

LOWE, Rodney, **The Welfare State in Britain since 1945**, Macmillan Press, London 1999.

LUND, Brian, **Understanding State Welfare: Social Justice or Social Exclusion**, Sage Publications, London 2002.

LYNGSTAD, Rolv, The Welfare State in the Wake of Globalization: The Case of Norway, **International Social Work**, Vol. 51, Issue1, 2008.

LYNGSTAD, Rolv, The Welfare State in the Wake of Globalization: The Case of Norway, **International Social Work**, Vol. 51, Issue1, 2008.

MICHALOWSKI, Sabine, Sovereign Debt and Social Rights-Legal Reflections On a Difficult Relationship, **Human Rights Law Review**, Volume 8, No. 1, 2008.

MIDGLEY, James, **Social Welfare in Global Context**, Sage Publications, California 1997.

NOAH L.Epstein, KAPLAN Amit, LEVANON Asaf, Distributive Justice and Attitudes Toward the Welfare State **Social Justice Research**, Vol. 16, No. 1, March 2003.

OFFE, Claus, Some Contradictions of the Modern Welfare State, **The Welfare State A Reader**, Eds. Christopher Pierson and Francis G. Castles, Polity Press, Cambridge 2007.

OLSEN, Greeg M., **The Politics of the Welfare State Canada, Sweden, and the United States**, Oxford University Press, Canada 2002.

ÖRÜCÜ, Ersin, **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut**, İÜHF Yayını, İstanbul 1972.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

ÖZDEK, Yasemin, Gelişme Hakkı: 'Ekonomik Kalkınma'dan 'İnsan Hakları Temelinde Gelişme'ye **Türkiye'de İnsan Hakları**, Yay. Haz. Oya

Çitçi, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara 2000.

ÖZDEK, Yasemin, Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar, **Amme İdaresi Dergisi**, c. 32, sy. 3, Eylül 1999.

ÖZDEK, Yasemin, Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskaçında İnsan Hakları, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, Ed. Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002.

ÖZŞUCA, Şerife T., Küreselleşme ve Sosyal Güvenlik Krizi, **Ekonomik Yaklaşım**, c. 14, sy.48, Yaz 2003.

PAVOLINI Emmanuele, RANCI Costanzo, Restructuring the Welfare State: Reforms in Long-term Care in Western European Countries, **Journal of European Social Policy**, Vol. 18, Issue 3, 2008.

PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları Yayınları, İstanbul 2000.

PIERSON, Chris, "Late Industrializers" and the Development of Welfare Regimes, **Acta Politica**, Vol. 40, 2005.

PIERSON, Christopher, **Beyond The Welfare State? The New Political Economy of Welfare**, Polity Press, Cambridge 2001.

PIERSON, Christopher, Contemporary Challenges to Welfare State Development, **Political Studies**, Vol. XLVI, 1998.

PIETERSE, Marius, Beyond The Welfare State: Globalisation of Neoliberal Culture and The Constitutional Protection of Social and Economic Rights in South Africa, **Stellenbosch Law Review**, www.heinonline.com, Vol. 14, Issue 3, 2003.

POWELL Martin, HEWITT Martin, **Welfare State and Welfare Change**, Open University Press, Buckingham 2002.

PRIOR Pauline M., SKYES Robert, Globalization and European Welfare States: Evaluating the Theories and Evidence, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Eds. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

RIEGER Elmar, LEIBFRIED Stephan, **Limits to Globalization: Welfare States and the World Economy**, Polity Press, Cambridge 2003.

ROBERTSON, Robbie, **The Three Waves of Globalization A History of a Developing Global Consciousness**, Fernwood Publishing and Zed Books, Nova Scotia and London 2003.

ROSANVALLON, Pierre, **Refah Devletinın Krizi**, Ed. Cemal Bali Akal, Çev. Burcu Şahinli, Dost Yayınları, Ankara 2004.

ROSS, Fiona, Interests and Choice in the "Not Quite so New" politics of Welfare, **Recasting European Welfare States**, Eds. Maurizio Ferrera and Martin Rhodes, Routledge Publishing, London 2000.

ROTHGANG Heinz, OBINGER Herbert, LEIBFRIED Stephan, The State and its Welfare State: How do Welfare State Changes Affect the Make-up of the Nation State?", **Social Policy & Administration**, Vol. 40, No. 3. June 2006.

RUHİ, M. Emin, **1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme**, Nobel Yayınları, Ankara 2003.

RYAN, Paul, State of the Welfare State, **Review of Income and Wealth**, Series 49, No. 1, March 2003.

SALLAN GÜL, Songül, **Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakârlık Kısacasında Refah Devleti**, Ebabil Yayınları, Ankara 2006.

SANCHEZ, Hector E., **From Welfare State To Competitive Dependent State: The Role Of Neoliberalism And Globalization In The Process**, Not Published Thesis, www.proquest.umi.com UMI No. ep05471, The University of Texas at El Paso, Texas 2001.

SAPIR, André, Globalization and the Reform of European Social Models, **JCMS** Vol. 44, No. 2, 2006.

SARICA, Murat, **Anayasayı Niçin Savunmalıyız?**, İzlem Yayınları, İstanbul 1969.

SCHELKLE Waltraud, MABBETT Deborah Social Policy of the EU and National Welfare State Transformations -A Political Economy Perspective, [http://www.eu-newgov.org/database/DOCS/P19aD10 Welfare\\_State\\_Transformations\\_Schelkle\\_Mabbett.pdf](http://www.eu-newgov.org/database/DOCS/P19aD10_Welfare_State_Transformations_Schelkle_Mabbett.pdf), 27.04.2009.

SHAIKH, Anwar, Who Pays for the "Welfare" in the Welfare State? A Multicountry Study, **Social Research**, Vol. 70, No. 2, Summer 2003.

SÖZEN Süleyman, ALGAN, 2007: Bülent, **İyi Yönetişim**, İçişleri Bakanlığı Genel Yayını, Ankara 2009.

STARKE, Peter, The Politics of Welfare State Retrenchment: A Literature Review, **Social Policy & Administration**, Vol. 40, no. 1, February 2006.

SUNAY, Reyhan, Küreselleşme ve Demokrasi, **SÜHFD**, c. 11, sy. 1-2, Konya 2003.

SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ŞAYLAN, Gencay, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, Ankara 2003.

ŞENEL, Alaeddin, **Siyasal Düşünceler Tarihi, (Tarih Öncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş)**, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1995.

ŞENGÜL, Tarık, Siyaset ve Mekansal Ölçek Sorunu: Yerelci Stratejilerin Bir Eleştirisi, **Küreselleşme, Emparyalizm, Yerelcilik, İşçi Sınıfı**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.

ŞENKAL, Abdulkadir, Küreselleşme, Sosyal Politikanın Dönüşümü ve Sivil Toplum Örgütleri, **İÜ Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 45. Kitap, 2003, [http://www.sosyalsiyaset.net/documents/kuresellesme\\_sp\\_donusumu.htm](http://www.sosyalsiyaset.net/documents/kuresellesme_sp_donusumu.htm), 11.04.2010.

TALAS, Cahit, Cumhuriyetin 75. Yılında Sosyal Devlet, **İdarecinin Sesi**, c. XII, sy. 70, Eylül-Ekim 1998.

TALAS, Cahit, **Ekonomik Sistemler**, İmge Yayınevi, Ankara 1997. (Ekonomik Sistemler)

TALAS, Cahit, Öğretelerde Sosyal Devlet, **İnsan Hakları Yıllığı**, c. 13, Ankara 1991. (Öğretelerde Sosyal Devlet)

TALAS, Cahit, Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi, **İnsan Hakları Yıllığı**, y. 3-4, c. 3-4, Ankara 1981-1982.

TALAS, Cahit, Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar, **İnsan Hakları Yıllığı**, c. 12, Ankara 1990.

TALAS, Cahit, Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar, **İnsan Hakları Yıllığı**, c. 12, Ankara 1990. (Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar)

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Hukuku, (Cogito)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978.

TAYLOR-GOOPY Peter, CHARLOTTE Hastie, CATHERINE Bromley, Querulous Citizens: Welfare Knowledge and the Limits to Welfare Reform, **Social Policy & Administration**, Vol. 37, No. 1, February 2003.

TAYLOR-GOOPY Peter, DEAN Hartley, MUNRO Moira, PARKER Gillian, Risk and the Welfare State, **British Journal of Sociology**, Vol. 50, No. 2, June 1999.

TAYLOR-GOOBY, Peter, Open Markets And Welfare Values (Welfare Values, Inequality And Social Change in The Silver Age of The Welfare State), **European Societies**, Vol. 6, Issue 1, 2004.

TAYLOR-GOOBY, Peter, Politic Change at a Time of Retrenchment France, Germany, Italy and the UK, **Social Policy & Administration**, Vol. 33, No. 1, March 1999.

TAYLOR-GOOBY, Peter, Sustaining State Welfare in Hard Times: Who Will Foot The Bill?, **Journal of European Social Policy**, Vol. 11, Issue 2, 2001.

TAYLOR-GOOBY, Peter, The Silver Age of the Welfare State: Perspectives on Resilience, **Journal of Social Policy**, Vol. 31, Issue 4, October 2002.

TOMKA, Bela, Western European Welfare States in the 20th Century: Convergences and Divergences in a Long-Run Perspective, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 12, 2003.

TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, İÜHF Yayını, İstanbul 1980.

UYGUN, Oktay, Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, **Anayasa Yargısı**, c. 20, Ankara 2003.

UYGUN, Oktay, Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme, **Küreselleşme ve Ulus Devlet**, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/kuresell.htm>, 05.01.2009 (02.06.2000 tarihli konferans).

VEIT-WILSON John, States of Welfare: A Conceptual Challenge, **Social Policy and Administration**, Vol. 34, Issue 1, 2000.

VOGEL, Joachim, Welfare State, **Social Indicators Research**, Vol. 64, 2003

WAGNER, Antonin, Redefining Citizenship for the 21st Century: from the National Welfare State to the UN Global Compact, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 13, 2004.

WAGNER, Antonin, Redefining Citizenship for the 21st Century: from the National Welfare State to the UN Global Compact, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 13, 2004.

WALLERSTEIN, Immanuel, **The Modern World-System**, Academic Press, New York 1974.

WINCOTT, Daniel, Social Policy and Social Citizenship: Britain's Welfare States, **Publius**, Vol. 36, No. 1, Winter 2006.

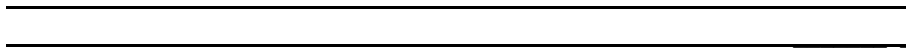
WONG, Linda, 'Market reforms, globalization and social justice in China', **Journal of Contemporary China**, Year 13, Vol 38, February 2004.

YILDIRIM, Ramazan, **Devletin Yapısı ve Nitelikleri (Anaysasa Hukuku Ders Notları)**, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003.

YILMAZ, Aytekin, **İkinci Küreselleşme Dalgası**, Vadi Yayınlan. Ankara 2004.

YÜKSEL, Mehmet, **Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.

**Makaleler**



**Özel Hukuk**





## İŞYERİNDE İNTERNETİN ÖZEL AMAÇLI KULLANIMI NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YİĞİT\*

### ÖZET

*İşletmeler açısından günümüz rekabet koşullarının en önemli gereklerinden biri de işyerinde internet kullanımudur. İşyerine iş amaçlı olarak tahsis edilen internetin işçi tarafından özel amaçlarla kullanılması kural olarak yasaktır. Ancak bu yasak işveren tarafından iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve işyeri iç yönetmelikleri gibi iş hukukuna özgü düzenlemelerle belirli esaslara bağlanabilir. İşyerinde internetin özel amaçla kullanılması konusunda belirtilen esaslara uyulmaması durumunda iş sözleşmesinin derhal veya süreli feshe ilişkin esaslara göre sona erdirilmesi mümkün olabilecektir.*

**ANAHTAR KELİMELEER:** *İşçi, işveren, iş sözleşmesi, internet, fesih.*

### LABOUR CONTRACT DISMISSAL DUE TO SPECIAL PURPOSE USE OF THE INTERNET AT THE WORKPLACE

#### ABSTRACT

*One of the most important requirements of todays competition conditions for businesses is the internet usage at work. As a rule, the internet that is allocated for work at the business is forbidden to be used for special purposes by the employee. However, this ban can be associated to certain principles by means of labour law-specific regulations such as labour contract, collective agreement and workplace instructions by the employer. In the case that the related principles about the use of the internet at the workplace for special purposes is violated, it*

---

\* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

*will be possible to terminate the labour contract in accordance with the rules related to ordinary or extraordinary dismissal.*

**KEYWORDS:** *Employee, employer, labour contract, internet, dismissal.*

## I. GİRİŞ

İşyerine iş amaçlı olarak özgülenmiş internetin, çalışanlar tarafından özel amaca yönelik olarak yani çalışma amacı dışında kullanılması, verimlilik ve performansta düşme ve işe daha az zaman ayırmaya neden olabilir. Bunun sonucunda iş görme borcunun ihlali gündeme gelebilir. Çünkü işçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu işin görülmesi borcudur<sup>1</sup>. İşçinin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda yazılı bildirim veya uyarılar yapılır<sup>2</sup>. Aksi halde *işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi* (İK, m.25/II-h) nedeniyle işverenin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı gündeme gelebilecektir. İşçi, iş

---

<sup>1</sup> Borçlar Kanunu'nun (BK) 320. maddesinin 1.fıkrasına göre, "*Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez*". Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKLİLER Aydın/HAVUTÇU Ayşe, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Ankara-2007; CEVDET Yavuz, **Türk Medeni Kanunu-Borçlar Kanunu**, Ankara-2008, s.560 vd; SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul-2008, s.293 vd. NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri)**, İzmir-1998, s.196-197; ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul-2008, s.127 vd; ESENER, Turhan, **İş Hukuku**, Ankara-1978, s.153-154. İşçinin ölümü halinde de bu borç mirasçılara geçmez (BK, m.347). İşçinin iş görme edimini şahsen yerine getirmesi zorunludur. ÇELİK, s. 128.

<sup>2</sup> Uyarı sözlü veya yazılı olabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı yapılması önerilir. Y9HD, 30.04.1993, E.1993/11655, K.1994/7375, **Tekstil İşveren dergisi**, Mart-Nisan-1994, s.18; Y9HD, 04.11.1998, GÜNAY, Cevdet İlhan, **Şerhli İş Kanunu, C:1**, Ankara-1998, s.1860; Y9HD, 08.03.2000; Y9HD, 16.03.2005, E.2005/9-88, K.2005/157, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s. 330.

görme borcunu *özenle yerine getirmek* zorundadır (Borçlar Kanunu, m.321)<sup>3</sup>.

Ayrıca 4857 sayılı İş Kanununun (İK) 25. maddesinin II. fıkrasının (1) bendi “*İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması*” hükmüyle işçinin özen yükümlülüğüne işaret etmiştir<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Özen borcu genel olarak Borçlar Kanununun 321. maddesinde düzenlenmiştir. BK'nun 321. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin iş güvenliğinin tehlikeye düşmemesi, işyerindeki mal ve eşyanın hasar veya kayba uğramaması için gereken özeni göstermesi gerekmektedir. Bkz. ÇELİK, s.129 vd; SÜZEK, **İş Hukuku**, s.298; DEMİR Fevzi/DEMİR Gönenç, “*İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:11, S:1, 2009, s.9 vd.

<sup>4</sup> Belirtelim ki işçinin özen yükümlülüğünün objektif bir ölçüsü bulunmamaktadır. Özenin derecesi sözleşmeye göre tayin olunur ve işçinin o iş için gereken mesleki bilgisi, eğilimi ve nitelikleri göz önünde bulundurulur. SÜZEK, **İş Hukuku**, s.291, EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul-2004, s.96; Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarında işçinin özen yükümlülüğünün mahkemece araştırılması gerektiğinden bahisle, “Doğru sonuca varılabilmesi için öncelikle boya yıkama makinesinde kullanılan kimyasalları belirtir reçetelerin kim tarafından hazırlandığı, davacının uyguladığı reçetenin hangi mala ait olduğunu bilecek durumda olup olmadığı, bu konuda gerekli eğitimi alıp almadığı, yaptığı iş için bilgi ve becerisinin yeterli bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, bundan sonra aynı bilirkişi heyetinden ya da re'sen oluşturulacak başka bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla davacının olayda kusurunun bulunup bulunmadığı hiç bir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenip oluşacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir” demektedir. Y9HD, 27.02.2008, E.2007/9302, K.2008/2652, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.336-337; İşin özenle ifa edilmemesi işçinin sorumluluğuna yol açar. Özen borcuna aykırılık, sözleşme ilişkisinin ihlali anlamına gelmektedir. Burada kusurun derecesinin bir önemi yoktur. Zira BK, m.321/2 hükmüne göre, işçinin “*kasıt, ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine verdiği zarardan mesul...*” olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

İşçinin iş görme borcu yanında, *sadakat yükümlülüğü* de bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak işverenin iş ve işyeri ile ilgili hukukten haklı menfaatlerini korumak ve işverene zarar verici ve onu risk altına sokabilecek davranışlardan uzak durmak zorundadır<sup>5</sup>. İşçinin sadakat yükümlülüğünün konusunu oluşturan “*yapma borcu*”, öncelikle işverenin ve işyerinin çıkarlarının korunması biçiminde ortaya çıkar<sup>6</sup>. “*Yapma borcu*”nun bir sonucu olarak, işçinin işine düzenli bir biçimde devam etmesi, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak iş görme borcunu yerine getirmesi ve özellikle işini özenle yapması gerekmektedir<sup>7</sup>. Sadakat borcu işçiye “*yapmama borcu*” da yüklemektedir. Özellikle sırrı açıklamama<sup>8</sup>, rekabet etmeme yükümlülüğü, bu nitelikte borçlardandır. İşçi, iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun ifası sırasında öğrendiği, iş, işyeri ve diğer işçiler ile ilgili bilgileri, ticari ve mesleki sırları üçüncü kişilere açıklamamalıdır<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> İşçinin sadakat borcu yalnızca işveren ile ilgili değil, işyeri ile de ilgilidir. İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin sadece maddi değeri olan meta olarak görüldüğü dönemlerde böyle bir borcun varlığı kabul edilmiyordu. bkz. DEMİR/DEMİR, s.3 vd.

<sup>6</sup> DEMİR/DEMİR, s.4.

<sup>7</sup> DEMİR/DEMİR, s.4.

<sup>8</sup> Sır saklama borcu sözleşmenin kurulması ile başlar. Ancak sözleşme kurulmadan önce de söz konusu olabilir. Örneğin işçinin sözleşme görüşmeleri sırasında öğrendiği ticari ve mesleki sırlar, sonradan sözleşme kurulmasa dahi başkalarına açıklanması sözleşmenin görülmesinde kusur (culpa in contrahendo) sebebiyle tazminat yükümlülüğü doğurur. DEMİR/DEMİR, s.24; İş sırrının korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN M.Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının korunması**, Ankara-2003, s.1 vd.

<sup>9</sup> NARMANLIOĞLU, **İş Hukuku**, s.206, SÜZEK, **İş Hukuku**, 291. Belirtelim ki, işçinin iş görme borcu, sadakat borcu ve işi özenle yapma yükümlülükleri kendisi tarafından yerine getirilecektir. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.90; İşçi kendisine bırakılan malzemeyi özenle kullanmalı ve bunları herhangi bir tehlikeye karşı koruma amacıyla gerekli her türlü önlemi almalıdır. Bu mallar yalnızca işverene ait olan mallar olmak zorunda değildir. Aynı zamanda işverenin ilişki içinde olduğu mülkiyeti 3. kişileri ait, mallara karşı da aynı borcun yerine getirilmesi zorunludur. NARMANLIOĞLU, **İş Hukuku**, s.201; DEMİR/DEMİR, s.9.

Geçici iş ilişkisi<sup>10</sup> yoluyla<sup>11</sup>, geçici işveren yanında çalışmakta olan işçinin de gerek iş görme borcu gerek bu borca bağlı özen yükümlülüğünden<sup>12</sup> istisna tutulması söz konusu değildir.

İnternetin özel amaçlı kullanımı, hem iş görme borcu<sup>13</sup>, hem sadakat borcu hem de özen gösterme borcu ile yakından ilgili olduğundan çalışmamız bakımından bu kavramlara kısaca değindikten sonra internet kavramı ve internetin özel amaçlı kullanımı hakkında bilgi vermek mümkündür.

<sup>10</sup> Geçici iş ilişkisinin kurulmasıyla işçinin, kendi işverene karşı iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme borcu, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı ifa edilecektir. Gerçekten de 4857 sayılı Kanun 7. maddesinde geçici iş ilişkisinin kurulması için gerekli şartlar ortaya koyulurken bu husus "...iş görme edimini yerine getirmek üzere..." ifadesiyle vurgulanmak istenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT Ercan, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara-1995; ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl, **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, Legal Yayınevi, İstanbul-2005; SÜZEK, **İş Hukuku**, s.255 vd; EKMEKÇİ Ömer, "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2004, s.369; SERİN İlhan, "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005, S:7, s.1069; BENLİ Abdurrahman/YİĞİT Yusuf, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:4, 2006, s.1 vd; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.96.

<sup>11</sup> 4857 sayılı İş Kanunu 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; "İşveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi....başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur".

<sup>12</sup> İşçinin kusuru sebebiyle verdiği zarardan dolayı geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumlu olacağı özen borcu çerçevesinde, 4857 sayılı Kanunun 7/4. maddesinde de ifade edilmiştir. Buna göre, "işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumlu..." olacaktır.

<sup>13</sup> İşçinin çalışma saatlerinin büyük bir bölümünü interneti özel amaçlarla kullanmakla geçirmesi iş görme borcunun ihlalini gündeme getirebilecektir. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, 26.10.2004, S:6, Sa 348/03, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/7, s.310

## II. İNTERNET KAVRAMI

İnternet, birçok bilgisayar sisteminin birbirine bağlı olduğu, dünya çapında yaygın olan ve sürekli büyüyen bir iletişim ağıdır. İnternet, insanların her geçen gün gittikçe artan "üretilen bilgiyi saklama/paylaşma ve ona kolayca ulaşma" istekleri sonrasında ortaya çıkmış bir teknolojidir. Bu teknoloji yardımıyla pek çok alandaki bilgilere insanlar kolay, ucuz, hızlı ve güvenli bir şekilde erişebilmektedir. İnternet'i bu haliyle bir bilgi denizine, ya da büyükçe bir kütüphaneye benzetebiliriz. Bugün yaygın iletişim ağı nedeniyle nüfusun büyük bir bölümü internet teknolojisinden yararlanabilmektedir. Teknolojinin gelişmesi, rekabet koşullarında meydana gelen gelişmeler işyerlerinde de internetin kullanımını yaygın hale getirmiştir<sup>14</sup>. İnternet kullanımı, işin görülmesinde ve çalışanların bilgi ve becerilerinin geliştirilmesinde sayısız faydalar sağlarken; diğer taraftan da sosyal paylaşım sitelerinin yaygınlaşması ve zamanı boşa harcaması riski nedeniyle çalışanların verimliliğini de olumsuz biçimde etkilemektedir. Bilgi güvenliğinin de öneminin artması nedeniyle, internet kullanımı gizlilik açısından da birçok sorunu beraberinde getirebilmektedir. Bu sorunlara bağlı olarak işverenler internetin işyerinde kullanımını önemli ölçülerde sınırlamakta hatta bazı sosyal paylaşım sitelerine (facebook, twitter gibi) erişimi yasaklamaktadır<sup>15</sup>. İşyerinde internetin varlığı

---

<sup>14</sup> Birçok kullanıcı için e-posta iletişimi iş ve günlük yaşam içerisinde vazgeçilmezler arasına girmiş ve bilgisayar kullanımında yapılan en önemli etkinlik haline gelmiştir. Wall Street Journal'ın bir raporuna göre ortalama bir ofis çalışanı gününün ortalama 50 dakikasını e-posta yazışmaları ile geçirirken üst düzey yöneticiler ise günde yaklaşık 4 saati e-posta almak, göndermek ve okumak için harcamaktadır. ÜLGEN Halil İbrahim/SAĞIROĞLU Şeref/YÜNCÜ Selma, "Güvenli Bir E-Posta Uygulaması: Gü-Posta", <http://www.Ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/bildiri/67.pdf> (ET: 01.03.2010).

<sup>15</sup> Özellikle yurt dışında önemli birçok kurum ve kuruluş, işyerinde internet ve e-posta kullanımı ile politikalar hazırlamakta ve uygulanmasını da sıkı bir şekilde takip etmektedir. Amerikan Yönetim Derneği (American Management Association), US News & World Report ve The Policy Institute tarafından yürütülen bir araştırmaya göre işverenlerin %81'inin yazılı bir e-posta politikası bulunmaktadır. Yine aynı raporda işverenlerden %47'sinin çalışanların e-posta trafiğini gözlemlediği ve %56'sının,

bakımından en önemli sorun çalışanların verimliliğinin olumsuz etkilenmesidir.

### III. İNTERNETİN ÖZEL AMAÇLA KULLANILMASI

İşyerinde<sup>16</sup> internet kullanımı işin gereği olabileceği gibi, çalışanların özel amaçlı kullanımları ile de ilgili olabilir. Gerçekten de işyerlerinde internet teknolojisi yoğun bir şekilde kullanılmaktadır<sup>17</sup>. İşverenin işyeri ihtiyaçları ve işin görülmesi ve iş bağlantıları açısından

organizasyonun e-posta sisteminin kişisel amaçlı kullanımını sınırlandırmak için, çalışanların elektronik ortamdaki davranışları ile yeteri kadar ilgilendikleri ortaya konulmaktadır. Çalışanların işyerlerinde e-posta kullanımı ile ilgili bu politikalara uymamaları durumunda ciddi yaptırımlarla karşılaşmaları söz konusu olabilmektedir. Örneğin New York Times şirketi Norfolk Virginia’da iş gücünün %10’undan fazlasını, şirketin e-posta politikasını ihlal ettikleri için işten çıkarmıştır. ÜLGEN/SAGIROĞLU/YÜNCÜ, <http://www.ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/bildiri/67.pdf> (ET:01.03.2010)

<sup>16</sup> 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında işyeri kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (m.2/2). İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (m.2/3). Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, s.54; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.46; SÜZEK, **İş Hukuku**, s.173 vd. Özel amaçla internet kullanımının iş ilişkisine etkisi yalnızca 4857 sayılı Kanun’un işyeri kavramına getirdiği kapsam bakımından düşünülmemelidir. Diğer İş Kanunları (Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu) bakımından da kapsama giren işyerlerinde özel amaçlı kullanımın iş ilişkisine etkisinden söz edilebilecektir.

<sup>17</sup> TÜİK-Girişimlerde Bilişim Teknolojileri Kullanımı Araştırması-2009’a göre, Ocak ayı içerisinde bilgisayar kullanımı % 90.7, internet kullanımı % 88.8; web sayfası sahipliği ise % 58 şeklinde gerçekleşmiştir. TÜİK Haber Bülteni, S:202, 20 Kasım 2009, [www.tuik.gov.tr](http://www.tuik.gov.tr) (ET: 08.03.2010). Aynı oranlar bilgisayar, internet kullanımı ve web sayfası sahipliği bakımından sırasıyla 2005 yılında % 87.6, % 80.4, % 48.2; 2007 yılında % 88.7, % 85.4 ve % 63.6; 2008 yılında % 90.7, % 98.2, % 62.3 şeklinde gerçekleşmiştir.

kurduğu internet ağı, rekabet edebilirliğin önemli bir gereğidir<sup>18</sup>. Burada önemli olan internet kullanımının amacı doğrultusunda olması, çalışanın özel amaçlı kullanmamasıdır<sup>19</sup>. Ancak çalışana tahsis edilmiş bir bilgisayara bağlı internet ağının özel amaçlı kullanımının sınırlarının nerede başlayacağı ve nerede biteceğinin tayini önem arz etmektedir. Her çalışan şüphesiz bir elektronik posta (e-mail)<sup>20</sup> adresine sahiptir ve birçok sosyal paylaşım sitesine de üye olmaktadır. Hatta işyerinde çalışanların internet kullanımı bazen işverenlerin yararına da olabilir. Zira çalışanların faturalarını yatırmaya bankaya gitmek yerine internet aracılığı ile yatırması, elektronik bankacılık yoluyla kira ve benzeri diğer giderlerini internet bankacılığı ile ödemesi işyerinde zaman kaybının oluşmasının da önüne geçmiş olacaktır. Her çalışanın bilgisayarını ilk açtığı anda kendisine gelen e-mailleri kontrol etmesi, yanıt yazması da bir özel amaçlı kullanım olarak değerlendirilebilir.

İşçinin interneti özel amaçlı kullanımının tespitinde kullanım niyeti önem taşımaktadır<sup>21</sup>. Bu anlamda önemli olan işçinin internet bağlantısını iş görme edimini yerine getirme amacıyla kullanmış olmasıdır. İş görme ediminin yerine getirildiği esnada, iş görme amacı doğrultusunda hareket edilirken, istemeden de olsa bağlantılı başka sayfalara ulaşılması özel amaçlı kullanım olarak değerlendirilmemelidir.

---

<sup>18</sup> OKUR Zeki, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi” **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:2, 2005, s.47 vd.

<sup>19</sup> Karşılaştırmalı hukuk açısından işyerlerinde internetin özel amaçlı kullanımı hakkında istatistiki bilgi için bkz. OKUR, s.47; Amerikan hukukunda işverenlerin, işçilerin internet ve e-mail faaliyetleri üzerinde mutlak bir denetim hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. GEÇER Bekir, “E-Mailler Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, www.iskanunu.com (ET:01.03.2010).

<sup>20</sup> E-Mail’in anlamı “*Electronic Mail*”dir Türkçe anlamı ise “*Elektronik Posta*”dır ve kısaltması da E-Posta’ dır, yada E-Mektup’dur. Elektronik iletişim ağı üzerinden gönderilen ve internete veya kullanıcının bilgisayarına kaydedilen her türlü yazı, ses, resim ya da dil iletileri e-mail (posta) olarak isimlendirilir. www.internetdevri.com. (ET:08.03.2010).

<sup>21</sup> OKUR, s.50.



İnternetin iş ile ilgili kullanımı, işçinin yapmakla yükümlü olduğu iş alanıyla ilgili olmalıdır. Hatta işçi tarafından internetin doğrudan işle ilgili olmayıp, dolaylı olarak işi ilgilendiren amaçlar doğrultusunda kullanılmasının, örneğin firmanın müşterileri ile bağlantısının ya da firma imajının güçlendirilmesi amacıyla müşterilere özel içerikli mailler yazılmasının veya internet sistemi ile çalışmayı öğrenmek amacıyla araştırmalar yapılmasının özel amaçlı kullanım olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir<sup>22</sup>.

#### **A. İnternetin Özel Amaçlı Kullanımının Sınırlandırılmasının Sebepleri ve Sınırlamaya İlişkin Düzenlemeler**

##### **1. Özel Amaçlı İnternet Kullanımının Sınırlanmasının Başlıca Sebepleri**

İşverenler işyerinde iş amaçlı olarak oluşturdukları internet sisteminin, özel amaçlı kullanımını çoğunlukla yasaklamakta veya kullanıma sınırlamalar getirmektedir<sup>23</sup>. Gerçekten de çalışanlar özel amaçlı kullanım esnasında üye oldukları *paylaşım siteleri* veya *msn* aracılığı ile kurdukları ilişkiler neticesinde pek çok bilgiyi paylaşabilmekte hatta bu bilgiler işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek boyutlara varabilmektedir. Zira bu esnada birçok bilgi farkında olmadan üçüncü kişilerle paylaşılabilir. Üçüncü şahıslar bu bilgiler sayesinde birçok veri elde etmekte ve şirketin zor durumda olup olmadığını bile öğrenebilmektedirler. Özellikle işverenin mesleki sırlarına vakıf olan çalışanlar açısından bu durum daha büyük tehlike arz etmektedir. E-posta kullanımında gerekli önlemlerin alınmaması durumunda, özellikle kullanıcının adını ve parolasını elde ederek, kişisel bilgilere erişme fırsatı veren kimlik hırsızlığına yönelik saldırılar, gönderici ile alıcı arasındaki mesaj trafiğinin casus yazılımlar ile dinlenmesi, izinsiz erişim yoluyla gönderilen mesajın içeriğinin değiştirilmesi, e-posta mesajlarının yedeklenmesi yoluyla sistem yöneticisine erişme, çalışanların göstermeleri gereken özeni göstermemeleri neticesinde mesaj trafiğinde saldırganlar (hackers,

<sup>22</sup> OKUR, s.51.

<sup>23</sup> TAILLON Gregory, "Controlling Internet Use in the Workplace" <http://www.nysscpa.org/cpajournal2004/704/perspectives/p16.htm> (ET: 28.03.2010).

newbie, crackers vb kişiler) tarafından gizliliğin ve bütünlüğün ihlal edilmesine sebep olunması, e-posta hizmetlerinin verilmesi sırasında sahtecilik, aldatma, mesaj başlığının ve içeriğinin değiştirilmesi vb pek çok yöntem kullanılarak farklı kaynaktan, farklı içerikli mesaj gönderilmesi yoluyla alıcı ve göndericinin yanıltılması gibi bir takım istenmeyen durumların ortaya çıkmasına neden olunması kaçınılmaz olacaktır. Bu tehditlerin özellikle iş amaçlı kullanılan e-posta trafiğinde yaşanması doğabilecek zararları daha da arttırmaktadır.

Ayrıca özel amaçlı internet kullanımı işyerinde çalışanların zamanı verimsiz kullanmalarına yol açabilmekte ve çalışma süresinin internet başında harcanmasına sebep olabilmektedir.

Yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı, internetin özel amaçlı kullanımı, işçinin iş görme borcu, sadakat borcu ve işi özenle yapma borcunun ihlalini gündeme getirebilir.

## **2. Özel Amaçlı İnternet Kullanımının Sınırlanmasına İlişkin Düzenlemeler**

İşverenin, işyerinde internet kullanımına iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi (TİS), personel yönetmeliği ve işyeri uygulamaları yoluyla ile sınırlamalar veya yasaklamalar getirmesi mümkündür. İşyerinde internetin özel amaçlarla kullanılmasını sınırlayan bir yasal düzenleme olmamakla birlikte, hukukun temel kaideleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun işçiye yüklediği yükümlülükler ve işverenin yönetim hakkı çerçevesinde soruna çözüm getirmek mümkün görünmektedir. Zira işveren yönetim hakkı çerçevesinde, kanun, TİS ve diğer düzenlemeler sınır getirmediği, işin akışını düzenlemek ve işçiye talimat vermekte serbesttir<sup>24</sup>. İşçinin de talimatlara uyma borcu bulunmaktadır<sup>25</sup>. Yani işveren kanun, TİS ve iş sözleşmesi sınırları içinde kalmak suretiyle, işyerinde işin görülmesi amacıyla tahsis edilen internetin kullanımına iş sözleşmesi veya TİS ile düzenleme ve sınırlamalar getirmeye yetkilidir<sup>26</sup>. Bu genel açıklamanın ardından özel amaçlı internet kullanımının sınırlarını belirleyen başlıca iş

---

<sup>24</sup> SÜZEK Sarper, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara-1998, s.225-226.

<sup>25</sup> ÇELİK, s.303, SÜZEK, Yönetim Hakkı, s.226.

<sup>26</sup> OKUR, s.52.

hukuku kaynaklarını, özelliklerini ve aralarındaki ilişkileri kısaca açıklamakta yarar bulunmaktadır.

#### a) İş Sözleşmesi

İş sözleşmesi, her iki tarafa da karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler grubunda yer alır. Bu niteliğiyle Borçlar Kanunu'nda (m.313 vd) düzenlenmekte, bu Kanunun sözleşmelerle ilgili genel kurallarına tâbi bulunmaktadır<sup>27</sup>. İş sözleşmeleri, bireysel iş ilişkisinin temelini oluşturur ve bu ilişkiye uygulanacak çalışma koşullarını belirleyen başlıca kaynak niteliğini taşır<sup>28</sup>. İş sözleşmesinin tarafları, bu sözleşme ile çalışma süresi, ücret, izin süresi gibi konuları mevzuatın emredici hükümlerini göz önünde bulundurarak belirler ve kendilerini bağlayıcı kurallar koyarlar<sup>29</sup>.

İş sözleşmesi, yalnızca sözleşmenin tarafları olan işçi ile işveren arasında hüküm ifade ettiği için, subjektif ve özel nitelikte bir hukuk kaynağıdır<sup>30</sup>. İşçi ve işverenin sözleşme özgürlüğü iş mevzuatındaki mutlak ve nispi emredici hükümlerle sınırlandırılmıştır<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENYÜZ Doğan, **Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Kitabevi, Bursa-2005, s.228-239; AKINTÜRK Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayınevi, İstanbul-2004, s.271-272; Ancak bu sözleşmenin kurduğu hukuki ilişkiye insanî, ahlaki değerler adına atfedilen anlamı onu, diğer sözleşmelerden farklılaştırmakta ve Borçlar Hukuku alanından İş Hukuku alanına aktarılmasına ve İş Hukuku'nun da temel kavramı, kurumu olarak ele alınmasına yol açmaktadır. MOLLAMAHMUTOĞLU, **İş Hukuku**, Ankara-2004, s.194.

<sup>28</sup> SÜZEK, **İş Hukuku**, s.50.

<sup>29</sup> SÜMER, Halûk Hâdi, **İş Hukuku**, Konya-2008, s.12-13; SÜZEK, **İş Hukuku**, s.50; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.28; ŞAKAR Müjdat, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 6.b., İstanbul-2005, s.27; UŞAN, M.Fatih, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C:1, İş Hukuku**, Ankara-2006.

<sup>30</sup> Bkz. SÜMER, 13; AKYİĞİT Ercan, **İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, 2.b.**, Ankara-2006, s.396; DEMİR Fevzi, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir-2003, s.24 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, **İş Hukuku**, s.193; NARMANLIOĞLU, **İş Hukuku**, s.131 vd;

<sup>31</sup> SÜZEK, **İş Hukuku**, s.50.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak<sup>32</sup> iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. Ayrıca aynı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında da “işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir” hükmüne yer verilmiştir<sup>33</sup>.

Çalışma koşulları açısından başlıca kaynak olan iş sözleşmesi yazılı olarak kurulabileceği gibi, sözlü olarak da yapılabilir. Hatta zımnen (örtülü) dahi kurulabilir<sup>34</sup>.

Taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin yapılması durumunda özel amaçlı internet kullanımına ilişkin sınırlayıcı düzenlemelerin açıkça kararlaştırılması mümkündür. İş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması durumunda çalışma koşulları bakımından bir sorun olmasa da; özellikle yazılı yapılmayan durumlarda işçi ile işveren arasında sözleşme dahi kurulması mümkün olan bir sözleşmenin sonucunda, işçinin çalışma koşullarından ve konumuz bakımından da özel amaçlı internet kullanımına ilişkin sınırlamalardan nasıl haberdar olacağı önemli bir sorundur. Belirtelim ki, İK'da, yazılı iş sözleşmesi yapılmayan durumlarda işverene, işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren bir belge verme yükümlülüğü getirilmiştir (İK, m.8/son). Hükme göre,

<sup>32</sup> Zira çalışanın, çalıştırana bağımlılığı söz konusu değilse yani, çalışan kişi, çalıştırmanın otoritesi altında, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda değilse iş sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir. EKONOMİ Münir, **İş Hukuku, C.1 Ferdi İş Hukuku**, İstanbul-1987, s.14; REİSOĞLU Seza, **Hizmet Akdi**, Ankara-1968, s.51; DEMİRCİOĞLU Murat, **Sorularla Yeni İş Yasası**, İstanbul-2003, s.36; NARMANLIOĞLU, **İş Hukuku**, s.135; ÇELİK, s.73.

<sup>33</sup> 1475 sayılı Eski İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin tanımına yer verilmemişti. Bu dönemde yapılan tanım ve açıklamalar için bkz. NARMANLIOĞLU, **İş Hukuku**, s.132 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, **Hizmet Sözleşmesi**, Ankara-1995, s.12-13.

<sup>34</sup> Ancak bazı durumlarda iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunludur. Bir yıl ve daha uzun süreli belirli süreli iş sözleşmeleri, Deniz İş Kanunu (m.5), Basın İş Kanunu (m.4) uyarınca yapılan iş sözleşmeleri, takım sözleşmeleri (İK, m.16/2), çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş ilişkileri (m.14) yazılı yapılmak zorundadır. Bunun dışında iş sözleşmeleri kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir (İK, m.8/1; BK, m.314/1).

“Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur”. Dolayısıyla yazılı iş sözleşmesi yapılmayan durumlarda da işverenin, İK’nun 8. maddesinin son fıkrası gereğince iş ilişkisinin kurulmasından itibaren iki aylık süre içinde genel ve özel çalışma koşullarını gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme zorunluluğu bulunmaktadır<sup>35</sup>.

#### b) Toplu İş Sözleşmesi

TİS, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan ve toplu düzeyde iş ilişkilerini düzenleyen hukuk kaynağıdır<sup>36</sup>. Toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmelerinden farklı olarak çok sayıda işçiyi ilgilendiren, objektif ve genel nitelikli düzenlemeler içermektedirler<sup>37</sup>. Özel amaçlı internet kullanımına ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde de yer verilebilir.

İş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alır (TİSGLK, m.6/1). Dolayısıyla işçinin

<sup>35</sup> İşverenin iş koşulları hakkında çalışanları bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL Ali/ UGAN Deniz/ERTAN Emre, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, Özel Sayı, 2007, s.43 vd; YİĞİT Yusuf, “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/4, s.79 vd.

<sup>36</sup> TİS hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; DEMİR, **İş Hukuku ve Uygulaması**, s.282 vd; TUĞ Adnan, **Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara-1996, s.6 vd.

<sup>37</sup> ÇELİK, s.489 vd; DEMİR, **İş Hukuku ve Uygulaması**, s.282 vd; SÜMER, s.227 vd; TUĞ, s.6 vd.

interneti özel amaçlı kullanıma ilişkin hem toplu iş sözleşmesinde hem de iş sözleşmesinde düzenleme bulunuyor ve iş sözleşmesindeki düzenleme toplu iş sözleşmesindeki hükme aykırılık teşkil ediyorsa, iş sözleşmesindeki hüküm değil, toplu iş sözleşmesindeki hükmün uygulanması gerekecektir. Ancak iş sözleşmesinde yer alan hüküm işçinin lehine ise, o takdirde iş sözleşmesi hükmünün uygulanması gerekir (TİSGLK, m.6/2)<sup>38</sup>.

### c) İşyeri İç Yönetmeliği

Taraflarca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin hükümlere yer verilmemiş olsa da iç yönetmeliklerde bu hususa ilişkin düzenlemeler getirilmesi mümkündür. Ayrıca iş sözleşmesi veya TİS'nde genel olarak değinilmiş olan özel amaçlı internet kullanımının sınırlarının daha geniş düzenlemelerle iç yönetmeliklerde belirtilmesi söz konusu olabilir.

İç yönetmelikler işverence *tek taraflı* olarak hazırlanan, işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını içeren düzenlemelerdir<sup>39</sup>. Bunlar işyerinin bütününde veya bir bölümünde çalışma koşullarını, mevcut ya da gelecekteki çalışanlar açısından *kişiyeye özgü niteliklerden bağımsız ve genel bir biçimde* belirlerler. İç yönetmelik kurallarının hukuki bir değer taşıyabilmesi için bunların işverence iş sözleşmesinin kurulmasından önce yazılmış ve işçiye *bildirilmiş* olması gerekir<sup>40</sup>.

İç yönetmelik hükümlerinin iş sözleşmesi kurulmadan önce çalışanlara bildirilmesiyle, çalışanların iç yönetmeliğin içeriği hakkında bilgi sahibi olması sağlanmış olur. Böylece işçi, işyerinde uygulanmakta

---

<sup>38</sup> Söz konusu hüküm, işçiyi koruma amacına yönelik olması nedeniyle emredici niteliğe sahiptir, taraflarca aksi kararlaştırılamaz. SÜMER, s.245.

<sup>39</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s.50; "*Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20. maddesinde, çalışanların "Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenirlilik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve "Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı" kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir*". Y9HD, 04.05.2009, E.2008/36305, K.2009/12393 **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/4, S:23, s.272.

<sup>40</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, **İş Hukuku**, s.57; SÜZEK, "*İç Yönetmelikler*".

olan *genel iş koşulları* hakkında bilgi sahibi olacaktır. İç yönetmeliğin işyerinin herhangi bir yerinde asılı olması, işçinin bilgisine sunulmuş sayılması bakımından yeterli olmayacaktır<sup>41</sup>. Zira iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçinin işyerinde asılı olan çalışma koşullarını kolayca görme ve inceleme olanağı yoktur<sup>42</sup>.

Ancak genel iş koşulları hakkında herhangi bir güçlkle karşılaşmaksızın bilgi edinmek mümkün ise durum farklıdır. Bunu sağlamanın en güvenilir yolu, genel iş koşullarını basılı bir metin olarak işçiye vermektir<sup>43</sup>.

Uygulamada bazı işyerlerinde iç yönetmelikler iş sözleşmesi yapılırken işçilere gösterilmekte, okutulmakta ve kabul ettiklerine dair yazılı belge alınmaktadır. İç yönetmelik hükümleri ancak işçinin önceden bilgisine sunulması ve her bir işçinin açık veya örtülü kabulü ile geçerli hale gelir ve bağlayıcılık kazanır<sup>44</sup>.

#### **d) İşveren Talimatları**

Çalışma koşullarına ilişkin düzenlemelerin boş kısımlarının doldurulmasına<sup>45</sup> ilişkin diğer bir uygulama da işyerinde yapılan işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen veya yöntem ya da tekniğini gösteren işveren talimatlarıdır<sup>46</sup>. Günlük çalışma süresinin

<sup>41</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.57; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.52; SÜZEK, “*İç Yönetmelikler*”, s.186; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.29.

<sup>42</sup> Konuyu “mesai kaideleri” başlığı altında 315. maddesinde düzenleyen Borçlar Kanunu, “Sinai veya ticari bir teşebbüste, iş sahibi tarafından mesai veya dahili bir intizam için muttarit bir kaide ittihaz edilmiş ise bunlar evvelce yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş olmadıkça işçiye bir borç tahmil etmez” diyerek, iç yönetmeliğin içeriği konusunda işverenin işçinin bilgi edinmesini sağlamak üzere kendisine düşeni yapmış olması gerektiğini dile getirmiştir.

<sup>43</sup> SÜZEK, *İş Hukuku*, s.52; SÜZEK, “*İç Yönetmelikler*”, s.187.

<sup>44</sup> SÜZEK, *İş Hukuku*, s.52.

<sup>45</sup> Bu nedenle sözleşmelerde genel esasları ile düzenlenen iş koşulları, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği emir ve talimatlar ile şekillenir ve somutlaşır. SÜMER, s.14.

<sup>46</sup> SÜMER, s.14; ŞAKAR, s.27; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.60; İşçinin borçları iş sözleşmesinde belirtildiği ölçüde, yönetim hakkının içeriği ile daralır. Yani

başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, yıllık ücretli izinlerin kullanılma zamanını belirleyen veya işyerinde işin dağıtımına ilişkin veya kullanılacak araç (bilgisayar-internet), gereçler ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu tür talimatlar arasında sayılmaktadırlar.

Özel amaçlı internet kullanımına ilişkin olarak da işveren talimat yayımlayabilir ve bunları işçinin bilgisine sunabilir.

Bireysel talimatlar, talimatın işçiye *bildirilmesiyle* yürürlüğe girerler<sup>47</sup>. İşçi işverenle karşı karşıya bulunmuyorsa, talimat ancak yöneltildiği kişinin egemenlik alanına geçtiği anda hukuki sonuç doğurur. Genel talimatlar ise yöneltildiği topluluğun kolayca görüp okuyabileceği bir yerde duyurulmakla diğer bir deyimle *aleniyet kazanmakla* yürürlüğe girerler<sup>48</sup>. Ancak uygulamada Yargıtay, genel bir talimatın sonuç doğurabilmesi için onun aleniyet kazanmasını yeterli bulmamakta, sözleşme koşulu haline gelmesini zorunlu görmektedir<sup>49</sup>.

Bu talimatlar yürürlükten kaldırılırken de, işçinin bilgisine sunulmalıdır. Bu durum aynı zamanda İK'nun 22. maddesinde belirtilen *değişiklik feshine* ilişkin hükümlerin uygulanmasını da gerektirebilir.

#### e) İşyeri Uygulamaları

---

bu hakkın kapsamı iş sözleşmesinin hükümleriyle sınırlıdır. İşverenin yönetim hakkının temeli, iş sözleşmesidir. Ancak işverenin yönetim hakkını kullanırken sınırlı bir egemenliğe sahip olduğunu, emir ve talimatın kanun hükümleri, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olamayacağını belirtmek gerekir. MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.61; İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlar ile somutlaşır. Günlük çalışma süresi, başlangıç ve bitiş saatleri, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağı, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılan araç, gereç ve tekniklere ilişkin talimatlar bu türden talimatlar arasında yer alır. Y9HD, 14.07.2008, E.2007/42697, K.2008/20081, **Çalışma ve Tolun Dergisi**, 2009/2, S:21, s.143.

<sup>47</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.64; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.63.

<sup>48</sup> İşveren aynı usule uyararak, re'sen, genel nitelikte bir talimatın uygulanmasına tamamen veya kısme son verebileceği gibi emir niteliğindeki talimatını da geri alabilir. MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.64.

<sup>49</sup> Y9HD, 12.06.1980, 7147/7134, SÜZEK *İş Hukuku*, s.63.



İşyeri uygulamaları, işverenin açık beyanları neticesinde değil, işyerindeki bazı fiili davranışların tekrarlanması neticesinde ortaya çıkar. İşveren başlangıçta akdi veya yasal bir zorunluluk olmadığı halde, bir menfaati tek taraflı, sürekli ve aynı koşullarla sağlamaya devam ediyor ise, işçilerin zımni kabulleriyle artık o uygulama *iş sözleşmesi hükmü (iş şartı)* haline gelmiş olur<sup>50</sup>.

### B. Özel Amaçlı İnternet Kullanımına İlişkin Sınırlamalar

Taraflar arasında mevcut iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği gibi düzenlemelerde işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasını, örtülü izin olarak değerlendirmemek gerekir. Belirtilen kaynaklarda özel bir düzenlemenin yer almaması durumunda işçinin acil durumlar dışında işyerine tahsisli interneti özel amaçlı olarak kullanmaması gerekir<sup>51</sup>. Bir başka deyişle özel amaçlı internet kullanımına ilişkin bir düzenleme yoksa internetin, iş amaçlı kullanım dışında, kullanımı yasaktır<sup>52</sup>.

İşveren işyerinde internetin kullanılmasını kesin olarak yasaklamış ise, artık internetin iş saatleri içinde ve dışında özel amaçlı olarak kullanılması mümkün değildir. İşveren bu konudaki yasaklamaları iş sözleşmesi veya TİS hükmü şeklinde kararlaştırabileceği gibi, işyerinin panosuna veya uygun yerlerine ilan asarak da duyurabilir veya imza karşılığında işçiye bu konudaki yasaklamaları<sup>53</sup> yazılı olarak da tebliğ

<sup>50</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.58-61; Örneğin işverenin sözleşmelerde hüküm olmamasına rağmen, her yıl işyerinin kuruluş tarihi olan 1 Mart'ta işçilere ikramiye vermesi ile işçilere yapılan bu ödeme bir işyeri uygulamasına dönüşmüş olur. SÜMER, s.13; Şakar, s.28; SÜZEK *İş Hukuku*, s.55; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.29.

<sup>51</sup> OKUR, s.53.

<sup>52</sup> Bu konuda Yargıtay'ın verdiği karara göre de, "İşverenin açık veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı kullanımı yasaktır. Ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işe ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde aşılabilir". Y9HD, 17.03.2008 tarih ve 2007/27583 Esas ve 2008/5294, <http://www.insangucu.com.tr/default.aspx?pid=29660&nid=56185> (ET: 01.03.2010).

<sup>53</sup> Örneğin "İşyerindeki bilgisayar ve E-mail göndermek gibi internet bağlantısının kullanımı sadece iş yapma amacıyla olabilir. Özel Amaçlı

edebilir<sup>54</sup>. Yani yasağın açık ve anlaşılır bir şekilde çalışanlara bildirilmesi gerekir.

Özel amaçlı internetin kullanımına ilişkin yasağın zaman ve yer itibarıyla kapsamını işveren belirleyebilir. Gerçekten de işveren interneti hem iş saatleri içinde hem de iş saatleri dışında (ara dinlenmesi süresi içinde) yasaklayabileceği gibi, iş saatleri içinde kesin olarak yasaklamakla birlikte özellikle ara dinlenmesi süresi içinde özel amaçlı kullanıma izin vermesi mümkündür. Hatta iş saatleri içinde dahi özel amaçlı internet kullanımının serbest bırakılması söz konusu olabilir. Buna ilişkin uygulamanın esaslarını ve altyapısını işveren yönetim hakkı çerçevesinde kendisi belirler. Özel amaçlı internet işçiye tahsis edilmiş bilgisayarda kullanılabilir. Eğer her çalışanın bilgisayarı yoksa bilgisayar odası oluşturmak suretiyle, belli bilgisayarlarda erişimin sağlanması da mümkün olabilir. İşveren kullanıma ilişkin süre sınırı (20 dk veya 30 dk gibi) getirebilir<sup>55</sup>. Verilen izinde zaman kısıtlamasının olmaması, çalışana gün boyunca özel amaçlı internet kullanımına izin verildiği anlamına gelmez. Zira iş sözleşmesi ve diğer kaynaklar yoluyla çizilen çalışma ilkelerine uygun hareket etmek, görevi istenilen zamanda ve istenilen

---

*kullanım yasaktır; Bilgisayar ve internet sadece geçerli, şahsi giriş hakkı ile kullanılabilir. Kullanıcı adı ve şifre üçüncü şahıslara verilemez; Bilgisayara yabancı programlar kopyalanamayacağı gibi, bilgisayara disket, CD-ROM ya da internet'ten bilgi ve dosyalar bilgisayara kaydedilemez. Virüs kontrolüne dikkat edilmeli ve her virüs bulaşması gecikmeden ağ yönetimine bildirilmelidir; Özellikle erotik ya da ırkçı nitelikteki hukuka aykırı içerikli sayfaların çağırılması, sunulması ya da işlenmesi yasaktır; İşveren yukarıda belirtilen kurallara uyulup uyulmadığını kontrol etmek için bilgisayara kaydedilen bilgileri denetlemeye ve internet ile e-mailleri kaydetmeye yetkilidir” şeklinde hükümler getirilebilir. Bkz. OKUR, s.54.*

<sup>54</sup> Almanya’da Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi’nin bir kararına göre, İşveren çalışma saatleri içerisinde özel amaçlar için “esas olarak” kullanılmaması gerektiğine ilişkin çok sayıda talimat vermesine rağmen davacının bilgisayarının “sık kullanılanlar” bölümünde 26 adet özel amaçlı internet adresinin kayıtlı olduğu anlaşılmıştır. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, 26.10.2004, S:6, Sa 348/03, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/7, s.309

<sup>55</sup> HOZAR Nağme, “Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, **Sicil**, Eylül-2007, s.203.

şekilde ve özenle (BK, m.321) ifa etmek çalışanın önemli bir borcudur. Özel amaçlı kullanım sınırları dışına çıkmak işverene ek külfet getirmese hatta işçinin işi ifa borcunu etkilemese bile yasaktır<sup>56</sup>.

İşverenin özel amaçlı internet kullanımını “esas itibariyle” yasakladığı durumlarda, kesin bir yasak söz konusu değildir.

Özel amaçlı internetin işveren tarafından belirlenen sınırlamalara aykırı kullanımı işyeri sınırları içinde iş saatleri içinde veya iş saatleri dışında gerçekleşebileceği gibi, işyeri sınırları dışında da söz konusu olabilir. Gerçekten de çalışanların çalışma saatleri içinde veya işyeri ya da çalışma saatleri dışında, işyerine özel yazılımlara bağlı e-mail sistemi üzerinden pornografik, ideolojik, cinsel ayırım içeren, çocuk haklarına aykırı hareket ve ahlaka aykırı, psikolojik baskı ve tehdit oluşturan, infial uyandıran durumlar taşıyan e-mailler düzenlemesi, saklaması, kaydetmesi, göndermesi nedeniyle iş ilişkisi işverence sonlandırabilecektir.

İşveren tarafından verilen izin çalışanın ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmasına, gösterdiği niteliklerden beklenen daha düşük performans sergilemesine, işe yoğunlaşmasının giderek azalmasına, iş akışının veya iş ortamının olumsuz etkilenmesine sebep olacak biçimde internet kullanmasına ve diğer kişilere e-mail göndermesine sebep olmaması gerekir<sup>57</sup>. Örneğin, işçinin çalışma saatleri içersinde zamanının büyük bir bölümünü internette gezinerek geçirmesi iş akışının olumsuz etkilenmesine neden olacaktır. Ancak işçinin çalışma süresinin büyük bir kısmını kendi özel amaçları doğrultusunda internetin başında geçirdiğinin tespit edilmesi gerekir<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> HOZAR, s.203.

<sup>57</sup> HOZAR, s.203.

<sup>58</sup> Almanya’da Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, işçinin bilgisayarının onarımı sırasında, bilgisayarının favori (sık kullanılanlar) bölümünde 26 adet özel amaçlı internet adresinin bulunması üzerine işveren tarafından özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinden doğan uyuşmazlığa ilişkin bir kararında, 26 adet özel amaçlı internet adresinin, tek başına, çalışma süresinin büyük bir kısmının internette geçirildiğinin kanıtı olamayacağına hükmetmiştir. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, 26.10.2004, S:6, Sa 348/03, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/7, s.310.

İşveren gerek iş sözleşmesi, gerek toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliği<sup>59</sup> ve benzeri kaynaklar veyahut da işyeri uygulaması<sup>60</sup> vb kaynaklar yoluyla açık veya örtülü bir biçimde özel amaçlı internet kullanımına izin verebilir. Örtülü izin uygulaması genel olarak işyeri uygulaması şeklinde kendisini gösterir. Örtülü izin özellikle işverenin özel amaçlı internet kullanımını görmesine rağmen ses çıkarmaması ve

---

<sup>59</sup> İç yönetmelikler, işverence *tek taraflı* olarak hazırlanan, işyerinde uygulanacak *genel ve yeknesak* çalışma koşullarını içeren düzenlemelerdir. Bunun anlamı, belirli bir sözleşme tarafı göz önüne alınmadan hazırlanmış olmalarıdır. İç yönetmelikler, işyerinin bütününde veya bir bölümünde çalışma koşullarını, mevcut veya gelecekteki (azalıp çoğalabilecek) personel açısından, kişiye özgü niteliklerden bağımsız olarak, genel ve yeknesak bir biçimde belirlerler. SÜZEK, “İç Yönetmelikler”, s.183 vd.

<sup>60</sup> İşyeri uygulaması, işveren tarafından başlangıçta yasal veya akdi bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarla sağlanması halinde, işçilerin de zımni kabulleriyle iş sözleşmesi hükmü haline gelen bir uygulamadır. SÜZEK **İş Hukuku**, s.66; Gerçekten de bir uygulamanın işyeri uygulaması haline dönüşebilmesi için düzenli olarak tekrarlanması gerekir. Ancak bu uygulamanın ne kadar süreden beri yapıyor olması ve kaç kez tekrarlanması gerektiğine ilişkin kesin bir ölçü yoktur. SÜMER, s.13; Yargıtay bir kararında, işçilere yalnızca 1997 yılında karlılık durumuna göre ikramiye verildiğini, 1998 yılı için ise işverence değerlendirme yapılmakta olduğunu, bu durumda işyerinde devamlılık arz eden ve işyeri uygulaması haline gelen bir ikramiye ödemesinin bulunmadığını vurgulamıştır. Y9HD, 12.10.1999, E.1999/12910, K.1999/15778, **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak-2000,s.29-30; Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre de, “*Bu beyanlardan yazılı belge olmasa da ikramiye ödemesinin işyerinde gelenek haline geldiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, işyerinde 3 yıldan fazla ikramiye ödemesi verilmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geldiği gözetilip, bozma kararına uyularak ikramiye alacağıının hesaplanması*” gerektiği belirtilmiştir. YHGK, 05.02.2003, 9-11/54, İHSGHD, s.622-624; Gerçekten de uzun süre bir davranışa karşı sessiz kalınması, iş hukukundan doğabilecek herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalmayacağı izleniminin doğmasına yol açabilecektir. Schleswing Holstein Eyalet İş Mahkemesi, 27.06.2006, 5 Sa/49/06, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:12, 2007/1, s.363-364.

bunun uzun bir süre devam etmiş olması şeklinde ortaya çıkar<sup>61</sup>. Ayrıca işverenin iş saatleri dışında dinlenme odasına internet tahsis etmesi örtülü olarak özel amaçlı kullanıma izin verdiği anlamına gelir. Yargıtay, işyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından internetin özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olmasını örtülü izin olarak değerlendirmiştir<sup>62</sup>.

Gerek açık gerekse örtülü olarak özel amaçlı internet kullanımı için verilen iznin sınırsız olarak değerlendirilmemesi, makul kullanım sınırları çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Örneğin özel amaçlı internet kullanımı işyerinde esas itibariyle serbest olsa da iş saatleri içerisinde özel amaçlı olarak işçinin interneti günlük yoğun biçimde kullanması iş görme borcunun ihlali anlamına gelir<sup>63</sup>. Bu durumda işveren kullanıma aylık kullanım veya günlük kullanım bakımından süre sınırı getirebilir. Hatta belli saatlerde internetin özel amaçlı kullanımı yasaklanabilir<sup>64</sup>. Bu konuda işveren talimat yayımlayabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde bilgisayar kaynaklarının amacına uygun olarak kullanılabilmesi için işyeri iç düzenlemesi yapabileceğini, mesai saatleri içinde internetin özel amaçlı kullanımının yasaklanabileceğini kabul etmiştir<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> İşveren tek taraflı olarak belirli bir süre özel amaçlı internet kullanımını iş saatleri dışında işyerinde serbest bırakmış ise, bu uygulamanın belirlenen sürenin sonunda biteceği belli olduğu için bir işyeri uygulaması olduğundan söz edilemez.

<sup>62</sup> Y9HD, 17.03.2008 E.2007/27583, K.2008/5294, www.yargitay.gov.tr. (ET: 01.03.2010).

<sup>63</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında, iş amaçlı tahsis edilen bilgisayarın mesai saatleri içerisinde internette alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girilmek suretiyle amacı dışında kullanıldığını ve bu süre zarfında iş görme borcunu ihlal edildiğini belirtmiş, bu durumun bir zarara sebep olmasa hatta iş görme borcunu ihlal etmese bile olumsuz bir davranış olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Y9HD, 05.04.2009, E.2008/36305, K.2009/12393, **Tekstil İşveren Dergisi**, S:357, Aralık-2009, s.5..

<sup>64</sup> OKUR, s.60.

<sup>65</sup> Y9HD, 05.02.2007, E.2006/30107, K.2007/2011, **Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007**, Ankara-2005, s.399-400.

Gerçekten de sınırsız ve amaç dışı kullanım işverene ek maliyet getirebileceği gibi<sup>66</sup>, bir takım program dosyalarının bilgisayara yüklenmesi veya sosyal paylaşım sitelerine üye olunması ve bunun neticesinde işletme sırlarının öğrenilmesine neden olunması rekabet gücüne de zarar verebilir. Ayrıca bilgisayara virüs bulaşması ve bilgisayar sisteminin çökmesine de neden olunabilir. İşçi işveren tarafından kendisine tahsis edilen işyeri e-mail adresini, internet sistemi içerisinde reklâm gönderen sitelere kaydetmemeli ve mail kutusunun dolması suretiyle kullanılamaması tehlikesiyle karşı karşıya bırakmamalıdır<sup>67</sup>. Nitekim Yargıtay bir kararında şirket e-mail adresinin işçinin özel işlerinde kullanılmasını işyerinde olumsuzluklara yol açan bir davranış olarak değerlendirmiştir. Yine, internet üzerinden program indirilmesi, bu programların kaydedilmesi bilgi ağını tehlikeye düşürebilir. Aynı zamanda işçinin işveren karşısında internet faaliyetlerini gizlemek istediği sonucuna da ulaşılabilir<sup>68</sup>.

İşverenin özel amaçlı internet kullanımına iş saatleri içinde veya dışında izin vermesinin sınırsız olmadığı diğer bir göstergesi de, pornografik içeriğe veya ırkçı söylemlere sahip veyahut da şiddet içerikli yasaklı sitelere erişimin engellenmesidir. Bu durumlarda filtre programları uygulanmak suretiyle erişimi engellemek mümkündür.

Nihayet işveren işyerinde özel amaçlı internet kullanımını, masraflarını işçinin üstlenmesi şartıyla da sağlayabilir. Ancak burada önem arzedilen husus kim tarafından ve ne kadar süreyle kullanıldığının tespit edilmesidir. Günümüzde yaygın hale gelmeye başlayan mobil

---

<sup>66</sup> Gerçekten de internetin kötüye kullanımı yıllık bazda önemli maliyet kalemlerine neden olabilmektedir. Kanada'da yapılan bir araştırma da, Kanadalı Şirketlerin bu sebepten dolayı yıllık zararlarının 16 milyar doları bulduğu ortaya konmuştur. [www.bajai.com/whitepapers/InternetMisuse.html](http://www.bajai.com/whitepapers/InternetMisuse.html) (ET: 28.03.2010); İnternet üzerinden anonimleştirme programlarının indirilmesi hizmet sözleşmesinde yer verilen sorumlukların ihlali anlamına gelmektedir. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, 26.10.2004, S:6, Sa 348/03, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/7, s.310.

<sup>67</sup> OKUR, s.61; Y9HD, 21.04.2008, E.2007/30777, K.2008/9219, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.210.

<sup>68</sup> Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, 26.10.2004, S:6, Sa 348/03, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/7, s.310.

internet hizmetlerinden yararlanmak suretiyle özel amaçlı kullanım, ücretin tespiti bakımından sorun yaratmayacaktır. Ancak işverenin bu kullanıma izin vermesi gerekmektedir.

İşverenin mobil internet kullanımına<sup>69</sup> izin vermesi veya yasaklaması durumunda da kullanım iznine ve sınırlamalarına ilişkin yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslar geçerli olmalıdır.

İnternet kullanımının yasaklandığı ve sınırlandırıldığı durumlarda çalışanların internet ve e-posta kullanımı takip edilebilir<sup>70</sup>. Ancak çalışanların bu konu hakkında bilgilendirilmesi gerekir<sup>71</sup>. Bu bilgilendirme iş sözleşmesine ek olarak verilecek bir belge ile söz konusu olabileceği gibi, sonradan yapılabilecek bir yazılı bilgilendirme ile de mümkün olabilir. Gerçekten de işçiler hakkında hiçbir bilginin işçinin önceden bilgisine sunulmayan bir yöntemle elde edilmemesi gerekir. Zira yeni teknolojilerin iş ilişkisine etkisinin söz konusu olduğu durumlarda tüm çalışanların önceden haberdar edilmesi ve bu çalışmalar hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Aksi halde elde edilecek delillerin hukuka uygunluğundan söz edilemez<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Hücrel haberleşme ve kablosuz ağ teknolojilerinde gerçekleşen hızlı gelişmeler sonucunda mobil cihazlarla internet erişimi gündeme gelmiş ve son yıllarda oldukça yaygınlaşmıştır. UYAR Ayşe, “Mobil İnternet”, <http://www.bilmuh.gyte.edu.tr/~ispinar/BIL571/Gezgin%20internet.pdf> (ET, 01.03.2010) Bu sayede zamandan ve mekândan bağımsız olarak bilgiye erişim imkânı doğmuştur. Her geçen yıl bilginin olağanüstü miktarda artması, tamamının bireylerce öğrenilmesinin imkânsız hale gelmesi, gerektiği yer ve zamanda bilgiye erişebilmenin önemi artmıştır.

<sup>70</sup> HOZAR, s.202.

<sup>71</sup> GÜZEL/UGAN/ERTAN, s.43 vd; YİĞİT, s.79 vd.

<sup>72</sup> Fransız Hukuku’nda işçilerin e-mail kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan sorunlarda şeffaflık, ölçülülük, kolektif katılım ilkeleri göz önünde bulundurulmaktadır. Fransız Yargıtayı’nın vermiş olduğu **Nikon** kararı konu hakkında tüm ilkeleri ortaya koyar niteliktedir. Bu karar 17.05.2005 tarihli Fransız İstinaf Mahkemesi Kararı ile daha da pekiştirilmiştir. Şeffaflık, işçiler hakkında hiçbir bilginin, işçinin önceden bilgisine sunulmayan bir yöntemle elde edilemeyeceği anlamına gelmektedir. GEÇER, “E-Mailler Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, [www.iskanunu.com](http://www.iskanunu.com) (ET:01.03.2010).

İşverenin bu denetimi yaparken Anayasada yer alan eşitlik<sup>73</sup>, kişi dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği gibi ilkelere aykırı hareket etmemesi gerekir<sup>74</sup>. Belirtilen ilkelere dikkat edilmesi ve işçinin bilgilendirilmesi şartıyla, işçinin sistemden kontrol edilerek tespit edilen e-mail mesajlarının içeriklerinin özel olduğu ve dolayısıyla özel yaşamının ihlal edildiği yönündeki savunmasına değer verilmemelidir. Ancak uygunsuz içerikli mesajların işverene ait e-mail kontrol sistemi üzerinden gerçekleştirilmesi gerekir<sup>75</sup>. Böylece işverenin internetin özel amaçlı kullanımını engelleme konusundaki yetkileri, işçinin özel yaşamın gizliliği beklentisinin önüne geçmiş ve bu durumu meşrulaştırmış olacaktır.

Bu konuda Amerikan Hukuku açısından Federal Bölge Mahkemesi, (Doğu Bölge Pensylvania) *Smyth v. Pillsbury Company* arasında yaşanan bir uyuşmazlığa ilişkin dikkate değer bir karar vermiştir. Somut olayda *Smyth* isimli davacı işçi, işverene ait e-mail sistemi üzerinden şirket yönetimi hakkında uygun olmayan içerikte çeşitli e-mail mesajları göndermiş, işveren de bu gerekçeyle iş sözleşmesini feshetmiş, davacı haksız yere işten çıkarıldığını ve delillerin de hukuka aykırı biçimde elde edildiğini ileri sürerek işverenden tazminat talebinde bulunmuştur. Federal Mahkeme ise, işverenin internet sistemi kontrolünü kendisine ait e-mail sistemi üzerinden gerçekleştirdiğini, uygunsuz ve meslek kurallarına aykırı davranışların önlenmesi bakımından *Pillsbury* isimli şirketin haklı olduğu yönünde karar vermiştir<sup>76</sup>.

### C. Özel Amaçlı İnternet Kullanım İzininin Geri Alınması

İşverenin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları vb. kaynaklar yoluyla oluşturduğu çalışma koşulları,

---

<sup>73</sup> Örneğin yalnızca bazı işçilerin internete girdiği sayfaların izlenmesi, diğerleri hakkında herhangi bir işlem yapılmaması eşit işlem yapma borcuna aykırıdır. Ancak ihbar ve şikayet üzerine belirli çalışanların internet ve e-posta içeriği denetlenebilecektir. HOZAR, s.202.

<sup>74</sup> HOZAR, s.202.

<sup>75</sup> GEÇER, “E-Mailler Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, www.iskanunu.com (ET 01.03.2010).

<sup>76</sup> MUHL Charles J. “Workplace E-mail and Internet Use: Employees and Employer Beware”, **Monthly Labour Review**, February-2003, s.37.



iş ilişkisinin tâbi olduğu tüm koşulları ifade etmektedir. İşverenin bir iş koşulu haline gelen özel amaçlı internet kullanımına ilişkin kural ve uygulamaları, tek taraflı olarak geri alabilmesi mümkün değildir. Zira bu durum çalışma koşullarının esaslı değişikliği anlamına gelir (İK, m.22)<sup>77</sup>. Bunun için İK, m.22 gereğince işçinin onayının alınması şarttır. Aksi halde değişiklik feshi gündeme gelebilir<sup>78</sup>. İK'nun 22. maddesinde düzenlenen değişiklik feshi hükümlerinin uygulanabilmesi için işverence değişikliğin *tek taraflı* olarak yapılması ve değişikliğin işçi aleyhine ve *esaslı* olması gerekir. Ancak işveren tek taraflı olarak ilan ettiği özel amaçlı kullanım iznini, yine tek taraflı olarak geri alabilir.

#### IV. ÖZEL AMAÇLI İNTERNET KULLANIMI NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

İnternetin özel amaçlı kullanılmasının yasak olmasına rağmen işçi tarafından yasağın ihlal edilmesi iş sözleşmesinin feshini gündeme getirebilir. İşçi tarafından internet kullanımının hangi amaç dâhilinde yapıldığı, haklı ve makul bir sebebin bulunup bulunmadığı, sıklığı ve süresi tartışılarak sonuca göre iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi gerekir.

<sup>77</sup> ALPAGUT Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren Dergisi**, (Eylül-2004), C:5, S:18, s.53; GÜLER Şerafettin, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapmak”, **Çimento İşveren Dergisi**, C:21, S:5, (Eylül-2007), s.34 vd; SÜZEK, **İş Hukuku**, s.496 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, **İş Hukuku**, s.457; ÇELİK, s.187; GÜMÜŞOĞLU Rıza, “İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Sözleşmenin Feshi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:12 (Ekim-Kasım-Aralık-2006), s.1587; Karşılıklı rıza ile her zaman sona erdirilebilen iş sözleşmelerinin, aynı yolla değiştirilmesi de mümkündür. ALP Mustafa, “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2007, 56 vd.

<sup>78</sup> Çalışma koşullarında işçinin yararına değişiklik yapılması halinde kural olarak İK, m.22 hükmü uygulanmaz. Çalışma koşullarında değişikliğin işçi aleyhine ve esaslı olması beklenmekle birlikte, lehe değişiklikler de her zaman işçinin yararına olmayabilir. SÜZEK **İş Hukuku**, s.497.

### A. Süreli Fesih

Süreli fesih hakkı işçi ve işverene belirsiz süreli iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanıyla bildirim sürelerinin<sup>79</sup> bitiminde sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>80</sup>. Süreli fesih hakkının kullanılması iş güvencesi kapsamında yer alan işçiler için söz konusu olabileceği gibi, yine sözleşmeleri belirsiz süreli olmak kaydıyla iş güvencesi kapsamında yer almayan işçiler bakımından da söz konusu olabilir.

#### 1. İş Güvencesine Tabi Olan İşçiler Bakımından

4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin<sup>81</sup> süreli feshinde, önemli yenilikler getirmiştir. Önceki 1475 sayılı İş Kanunu döneminde (m.13), *sözleşmenin fesih bildirim ile sona erdirilmesi* halinde, taraflardan birinin diğer tarafa süre vererek hiçbir neden göstermeden fesih bildiriminde bulunmasına müsaade edilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen *iş güvencesi hükümleri* sayesinde bu konuda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. İş güvencesi hükümleri işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne pahasına olursa olsun sürdürülmesi amacını taşımaz<sup>82</sup>. İş güvencesi ile sağlanmak istenen, işçinin işine hiçbir şekilde değil; sadece “keyfi” olarak son verilebilme olanağının kaldırılması veya en azından belirli koşullarda bu olanağın sınırlandırılmasıdır<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak, iş sözleşmeleri 6 aydan az sürmüş olan işçi için 2 hafta, 6 ay-1.5 yıl sürmüş olan işçi için, 4 hafta, 1.5-3 yıla kadar sürmüş işçi için 6 hafta, 3 yıldan fazla sürmüş işçi için 8 hafta sonra feshedilmiş sayılır (4857, m.17/2). Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir (4857, m.17/3).

<sup>80</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.456.

<sup>81</sup> Belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesinin 23.10.2003 tarih ve E.2003/18234, K.2003/17604 sayılı kararı, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt 18, Sayı:1,(Ocak -2004), s.45.

<sup>82</sup> DEMİRCİOĞLU Murat, **Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası**, İstanbul-2007, s.78

<sup>83</sup> DEMİRCİOĞLU, s.78.

İş güvencesi konusunda getirilen en önemli yeniliklerden biri de, işveren tarafından yazılı olarak yapılması şart kılınan fesih bildiriminde, aynı zamanda *geçerli bir sebebin de*<sup>84</sup> açık ve kesin bir şekilde yer alması zorunluluğudur (4857, m.18/1, 19/1). Geçerli nedenler, “işçinin yeterliliğinden” veya “davranışlarından” ya da “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden” kaynaklanmalıdır<sup>85</sup>. Fesih nedeninin davranışı veya verimine ilişkin olması halinde işçinin savunmasının alınmaksızın iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği 4857 sayılı Kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır.

<sup>84</sup> Türk hukukunda şu sebepler geçerli sebep olarak kabul edilmemektedir: Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikanın faaliyetlerine katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idare veya adil makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk renk, cinsiyet, medeni hal , aile yükümlülükleri, hamilelik, din siyasi görüş ve benzeri nedenlerle işten çıkarılmak, kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık süreler ile altı aylık çocuk bakım izni süresi içinde işe gelmemeleri (m.74) sebebiyle işten çıkarılmak, hastalık veya kaza hallerinde öngörülen bildirim sürelerinin altı hafta aşılmasıyla doğan (m.25/1-b) bekleme süresinde işe geçici devamsızlık yapmak (İş Kanunu m.18/3, Basın İş Kanunu m.6/son). Bkz.: DEMİR Fevzi, **İş Güvencesi ve 4857 sayılı Kanunun Başlıca Yenilikleri**, Tes-İş, Eğitim Yayınları, Ankara-2003, s.7 vd.

<sup>85</sup> Geçerli nedenler: İşçinin yetersizliğinden doğan nedenler: İşe yatkın olmama, Öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, zihinsel yetersizlik, bedensel yetersizlik vb; İşçinin Davranışından Doğan Sebepler (Yeni İş Kanununun 25/II maddesi içine girmeyen): Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak, çalışma saatlerinde tembellik etmek vb; İşyeri dışından kaynaklanan nedenler: sürüm ve satış olanaklarını azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, dış Pazar kaybı vb; işyeri içi sebepler: işyerinin daraltılması, yeni teknolojilerin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması vb. Daha fazla bilgi için bkz.: DEMİR, **İş Güvencesi ve 4857 sayılı Kanunun Başlıca Yenilikleri**, s.7 vd.

Ancak bu husus otuz<sup>86</sup> veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçiler için yerine getirilmesi gereken bir zorunluluktur (m.18/1). Otuzdan az<sup>87</sup> işçi çalıştıran işyerlerinin işverenleri için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri (İK, m.18/1), belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, stajyerler, öğrenciler, çıraklar, altı aydan az kıdemi olan işçiler iş güvencesinin kapsamına girmemektedirler. Yani bu işyeri işverenleri geçerli veya haklı herhangi bir sebep belirtmeksizin iş sözleşmesini *fesih bildirimi* ile sona erdirebileceklerdir.

#### a) Fesih Usulü

İnternetin belirtilen sınır ve yasaklamalara aykırı olarak özel amaçla kullanılması nedeniyle iş sözleşmesinin süreli feshinde, özellikle iş güvencesi kapsamına giren işçiler için kabul edilen feshe ilişkin kurallara uyulması gerekmektedir. Aksi halde fesih geçersiz sayılır.

#### aa) İşçinin İhtar Edilmesi

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli fesih hakkının kullanılması suretiyle sona erdirilmesi durumunda, işçinin *yetersizliği* veya *davranışlarına* dayanan fesihlerde, fesihden önce, öncelikle *ihhtar* edilmesi gerektiği Uluslararası Çalışma Örgütünün İş Sözleşmesinin İşverence Sona Erdirilmesine İlişkin 166 Sayılı Tavsiyesi'nde (m.7-8) kabul edilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu, bu durumdaki işçilerin ihtar edilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, ihtarın iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabileceğine, böylece, işçinin

---

<sup>86</sup> Oysa eski İş Kanununa 4773 sayılı Kanunla eklenen 13/A'nın 1. fıkrasına göre iş güvencesi kapsamındaki işyerleri on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerleri olarak belirlenmişti. Bkz. DEMİR, Fevzi, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 2.b.**, İzmir-2002, s.116.

<sup>87</sup> Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri bağlamında bu rakam 50'ye yükseltilmiş ve 4857 sayılı Yasa bağlamında 50 veya daha az işçinin çalıştığı orman işlerinin yapıldığı işler iş güvencesi kapsamı dışında tutulmuştur. DEMİRCİOĞLU, s.78.

yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtarla gerek olmadığına inanarak, iş sözleşmesini fesheden işverenin, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan *geçersiz feshin* sonuçları (işe iade) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulmuş olacağına işaret edilmiştir<sup>88</sup>.

Özel amaçlı internet kullanımında da, haklı fesih sebebi teşkil etmeyen durumlarda, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerinde önceden ihtar edilmesi yerinde olacaktır. Alman Schleswing Holstein Eyalet İş Mahkemesi, işyerinde davacı işçinin iş amaçlı kullanıma tahsis edilen bilgisayar ve interneti çalışma süresi içinde özel amaçlı ve yoğun bir şekilde kullandığı ve bunun üzerine işverence uyarılmasına rağmen işçinin, gün içinde toplam 6 saat 45 dakika özel amaçlı internet kullanmaya devam ettiği bir olayla ilgili verdiği kararında, işçinin ihtar edilmediği için iş sözleşmesinin feshinin geçerli olmadığına hükmetmiştir<sup>89</sup>.

İşçinin ancak değişebilir nitelikteki davranışları yönünden ihtarın faydası olur. Yani işçinin kendisini geliştirmesi veya değiştirmesi mümkün olmayan konularda ihtar zorunluluğu yoktur<sup>90</sup>. Özel amaçlı internet kullanımı da değişebilir nitelikteki davranışlardan olduğu için işçinin ihtar edilmesi gerekir. İspat kolaylığı açısından ihtarın yazılı olmasında fayda vardır.

Ayrıca iş ilişkisinde güven temelini çökertecek ağırlıkta, derhal feshi haklı kılan ve İK, m.25/II kapsamında değerlendirilebilecek davranışlar açısından fesihten önce işçinin ihtar edilmesi şartı aranmaz<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Y9HD, 23.02.2009, E.2008/17133, K.2009/3187, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:22, s.258; Y9HD, 24.03.2008, E.2008/10363, K.2008/6019, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.316; İşçiye ihtar verilirken savunmasının alınması şart değildir. Yani savunmanın alınmaması ihtarını geçersiz kılmaz. Y9HD, 15.09.2008, E.2008/1868, K.2007/23538, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:21, s.184.

<sup>89</sup> Schleswing Holstein Eyalet İş Mahkemesi, 27.06.2006, 5 Sa/49/06, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:12, 2007/1, s.363-364.

<sup>90</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.550.

<sup>91</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.550.

Yargıtay bir kararında işçinin kullandığı bilgisayarda mesai saatleri içinde bahis ve cinsel konulu sitelere girdiğine ilişkin düzenlenen tutanakların da tanıklarca doğrulandığını, feshin haklı olduğunu belirterek kıdem ve ihbar tazminatının reddi gerektiğine hükmetmiştir<sup>92</sup>. Kararda bu tür sitelere girmek, işverenin güvenini kötüye kullanmak şeklinde yorumlanmıştır. Yargıtay başka bir kararında da, işverenin *açıkça yasaklamasına rağmen* internetin işçi tarafından özel amaçlı kullanması halinde, önceden ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilebileceğine hükmetmiştir<sup>93</sup>.

İşveren tarafından açık veya örtülü bir şekilde internetin özel amaçlı kullanımının yasaklanması durumunda, işçinin söz konusu sınırlamalara aykırı davranması, ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesinin feshine yol açabilecektir. Ancak açık veya örtülü bir yasağın bulunmaması halinde, işçinin öncelikle olarak ihtar edilmesi, ancak söz konusu davranışını tekrarlaması durumunda iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi uygun olacaktır. İş sözleşmesinin İK, m.25/II hükmü gereğince *derhal* feshini gerektiren durumlarda da işçinin *ihhtar* edilmesine gerek yoktur<sup>94</sup>.

#### **bb) Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Bir Şekilde ve Yazılı Olarak Belirtilmesi**

İş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilirken, fesih bildiriminin yazılı

---

<sup>92</sup> Kararda, işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi durumunda da ihtar gerek olmadığına işaret edilmiştir. Y9HD, 10.10.2006, E.2006/19150, K.2006/26792, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:81, S:1, Yıl: 2007, s.251.

<sup>93</sup> Y9HD, 17.03.2008, E.2007/27583, K.2008/5294, www.yargitay.gov.tr (ET:14.03.2010).

<sup>94</sup> HOZAR, s.201; Ayrıca bkz. Schleswing Holstein Eyalet İş Mahkemesi, 27.06.2006, 5 Sa/49/06, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:12, 2007/1, s.363-364. Eyalet İş Mahkemesinin söz konusu kararında: internetin özel amaçlı kullanımının; kesin olarak yasaklanmış olması, iş görme borcunun önemli bir şekilde ihlal edilmesi, yoğun bir şekilde dosya veya veri indiriminin varlığı, önemli bir maliyet kaleminin ortaya çıkması, pornografik veya cezayı gerektirecek verilerin indirilmesi durumlarında iş sözleşmesinin ihtar gerek olmaksızın derhal feshedilebileceği kabul edilmiştir.

yapılması ve bildirimde fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmesi zorunludur (İK, m.19)<sup>95</sup>. Hükümde belirtilen yazılı şeklin geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi gerekir<sup>96</sup>. Aksi halde fesih geçersiz kabul edilmelidir. Fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmemesi de feshi geçersiz kılacaktır (İK, m.20)<sup>97</sup>. İnternetin özel amaçla kullanımına ilişkin olarak yapılan fesih bildiriminde, fesih sebebinin somutlaştırılması, genel ifadeler kullanılmaması gerekir.

### cc) İşçinin Savunmasının Alınması

İş sözleşmesinin, işçinin *davranışı* veya *verimi* ile ilgili nedenlerden dolayı feshe konu olması durumunda iş güvencesi kapsamında olan işçinin savunmasının alınması şarttır (İK, m.19/2). 4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesine göre, iş sözleşmesi işçinin savunması alınmadan, davranışı ve verimsizliği nedenlerine bağlı olarak feshedilemez<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> “İş sözleşmesi, davalı işverence İK m.25/1 uyarınca sona erdirilmiştir. Bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık fesihte yazılı bildirimde gerek olup olmadığı ile geçerli sebep bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. İK’nun 25. maddesinin son fıkrasında iş güvencesine ilişkin İK’nun 18, 20 ve 21. maddesine atıf yapılırken 19. maddeye atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla 25. maddeye dayalı fesihlerde, yazılı fesih bildirimine gerek bulunmamaktadır. İşverenin haklı sebeple iş sözleşmesini feshetmesi durumunda feshin aynı zamanda geçerli nedene dayandığının da kabulü gerekir”. Y9HD, 23.01.2006, E.2005/38380, K.2006/915, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım-2006, S:6, C:20, s.48.

<sup>96</sup> SÜMER, s.100; ÇELİK, s.229; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.583; ALP,s.17-18; Yargıtay da kararlarında yazılı şeklin İK, m.18 uyarınca yapılacak fesihlerde geçerlilik şartı olduğunu kabul etmektedir. Y9HD, 27.09.2004, E.2004/5522, K.2004/19993, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 5/2005, s.303; İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler açısından fesih bildiriminin yazılı yapılması geçerlilik koşulu değil *ispat* koşuludur (İK, m.109). Y9HD, 12.03.2009, E.2007/41150, K.2009/6661, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/3, S:22, s.255.

<sup>97</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK **İş Hukuku**, s.550 vd; ÇELİK, s.188 vd; ŞEN, Murat, “İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, **EÜHFD**, C:X, S:3-4, s.372 vd.

<sup>98</sup> Y9HD, 20.02.2007, E.2006/33886, K.2006/4742, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/3/14, s.211.

İşveren, iş sözleşmesinin süreli feshinden önce savunma almak zorundadır. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük söz konusu değildir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağı kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildiriyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur<sup>99</sup>.

Özel amaçla internet kullanımı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi sebebinin işverence İK, m.25/II kapsamında değerlendirilmesi durumunda işçinin savunması alınmadan fesih yoluna gidilebilecektir. Zira İK, m.19/2 hükmüne göre, “işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”. Yani işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, İK’nun 25. maddesinin II. fıkrası gereği işverence feshedildiği durumlarda, işçinin savunmasının alınması gerekmez<sup>100</sup>. Ancak işverence belirtilen sebebin mahkemece haklı görülmemesi, feshin geçerli sebeple fesih kapsamında değerlendirilmesi durumunda<sup>101</sup>, işçinin savunmasının alınmaması sebebiyle feshin geçersiz sayılmaması gerekir<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Y9HD, 21.04.2008, E.2007/30777, K.2008/9219, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.209-210.

<sup>100</sup> Y9HD, 31.01.2005, E.2005/31628, K.2005/2540, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-2005, S:3, C:19, s.35.

<sup>101</sup> Nitekim işverenin İK m.25/II kapsamında değerlendirip özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshettiği bir olaya ilişkin olarak, Yargıtay işçinin iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amaç dışında kullandığını ve bu süre zarfında iş görme edimine zaman harcamadığını, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin bulunduğunu; İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerin, İK’nun 25/II. maddesinde belirtilen nedenlerle aynı nitelikte



### b) Özel Amaçlı İnternet Kullanımının Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması

İş güvencesinin kapsamında yer alan işçiler açısından fesih sebebinin geçerli olabilmesi için işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırılması gerekir (İK, m.18/I). Aksi halde fesih geçersiz sayılır. Özel amaçlı internet kullanımının geçerli fesih sebebi olabilmesi, işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden kaynaklanan sebeplere dayandırılabilir. Zira özel amaçlı internet kullanımı işçinin gönderdiği e-maillerde işveren veya diğer işçiler aleyhine sözler sarfetmesine, işçinin bağlılığının yeterli olmamasına, görevlerini yerine getirmekte yetersiz olmasına, işverenin malına (bilgisayarlarına) zarar vermesine sebep olabilmektedir.

İşçinin, işverenin özel amaçla internet kullanmasına ilişkin verdiği iznin sınırları dışına çıkmak veya iş amaçlı olarak kullanılan interneti özel amaçla izinsiz kullanmak suretiyle ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması, gösterdiği niteliklerden

---

olmamakla birlikte işyerinde işin görülmesini olumsuz etkileyen nedenler olduğunu ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli nedenlere dayandığının kabul edilmesinin gerektiğine hükmetmiştir. Yarg. 9HD, 31.01.2005, E.2005/31628, K.2005/2540, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-2005, S:3, C:19, s.35.

<sup>102</sup> Öğretide bu sorunun çözüm yolunun yapılacak bir Kanun değişikliğiyle iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle ve özellikle m.25/II'ye göre feshi ile geçerli nedenle feshi usulünün, fesih bildiriminin şekli, içerdiği ve işçinin savunmasının alınması bakımından tek biçim düzenleme şeklinde çözülebileceği hk. Bkz. ÇELİK, s.268; Ayrıca bu konu ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 24.02.2004, E. 2004/22581, K.2004/3229, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ocak-2005, s.37-39; Y9HD, 10.07.2006, E.2006/16181, K.2006/20350, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:11, s.173. Haksız feshin değil de geçerli feshe ilişkin İK, m.18 vd. hükümlerinin uygulanacağı kabul edilince, geçerli feshin usulünü düzenleyen İK m.19 hükümlerinin uygulanmasından kaçınılmamalıdır. Bu nedenle yalnızca geçerli bir fesih nedeninin varlığı yeterli olmayıp bildirim yazılı yapılması, fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi ve işçinin savunmasının alınmış olması gerekir. SÜZEK **İş Hukuku**, s.668.

beklenenden daha düşük performansa sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini yetiştirmede yetersizlik göstermesi geçerli fesih sebebi olarak kabul edilecektir. İşçinin aynı veya benzer işi yapan işçilere göre performans düşüklüğü gösterip göstermediğinin araştırılması gerekir<sup>103</sup>.

İşçinin işverene ait eşya, alet ve edevatı, tesisatı işverenin özel izni olmaksızın özel amaçlı olarak kullanması hali işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olarak da kabul edilebilir.

Özel amaçlı olarak kullanım sonucu işverene ait eşyanın, zarara uğraması hatta iş görme ediminin aksaması söz konusu olmasa da<sup>104</sup> işverenin iş sözleşmesini süreli feshetme hakkı bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay banka etik kurallarında yer alan “Bankaya ait varlıkların amaç dışı kullanılamayacağı”na ilişkin hükme dayanılarak iş sözleşmesinin feshedildiği uyuşmazlığa ilişkin bir kararında, iş amaçlı bilgisayarın mesai saatleri içerisinde internet, alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girilmek suretiyle ve amaç dışında kullanıldığını ve bu süre zarfında iş görme edimine zaman harcanmadığının anlaşıldığını, üstlenilen işin yetiştirilmesinin veya işverenin zararının oluşmamasının *olumsuz davranışı* ortadan kaldıramayacağını gerekçe göstererek feshin geçerli olduğuna hükmetmiştir<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Yargıtay, işçinin yetersizliği ve verimsizliğinin tespitinin bilirkişi raporu marifetiyle tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bir kararında, “Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak, yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arizi mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır” demiştir. Y9HD, 24.06.2004, E.2004/3740, K.2004/15625, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 5/2005, s.317.

<sup>104</sup> Y9HD, 31.03.2008, E.2007/29966, K.2008/7020, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.242.

<sup>105</sup> Y9HD, 05.04.2009, E.2008/36305, K.2009/12393, **Tekstil İşveren Dergisi**, S:357, Aralık-2009, s.5; Y9HD, E.2007/29966, K.2008/7020, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.336-337.

İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II. Fıkrasının (1) bendine göre, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak işçinin İK, m.25/II-(1) bendi gereğince kusuruyla sebep olduğu zarar işçinin otuz günlük ücreti tutarına ulaşmıyor ise haklı fesih sebebi olmayacaktır. Fakat bu durum İK, m.18/1 hükmü gereğince geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın verdiği bir karara göre, işçinin bu miktara ulaşmamakla beraber işverenin malına zarar vermesi geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>106</sup>. İşçinin özel amaçla internet kullanımı sonucu işyeri bilgisayar sistemine verdiği zarar şayet otuz günlük ücreti tutarını aşmıyor ise geçerli fesih sebebi olabilecektir<sup>107</sup>. Zararın meydana geldiğini ispat külfeti işverene aittir<sup>108</sup>. İşçi de kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır<sup>109</sup>.

Önemle belirtelim ki işçinin zarar tedirginliği yaratması da fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilecektir. Örneğin, daha önce bu konuda kendisine uyarıda bulunulmasına rağmen bilgisayarına programlar yükleyerek virüs bulaştırma ve işverenin malına zarar verme ihtimalini doğurması fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilebilir.

İşçinin davranışları bakımından özel amaçlı internet kullanımının geçerli sebeple feshine yol açabilecek diğer bir durum da, iş arkadaşlarına e-mailler göndererek işverene karşı kışkırtmak, yine e-mail yoluyla, aynı

<sup>106</sup> Y9HD, 11.06.2007, E.2007/7999, K.2007/18356, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/4/18, s.209-211.

<sup>107</sup> Buna karşılık meydana gelen zarar işçiye kişisel bilgi ve ehliyeti dışında bir iş verilmesinden kaynaklanıyorsa, geçerli nedenin varlığı kabul edilmemelidir. Y9HD, 31.03.2008, E.2007/29966, K.2008/7021, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.241-242; Ayrıca işin gereği olarak işçinin işverene verdiği bazı küçük zararlar, sıkça tekrarlanmaması koşuluyla geçerli bir feshe dayanak oluşturmamalıdır. SÜZEK **İş Hukuku**, s.524.

<sup>108</sup> Y9HD, E.2007/29966, K.2008/7020, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.336-337.

<sup>109</sup> Y9HD, 01.06.2009, E.2008/36397, K.2009/15176, **Çalışma ve Tolum Dergisi**, 2010/1, S:24, s.412-414. Y9HD, E.2007/29966, K.2008/7020, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, S:18, s.336-337.

işyerindeki bir bayan arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar atmaktadır. Zira bu davranışlar işyerinin normal işleyişini olumsuz etkileyen yani işyerinde olumsuzluklara neden olan davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay bir kararında, işçinin e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar göndermesi üzerine iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir<sup>110</sup>.

Yargıtay bu yönde verdiği başka bir kararında da davacının mesai saati içinde işvereni muhatap alan uygunsuz ifadeler içeren e-mailini müdürün bilgisayarına gönderdiği, akabinde okunmasını önlemek maksadı ile ilgili müdürün masasına giderek, izin almaksızın gönderdiği e-maili sildiği, davacının bu davranışının iş akışını olumsuz etkileyen bir durum olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>111</sup>. Yargıtay işyerinde işçi tarafından çalışma arkadaşlarına gönderilen uygunsuz içerikli e-maillere ilişkin başka bir kararında da, "kick their ass baby" (k.....larını tekmele bebeğim) sözcükleri her ne kadar küfür ve hakaret içermekte ise de; sert bir argo deyimi olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İşyerinde ve iş saati içinde işverenle bir konuda yapılan yazışmada bu şekilde argo kelimenin kullanılması her ne kadar İş Kanunu'nun 25/II. maddesi kapsamında haklı fesih hali oluşturmaz ise de bu şekildeki bir davranış işyerinde çalışma düzenini ve huzur bozucu nitelikte olup geçerli fesih hakkıdır" şeklinde karar vermiştir<sup>112</sup>.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açıyor ise geçerli sebepler olarak kabul edilebilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerinde üretim ve

---

<sup>110</sup> Y9HD, 16.12.2004, E.2004/18435, K.2004/28069, www.alomaliye.com (ET: 27.03.2010).

<sup>111</sup> Y9HD, 10.02.2005, E.2005/424, k.2005/3763, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, Ankara-2000-2005, Ankara-2005, s.531-532.

<sup>112</sup> Y9HD, 17.11.2005, E.2005/3512, K.2005/36421, www.alomaliye.com (ET: 27.03.2010).

iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmayacaktır<sup>113</sup>.

## 2. İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Bakımından

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte altı aydan daha az kıdemi olan işçiler veya 30'dan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler veya işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri veyahut da işyerinin bir bölümünü yönetmekle birlikte işçi alma veya işçi çıkarma yetkisi olan işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadırlar. Dolayısıyla bu şekilde çalışanların iş sözleşmeleri süreli fesih yoluyla sona erdirilmek istendiğinde işverence herhangi bir sebep belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sonlandırılması mümkün değildir<sup>114</sup>. Dolayısıyla

<sup>113</sup> **Şen, Murat**, "4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade", **AÜHFĐ**, C:VII, S: 3-4 (Aralık-2003), s.757 vd; Yargıtay geçerli sebeple feshе dayalı uyuşmazlıklarda bu hususu sürekli vurgulamaktadır. Bkz. Y9HD, 14.11.2005, E.2005/8457, K.2008/35763, **Tekstil İşveren Dergisi**, (Haziran-2009), S:351, s.7; Y9HD, 24.03.2008, E.2008/10863, K.2008/6019, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.316; Y9HD, 24.03.2008, E.2008/10863, K.2008/6019, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.316; Yarg.9HD, 22.11.2004, E.2004/19146, K.2004/25836, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 5/2005, s.271.

<sup>114</sup> Ancak bildirimli feshе olanak veren bir hüküm BK m. 343'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, iş sözleşmesinin, bir tarafın ömrü boyunca ya da on yılı aşkın bir süre için yapılması durumunda, on yıldan sonra işçiye bildirimli fesih hakkı verilmiştir. Esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmeleri zincirleme yapılamayacağından, aksi bir uygulamayla esaslı bir neden olmaksızın iş sözleşmesi zincirleme yapılan bir işçinin iş sözleşmesi de belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir (İK, m.11/2-3). Belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene bağlı olmadan, özel kanunlardaki hükümler gereği kurulması durumunda, zincirleme olarak düzenlenen iş sözleşmeleri belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmezler. Örneğin, Türk Ticaret Kanununun 314 ve 344' üncü madde hükümleri gereği anonim şirket müdürleriyle belirli süreli (3 yıl) sözleşme yapılması gerektiğinden, bu sözleşmelerin yenilenmesi durumunda dahi, bu sözleşmeler belirsiz süreli iş sözleşmelerine dönüşmezler. Yine, 5580 sayılı

işveren (veya işçi) tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi durumunda fesih hakkının doğmamış olması nedeniyle *haksız fesih*ten söz edilecektir. O halde belirli süreli iş sözleşmeleri süresinden önce sona erdirilmek isteniyorsa ancak haklı (derhal) fesih sebepleri ileri sürülebilecek, bunun dışındaki fesihler haksız kabul edilecektir. Belirli süreli iş sözleşmelerinin İK, m.18 hükmünde sözü edilen *geçerli nedenlere* dayalı olarak sona erdirilmesi de mümkün değildir. Zira geçerli nedenle fesih yalnızca *belirsiz süreli iş sözleşmesi* ile çalışanlar için öngörülmüştür.

Yargıtay'ın yukarıya almış olduğumuz çoğu kararlarında internetin özel amaçla kullanılması kural olarak *geçerli fesih sebebi* şeklinde değerlendirilmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından haklı fesih sebebi olarak görülmedikçe internetin özel amaçla kullanılması nedeniyle iş sözleşmesinin süresinden önce feshi *haksız* kabul edilerek buna ilişkin düzenlemelerin uygulanması gerekecektir. Yargıtay bu durumda ortada bir haksız fesih bulunduğuna göre işçinin kıdem tazminatı isteyebileceğine, ancak belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu olduğu için ihbar tazminatı talep edemeyeceğine hükmetmektedir<sup>115</sup>.

---

Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9' uncu maddesinde, özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmelerinin, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirlenen esaslara göre yazılı olarak yapılması zorunlu olduğundan, eğitim personeliyle yapılan sözleşmelerin zincirleme belirli süreli yapılması halinde dahi, bu sözleşmeler belirsiz süreli iş sözleşmelerine dönüşmezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. CAMKURT Mehmet Zülfi, “*Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları*”, **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:21, S:4, (Mayıs-2008), s.67;

<sup>115</sup> Y9HD, 01.07.2004, E.2004/4300, K.2004/16295, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 5/2005, s.312; Y9HD, 23.11.2006, E.2006/10146, K.2006/30926, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2/13, s.253; Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce haksız feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, s.116; SÜZEK **İş Hukuku**, s.668 vd; ÇELİK, s.270 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, **İş Hukuku**, s.509; NARMANLIOĞLU Ünal, “*Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep*

## B. Derhal Fesih

### 1. Genel Olarak

Özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle iş sözleşmesinin derhal (haklı-bildirimsiz) feshi gündeme gelebilir. Gerçekten de Kanunda belirtilen haklı nedenler, özel amaçlı internet kullanımı açısından da söz konusu olabilir ve iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez hale gelmesine veya güven temelini çökmesine sebep olabilir. Özel amaçlı internet kullanımının derhal feshine sebep olabileceği durumlara değinmeden evvel *derhal fesih* hakkının ne anlama geldiğine ve bu fesih türünün usulüne ilişkin kısa açıklamalara yer vermek yararlı olacaktır.

Derhal fesih, objektif iyiniyet kuralları gereğince kendisinden sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafın (işçi veya işveren) sözleşmeden kurtulmasına imkân sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>116</sup>. Bildirimsiz fesih sebeplerinden birinin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi derhal feshedilebilir (İK, m.24-25)<sup>117</sup>. Haklı nedenin ortaya çıkması durumunda taraflardan biri için iş ilişkisinin sürdürülmesi çekilmez hale gelmişse veya iş ilişkisinde

---

*Hakkı*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:5, S:3 (Nisan-2000), s.397 vd; EKONOMİ Münir, “*Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri*”, **Kamu –İş**, (Ocak-1990), s.10 vd; ÇENBERCİ Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara-1984, s.292.

<sup>116</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.632; SÜMER, s.106; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.172; ÇELİK, s.247;

<sup>117</sup> Haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağı Borçlar Kanununun 344. maddesinde ifadesini bulmuştur. Hükme göre, “*Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı, yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder*”; Kanunda (İK, m.24-25) belirtilen nedenlerden birinin ortaya çıkması durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermez. Sözleşmenin sona erdirilmesi isteniyorsa feshin karşı tarafa bildirilmesi gerekir. Yani işçi ya da işveren haklı fesih nedenlerinden biri ortaya çıktığında fesih hakkını kullanmakta serbesttir. Nitekim bu nokta İK, m.24 ve 25. maddelerin başındaki, işçi ve işverenlerin bu maddelerde yazılı hallerde sözleşmeyi *feshedebileceklerine* ilişkin sözlerle açıklığa kavuşturulmuştur.

bulunması gereken güven temeli çökmüşse diğer taraf için derhal fesih hakkı doğar<sup>118</sup>.

Derhal fesih hakkı, hem belirsiz hem de belirli süreli sürekli iş sözleşmeleri açısından uygulanabilen bir fesih türüdür. İş sözleşmesinin derhal feshinde işverenin işçinin savunmasını alma zorunluluğu bulunmadığı gibi<sup>119</sup>, süreli fesihte olduğu gibi fesih sebebini açık ve kesin olarak bildirme zorunluluğu da yoktur. Ancak uyuşmazlık durumunda haklı sebeb bulunduğunu sözleşmeyi fesheden tarafın ispat etme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>120</sup>. Fesih bildiriminde bulunan tarafın bildirimde açıkladığı sebeple bağlılığı söz konusudur. Yargılama sırasında artık yeni bir neden ileri sürülemez<sup>121</sup>.

Derhal fesih sebeplerinden birinin bulunmamasına rağmen işveren yine de sözleşmeyi derhal (bildirimsiz) fesih yöntemiyle erdirirse, işçi yargı yoluna başvurabilir. İş güvencesi kapsamında olan işçi, İK, m.18-21. madde hükümlerini işletebilir ve bu hükümlerin sonuçlarından yararlanabilir. İş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler de yine yargı yoluna başvurma hakları bulunmakla birlikte yalnızca haksız feshin sonuçlarından yararlanmak suretiyle kıdem ve/veya ihbar tazminatı talebinde bulunabilirler.

## 2. Özel Amaçlı İnternet Kullanımı Nedeniyle İş İlişkisinin Derhal Feshine Sebep Olabilecek Durumlar

İşveren tarafından kullanıma izin verilmiş olsa da, özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshinin gerektiği durumlarla karşılaşılabılır. Özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshine sebep olacak hususlar İK'nun 25. maddesinin II. fıkrasında belirtilen *Ahlak ve İyiniyet kurallarına uymaya haller ve benzerleri* hükmünden yararlanılarak ortaya konulabilir. Madde

---

<sup>118</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.632.

<sup>119</sup> Feshin işverence Yasanın 25/II. Maddesine dayanılarak yapıldığı durumlarda, işçinin savunmasının alınması gerekmez. Feshin geçerli nedenlere dayandığına göre, işe iade isteğinin reddi gerekir". Y9HD, 1.01.2005, E.2004/31628, K.2005/2540, **Çimento İşveren Dergisi**, (Mayıs-2005), C:19, S:3, s.34.

<sup>120</sup> SÜMER, s.106; ÇELİK, s.247.

<sup>121</sup> Y9HD, 09.12.1997, E.1997/15608, K.1997/20595, ÇELİK, s.247, dn.337.



hükmünde derhal fesih sebebi olarak düzenlenen hükümlerin bir kısmı özel amaçlı internet kullanımını nedeniyle de gündeme gelebilir.

Belirtelim ki, işçinin kullanım izni olsa dahi internet ve e-mail kullanımı neticesinde gerek işyeri bilgisayarından, gerekse işyeri bilgisayarının dışında kendi evindeki şahsi bilgisayarına bağlı internet aracılığı ile İK, m.25/II kapsamında değerlendirilebilecek bazı davranışları nedeniyle yine derhal fesihle karşı karşıya kalabilecektir. Örneğin işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmak veya işverenin ticari sırlarını yaymak, işverenin bir işçisini taciz etmek gibi eylemleri işçinin kendi şahsi (evindeki bilgisayarına bağlı veya mobil) internetinden yapılırsa dahi derhal fesih sebebi olabilecektir.

#### **a) İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması**

İşyerinde özel amaçlı internet kullanımının kesin olarak yasaklanmış olmasına rağmen işçinin sisteme giriş şifrelerini izinsiz edinmek suretiyle internete girmesi ve özel amaçlı kullanmaya başlaması işverenin güvenini kötüye kullanma anlamına geleceğinden ve bağlılığa uymayan bir davranış olduğundan dolayı iş sözleşmesi haklı sebeple (derhal) feshedilebilir (İK, m.25/II-e). Zira İK, m.25/II-e hükmüne göre, işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardan kabul edilmiştir.

Ayrıca işçinin özel amaçlı kullanım izni olsa dahi, üçüncü kişilere şirketin/işletmenin sırlarını yayması da doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranıştır. İK, m.25/II-e hükmünde “...işverenin meslek sırlarını ortaya atmak...” eylemi de haklı fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 57. maddesinin 8. fıkrasında, “hüsniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmanın veya onları başkalarına yayma”nın, haksız rekabete örnek teşkil edeceği ifade edilmiştir. “Mesleki sır”dan maksat, öncelikle, bilgileri olmadığı için herkesin elde edemediği imalat sırlarıdır. Bunun yanında, işverenin kamuya ve özellikle rakiplerine açıklamak istemeyeceği bütün mesleki özellikler, gerek işletmeye gerekse işverene ait ticari, teknik durum ve olaylar,

işverenin kişisel ve mali ilişkileri ve hatta müşteri listesi dahi “meslek sırrı” kavramı içine girmektedir<sup>122</sup>.

Yargıtay’a göre bu tür eylemler, zarara yol açmamış olsa da, doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir<sup>123</sup>.

#### **b) İşçinin Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışları**

İşçinin özel amaçlı internet kullanım izni olsa dahi, internet aracılığı ile, “işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” da derhal fesih sebebidir (İK, m.25/II-b). Zira bu şekildeki asılsız ihbar ve isnatlar, işverenin iş ilişkisi içinde olduğu kişi ve kuruluşlara karşı imajının olumsuz etkilenmesine neden olabilmektedir<sup>124</sup>. İşçinin şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışları gibi, şeref ve onur kırıcı asılsız ihbar ve isnatları da haklı fesih nedeni sayılacaktır<sup>125</sup>. Yapılan ihbar ve isnatların “asılsız” olması yanında “şeref ve haysiyet kırıcı” niteliği olması da feshin haklı sayılabilmesi için şarttır<sup>126</sup>. Örneğin asılsız ve dayanaksız iddialarla, e-mail yoluyla, işverenin yolsuzluk ve suistimaller yaptığını ileri sürmek, bunları başkalarına yaymak derhal fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir.

#### **c) Cinsel Taciz**

İşyerinde, işçinin başka bir işçiye karşı<sup>127</sup> cinsel taciz teşkil eden bir takım sözler söylemesi veya eylemlerde bulunması derhal fesih sebebi

---

<sup>122</sup> ODAMAN Serkan, **İşverenin hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara-2003, s.151.

<sup>123</sup> Y9HD. 04.04.2000, E.2000/2465, K.2000/4716, **İşveren Dergisi**, Ekim-2000, s.16-18; Y9HD. 05.02.1988, E.1987/12134, K.1988/1179, **YKD.**, Kasım-1988, s.1523-1524; Y9HD., 08.05.1996, E.1995/35973, K.1996/9834, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ağustos-1996, s.16-17.

<sup>124</sup> HOZAR, s.204.

<sup>125</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.636.

<sup>126</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ODAMAN, s.116.

<sup>127</sup> İşçinin, işyerinde çalışan memur, çırak, stajyer, ödünç işçi, sözleşmeli personel veya alt işveren işçisine karşı cinsel tacizde bulunması halinde de işveren sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. SÜMER, s.112.

olarak kabul edilmiştir. Nitekim İK'nun 25/II-c hükmüne göre, “İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması” iş sözleşmesini fesihte haklı sebep sayılmıştır. İşçinin interneti özel amaçlı kullanım izni olsa dahi, işverenin başka bir işçisine e-mail yoluyla cinsel içerikli fotoğraf göndermek veya edep dışı sözler sarfetmek suretiyle cinsel tacizde bulunması durumunda iş sözleşmesi derhal feshedilebilecektir. İşçinin işverene karşı aynı davranışı sergilemesi de şüphesiz ki derhal fesih sebebi olarak kabul edilmelidir (İK, m.25/II-b). Cinsel taciz işyeri dışında (ör: işçinin evinde kullandığı bilgisayarından) gerçekleşmiş olsa bile haklı fesih nedeni olabilecektir. Cinsel taciz nedeniyle iş sözleşmesi işçi tarafından da *derhal* feshedilebilir. Nitekim İK'nun 24/II-d hükmüne göre “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması” derhal fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak fesih, bu durumun işverene bildirilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması<sup>128</sup> şartına bağlanmıştır (İK, m.24/II-d)<sup>129</sup>. Cinsel tacizin işverenden kaynaklanması durumunda ise işçi İK, m.24/II-b hükmü gereğince iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir.

Yargıtay cinsel taciz içeren eylemlerde işçinin iş sözleşmesinin, işyerinde olumsuzluklara yol açtığı gerekçesiyle, geçerli sebeple feshedilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Nitekim bir kararında, işçinin e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler

<sup>128</sup> Tacizde bulunan işçiye disiplin cezası verilmesi, çalışma yerinin değiştirilmesi veya iş sözleşmesinin sona erdirilmesi işverenin alacağı önlemler arasında sayılabilir. SÜMER, s.109.

<sup>129</sup> Taciz iddialarında kanıt yükümlülüğü, iddiada bulunan tarafa aittir ve bu iddiaları kanıtlamak iddia tarafı bakımından ciddi sorunlar oluşturabilmektedir. Özellikle dava konusunun tarafı olan kişiler arasında bir ast üst ilişkisi olduğunda tacize uğrayan astın konumu itibarı ile kendini savunabilmesi güç bir hal almaktadır. Bu nedenle Yargıtay bir uyuşmazlıkta, davacı Bölge Müdürünün tanıklar göstermesine ve tanıkların kadın işçinin müdürüne komplo kurduğu şeklinde ifade vermelerine karşın mağdure işçinin beyanlarını yeterli bulmuş ve davayı tacizle suçlanan Bölge müdürünün aleyhinde sonuçlandırmıştır. Y9HD, 08.03.2005, E.2004/13286, K.2005/7706, www.alomaliye.com (ET:02.04.2010).

içeren mesajlar göndermesi üzerine iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir<sup>130</sup>.

Yargıtay işyerinde işçi tarafından çalışma arkadaşlarına gönderilen uygunsuz içerikli e-maillere ilişkin başka bir kararında da, "kick their ass baby" (k....larını tekmele bebeğim) sözcüklerinin sert bir argo deyim olması sebebiyle işyerinde çalışma düzenini ve huzuru bozucu nitelik taşıması dolayısıyla iş sözleşmesinin haklı değil geçerli nedenle feshedilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>131</sup>.

Yargıtay internet ve e-mail kullanımına ilişkin verdiği her iki kararında da cinsel taciz iddialarına ilişkin haklı fesih sebeplerini dar yorumlama eğilimi içinde olduğunu göstermektedir. Ancak söz konusu her iki kararda da İK, m.25/II-c kapsamında değerlendirilebilecek cinsel taciz eylemlerinin varlığının söz konusu olduğunu düşünüyoruz. Zira cinsel taciz, genel anlamda istenmeyen cinsel mağduriyeti ifade eder<sup>132</sup>,

---

<sup>130</sup> Y9HD, 16.12.2004, E.2004/18435, K.2004/28069, www.alomaliye.com (ET: 27.03.2010).

<sup>131</sup> Y9HD, 17.11.2005, E.2005/3512, K.2005/36421, www.alomaliye.com (ET: 27.03.2010).

<sup>132</sup> Cinsel taciz, bir kimsenin, vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilir. Yeni yasamıza göre, bir kimseyi, cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine ceza verilmektedir. Yeni yasa, işyerinde cinsel taciz eylemini, bu eylemin, nitelikli hali olarak tanımlamıştır. Yasamız, çalışma yaşamı içinde bulunan bir kişinin, işyerinde, hiyerarşi ve hizmet ilişkisinin yarattığı güçten ya da aynı iş yerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanarak, diğer çalışana cinsel tacizde bulunması halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını emretmektedir. (TCK:105/2); TCK'nun 105 inci maddenin gerekçesinde cinsel taciz; "mağdurun vücut okunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar" şeklinde tanımlanmış ve cinsel taciz halinde mağdurun cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edildiği belirtilmiştir. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> (ET: 02.04.2010); Rheinland-Pfalz Bölge Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında işyerinde on iki yıldır istihdam edilen bir çalışanın, iş sözleşmesinin işyerindeki stajyere cep telefonu ile mesaj göndererek ahlaksız teklifte bulunması nedeniyle feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Bu kararda işverenin istihdam ettiği çalışanlarını korunakla ve rahatsızlık yaratan kişiye karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü

daha özel anlamda ise dolaylı ya da dolaysız bir şekilde, kişilerin kendi rızalarına rağmen cinsel yönden istismar edilmeleri, yani doğrudan olarak zorla ya da kandırılarak (anal, oral, vajnal) cinsel ilişkiye zorlanmaları ya da cinsel uyarılara yönelik davranışlara maruz bırakılmaları ve dolaylı olarak da cinsel ilişki teklifi, cinsel organların gösterilmesi ya da izlenilmesi durumudur. Bunların sonucunda kişi istemediği bir cinsel ilişkiye girmek zorunda kalmakta, girmeye zorlanmakta ya da bir ilişkiye girmeden cinsel yönden istismar edilmektedir<sup>133</sup>. Cinsel taciz teşkil eden davranışlar sözlü (örneğin, cinsel içerikli söz atma), yazılı (mektupla cinsel ilişki teklifinde bulunma) veya el kol hareketleriyle (cinsel organı gösterme) gerçekleştirilebilir<sup>134</sup>.

Yine öğretilerde cinsel taciz “birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir”<sup>135</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Yukarıdaki cinsel taciz iddialarına ilişkin verdiğimiz örnek kararlarda da bir ilişkiye girmeden karşı cinsin (olayda kadının) cinsel yönden taciz edilmesi söz konusudur.

Bir eylem, söz ya da davranışın cinsel taciz niteliğini taşıyıp taşımadığını tespit etmek zaman zaman güç olabilir. Türk Ceza Kanunu bakımından suç teşkil eden bir fiilin, iş hukuku bakımından da cinsel taciz olarak kabulü gerekir. Ancak suç niteliği taşımamakla birlikte cinsel taciz niteliği taşıyan davranışların da iş sözleşmesini haklı feshe imkan verdiğini kabul etmek gerekir. Bu tür fiillerin nitelendirilmesinde, olayın taraflarının sosyo ekonomik ve kültürel konumları ile olayın gerçekleştiği yerin örf ve adetleri de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>136</sup>.

---

olduğu ve bu davranışından dolayı çalışana ihtar vermek zorunda olmadığı görüşüne yer verilmiştir. MESS, **Akıllı Kitap, İş Güvencesi**, D-51 B3/001, Rehinland-Pfalz Bölge Mahkemesi, 07.10.2001, 9 Sa 853/01 E.

<sup>133</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel\\_taciz](http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_taciz) (ET, 02.04.2010).

<sup>134</sup> TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2006, s.247.

<sup>135</sup> ARTUK Mehmet Emin, “*Cinsel Taciz Suçu*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, S:11, s.36.

<sup>136</sup> KOCABIYIK Selçuk, “*İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilebilmesi*”, **Sicil**, Aralık-2009, s.244.

#### d) İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi

İşverenin işyerinde özel amaçlı internet kullanımına izin vermiş olması durumunda, işçi iş görme borcunu ihlal edecek derecede kullanım yoluna gitmemeli bu konuda özenli davranmalıdır. Şayet işçi iş görme borcunu aksatıyor ve uyarılara rağmen bunu ısrarla sürdürüyor ise bu davranışı iş sözleşmesinin derhal feshine sebep olabilir. Nitekim İK'nun 25. maddesinin II. fıkrasının (h) bendi uyarınca *“işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi”* derhal fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu hükme göre derhal fesih sebebinin söz konusu olabilmesi için işçinin yapmakla yükümlü bulunduğu görevi kendisine *hatırlatılmasına* rağmen yapmamaya devam etmesi gerekir<sup>137</sup>. İşverenin ispat zorluğu çekmemesi için hatırlatmayı yazılı olarak yapması yerinde olacaktır<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Nitekim Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir. “Davacıdan yapması istenilen iş, davacının görevi olmadığı gibi 1475 sayılı İş Kanununun 17/II-g maddesinde öngörülen haklı feshin söz konusu olabilmesi için *“hatırlatma”* unsuru da gerçekleşmemiştir. Başka bir anlatımla, hatırlatılmasına rağmen görevi yapmama eyleminin unsurları tamamlanmamıştır. Böyle olunca feshin haksız olduğu kabul edilmeli, bilirkişi raporu değerlendirmeye tabi tutularak ihbar ve kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır” Y9HD, 04.11.2004, E.2004/9327, K.2004/24902, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 5/2005, s.281; “Gerek fesih bildiriminde gerek feshe dayanak yapılan tutanakta davacının hangi görevi hatırlatılmasına rağmen yapmadığı somut olarak belirtilmemiştir”. Y9HD, 27.10.2004, E.2004/7539, K.2004/24421, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 5/2005, s.291.

<sup>138</sup> SÜZEK **İş Hukuku**, s.643; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.179; Bu hususa ilişkin bir Yargıtay kararında da *“Tarafları ortak tanıdığı sekreter olarak çalışan davacının gelen bir yazıyı amirine geç intikal ettirmesi sonucu iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtmiş ancak bu yazının içeriği ve önemini açıklamamıştır. Davalının diğer tanıdığı ise fesih nedenini bilmediğini açıklamıştır. Mevcut olgulara göre davacının iş akdinin haklı nedenle feshini gerektiren herhangi bir eylemi kanıtlanmış değildir”* denilerek ispat sorunu üzerinde durulmuştur. Y9HD, 27.10.2004, E.2004/7539, K.2004/24421, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 5/2005, s.291.

### e) İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşverenin Malına Zarar Vermesi

İK'nun 25. maddesinin II. fıkrasının (1) bendine göre, “işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” derhal fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Özel amaçlı internet kullanım izni çerçevesinde, bilgisayar ve interneti kullanan işçinin, işveren tarafından belirlenen sınırlamaları aşarak bilgisayarına virüs içeren programlar yüklemek suretiyle sisteme zarar vermesi söz konusu olabilir. Zarar, işçinin otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek miktarda ise işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir.

İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı fesih imkânı olmadığı gibi, işçinin kusuru<sup>139</sup> belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa, zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşıp aşmadığına bakılması gerekmektedir<sup>140</sup>.

İşçinin bu miktara ulaşmamakla beraber işverenin malına zarar vermesi geçerli fesih nedeni sayılmalıdır<sup>141</sup>.

<sup>139</sup> Zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Y9HD, 23.09.2008, E.2007/27255, K.2008/24526, **Tekstil İşveren Dergisi**, (Haziran-2009), S:351, s.6.

<sup>140</sup> 4857 sayılı İş Kanununda herhangi bir açıklık olmasa da, bu durumda işçi lehine yorum ilkesi uyarınca brüt ücretin esas alınması gerekir. 30 gün bir aydan farklı bir kavramdır. Bu noktada işçiye aylık olarak ödenen ücret yerine, günlük yevmiyesinin 30 katı tutarı dikkate alınmalıdır. Maddede sözü dilen ücret dar anlamda ücrettir. İkramiye, prim, fazla çalışma ücreti ve benzeri ödemeler bu maddede yer alan 30 günlük ücret içerisinde değerlendirilmelidir. Y9HD, 23.09.2008, E.2007/27255, K.2008/24526, **Tekstil İşveren Dergisi**, (Haziran-2009), S:351, s.5.

<sup>141</sup> Y9HD, 31.03.2008, E.2007/29966, K.2008/7021, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3/18, s.241-242.

### f) İşçinin Suç İşlemesi

İK'nun 25/II-f hükmü gereğince, “işçinin işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan<sup>142</sup> ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi” halinde iş sözleşmesi derhal feshedilebilecektir<sup>143</sup>.

İşçinin işyerinde işlediği suçtan dolayı yedi günden fazla hapis cezası ile cezalandırılması ve cezasının ertelenmemiş olması gerekir. Verilen hapis cezası paraya çevrilmiş olsa dahi işverenin fesih hakkı bulunmaktadır. Doğrudan para cezası ile cezalandırılan suç için İK, m.25/II-f hükmü uygulanmaz.

Önemle belirtelim ki, iş hukuku bakımından belli suç unsurlarının oluşması, kural olarak, önemli değildir. Burada daha çok işçinin suç teşkil eden davranışının, işveren ve işçi arasındaki güven ilişkisini tekrar oluşturulamayacak şekilde bozup bozmadığı önem arz etmektedir<sup>144</sup>. İşçi işverenin izni ile de olsa özel amaçlı internet ve e-mail sistemini kullanması sırasında suç teşkil eden bir davranışta bulunur ise, iş sözleşmesi yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslara göre derhal feshedilebilecektir<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Burada söz konusu olan ceza, işlenen fiil için yasanın öngörülen ceza olmayıp, mahkemece hükmedilen cezadır. SÜZEK **İş Hukuku**, s.641.

<sup>143</sup> İşçinin işlediği bir suçtan dolayı tutuklanması üzerine işine devam edememesi İK'nun 25. maddesinin IV. fıkrası gereğince 17. maddedeki bildirim süresini aşarsa, işverenin haklı sebeple fesih hakkı doğar. İş sözleşmesinin İK, m.25/IV hükmü gereğince feshi durumunda işçi, kıdem tazminatı alabilir ancak ihbar tazminatını alamaz. Ancak İK, m.25/II-f hükmü gereğince işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi durumunda kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamaz; İK'nun 25/IV. maddesinde belirtilen işçinin gözüne alınmasına veya tutuklanmasına neden olan olayın işyerinde veya işyeri dışında gerçekleşmesi, işçinin kusurlu veya kusursuz ya da mahkûm olup olmaması önem taşımaz. SÜZEK **İş Hukuku**, s.646; MOLLAMAHMUTOĞLU, **İş Hukuku**, s.510-511.

<sup>144</sup> OKUR, s.64.

<sup>145</sup> Örneğin Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü zedeleyici ve anayasal düzene aykırı içerikli sitelere girilmesi ve bu sitelere içerik yollanması veya bu sitelerden propaganda amaçlı bilgi transferi yapılması, suç teşkil eden fiillerdir. OKUR, s.69.



## SONUÇ

İşyerinde internetin özel amaçla kullanımı ve bu sebeple iş sözleşmesinin feshi konusunda ulaşılmış olduğumuz sonuçları aşağıdaki gibi değerlendirmek mümkündür.

1. İnternet günümüz iletişim teknolojileri açısından vazgeçilmez bir unsur haline gelmiştir. İşyerleri açısından internet kullanımı rekabete uyum sağlama ve çalışma ilişkilerinde düzen fonksiyonunu tesis etme açısından büyük önem arz etmektedir.

2. İnternet kullanımı işyerleri açısından önemli olmakla birlikte, çalışanların verimliliğini etkilemesi riski karşısında bir takım düzenlemelere de ihtiyaç hissettirmektedir. Burada önemli olan nokta işyerinde internet kullanımının yalnızca iş amaçlı mı olacağı yoksa iş amaçlı kullanımı yanında özel amaçla da kullanılıp kullanılmayacağıdır.

3. İşverenler işyerinde iş saati içinde veya dışında (ara dinlenmesinde) internetin özel amaçla kullanımını tamamen yasaklayabilecekleri gibi, ara dinlenmesinde internetin kullanımına sınırlı olarak izin verebilirler. Fakat (iş saati içi veya dışı ayrımına gitmeksizin) işyerinde internetin hem iş amaçlı hem de özel amaçlı kullanımı serbest bırakılmış olabilir. Elbette ki bu serbest kullanımın iş veriminin etkilenmemesi açısından bir takım kurallara bağlanması gerekir. Belirtilen sınırlamalara iş sözleşmesinde yer verilebileceği gibi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliği gibi iş ilişkisinin diğer kaynaklarında da yer verilebilir. İnternet kullanımı işyerinin internet sistemi üzerinden kontrol edilebilir. Ancak işverenin bu tarz izlemelerini önceden çalışanların bilgisine sunması gerekir. Özel amaçlı kullanıma yer ve zaman bakımından sınırlamalar getirilebilir. Kişisel görüşümüz internetin işyerinde özel amaçlı kullanımının kesin bir biçimde yasaklanmamasıdır. Gerçekten de günümüz çalışma ilişkilerinde çalışanlar, ödemeler (kira, fatura vb) dâhil pek çok işlemlerini internet sistemi üzerinden gerçekleştirmekte, bu durum da iş kaybını önemli ölçüde önlemektedir. Ayrıca sosyal yönüyle de çalışanların verimliliğini olumsuz etkilememesi, sınırlamalara uyulması kaydıyla kullanımın faydalı olacağını değerlendirmekteyiz.

4. İşveren işyerinde internetin özel amaçla kullanımını kesin olarak yasaklamış ise, bu yasaklamaya rağmen internetin özel amaçla kullanımı iş ilişkisinin işverence derhal feshini haklı kılacaktır. İnternetin

özel amaçla kullanımına belli sınırlamalar çerçevesinde izin verilmiş ise işçinin bu sınırlamalara (örneğin verilen süreyi aşma, işverenin bilgisayarına aşırı yükleme yaparak veya virüs bulaştırarak zarar verme gibi) aykırı davranması durumunda da iş ilişkisinin geçerli veya haklı sebeple feshi gündeme gelebilecektir. Ancak işverenin internet sistemi üzerinden yaptığı kontrolün önceden işçinin bilgisine sunulması, kişisel haklarına saldırı niteliği taşımaması gerekir. Aksi halde fesih haksız veya geçersiz hale gelecektir.

5. Önemle belirtilmesi gereken bir nokta da işyerinde internetin özel amaçlı kullanımını açık veya örtülü olarak sınırlandıran veya yasaklayan bir kuralın bulunmaması durumunda fesih yoluna gitmeden önce işçinin ihtar edilmesinin gerekli olmasıdır. Ancak işverenin önceden belirlediği sınırlamalara ve yasalara aykırı hareket edilmesi veya derhal feshi gerektiren durumlarda ihtarla gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebilecektir.

6. İncelememizde esas aldığımız çeşitli Yargıtay kararlarında da işyerinde internetin özel amaçla kullanımı fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Yargıtay özel amaçlı internet kullanımını kural olarak geçerli fesih sebebi olarak görmektedir. Ancak Yargıtay özel amaçlı internet kullanımı yoluyla e-mail sistemi üzerinden işverenin bir başka işçisinin taciz edildiği durumlara ilişkin verdiği bazı kararlarında haklı fesih sebeplerini dar yorumlayarak, işverence gerçekleştirilen feshi geçerli sebep olarak görmüştür ki bu görüşe katılmıyoruz.

#### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

AKINTÜRK Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayınevi, İstanbul-2004.

AKYİĞİT Ercan, **İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, 2.b.**, Ankara-2006.

AKYİĞİT Ercan, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara-1995

ALP Mustafa, **“İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2007.

ALPAGUT Gülsevil, “*İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri*”, **Çimento İşveren Dergisi**, (Eylül-2004), C:5, S:18,

ARSLANOĞLU Mehmet Anıl, **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, Legal Yayınevi, İstanbul-2005

ARTUK Mehmet Emin, “*Cinsel Taciz Suçu*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, S:11.

BENLİ Abdurrahman/YİĞİT Yusuf, “*4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:4, 2006.

CAMKURT Mehmet Zülfi, “*Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları*”, **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:21, S:4, (Mayıs-2008).

CEVDET Yavuz, **Türk Medeni Kanunu-Borçlar Kanunu**, Ankara-2008.

ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul-2008.

ÇENBERCİ Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara-1984.

DEMİR Fevzi/DEMİR Gönenç, “*İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması*”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:11, S:1, 2009.

DEMİR, Fevzi, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 2.b., İzmir-2002.

DEMİR Fevzi, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 3.b., İzmir-2003.

DEMİR Fevzi, **İş Güvencesi ve 4857 sayılı Kanunun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş, Eğitim Yayınları**, Ankara-2003.

DEMİRCİOĞLU Murat, **Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası**, İstanbul-2007

EKMEKÇİ Ömer, “*4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi*”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2004.

EKONOMİ Münir, **İş Hukuku, C.1 Ferdi İş Hukuku**, İstanbul-1987.

EKONOMİ Münir, “*Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri*“, **Kamu –İş**, (Ocak-1990).

ESENER Turhan, **İş Hukuku**, Ankara-1978.

EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul-2004.

GEÇER Bekir, “E-Mailler Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, www.iskanunu .com (ET:01.03.2010).

GÜLER Şerafettin, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapmak”, **Çimento İşveren Dergisi**, C:21, S:5, (Eylül-2007).

GÜMÜŞOĞLU Rıza, “İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Sözleşmenin Feshi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:12 (Ekim-Kasım-Aralık-2006).

GÜNAY Cevdet İlhan, **Şerhli İş Kanunu, C:1**, Ankara-1998.

GÜZEL Ali/ UĞÜN Deniz/ERTAN Emre, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, Özel Sayı, 2007.

HOZAR Nağme, “Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, **Sicil**, Eylül-2007.

KOCABIYIK Selçuk, “İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilebilmesi”, **Sicil**, Aralık-2009.

MESS, **Akıllı Kitap, İş Güvencesi**, D-51 B3/001, Rehinland-Pfalz Bölge Mahkemesi, 07.10.2001, 9 Sa 853/01 E.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, **Hizmet Sözleşmesi**, Ankara-1995.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, **İş Hukuku**, Ankara-2005.

MUHL Charles J. “Workplace E-mail and Internet Use: Employees and Employer Beware”, **Monthly Labour Review**, February-2003.

NARMANLIOĞLU Ünal, “Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:5, S:3 (Nisan-2000).

NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri)**, İzmir-1998.

OKUR Zeki, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi” **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:2, 2005.

ODAMAN Serkan, İşverenin hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara-2003.

REİSOĞLU Seza, **Hizmet Akdi**, Ankara-1968.

SERİN İlhan, “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005, S:7.

SÜMER Halûk Hâdi, **İş Hukuku**, Konya-2008.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul-2008.

SÜZEK Sarper, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı:1, 1995.

ŞAKAR Müjdat, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 6.b., İstanbul-2005.

ŞEN Murat, “İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, **EÜHFD**, C:X, S:3-4.

ŞEN Murat, “4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade”, **AÜHFD**, C:VII, S: 3-4 (Aralık-2003)

ŞENYÜZ Doğan, **Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Kitabevi, Bursa-2005.

TAÏLLON Gregory, “Controlling Internet Use in the Workplace” [htt://www.nysscpa.org/cpajournal2004/704/perspectives/p16.htm](http://www.nysscpa.org/cpajournal2004/704/perspectives/p16.htm) (ET: 28.03.2010).

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2006.

TUĞ Adnan, **Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara-1996.

UŞAN M.Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara-2003.

UŞAN M.Fatih, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C:1, İş Hukuku**, Ankara-2006.

İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi

UYAR Ayşe, “Mobil İnternet”, <http://www.Bilmuh.gyte.edu.tr/~ispinar/BIL571/Gezgin%20internet.pdf> (ET, 01.03.2010).

ÜLGEN Halil İbrahim/SAĞIROĞLU Şeref/YÜNCÜ Selma, “Güvenli Bir E-Posta Uygulaması: Gü-Posta”, <http://www.Ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/bildiri/67.pdf> (ET: 01.03.2010).

YİĞİT Yusuf, “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/4.

ZEVKLİLER Aydın/HAVUTÇU Ayşe, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Ankara-2007.

## ROMA HUKUKUNDA EVLENME VE BOŞANMA (DIVORTIUM)\*

Bahattin ARAS\*\*

### ÖZET

*Bütün alanlarında çağdaş hukukun kaynağını oluşturan Roma hukukunda diğer alanlardan farklı olarak evlenme ve boşanma konusunda açık ve kesin kurallar bulunmamaktaydı. Roma'da evlilik, eşlerin bir ömür boyunca karı koca olarak birlikte yaşama niyeti ile toplumda karı koca olarak yerini alması olarak kabul edilmesi nedeniyle evlenme tarafların özgür iradesine dayalı olarak kurulmakta, boşanmada yine tarafların evliliğin devam edemeyeceğine ilişkin ortak iradelerini ortaya koyması ile gerçekleşmiş olmaktadır. Dolayısıyla Roma'da genel olarak boşanmayı düzenleyen kurallar olmamakla birlikte ilerleyen zamanlarda bazı kanun ve emirnamelerin yayınlandığı görülmektedir.*

*Bu çalışmada temel olarak Roma hukukunda evlilik olgusu ve evliliğin gerçekleşmesi sürecinde uygulanan usuller ile evlenmeyle kadının ve kocanın statüleri ele alınacaktır. Ayrıca Tarafla arasında boşanma usulü, sebepleri ile Roma'da boşanmanın engellenmesi için alınan önlemler ele alınacaktır.*

**ANAHTAR KELİMELER:** Roma, Hukuk, Evlenme, Boşanma, Divortium

---

\* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan Yüksek Lisans Tezinin özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

\*\* Cihanbeyli Hâkimi Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi

## **MARRIAGE AND DIVORCEMENT IN ROMAN LAW**

### **ABSTRACT**

*There were no clear and certain rules about marriage and divorcement differently from other areas in Roman law that is the source of modern law in all areas. Since in Rome, a marriage was considered to take place in the society as husband and wife with the intention of living together a lifetime, a marriage was brought about based on the parts' free will and divorcement was brought about when the parts expressed their own free will that the marriage could not continue. Therefore, as well as there were no rules arranging divorcement in Rome, it is seen that certain laws and mandates were published.*

*In this study, basically, marriage in Roman law, the methods applied in the marriage process and the status of husband and wife in marriage will be dealt with. Also, the divorcement ways between the parts, the reasons, and the precautions taken to prevent divorcement in Rome will be dealt with.*

**KEYWORDS:** Roman, Law, Marriage, Divorcement, Divortium.

### **GİRİŞ**

Roma aile hukukunda genel olarak, dava kavramı yer almamakla birlikte, aile hukukuna ait mutlak haklar, özellikle mameleke ilişkin uyuşmazlıklar, dava yoluyla hallediliyordu. Sınırlı da olsa aile hukukunun davaya konu olan durumlarda, özel yargılama sistemi geçerli olduğu zamanlarda, *legis actio*'lar usulünün dava şekillerinden olan ve *legis actio sacramento in rem* davası söz konusu olurdu. Bu dava ile aynı haklar ve aile hukukuna ait mutlak haklar konusundaki uyuşmazlıklar çözüldü. Roma aile hukukuna ilişkin olarak davaya konu olan diğer bir husus da nafakaydı. Eşler arasında nafaka verme yükümlülüğü olmadığı için, nafakayı ancak, sistem dışı yargılamada isteyebiliyorlardı. Sistem dışı yargılama usulünde dava tek bir aşamada ve devlet memuru olan hâkimin önünde görüldüğü için diğer dava usullerinden farklıydı<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Aras, Bahattin: Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.41



Roma hukukunda evlilik *Effectio Maritalis* olarak adlandırılan ve eşlerin bir ömür boyunca karı koca olarak birlikte yaşam konusundaki değişmeyen niyetlerini ifade etmekteydi.<sup>2</sup> Evliliğin diğer önemli unsurunu ise bir erkekle kadının toplumda karı koca olarak yerini almasını ifade eden “*Honar Matrimoni*” olarak ifade edilen “evlilik şerefi” oluşturmaktaydı. Evlilik için, “*Honar Matrimoni*” gerçekte tek başına yeterli olan bir unsur olmayıp *Effectio Moritalis*’in karinesidir.<sup>3</sup> Bu unsurlar bulunmadan kadın ve erkeğin birlikte yaşaması “evlilik” olarak kabul edilemez ve bu şekilde yaşayanların ayrılmaları da boşanma değildi.<sup>4</sup>

Roma hukukunda evlenme akdinin belirli bir şekilde yapılma zorunluluğu bulunmamakta, tarafların evlenme iradelerini birlikte ortaya koymaları yeterliydi. Ancak kadının kocasının ailesine dâhil olabilmemesini, daha doğrusu kocasının hâkimiyeti altına girmesini ifadeden manus evlenmesi için, “*coemptio*”, “*conferratio*” veya zamanla manus altına girmeyi ifade eden “*usus*” adı verilen üç işlemten birisinin yapılması zorunluydu. Roma’da zamanın ilerlemesiyle birlikte değişen koşullara paralel olarak evli kadın üzerinde erkeğin hakimiyet kurması giderek önemini yitirmiş ve *manussuz* evlilikler hızla artmıştır.

Roma’da boşanmaya ilişkin olarak devlet tarafından genel olarak bütün yönleriyle düzenlenmiş bir boşanma kurumu söz konusu değildi. Dolayısıyla hâkimin boşanmaya müdahale etmesi söz konusu olmadığı gibi; boşanma için bir hâkim kararı da gerekmiyordu. Roma’da hukukun zaman içindeki değişimine paralel olarak; boşanmayı düzenleyen bazı kanunların varlığına rastlanılmakta ise de, genel olarak hiçbir zaman kanunda yazılı sebeplerle ve bir hâkim kararı ile boşanmanın düzenlenmesi benimsenmedi.<sup>5</sup> Daha sonraki süreçte imparator

<sup>2</sup> Umur, Ziya : Roma Hukuku Lügatı, (Lügat)İstanbul 1984, s. 2;Gönenç, Fulya İlçin: “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)“, Atatürk Üniversitesi EHFD, Cilt VII, Sayı: 1-2, Yıl 2003, s. 646

<sup>3</sup> Koschaker, Paul / Ayiter, Kudret: Modern özel Hukuka Giriş olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 303 ;Di Marzo, Salvatore : Roma Hukuku, Çev: Ziya Umur, İstanbul ,1959, s. 177

<sup>4</sup> Gönenç, s. 646

<sup>5</sup> Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku -Aile Hukuku, 2. Baskı, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963 s.84; Yalçınkaya, Namık /

*Diocletian'in*, devletin boşanmaya ilk müdahalesini sağlayan emirnamesi ile şerefsizlik nedenine dayalı boşanma halinde, çocukların hangi tarafa bırakılacağına hâkimin karar vermesi zorunluluğu getirildi. Dolayısıyla bu emirname Roma boşanma hukukunun ilk yasal düzenlemesini belgelemektedir.

Bu kapsamda Roma hukukunda hukuksal bir işlem olarak kabul edilmeyen boşanma, yalnızca karşılıklı rızanın açıklanması ile evliliğin son bulduğu bir olay olarak kabul edilmektedir. Evlenmenin tarafların özgür iradesine dayandığı Roma'da, boşanmada yine tarafların evliliğin devam edemeyeceğine ilişkin ortak iradelerini ortaya koyması ile gerçekleşmiş oluyordu<sup>6</sup>.

### ***I. ROMA HUKUKUNDA EVLİLİK VE AİLE OLGUSU***

#### **A. GENEL OLARAK AİLE KURUMU**

Aile hukukunu kapsayan ilişkiler, tarihsel süreç içerisinde bütün toplumlar tarafından dikkatle ele alınan bir husus olmuştur. İnsanlık tarihinin en eski kurumu olduğu kabul edilen aileye, siyasi otoriteyle birlikte dinler de müdahale etme ihtiyacını duymuşlar ve onu bu doğrultuda şekillendirmeye çalışmışlardır. Aile kurumunun oluşumunun gereği olan evlilik, içerdiği maddi ve psikolojik unsurlar doğrultusunda kadın ve erkeğin bir araya gelmesinin yapısındaki doğallığına rağmen, kendi haline bırakılmamış, birçok toplumsal kurumun ilgi ve etkisi altına girmiştir.<sup>7</sup>

Aile hukukunu ilgilendiren ilişkiler, diğer toplumsal olgu ve kurumlarda olduğu gibi zaman içinde büyük değişikliklere uğramıştır. Dolayısıyla aile tarihsel bir süreçten elde edilen bir ürün olarak ele alınmalı ve geçirdiği değişimler göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü dönemler içinde değişime uğramayan, kendisini bulunduğu zamana ve içinde bulunulan şartlara uyarlayamayan bir aile yapısından söz etmeğe imkân yoktur. Yani dönem içinde değişmeyen, soyut, durağan bir aileden söz edilemez. Bu değişimde etkili olan unsurlar, toplumsal ve ekonomik düzen çerçevesinde insanların duydukları gereksinimler ve bunları

---

Kaleli, Şakir : Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, 2. Baskı, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988, s.54

<sup>6</sup> Aras, s.52

<sup>7</sup> Gönenç, s. 645

karşılama biçimleri ile bu amaçla aralarında kurdukları toplumsal ilişkinin niteliğidir.<sup>8</sup>

### B. AİLE KURUMUNUN GEREĞİ EVLİLİK OLGUSU

Tüm hukuk sistemlerinde aile, evlilik temeli üzerine kurulur.<sup>9</sup> Bu haliyle kurulan aile; varlığını evlilik kurumunun prensipleri doğrultusunda meydana gelen gelişmelere paralel olarak, dinamik yapısıyla korumaya çalışır. Bugün uzun yıllar boyunca en genel şekliyle bir kadın ve erkeğin bir araya gelerek oluşturduğu birlik olarak ifade edilen evlilik olgusu da aile kurumundaki değişimlere bağlı olarak, hem özünde hem tanımında radikal değişimlere uğramıştır. Ancak nasıl tanımlanırsa tanımlansın bütün toplumlarda aile kurumunun varlığı evlilik olgusunun varlığına bağlıdır.

Roma hukukunda evliliği diğer birleşmelerden ayıran temel unsur, eşlerin bir ömür boyunca karı koca olarak birlikte yaşam konusundaki değişmeyen niyetleridir.<sup>10</sup> Bu, Roma hukukunda *Effectio Maritalis*, olarak adlandırılır.<sup>11</sup> Diğer unsurlar ise, bir erkekle kadının toplumda karı koca olarak yerini almasını ifade eden “*Honar Matrimoni*” olarak ifade edilen evlilik şerefidir. *Honar Matrimoni*, ortak yaşam içinde bir arada bulunan kimselerin, bu birlikteliklerinin ifadesi olarak herkesçe bilinen görünen, açık tavır ve hareketleridir. Bu toplum, içinde karı – koca olarak görülmeyi ifade eder. Evlilik için, “*Honar Matrimoni*” gerçekte tek başına yeterli olan bir unsur olmayıp *Effectio Maritalis*’in karinesidir.<sup>12</sup> Bu unsurlar bulunmadan kadın ve erkeğin birlikte yaşaması “evlilik” olarak kabul edilemez ve bu şekilde yaşayanların ayrılmaları da boşanma değildi.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Yos, Ekrem : “Çağdaş Ailenin Ulusal Ve Evrensel Tanımı ve Sorunları”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl 3, Sayı 7, 1983, s. 51

<sup>9</sup> Burcuoğlu, Haluk : “Çağdaş Aile Sorunları”, Manisa Barosu Dergisi 1983, Yıl 3 sayı 7, s. 46

<sup>10</sup> Gönenç, s. 646

<sup>11</sup> Umur, Ziya : Roma Hukuku Lügati, (Lügat)İstanbul 1984, s. 2

<sup>12</sup> Koschaker, Paul / Ayiter, Kudret: Modern özel Hukuka Giriş olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 303 ;Di Marzo, Salvatore : Roma Hukuku, Çev: Ziya Umur, İstanbul ,1959, s. 177

<sup>13</sup> Gönenç, s. 646

Romalılar, evliliğin kadın ve erkek arasında özel bir ilişki yarattığını düşünerek, prensip olarak bu birlikteliğe asgari düzeyde müdahale etmişlerdir. Bu, Roma hukukuna ait bugün elimizde bulunan kaynaklar incelendiğinde aile hukukuna ilişkin çok az metnin bulunmasından anlaşılmaktadır. Burada, Roma hukukçularının mevcut ve işleyen bir oluşuma müdahale etmek istemeyişlerinin, çekimser davrandıklarının izlerine rastlanmaktadır. Karı-koca arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, onların karşılıklı anlayışlarına bırakılmıştır.<sup>14</sup>

Roma hukukunda evlilik, tarafların karşılıklı iradelerinin birbiriyle uyuşması ile meydana gelmekteydi. Tarafların iradelerinin herhangi bir şekle bağlı olmadan, açıkça evlenme iradesi (*Effectio Maritalis*) ile bir araya gelmeleri, toplumun bu kişileri evli olarak kabul etmeleri için yeterliydi.<sup>15</sup> İradelerin uyuşması yani consensus ile kurulan evliliğin devamı, tarafların bu konudaki niyeti ve davranışlarının devam etmesine bağlıdır. Dolayısıyla, evlilik tarafların karşılıklı rıza ve isteklerine dayandığından, evlilik konusunda varılan *consensus* sona erdiğinde evlilik bağının boşanma ile son bulacağı kabul edilirdi<sup>16</sup>. Roma hukukunda boşanma konusunda kadın ve erkek bakımından farklı uygulamalar olduğu her zaman gündeme gelmiştir. Bunun temel sebebi Roma'da geçerli olan evlilik türleridir.

### C. ROMA HUKUKUNDA EVLENME TÜRLERİ

#### a. Manus Evlenmesi

Roma hukukunun farklı evlenme şekillerini tanıması, doğal olarak bu evlenmelerin sona ermesini sağlayan boşanmaların da farklı şekilde olmasını gerektiriyordu. Ancak burada evlilik için bahsettiğimiz şekil, evliliğin belirli bir şekle bağlı olarak ortaya konan iradeler sonucu

---

<sup>14</sup> Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin : Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2003, (Meseleler),s. 216;Velidedeoğlu, , Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku, C.I, Aile Hukuku , 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s. 179; Bununla birlikte, Roma'da, her zaman tek evlilik(monagami) kuralı geçerli olmuştur. Yani bir kadının iki kocası veya bir kocanın iki karısı olamayacağı belirtilmektedir.(Koschaker / Ayiter: s. 303)

<sup>15</sup> Gönenç, s. 646

<sup>16</sup> Koschaker / Ayiter, s. 303

meydana gelmesi anlamında değildir. Daha önce vurgulandığı gibi, Roma hukukunda evlenme akdinin belirli bir şekilde yapılma zorunluluğu bulunmamakta, tarafların evlenme iradelerini birlikte ortaya koymaları yeterliydi. Ancak kadının kocasının ailesine dâhil olabilmemesini, daha doğrusu kocasının hâkimiyeti altına girmesi; eğer kocası hâkimiyet altındaysa, kocasının hâkimiyeti altına girmesi, yani manus altına alınabilmesi için, “*coemptio*”, “*conferratio*” veya zamanla *manus* altına girmeyi ifade eden “*usus*” adı verilen üç işlemten birisinin yapılması zorunluydu. Kadını manus altına sokan bu işlemlere genel olarak “*Conventio In Manum*” adı verilmekteydi.<sup>17</sup>

Kadını manus altına sokan “*Conventio In Manum*” işlemleri evlenmeden ayrı işlemlerdir. Çünkü, evlenme manuslu olabileceği gibi manussuz da olabilmektedir.<sup>18</sup> Evlenme ile manus altına giren kadın ile manus altına girmeyen evli kadının hukuki durumları bakımından farklılıklar söz konusu olmaktadır. Kadının, evlenme ile kocanın hâkimiyetine girmeyerek kendi aile reisinin hâkimiyeti altında kaldığı durumlarda, evlilik birliğinin kadının aile reisi tarafından sona erdirilebileceği kuralı uzun bir süre uygulanmıştır.<sup>19</sup> Aile reisi bu hakkını kadının rızasını almadan kullanabiliyordu. Her ne kadar aile reisi tarafından hâkimiyeti altındaki kadının evlilik bağına sona erdirmesi, geçerli bir boşanma olarak kabul edilse de, aile reisinin eşleri fiilen ayırması mümkün değildi.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Gönenç, s.648 ; Koschaker /Ayiter, s. 304 ; Villey, Michel : Roma Hukukunun Güncelliği, Çev: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul 2003,s.25; Yalçinkaya / Kaleli, s. 54; Burada açıklanması gereken kavramlardan biri olan “Manus”, hakimiyeti ifade etmektedir. Eski devirlerde aile reisinin aile evlatları ile köleler üzerindeki hakimiyetini ifade ederken, daha sonraları, hakimiyet altına sokan işlemlerden birisini yaparak evlenmiş (*Conventio In Manum*) bir kadının üzerinde kocasının veya kocası hakimiyet altında ise, onun aile reisinin sahip olduğu hakimiyeti ifade eden bir anlam kazanmıştır.( Umur, Lügat, s. 134)

<sup>18</sup> Umur, Ziya: Roma Hukuku Tarihi ,Giriş – Kaynaklar- Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, , İstanbul 1979, (Roma Hukuk), s. 394,

<sup>19</sup> Di Marzo, s. 198

<sup>20</sup> Gönenç, s. 649 dn. 20

Roma ailesi, *Ius Civile*'ye göre, aynı baba egemenliği altında bulunan kişilerden oluşuyordu. *Ius Civile*'nin tanıdığı tek hısımlık olan, “*Agnatio*” hısımlığı bu egemenlik ilişkisine dayanıyordu. Bundan dolayı, evli kadın, kocası veya kocası hâkimiyet altında ise onun aile babasının egemenliği altına girmez ise, kocasının ailesi dışında kalıyordu. Bu durumda ne kocası nede çocukları ile hısımlık durumu söz konusu olamıyordu. Bu durumun yaratacağı sakıncalar ancak kadının kocasının hâkimiyeti altına girmesi ile kaldırılabilirdi.<sup>21</sup> Kadın evlenmekle kocasının hâkimiyeti altına girmekte, şeklen kocasının bir kız çocuğu durumunda ve eğer daha hayatta ise kayın pederine karşı ise bir kız torunu durumundaydı. Kendi çocuklarına karşı ise, bir kız kardeş yerine geçirdi.<sup>22</sup>

#### **aa. Manus Evliliklerinin Çeşitleri**

##### **aaa. Coemptio**

*Coemptio*'da, kadının satın alınması veya satış akdine benzeyen bir evlilik türü söz konusudur. *Coemptio*'nun satış yani “*mançipatio*” şeklinde olduğunun eldeki kaynaklar göstermektedir. Her ne kadar dönemin ilim adamları bunu bir milliyetçilik duygusuyla inkâr etmeğe çalışsalar da, toplumlarında satış evlenmesinin olduğu ortadadır. Ama buradaki satışı, bir mal gibi satın alma olarak da kabul etmek zordur. İşlemlerdeki şekille alakalı pek bir bilginin bulunmamasıyla birlikte, *Coemptio*'nun eski zamanlarda nişanlılar arasında akdedildiği bilinmektedir. Nişanlı erkek ile nişanlı kız üzerinde hâkimiyet hakkı olan kimseler arasında bir işlemde meydana geliyordu. Nişanlı kız yapılan bu işlemler içinde bir taraf olmaktan ziyade, kendisi için bir bedel ödenen obje durumundaydı. Bu hafifletilmiş şekliyle milattan sonra dördüncü asra kadar devam etti. Iustinianus hukukunda ise artık böyle bir evlilik kalmamıştır.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku Tarihi Giriş- kaynaklar – Genel Kavramlar – Şahsın Hukuk – Haklarının Himayesi, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 164

<sup>22</sup> Koschaker / Ayiter, s. 305

<sup>23</sup> Koschaker / Ayiter, s. 306

### bbb. Conferreatio

*Conferreatio*, dini bir törenle yapılan bir evlenme şekli olup taraflar arasında tam bir birlik meydana getirmekteydi. Bu evlilikle, kadın, yalnızca erkeğin ailesine değil, aynı zamanda onun soyuna dâhil olması, yani ona soy bağı ile bağlanması söz konusuydu. Daha çok, “*Patrici*”lerin kabul ettiği bir evlenme şekliydi. Bununla birlikte *Patrici*’ler, *Conferreatio*’nun yanı sıra *Coemptio*’yu da kullanabiliyorlardı. *Pleb*’ler ise yalnızca *Coemptio* ile evlenebiliyorlardı. Daha doğrusu *Conferreatio*, bazı rahiplerin evlenmeleri söz konusu olduğu zaman uygulamak zorunda oldukları bir evlenme şekliydi.<sup>24</sup>

Bu evliliğin meydana gelebilmesi için on tane tanığın huzurunda, belirli sözlerin söylenmesi ve rahiplerin katılımı gerekliydi.<sup>25</sup> Bu evlilik zamanla kayboldu ve dini sebeplerin etkisiyle imparatorluk döneminde bazı rahiplerin evlenebilmesi için yeniden bir şekil verilmeğe çalışıldı. Fakat bu defa da yapılan bu evliliğin, erkeğe kadın üzerinde hakimiyet kurmağa imkan vermediği görüldü. Dolayısıyla bu evlilik zamanla *manussuz* evlilik şekline dönüştü.<sup>26</sup>

### ccc. Usus

*Coemptio* ve *Conferreatio* evliliklerin de şekle ait bir noksanlığın bulunması halinde bu evliliklerin batıl olduğu kabul edilirdi. Fakat buna rağmen kadın erkekle aynı evde oturmağa başlamışsa ve bu birliktelik yıllarca sürmüşse, o vakit kocanın hakimiyeti *Usus* ile sağlanırdı.

Bu evlilik türü, manuslu evliliklerin katı sonuçlarını yumuşatan bir norm olarak Oniki Levha Kanunları ile getirilen bir kuraldı. Evliliğin, şekil bakımından eksik yapılması durumunda, koca hakimiyeti (*manus*), evliliğin bir yıl kesintisiz sürmesinden sonra meşrulaşmaktaydı. Evlilik, bir yıl içinde eşlerin kesintisiz birlikteliği olarak kabul edilmekteydi. Kadının kocasının evi dışında üç gün kalması durumunda zamanaşımı bozuluyor ve kocanın hâkimiyeti yani *manus* gerçekleşmiyordu. Bu prosedür her yıl tekrarlanabilirdi, böylece eşlerin iradesi manusa değil, evliliğe yöneliyordu. Burada anlatılanlardan da anlaşılacağı gibi, kazandırıcı zamanaşımının uygulanması söz konusudur. Bu kadının,

<sup>24</sup> Koschaker /Ayiter, s. 306

<sup>25</sup> Gönenç, s. 649

<sup>26</sup> Koschaker/Ayiter, s. 306

hukuki bir mal olarak telakki edilmesine, erkeğinde süregelen zilyetlikle birlikte belirli bir süre sonunda mülkiyeti, yani burada ise *manusu* elde etmesidir. Bu şekilde, bir yıllık kazandırıcı zaman aşımı izah edilebilir.

#### **b. Manussuz Evlenme**

Roma'da eski dönemlerde evlenmelerin daima manuslu olduğundan şüphe olunmakla beraber, XII Levha Kanununda (MÖ. 451-449) bile *manussuz* evlilikten söz edilmektedir.<sup>27</sup> Roma'da zamanın ilerlemesiyle birlikte değişen koşullara paralel olarak evli kadın üzerinde erkeğin hâkimiyet kurması giderek önemini yitirmiş ve *manussuz* evlilikler hızla artmıştır.

Hakimiyet yani "*Manus*" gerçekleşmeden evlilik yapan kadınlar, kocalarının ailesi ile hısım olamıyor, fakat kendi babalarının ya da hısımlıktan gelen vasilerinin hakimiyeti altında kalmaya devam ediyorlardı. Medeni hukuka hâkim olan ilkeler gereğince, *manus* olmadan hısımlık ilişkisine dayalı aile kurulamazdı. Buna rahman *manussuz* evlenme, yeni medeni hukukta kabul görmüş bir evlenme şekli olarak görüldü. Bu tür evlilikten doğan çocuklar, babalarının hukuki durumunu kazanıyor, Roma vatandaşı sayılıyor, kendi babalarına hısım olabiliyor ve onun *patria potestas*'ı altına giriyorlardı. Uzun bir dönem *manuslu* ve *manussuz* evlenmeler, birlikte uygulandı.<sup>28</sup>

Eski çağ yazarlarından bazılarının yazdığına göre *manussuz* evlilik, yani "*sine manu*", cumhuriyetin ikinci döneminde eşlerin gayri resmi serbest birlikteliği için tek evlenme şekliydi. Hukuk tarihinin tanıdığı en serbest evlenme biçimlerinden birisini oluşturan bu evlilik, eşlerin her gün yeniledikleri bir rızaya dayanmaktadır.<sup>29</sup> Bu evlilik yalnız klasikten sonraki devirde ayakta durmakla kalmamış, Bizans imparatoru *IV. Leon*'un dini evlenmeyi kabul ettiği döneme kadar varlığını korumuştur.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Koschaker / Ayiter, s. 309 ;Gönenç, s. 650

<sup>28</sup> Akıncı,Şahin:Roma Hukuku,Konya 2003 s.226;Koschaker / Ayiter, s. 309

<sup>29</sup> Pugliese ,Jean : Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış Çev: Ziya umur (İÜHFİM, Cilt XXII sayı 1-4 s. 346); Yalçınkaya / Kaleli, s. 55

<sup>30</sup> Uzun zaman manussuz evlenme Roma'ya has bir şey zannedilmesine rağmen sonradan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında varılan sonuçlara göre, birçok millet ve bilhassa Germen hukukunda manussuz evliliğe yer



### c. Manusa Dayalı Evlilikleri Kabul Etmeyen Görüş

Roma hukukunda evliliklerin *manuslu* ve *manussuz* olmak üzere iki çeşit olduğu genel itibarıyla dile getirilmiş olsa da, 1940 senesinde Volterra, *manus* ve evlilik arasında Roma hukukunda hiçbir bağlantının bulunmadığını ilke olarak ortaya attıktan sonra, bu konu üzerinde çokça durulmuş ve bu gün Volterra'nın görüşleri genel kabul görmektedir. Volterra, Roma'da evliliğin tek bir çeşidinin olduğunu onun da tarafların *consensus*'una dayanan evlilik olduğunu, *manus* gibi bir unsurun doğrudan evlilikle alakasının bulunmadığını belirtmektedir. Yine Volterra, Roma hukukunda evliliğin, sadece *Consensus* yada *Effectio Maritalis*'e dayanması sebebiyle hukuki işlem değil, hukuki olay olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, manusun, evlenen kadının mal durumunu gösterdiği, bunun mal rejimlerini ilgilendiren bir husus olduğunu ve evliliklerin de mal rejimlerine göre çeşitlendirilemeyeceğini belirtmekteydi.<sup>31</sup>

Her ne kadar Roma hukukunda evlilikleri doğrudan manus ayrımına göre ikiye ayırmak doğru olmasa da manusu bir mal rejimi olarak kabul etmekte doğru değildir. Çünkü günümüzde mal rejimleri, insanlar üzerinde hâkimiyetten ziyade, mal varlığı üzerinde hâkimiyeti temsil etmektedir. Ama Roma hukukunda *manus* kadın üzerinde hâkimiyeti ifade ettiğinden aynı zamanda kadının medeni durumunun yakından ilgilendirdiği, doğrudan mal rejimi olarak kabul etmek mümkün değildir. Aksi takdirde *manussuz* evlenen kadının kocasının ailesinin dışında kalması ve aynı zamanda kocasına çocuklarıyla hısım olmaması açıklanamaz.<sup>32</sup>

### D. EVLİLİĞİN MEYDANA GELMESİNDE TARAFLARIN RIZASI

#### a. Pater Familias'ın Rızası

Klasik hukuk döneminde hâkimiyet altında bulunan kişilerin evlenmelerinde aile babasının yani *pater familias*'ın rızasına ihtiyaç

---

verildiği ve burada "Friedelehe" olarak adlandırıldığı ortaya çıkmıştır.(Akıncı,s.231;Koschaker / Ayiter, s. 310)

<sup>31</sup> Erdoğan Belgin/Tahiroğlu, Bülent: Roma Hukuku Dersleri, (Dersler), İstanbul 2003, s. 77; Koschaker/Ayiter, s.310

<sup>32</sup> Karadeniz-Çelebican s. 164

olduğu, o döneme ait metinlerden anlaşılmaktadır. Klasik dönemden önceki dönemde de aile babasının egemenliği altında olanların evlenmesinde, aile babasının rızası gerekiyordu. Bu rıza, erkek çocuklar için zımni; kız çocuklar için açık olması gereken bir beyandı. Çağdaş hukukta da, reşit olmayanların evlenmesinde, anne ve baba yada vasi dinlenilmektedir.<sup>33</sup> Roma hukukunda da aile reisinden alınan rıza buna benzemektedir. Klasik hukuk döneminde milattan evvel 18. yüzyılda *Augustus*'un "*lex julia de maritondis ordini bus*" kuralı ile bir taraftan evlenme mecburiyeti getirilmiş, diğer taraftan sebepsiz olarak rızasını bildirmeyen aile reisini, rızasını bildirmek için zorlayabilmek imkânı tanınmıştır.<sup>34</sup>

#### **b. Tarafların Rızası Ve Ehliyet Durumu**

Roma hukukunda tarafların rızalarını dile getirdikten sonra *Effectio Maritalis*'in sağlanması ile evlilik birliği kurulmuş oluyordu. *Ius Civile*'ye göre evlenmenin geçerli olabilmesi için, özellikle erkeğin evlenme ehliyetine sahip olması yani "*connibium*" olması zorunluydu. Roma vatandaşı olanların bu ehliyetleri bulunmaktaydı. Bir Roma vatandaşı, Roma vatandaşı olmayan bir kadınla evlenmek isterse "*connibium*" bakımından özel bir izin alması gerekirdi. Evlenme ehliyetinin bir gereği olan ergenlik sorunu bütün klasik hukuk döneminde tartışılmıştır. O dönemde iki farklı hukuk okulu bulunmaktaydı. Bunlardan, *Proculianus*'lar , on dört yaşını ergenlik yaşı olarak kabul ederken, *Sabinianus* okulu, geçmişten gelen geleneklerinin de etkisiyle vücudun dış görünüşünü ve vücut yapısını ergenliği belirlemede esas kabul etmişti. Ancak zamanla *Proculianus*'ların fikri genel kabul gördü ve ergenlik yaşı erkek için 14, kız için 12 olarak kabul edilip *Corpus Iuris Civilis*'e de öyle geçirildi.<sup>35</sup>

#### **E. MÜMKÜN OLMAYAN EVLİLİKLER**

Bu tip evliliklere köle ile hür olan vatandaşlar arasındaki birleşmeler örnek verilebilir. Bu tür birleşmelere "*Contubernium*" denmektedir. Burada taraflardan birinin köle olması yeterliydi. Gerek

---

<sup>33</sup> Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s. 107

<sup>34</sup> Koschaker / Ayiter s. 306

<sup>35</sup> Koschaker / Ayiter , s. 307

*contubernium*, gerek kölelerin kendi içlerindeki bu birleşmeler, özgürlüğün kazanılmasıyla geçerli bir evlilik halini alırdı. Bunun gibi orduda görevli askerler, fiili hizmetleri devam ettiği sürece evlenemezlerdi. Terhis oldukları zaman hem Roma vatandaşı olurlar hem de diledikleri bir yabancı ile (*Peregrina*) evlenmelerini sağlayacak "*Connubium*"<sup>36</sup> hakkını elde ederlerdi. İmparator emirnameleri daha önce beraber yaşadıkları kadınlarla olan beraberliklerini, geçerli bir evliliğe dönüştürüyordu.<sup>37</sup>

## F. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA YOLUNA GİRME

### a. Legis Actio Sacramento In Rem Davası

Aile hukukunda genel olarak, dava kavramı yer almamakla birlikte, aile hukukuna ait mutlak haklar, özellikle mameleke ilişkin uyuşmazlıklar, dava yoluyla hallediliyordu. Sınırlı da olsa aile hukukunun davaya konu olan durumların da, özel yargılama sistemi geçerli olduğu zamanlarda, *legis actio*'lar usulünün dava şekillerinden olan ve yukarıda ilgili kısımda izah edilen *Legis Actio Sacramento In Rem* davası söz konusu olurdu.

Bu dava ile aynı haklar ve aile hukukuna ait mutlak haklar konusundaki uyuşmazlıklar çözülmüştü. Mesela, aile evlatları üzerinde *patria potestas* ile evli kadın üzerindeki *manusa* ilişkin uyuşmazlıklar bu dava şekli ile görülürdü. Bu davada taraflar iddialarını ispat etmekle mükellef oldukları için, ispat zorunluluğu bulunmaktaydı ve dava için hâkimin verdiği karar kesindi. Günümüzde olduğu gibi karardan sonra aynı anlaşmazlık konusunda yeni bir dava açılamazdı.

### b. Nafakaya İlişkin Davalar

Roma aile hukukuna ilişkin olarak davaya konu olan diğer bir husus da nafakaydı. Eşler arasında nafaka verme yükümlülüğü olmadığı için nafakayı ancak, sistem dışı yargılamada (*Cognitio Extra Ordinem*) isteyebiliyorlardı. Yukarıda da açıklandığı gibi bu usulde dava tek bir aşamada ve devlet memuru olan hâkimin önünde görüldüğü için diğer dava usullerinden farklıydı.

<sup>36</sup> Connubium :Geçerli evlilik (Umur, Lügat, s. 112)

<sup>37</sup> Koschaker/Ayiter , s. 308

Yine sistem dışı yargılama sırasında bazı istisnai usullerde uygulanmaktaydı. Özellikle nafaka konusunda çıkan uyuşmazlıkları süratle sonuçlandırmak amacıyla, kısa muhakeme usulüne başvurulurdu. Bu şekilde usulün bazı kısımları atlanır, bazı şekillerden vazgeçilir, süreler kısaltılır ve dava çabuk görülmüş olurdu. Kısa yargılama usulü, modern maddi usul hukukunda öngörülmüş olan özel muhakeme usullerinde “Seri Muhakeme Usulü”ne benzemektedir.<sup>38</sup>

## **II. ROMA HUKUKUNDA BOŞANMA (DIVORTIUM)**

### **A. GENEL OLARAK**

Roma hukukunda evliliği sona erdiren çeşitli sebepler sayılırken, boşanma (*divortium*) evlilik bağına ortadan kaldıran bir durum olarak ayrıca ele alınmakta ve düzenlenmektedir. Öncelikle, bugün olduğu gibi Roma hukukunda da boşanmadan söz edilebilmek için öncelikle taraflar arasında kurulmuş, geçerli bir evlilik bağına bulunması zorunludur. Bu evlilik bağı da her şeyden önce taraflar arasında evlilik niyetinin yani *Effectio Maritalis*'in bulunmasını gerektirir. Bu nedenle Roma hukukunda boşanma, taraflar arasındaki evlilik niyetinin sona ermesi yada evlilik bağına ortadan kalkması olarak tanımlanmaktadır.<sup>39</sup> Bu durumda evliliğini sona erdirmesi bakımından, evlilik niyetinin, eşlerden yalnızca birisinde ya da her ikisinde birden ortadan kalkması bakımından bir fark yoktur. Her iki durum da, “*Divortium*” olarak adlandırılmaktadır. Bununla beraber eşlerden birisinin diğerine evliliği sona erdirmeye arzusuna ilişkin olarak yaptığı beyana “*Repudium*” denmektedir.<sup>40</sup> Önceleri eşlerden birisinin diğer tarafa evlilik bağına çözülmesini bildirmesi için kullanılan *Repudium*, daha sonraları tek taraflı irade beyanı ile evliliğin sona erdirilmesi anlamında kullanılmıştır.<sup>41</sup> *Repudium*, aynı zamanda nişanın bozulması anlamında da kullanılmaktadır. Ancak *divortium* ile *repudium* arasında şu fark vardır: “*Repudium*” hem evlenmeden önce yani nişanlılık durumunda, hem de evlenmeden sonra da yapılabilirken; “*Divortium*” yalnızca evlenmeden

---

<sup>38</sup> Karadeniz-Çelebican s. 364; Tahiroğlu/Erdoğan, (Usul) s. 42

<sup>39</sup> Berger, Adolf: A Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1953, s.439; Tahiroğlu / Erdoğan, s. 220

<sup>40</sup> Koschaker/Ayiter, s.303; Berger, s.439; Gönenç, s. 646

<sup>41</sup> Umur (Lügat), s. 183; Koschaker / Ayiter, s. 1

sonra yapılabilirdi. Dolayısıyla nişanlı bir kadının *divortium* yapması söz konusu olamazdı.<sup>42</sup>

Boşanmanın devamlı bir anlaşma olarak görülen evlilik ilişkisinin; anlaşmanın ortadan kalkması ile meydana gelen doğal bir sonucu olarak görülmesi nedeniyle, Roma hukukunda boşanmamayı veya bir boşanma halinde ceza vermeyi taahhüt etmek mümkün değildir. Hatta bu tür anlaşmaların yapılması hoş karşılanmamış, ayıp sayılmıştır.<sup>43</sup>

Evliliğin sona erdiren *Divortium*, Roma hukukunun en eski devirlerinden itibaren kabul edildiği anlaşılmaktadır. Kaynaklardan elde edildiği kadarıyla Roma'daki ilk boşanma örneğinin, çocuk sahibi olamayan karısından boşanan *Carvillus Ruga* olduğundan söz edilmektedir. Yunanlı yazar Plutarkos, Roma'nın kurucusu olduğu kabul edilen *Romulus* dönemine ait boşanma kurallarından söz ederken, Roma'nın eski dönemlerinde kadın ve erkek bakımından farklı yaklaşımların olduğu şeklinde bilgiler vermektedir. Buna göre, *Romulus* tarafından yayınlanan kanunda, kadınlara eşlerini boşanma izni verilmemektedir. Kocanın karısını boşaması ise, ancak belli bir takım sebeplere dayanması halinde mümkün olacağı, aksi takdirde karısını boşayan erkek malların yarısını boşandığı karısına, diğer yarısını da dini mabetlere bırakmak durumunda kalacağını belirtmektedir.<sup>44</sup> Ancak Plutarkos'un verdiği bilgilerin tam olarak güvenilir olamayacağı belirtilmektedir.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> D.50.16.191:”Inter divortium et repidium hoc interest, quad repudiari etiam futurum matronium potest, non recte, autem sponsa divortisse dicitur, quad divortium ex eodictum est, quad in diversas partes eunt qui discedeunt”

“ Divortium ile repudium arasında şu fark vardır ki repudium evlenmeden sonra da yapılabilir, halbuki nişanlı bir kadın divortium yaptı denemez.” Di Marzo, s. 197, dn. 58

<sup>43</sup> D.45.1.19;C.6.42.2; Di Marzo,s.197;Gönenç, s. 647

<sup>44</sup> Stephenson, Andrew: A History Of Roman Law With A Commentary On The Institutes Of Gaius And Justinian,Colorado 1992, s.32; Somer ,Pervin : “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları “,Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın No: 2, İstanbul 2002, s. 175 dn 99; Yalçınkaya / Kaleli, s. 56

<sup>45</sup> Somer, s. 175

Genel olarak anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, Roma'da hukukun zaman içindeki gelişimine paralel olarak boşanmayı düzenleyen bazı kanunlar olmasına rağmen, kural olarak, hiçbir zaman kanunda yazılı nedenlerle ve bir hâkim kararı ile boşanmanın düzenlenmesi benimsenmedi.<sup>46</sup>

## **B. MANUSA DAYANAN EVLİLİKLERDE BOŞANMA USULÜ**

### **a. Coemptia ve Usus İle Yapılan Evliliklerde Boşanma**

Manusa dayanan evliliklerde, *Coemptio* ve *Usus*, evlenen kadının kocasının hâkimiyeti altına girmesini sağlayan işlemler olmaları nedeniyle evlilik birliğinin de gerçek anlamda sona erdirilebilmesi için, "*Remancipatio*" adı verilen hâkimiyetten çıkarma işleminin yapılması gerekiyordu. Gerçekten, kocanın karısını hâkimiyetinden çıkarması bir boşanmadan çok, evliliği sona erdirme arzusuna ilişkin olarak yaptığı beyan olan "*Repudium*" niteliğini taşımaktadır. Diğer yandan kadının, kocasının izni olmaksızın onun hâkimiyetinden çıkabilmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle bu tür evliliklerde kadının boşanmayı talep etme yetkisi olmadığı gibi, reddetme yetkisinin de olmadığı düşünülmektedir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde boşanma hakkının kadına tanınmadığı yönündeki yargının temel sebebi de bu durumdur.<sup>47</sup>

### **b. Conferratio İle Yapılan Evliliklerde Boşanma**

Evlenen kadının manus altına girmesini sağlayan diğer bir işlem olan *Conferreatio*'da, evlilik bağının ve kadın üzerindeki hâkimiyetin ortadan kaldırılabilmesi için, *Conferreatio*'nun tersi olan "*Differratio*" adı verilen dini törenin yapılması gerekiyordu.<sup>48</sup> Zira Roma hukukuna göre yapılmış olan bir hukuki işlemin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi ancak bu işlemin tersi olarak kabul edilen "*Actus Legitium*" işleminin yapılması ile mümkündü.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Oğuzoğlu, s. 84; Velidedeoğlu, s. 177

<sup>47</sup> Buckland, William Warwick : A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Iustinian, Cambridge 1932, s.118; Stephanson, s.357; Gönenç, s. 649

<sup>48</sup> Sohm, Rudolf : A Textbook Of The History And System Of Roman Private Law, Çev. J. Ledlie Crawford, New Jersey 1970, s.475

<sup>49</sup> Buckland, s.120; Gönenç, s. 649

## C. MANUSSUZ EVLİLİKLERDE BOŞANMA USULÜ

### a. Aile Reisinin Evliliğe Son Vermesi

*Manussuz* evlenmelerde, kadının evlenme ile kocanın hâkimiyetine girmeyerek, kendi aile reisinin yani pater familiasın hâkimiyeti altında kaldığı durumlarda, evlilik birliğinin kadının aile reisi tarafından sona erdirilebileceği kuralı uzun süre devam etti. Aile reisi, bu hakkını kadının rızası olmasa dahi kullanabilmekteydi. Her ne kadar aile reisi tarafından, hâkimiyeti altında bulunan kadın ve onun kocası arasındaki evlilik bağının sona erdirilmesi geçerli bir boşanma olarak kabul edilse de aile reisinin, eşleri fiilen ayırması mümkün değildi.<sup>50</sup> Aile reisine tanınan bu hak erkek evlat için, erken bir dönemde ortadan kalkmakla birlikte, kız evlat bakımından uzun süre devam etmiş ancak bu yetkinin azaltılmasına çalışılmıştır.<sup>51</sup>

### b. Eşlerin Kendi İradeleriyle Boşanması

Zaman içinde Roma'da değişen koşullarla birlikte, *manussuz* bir evlenmede karı ve kocanın ortak arzusu ile<sup>52</sup> veya taraflardan yalnız birinin isteği ile evlilik birliğinin sona erdirmesi mümkün hale geldi. Fakat eşlerden birinin, evlilik birliğini sürdürme konusundaki niyet ve isteğinin ortadan kalkmış olduğunun, diğer eş tarafından açıkça anlaşılabilmesi gerekmektedir. Eşlerin boşanma istekleri konusundaki beyanları açık olarak; sözle davranışlarla veya bir elçi aracılığı ile karşı tarafa bildirmeleri mümkündü.

Boşanma anlık bir tepkinin sonucu olan bir karar veya kısa bir terk değil; evliliği sona erdirme konusunda ciddi bir kararın sonucu olmalıydı. Örneğin, bir kimse üçüncü bir kişiyi boşanma iradesini beyan eden bir yazıyı eşine götürmekle görevlendirdikten sonra pişman olur, ancak üçüncü kişiyi haberdar etme olanağı bulamazsa, mektubun teslim edilmiş olması ile boşanma gerçekleşmiş olmaz ve evlilik devam

<sup>50</sup> Gönenç, s. 649 dn .20

<sup>51</sup> Di Marzo, s. 198; "Çiçero'nun kızını bir başkası ile evlendirmek için bu hakkını kullandığı bilinmektedir. "(Gönenç, s. 649 Dn.19 );Buckland, s.117;Stephanson, Andrew: A History Of Roman Law With A Commentary On The Institutes Of Gaius And Justinian, Colorado 1992, s.357

<sup>52</sup> Divortium communi consensu: Kadın ve erkeğin ortak evlenme iradesi demektir.( Umur, Lügat, s. 78)

ederdi.<sup>53</sup> Ancak kocanın karısından evin anahtarlarını geri vermesi konusundaki davranışları, kocanın karısına “mallarını götürübilsin” veya “malların sende kalabilir” tarzındaki beyanları, boşanma iradesinin açıklanması anlamına gelir ve boşanma gerçekleşmiş olurdu.<sup>54</sup>

Çeşitli kaynaklarda, boşanma iradesinin yedi tanık huzurunda yazılı ya da sözlü olarak yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, bu konu da bir kesinlik bulunmamaktadır. Çünkü bir takım yazarlar, boşanma iradesinin yedi tanık huzurunda yapılmasından söz ederek *lex lulia de adulteris*'de yer alan hükmün ispat bakımından gerektiği ve boşanmanın geçerliliği bakımından böyle bir zorunluluğun bulunmadığı belirtilmektedir. Bunun bir zorunluluktan ziyade, bir yöntem olduğu vurgulanmaktadır.<sup>55</sup>

Hukuksal bir işlem olmayan boşanma, yalnızca karşılıklı rızanın sona ermesini belirleyen bir olaydı. Bunun sonucu olarak kadında, boşanma isteyebilir ve tek taraflı olarak evliliğe son verebiliyordu.<sup>56</sup> Eşlere tek taraflı boşanma olanağı tanıyan kuralın tek istisnası, zinaya dayalı boşanmada görülmekteydi. Kanunların cezalandırdığı zinanın, Roma'da yalnız kadın tarafından işlenebileceği kabul ediliyordu. Bu da kocanın karısı üzerindeki yetkilerinin sınırsız olduğu düşüncesinden kaynaklanıyordu. Roma'da August döneminde çıkarılan “*Lex lulia*”, zina suçu bakımından bazı yenilikler getirmişti. Buna göre, zinadan doğan suçun davası, karının boşanmasını takip eden 60 gün içinde kocası ve babası tarafından açılabilirdi. Bu süre geçtikten sonra, bu davayı diğer vatandaşlarda açılabilirdi. Suçun sabit görülmesi halinde cezası Roma hukukunda “*Relatio In Insulem*” olarak tanımlanan nef'i idi. Bundan başka, suçlu kadının cihazının yarısıyla mamelekinin üçte biri müsadere olunurdu. Mameleki bulunmayan kadına cismani bir ceza verilirdi. Bu cezaların yanında, zina yapan kadına evlenme yasağı getiriliyordu. “*Lex*

---

<sup>53</sup> Honig, Richard:Roma Hukuku, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul 1938, s.169;Di Marzo, s. 197

<sup>54</sup> Stephanson, s.139;Somers, s. 179; Tahiroğlu / Erdoğan s. 221 dn. 42

<sup>55</sup> Berki ,Şakir : Roma Hukuku, Ankara 1949 ,s. 171;Berger, s.439; Gönenç, s. 650 dn.26

<sup>56</sup> Gavdemet Jean-Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu – Çev: Bülent Tahiroğlu, MHAD, 1972/9, s. 205



*Iulia*” daha sonraları, *Constantin* zamanında değiştirildi. Hıristiyanlığın da etkisi ile zinanın cezası arttırıldı.<sup>57</sup>

#### **D. BOŞANMANIN ÖNLENMESİ İÇİN BAŞVURULAN ÖNLEMLER**

Roma hukukunda, boşanmanın belirli sebeplere dayanması gerekmiyordu. Boşanma sebeplere bağlanmayan özgürce kullanılabilen bir hak olarak görülüyordu. Romalılar, boşanma için, tarafların fikir veya kişilik olarak farklı olmalarını yeterli görmüşlerdi.<sup>58</sup> Bugün yürürlükte olan ve boşanmayı kabul eden hukukların çoğunda boşanma, kanun koyucunun belirlediği sebeplere dayanmaktadır.

*Manussuz* evliliklerin yaygın hale gelmesi bu tür evliliklerde mevcut olan boşanma olanaklarının, manuslu evlenmelerde de kullanılmayla başlanması ve özellikle kadının da “*Repudium*” hakkını elde etmesi ile boşanmalar daha kolay ve yaygın hale gelmiştir.<sup>59</sup>

Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru ve özellikle imparatorluk döneminde, boşanmalar çok yüksek orandaydı. Kocası tarafından boşanan kadın evlilik nedeniyle kocanın mülkiyetine getirdiği malları yani *Dos*’u<sup>60</sup> geri alarak evden ayrılıyordu. Ancak çocuklar genellikle babanın evinde kalıyordu. Pek çok ailede, farklı kadınlardan doğan çocuklar bir arada bulunuyordu. Boşanmanın kocanın kusurundan veya ona isnat edilebilen bir sebepten ötürü gerçekleşmesi ya da babanın çocuklara yönelik kötü davranışlarının söz konusu olduğu hallerde, çocuklar babalarına bırakılmıyordu.<sup>61</sup>

Boşanmalar ve yeniden evlenmeler, toplum tarafından doğal karşılanan bir durumdu. Özellikle Roma’nın üst tabakasında çok

<sup>57</sup> Şensoy, Naci : "Zina Cürmü", (İÜHFM, Cilt.VIII, Sayı . 1-2, s. 74)

<sup>58</sup> Honig, Richard : Roma Hukuku, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul 1938, s.169;D.24.2.2.” Divortium auyem vel a divarsitate mentium dictum est vel quia in diversas patres eunt, qui distrahunt matrinoium” ; “Boşanma fikirlerin farklılığına veya evliliği sona erdirenlerin farklı olmalarına denir.”(Tahiroğlu/Erdoğan, s.221)

<sup>59</sup> Sohm, s.476;Gönenç, s. 651

<sup>60</sup> Dos :Kadının evlilik nedeniyle kocanın mülkiyetine getirdiği cihazlardır.(Umur,lügat,s.122)

<sup>61</sup> Berki, s. 173

yaygındı. Örneğin, *Ceasar*, *Cicero*, *Cladius* üçer kez evlilik yapmışlardı. Ayrıca Romalılar boşanmış bir kadınla evlenmekten kaçınıyorlardı. Hatta bu tür evlilikleri imparatorlar dahi yapmışlardı. Buna rağmen tek bir erkeğe bağlı kalan bir eş her zaman takdir edilirdi.<sup>62</sup>

Roma'da, evliliklerin boşanma ile sona ermesinin çok yaygın hale gelmesi karşısında, bu durumun engellenmesine yönelik olarak dolaylı tedbirlere başvuruluyordu. Fakat, evliliğin sona ermesinde kusuru bulunan eşe uygulanacak para cezaları dışında, boşanmayı engelleyici hükümler bulunmamaktaydı.<sup>63</sup>

#### **a. İmparatorluk Döneminde Alınan Önlemler**

İmparatorluk döneminin başlarında, evlilik kurumu ciddi ölçüde yıpranmağa başlamıştı. Eskiden evlenmek ve çocuk sahibi olmak, ahlaki açıdan her Roma vatandaşı için topluma karşı olan bir görev niteliğinde görülürken; zamanla bir taraftan boşanmaların yaygınlaşması, diğer taraftan bekârlığa ve çocuk yapmamağa yönelik eğilimlerin artması, aile birliğini sarsmasına neden olmuştu.<sup>64</sup> Bütün bu olanlar karşısında imparator *Diocletion*, bir emirname ile devletin boşanmaya ilk müdahalesini sağladı. Buna göre, şerefsizlik nedenine dayalı boşanma halinde, çocukların hangi tarafa bırakılacağına hâkimin karar vermesi zorunluluğu getirildi. Dolayısıyla bu emirname Roma boşanma hukukunun ilk yasal düzenlemesini belgelemektedir. Daha sonraki yıllarda da bazı imparatorluk emirnameleriyle birtakım önlemler alınmış ise de boşanma olgusunun önüne geçilememiştir.<sup>65</sup>

#### **aa. Evlenme Yükümlülüğünün Getirilmesi**

Roma'da, aile birliğini sarsan ve toplum yapısını rahatsız eden boşanma ve aile içindeki yozlaşmanın getireceği sakıncaları ortadan kaldıran iki kanun önem taşımaktaydı. Bunlardan birincisi, bekârlıkla mücadeleyi amaçlayan "*Lex Julia Maritatis Ordinibus*" diğeri ise, aynı nitelikte olan "*Lex Papia Pappae*" adlı kanunlardır. Bu kanunlarda yer alan hükümlerle 20 ile 50 yaş arasındaki erkeklerin ve 25 ile 60 yaş

---

<sup>62</sup> Gönenç, s. 651 dn. 33

<sup>63</sup> Honig, s.169;Somer, s. 179

<sup>64</sup> Honig, s.170

<sup>65</sup> Velidedeoğlu, s. 180; Oğuzoğlu, s. 84

arasındaki kadınların evlenme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmekte ve ayrıca evlenen herkesin çocuk sahibi olması gerektiği kabul edilmekteydi.

Bu zorunlulukları yerine getirmeyenler için ağır şartlar getirilmiştir. Bu kanunlar ile evliler ve çocuk sahipleri korunuyor, bekârlar özellikle miras hukukuna ilişkin bazı haklardan mahrum edilmek suretiyle bir anlamda cezalandırılıyorlardı. Şöyle ki, bekârlar vasiyetname ile kendilerine bırakılan şeyleri iktisap edebilme hakkından yoksun bırakılmışlardı. Evli olmakla birlikte, çocuk sahibi olmayanlar da kendilerine bırakılan mirasın ancak yarısını iktisap edebilmekteydiler. Buna karşılık, çok çocuklu aileler ve özellikle kadınlar pek çok haktan yararlanabilmekteydi.<sup>66</sup>

#### ***bb. Boşanmayı Talep Eden Tarafa Mali Yükümlülükler Yüklenmesi***

Çıkarılan bu kanunlar, aynı zamanda evlilik yapmaları yasaklanmış fakat birlikte eş hayatı sürdüren kişiler arasındaki ilişkileri de meşrulaştırdı. Ayrıca evli olanların çocuk sahibi sayılabilmeleri için erkeklerin bir çocuğa, kadınların üç çocuğa, özgürlüğe bırakılanların ise dört çocuğa sahip olmaları gerekiyordu.<sup>67</sup> Bu kurallara uyan kadınlar ayrıcalık kazanıyordu. Örneğin; vasiyete göre ve sınırlamağa tabi olmaksızın mirasa sahip olabiliyorlardı. MÖ. 18 yılında çıkarılan yasa, boşanma özgürlüğü ilkesine dokunmadan nikâhın bozulmasını, yedi tanık huzurunda yapılması kuralını getirdi ve bununla birlikte boşanma belgesi de veriliyordu. Hatta esassız boşanmalar da belirlenmişti. Eğer boşanmayı isteyen kadın ise, getirdiği mallar kocasında kalıyordu. Eğer suçlu olan erkek ise, kadın kendi mallarını götürebiliyordu. Mahkeme veya diğer bir organ tarafından boşanma sebeplerinin esaslı bir şekilde incelenmesi mümkün değildi. Ayrıca daha önce de vurgulandığı gibi Roma hukukunda, devletin nikâh ilişkilerine müdahale ederek bunların bozulmalarına engel olabilme imkânı bulunmuyordu.

<sup>66</sup> Honig, s.170;Sohm, s.478; Gönenç, s. 652;Yalçinkaya / Kaleli, s. 57 / Koschaker/Ayiter, s. 311

<sup>67</sup> Koschaker/Ayiter s. 310

**cc. Boşanma Sebeplerinin Sınırlandırılması**

Aile birliğinin korunmasına yönelik çabalar, Hıristiyan imparatorların, özellikle boşanmaya ilişkin düzenlemeleriyle devam etti. Ancak bu dönemde dahi boşanmanın yasaklanması mümkün olmadı. Yapılan düzenlemeler, boşanmaların belli sebeplere bağlanması yönünde oldu. Erkeğin evlilik birliğini tek taraflı olarak sona erdirebilmesini yani *Repudium* 'u mümkün kılan sebepler, kadınlar için daha da sınırlandırıldı. Her ne kadar yapılan düzenlemelerde yer almayan sebeplerle veya sebepsiz olarak yapılan boşanmalar geçerli olarak kabul edilse de, evliliğin bu şekilde sona ermesine neden olan tarafa birtakım yaptırımlar uygulanmaktaydı.<sup>68</sup>

İmparator *Constantinius*, kadına boşanma hakkını ancak belirli durumların varlığı halinde verileceği kuralını getirdi. Belirtilen sebeplerden birine dayanmaksızın boşanan kadın, evlenme nedeniyle getirdiği cihaz olan *Dos* 'u ve en küçük eşyaya kadar, kocasından aldığı her şeyi terk etmek zorundaydı.<sup>69</sup> Aynı şekilde, koca da ancak belirli sebeplerin varlığı halinde karısını boşayabiliyordu. Aksi takdirde, *Dos* 'u karısına iade etmek zorunda olmakla birlikte, ikinci defa evlenmesi de yasaklanmıştı. Bu yasağa uymayarak tekrar evlenmesi halinde, boşanmış olduğu eski eşi, ikinci eş tarafından getirilen *Dos* 'a el koyma hakkına sahip olurdu.<sup>70</sup>

Boşanmanın serbestliğine karşı yapılan bu sınırlamaları çok sert bulan *II. Theodosianus*, evliliği sona erdiren iradenin şekli bir beyana tabi tutulmasını öngörerek, daha önceki kanunları yürürlükten kaldırdı ve boşanmayı yeniden karşılıklı evlilik iradesinin mevcut olmamasına dayandırmak istedi.<sup>71</sup> Bununla birlikte aynı imparator 10 yıl sonra, hukuki sebebi olmayan boşanmaları yasakladı. Ancak sebepsiz boşanmalara ilişkin cezalar hafiflemişti. Hukuki bir sebebi olmadan boşanan kadının, boşanmadan itibaren beş yıl içinde evlenmesi yasaklanmıştı. Aksi takdirde şerefsizlik olarak adlandırılan *infamia* 'ya maruz kalırdı. Daha sonra eşlerin anlaşarak boşanmaları halinde bir yıllık

---

<sup>68</sup> Gönenç, s. 652

<sup>69</sup> Di Marzo, s. 199

<sup>70</sup> Buckland, s.117;Gönenç, s. 653

<sup>71</sup> Velidedeoğlu, s. 180; Yalçınkaya / Kaleli, s. 57

bir bekleme süresi getirildi. Kadınlar için getirilen bu bekleme süresi dışında, boşanan kadın ve erkeğin yeniden evlenmesi konusunda başka bir engel bulunmuyordu.<sup>72</sup>

### **b. Iustinianus Döneminde Alınan Önlemler**

İmparator *Iustinianus* döneminde de haksız olarak boşanan eşe bir takım cezalar verilmekle birlikte tek taraflı boşanma varlığını korumuştur.<sup>73</sup> Bu dönemde Iustinianus çıkarttığı bir emirnameyle, Roma hukukunda Hıristiyanlığın da etkisi ile bir kavram ortaya çıkmıştı. Bu da evlendikten sonra ortaya çıkan akıl hastalığının boşanma sebebi olamayacağı kuralıdır. Bu post klasik kavram, daha sonra evlenmenin feshi konusunda da yorumlanmış ve “eğer bir kimse evlenme sırasında mevcut olmayan bir akıl hastalığına sonradan maruz kalırsa evlilik bu nedenle feshedilemez” kuralı ile bu düşünce doğrulanmıştır.<sup>74</sup>

### **E. ROMA HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ**

Roma’da, evliliklerin boşanma ile son bulmasının yaygın hale gelmesi karşısında, bu durumun engellenmesine yönelik olarak dolaylı tedbirlere başvuruluyordu, ancak evliliğin sona ermesinde kusurlu olan eşe uygulanan para cezaları dışında, boşanmayı engelleyici hükümler mevcut değildi. Klasik hukuk dönemi boyunca, boşanmanın yalnız belirli sebeplerin varlığı halinde geçerli olabileceği ve bunların dışında cezai yaptırımların uygulanacağı fikri hiçbir zaman tam olarak benimsenmedi. Nihayet, *Iustinianus* döneminde boşanma sebepleri dört ana başlık altında toplanmıştır.<sup>75</sup>

#### **a. Kusursuzluğa Dayanan Boşanma (Divortium Bona Grita )**

*Iustinianus* döneminde, bu boşanma sebebine göre, eşlerden bir tanesi, taraflara kusur yüklenmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı evlilik birliğini sona erdirebiliyordu. Eşlerden birisinin fiziksel yetersizliği nedeniyle çocuk sahibi olamaması, kocanın savaş esareti

<sup>72</sup> Gönenç, s. 653; Schwarz, s. 100

<sup>73</sup> Velidedeoğlu, s. 180

<sup>74</sup> Dominicus, Morio Antonio Deo: “Post Klasik Devirde Doğu ve Batı” ,Çev: Ziya umur, İÜHFM, Cilt XXIII, Sayı 1-2, s. 99

<sup>75</sup> Berki, Osman Fazıl : “Türk Hususi Hukuku Düvelinde Boşanma ve Ayrılık” ,İÜHFM ,Cilt. XXIII, sayı 1-, s. 103

nedeniyle beş yıl boyunca evinden uzaklaşması, eşlerden birinin akıl hastalığına yakalanması gibi durumlarda “*Divortium Bona Grita*” ilkesine göre boşanma mümkündür.<sup>76</sup> Durumun haklılık kazandırdığı bir boşanma biçimi olup boşanmanın gerçekleşebilmesi için eşlerin karşılıklı rızalarına ihtiyaç yoktu.<sup>77</sup>

**b. Haklı Bir Nedene Dayanan Boşanma (Divortium Ex Iusta Causa)**

Taraflardan birinin kusurlu davranışına dayanan boşanma sebebidir. Kadının zinası<sup>78</sup> veya ahlaka aykırı davranışları, erkeğin eşi dışında bir kadınla concubinatus<sup>79</sup> hayatı sürmesi, cana kast gibi nedenler burada yer almaktadır.<sup>80</sup> Cezai nitelik taşıyan bir boşanma sebebidir. Kocanın devlete karşı bir suç işlemesi ya da böyle bir suça katılması halinde kadın, kadının zina etmesi ya da kocanın izni olmadan başka bir erkekle oyun yerine gitmesi halinde erkek, açılacak davada temel olarak kamu düzeni ve hukuka aykırılık kurallarına dayanmaktaydı.<sup>81</sup>

**c. Sebebe Bağlı Olmayan Boşanma (Divortium Sine Iusta Causa)**

Hukuki bir sebebe dayanmaksızın yapılan boşanmalardır. Bu tür boşanmalar geçerli olmakla birlikte, boşanmayı isteyen taraf malvarlığına

---

<sup>76</sup> Umur, Lügat, s. 60; Berki, s. 172

<sup>77</sup> Berger, s.440;Yalçınkaya / Kaleli, s. 58

<sup>78</sup> Roma’da kadının zinası koca için her zaman kabul gören, haklı bir boşanma sebebi olmuştur. Mesela kendisi de eşinden boşanan Çiçero, Zina iddiası ile karısından boşanan Pompeus’un davranışını onayladığından bahsetmektedir.(Gönenç, s.653 dn 43;

<sup>79</sup> Concubinatus: Evlilik birliğini kurmaksızın kadın ve erkeğin birlikte yaşamasıdır. Bu ilişkide, effectio maritalis ve honor matrimonium olarak ifade edilen, evlenmeye ilişkin unsurlar yer almaz. Roma’da evli bir erkeğin eşi dışında bir kadınla böyle bir ilişki içinde bulunması yasaklanmıştır.( Gönenç, s. 653 dn. 44)

<sup>80</sup> Berger,s.440;Sommer, s. 180; Yalçınkaya / Kaleli, s. 58

<sup>81</sup> Yalçınkaya / Kaleli, s. 58; Koschaker/Ayiter,s. 309

ilişkin bir takım cezai yaptırımlara tabi oluyordu. Cezai yaptırımla birlikte boşanmayı talep eden taraf tazminat ödemek zorundaydı.<sup>82</sup>

#### **d. Eşlerin Anlaşarak Boşanması (Divorce Per Consente-Ment Mutuel)**

*Iustinianus*, önceleri eşler arasında karşılıklı rızaya dayanan boşanmaları, aralarındaki anlaşmalara bırakmıştı. Ancak daha sonra boşanmaları kolaylaştırmış olma endişesi ile bazı sınırlamalar getirmeye çalışan *Iustinianus* karşılıklı rızaya dayanan boşanmaları yasaklamaya çalıştı.<sup>83</sup> Roma hukukunda en fazla uygulama alanı bulan boşanma sebebidir.<sup>84</sup>

Boşanmaları sınırlamak için yapılan tüm düzenlemelerin Roma'da yerleşmiş olan anlayış karşısında etkisiz kalacağına açıkça görülmesi üzerine, MS. 566 yılında boşanmaya ilişkin sınırlandırmalar büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.<sup>85</sup> Görüldüğü gibi, Roma'da Hıristiyanlığın kabulüne kadar, boşanmalar bakımından prensip olarak bir serbestlik söz konusuydu. Hatta Hıristiyanlığın etkisi ile getirilmek istenen kısıtlamalar, hiçbir şekilde başarıya ulaşmamıştır. Bu durum, Klasik hukuk döneminin *manussuz* ve yalnız *Consensus*'a dayanan evlilik anlayışının Roma'nın en yerleşmiş kurumlarından biri olmasının sonucuydu. Bu yerleşmiş inanış doğal olarak, boşanmayı sınırlama yönündeki eğilimle uyumsuzdu. Her ne kadar bugün olduğu gibi, Roma'da da evlilik karı kocanın bölünmez bir yaşam ortaklığı içinde birleşmeleri olarak görülse de<sup>86</sup> hiçbir ortaklığın sonsuza kadar

<sup>82</sup> Berger,s.440;Gönenç, s. 654 , Yalçınkaya / Kaleli, s. 58 ; Koschaker / Ayiter, s. 309

<sup>83</sup> Koschaker/Ayiter s. 309, Di Marzo, s. 201 Yalçınkaya/Kaleli s. 58, Gönenç, s. 654

<sup>84</sup> Yalçınkaya/Kaleli, s. 58

<sup>85</sup> Somer, s. 180; Di Marzo s. 201, Gönenç, s. 654

<sup>86</sup> Gönenç, s. 654 dn. 50;

Institutiones.1.9.1:"Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctiu, individuum consuetudinem vita continens" yani " Evlenme karı ve kocanın bölünmez bir hayat iştiraki içinde birleşmeleridir."(Umur, Ziya: Iustinianus, Institutiones,İstanbul 1968, s.33)

süremeyeceğini<sup>87</sup> kabul eden Romalılar bakımından evlenme gibi boşanmanın da serbestliği ilkeleri her zaman hakim oldu.<sup>88</sup>

### **SONUÇ**

Toplumun temeli olan ailenin varlığını sürdürmesine paralel olarak, varlığını koruyan boşanma olgusu, tarihi süreç içinde meydana gelen, ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki gelişmelere bağlı olarak sürekli bir değişim yaşamıştır. Ancak hiçbir dönemde eşlerin boşanması ne tamamen yasaklanabilmiş ne de tamamen serbest bırakılmıştır. Çünkü, boşanmada yalnızca karı-kocanın kişisel çıkarları söz konusu değildir. Aynı zamanda toplumun en önemli ögesi olan ailenin varlığına son vermesi sebebiyle, toplumunda çıkarları söz konusudur. Bundan dolayı her devirde boşanma bazı kural ve kaidelere bağlanmıştır.

Roma'da evlilik, eşlerin bir ömür boyunca karı koca olarak birlikte yaşama niyeti ile toplumda karı koca olarak yerini alması olarak kabul edilmesi nedeniyle evlenme tarafların özgür iradesine dayalı olarak kurulmakta, boşanmada yine tarafların evliliğin devam edemeyeceğine ilişkin ortak iradelerini ortaya koyması ile gerçekleşmiş olmaktadır. Dolayısıyla, evlilik tarafların karşılıklı rıza ve isteklerine dayandığından, evlilik konusunda varılan consensus sona erdiğinde evlilik bağının boşanma ile son bulacağı kabul edilirdi. Bu nedenle Roma hukukunda boşanma, taraflar arasındaki evlilik niyetinin sona ermesi ya da evlilik bağının ortadan kalkması olarak tanımlanmaktaydı

Roma'da hukukun zaman içindeki gelişimine paralel olarak boşanmayı düzenleyen bazı kanunlar olmasına rağmen, kural olarak, hiçbir zaman kanunda yazılı nedenlerle ve bir hâkim kararı ile boşanmanın düzenlenmesi benimsenmedi. Manus evliliklerinde yapılan şekli işlemler bu evlilikleri sona ermesinde de uygulanıyordu. Zira Roma hukukuna göre yapılmış olan bir hukuki muamelenin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi ancak bu muamelenin tersi olarak kabul edilen başka bir muamelenin yapılması ile mümkündü. Manussuz evlenmelerde kadının evlenme ile kocanın hâkimiyetine girmeyerek, kendi aile reisinin (pater familias) hâkimiyeti altında kaldığı durumlarda, evlilik birliğinin

---

<sup>87</sup> D.17.2.70: "Nulla societatis in auternum coitio est" yani "Hiçbir ortaklık sonsuza kadar devam etmek üzere kurulmaz."

<sup>88</sup> Sohm, s.476; Tahiroğlu / Erdoğan, s. 221; Koscharer / Ayiter, s. 309.



kadının aile reisi tarafından sona erdirilebileceği kuralı uzun süre devam etti.

### KAYNAKÇA

Akıncı,Şahin:Roma Hukuku,Konya 2003 s.226;Koschaker / Ayiter, s. 309

Aras, Bahattin: Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006,

Berger, Adolf: A Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1953

Berki ,Şakir : Roma Hukuku, Ankara 1949

Berki, Osman Fazıl : “Türk Hususi Hukuku Düvelinde Boşanma ve Ayrılık” ,İÜHFM ,Cilt. XXIII, sayı 1

Burcuoğlu, Haluk : “Çağdaş Aile Sorunları”, Manisa Barosu Dergisi 1983, Yıl 3 sayı 7

Di Marzo, Salvatore : Roma Hukuku, Çev: Ziya Umur, İstanbul ,1959

Dominicis, Morio Antonio Deo: “Post Klasik Devirde Doğu ve Batı” ,Çev: Ziya umur, İÜHFM, Cilt XXIII, Sayı 1-2

Gavdemet Jean-Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu – Çev: Bülent Tahiroğlu, MHAD, 1972/9, s. 205

Gönenç, Fulya İlçin : “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)”,Atatürk Üniversitesi EHFD, Cilt VII, Sayı: 1-2, Yıl 2003.

Honig, Richard : Roma Hukuku, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul 1938

Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku Tarihi Giriş-kaynaklar – Genel Kavramlar – Şahsın Hukuk – Haklarının Himayesi, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 164

Koschaker, Paul / Ayiter, Kudret: Modern özel Hukuka Giriş olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku -Aile Hukuku, 2. Baskı, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963

Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004

Pugliese ,Jean : Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış Çev: Ziya umur (İÜHFM, Cilt XXII sayı 1-4 Erdoğan Belgin/Tahiroğlu, Bülent: Roma Hukuku Dersleri, (Dersler), İstanbul 2003

Sohm, Rudolf : A Textbook Of The History And System Of Roman Private Law, Çev. J. Ledlie Crawford, New Jersey 1970.

Somer ,Pervin : “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları “,Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın No: 2, İstanbul 2002

Stephanson, Andrew: A History Of Roman Law With A Commentary On The Institutes Of Gaius And Justinian, Colorado 1992

Şensoy , Naci : "Zina Cürmü", (İÜHFM, Cilt.VIII, Sayı . 1-2

Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin : Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2003, (Meseleler)

Umur, Ziya : Roma Hukuku Lügatı, (Lügat)İstanbul 1984

Umur, Ziya: Roma Hukuku Tarihi ,Giriş – Kaynaklar- Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, , İstanbul 1979, s. 394, (Roma Hukuk)

Velidedeoğlu, , Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku, C.I, Aile Hukuku , 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965

Villey, Michel : Roma Hukukunun Güncelliği, Çev: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul 2003

Yalçınkaya, Namık / Kaleli, Şakir : Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, 2. Baskı, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988

Yos, Ekrem : “Çağdaş Ailenin Ulusal Ve Evrensel Tanımı ve Sorunları”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl 3, Sayı 7, 1983.

## YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar \* işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

**Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.**

**Haberleşme Adresi:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü  
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

**İnternet adresi:** <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html>

**e-posta:** hukukdergi@selcuk.edu.tr