

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XVII, Sayı: 1
Vol. XVII, No. 1
Yıl / Year: 2020**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /
On Behalf of Yeditepe University

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Yrd. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / Printed by

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Tavukçuoğlu Cad. Palas Sok.No:3 Y. Dudullu-,

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Şubat / *February* 2020

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos

Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2020

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.
All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

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

*For citations please use the abbreviation: “**YUHFD**”*

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hakem Kurulu

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hamide Bağçeci, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semir Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve çevirilerdir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes, comments and translations which are written in Turkish and in other European languages are welcome. In addition to the text of the translation, the consent of the beneficiaries and the original text should be submitted. Translations are also subject to referee evaluation.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XVII, Sayı: 1, Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN

“PARLAMENTOSUZLAŞTIRMA” ETKİSİ ÜZERİNE

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk.....1

Yeditepe Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku
Anabilim Dalı

e-posta: ekremakarturk@hotmail.com

**BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN TIBBİ MÜDAHALELER SONUCUNDA
İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN MANEVİ TAZMİNAT DAVASI**

Dr. Remzi Demir27

Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı

e-posta: remzidemir60@hotmail.com

TÜRK VERGİ CEZA HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM İLKESİ

Arş. Gör. Simay Doğmuş61

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma
Görevlisi

e-posta: simay.dogmus@yasar.edu.tr

**ASKERİ CEZA KANUNU(AsCK)’NDA AMİRE VEYA
ÜSTE HAKARET SUÇU (AsCK m. 85)**

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan Yaşar Duran123

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul
Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: gduran_41@hotmail.com

**İNTERNET BAĞIMLILIĞI EKSENİNDE BAZI HUKUKİ
MESELELERVE KANUNLAR İHTİLAFI SORUNU**

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Esenyel Hanaz179

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: fhanaz@ciu.edu.tr

1982 ANAYASASI KAPSAMINDA SOSYAL DEVLET VE ÇALIŞMA HAKKI

Arş. Gör. Meriç Karagözler217

Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

e-posta: : merickaragozler@gmail.com

FEDERAL ALMAN ANAYASA HUKUKUNDA DİLEKÇE HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Tefik Sönmez Küçük259

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: sonmez83@hotmail.com

KİŞİLİK HAKLARININ İNTERNET ORTAMINDA TELİF HAKLARINA DAİR TEDBİR KARARI VASITASIYLA KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can Pehlivanhoğlu287

İstanbul Kent Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu

e-mail: can.pehlivanoglu@kent.edu.tr

TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE BEDELDE MUVAZAA VE SONUÇLARI

Dr.Öğr. Üyesi Nilay Şenol305

Yakın Doğu Üniversitesi-Girne Üniversitesi

e-posta: ansenol@gmail.com

ANAYASA, KURUCU İKTİDAR VE MEŞRUIYET İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Hamide Bağçeci Tacir339

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: hamide.tacir@khas.edu.tr

İMPARATORLUK DÜZENİ VE DEVLET

Prof.Dr. Oktay Uygun385

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: oktayuygun@yahoo.com

7194 SAYILI KANUN’LA GETİRİLEN BAZI TEMEL VERGİ DEĞİŞİKLİKLERİ

Prof.Dr. Hakan Üzeltürk407

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: huzelturk@superonline.com

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XVII, No: 1, Year: 2020

CONTENTS

ABOUT “DEPARLIAMENTARIZATION”

EFFECT OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT OF 2017

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk1

Yeditepe University Faculty of Law Department of Constitutional Law

e-mail: ekremakarturk@hotmail.com

**REASONAL CASING CASE CAUSED BY THE VIOLATIONS OF
PHYSICAL INTEGRITY BY THE MEDICAL INTERVENTIONS**

Dr. Remzi Demir27

Public Prosecutor

e-mail: remzidemir60@hotmail.com

NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN TURKISH TAX CRIMINAL LAW

Res. Asst. Simay Doğmuş61

Yasar University Social Faculty of Law Department of Fiscal Law

e-mail: simay.dogmus@yasar.edu.tr

**THE OFFENCE OF DEFAMATION TO COMMANDER OR
SUPERIOR IN MILITARY CRIMINAL CODE (Art: 85 OF MCC)**

Asst. Prof. Dr. Gökhan Yaşar Duran123

Istanbul Yeniüzyıl University Faculty of Law Criminal and Criminal
Procedure Law

e-mail: gduran_41@hotmail.com

**SOME LEGAL ISSUES ON THE AXIS OF INTERNET ADDICTION
AND PROBLEM OF CONFLICT OF LAWS**

Asst. Prof. Dr. Fatma Esenyel Hanaz179

International Cyprus University Faculty of Law

e-mail: fhanaz@ciu.edu.tr

**SOCIAL STATE AND THE RIGHT TO WORK UNDER THE
CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF TURKEY (1982)**

Res. Asst. Meriç Karagözler217

Trakya University Faculty of Political Science and Public Administration
Department of Law

e-mail: merickaragozler@gmail.com

THE RIGHT TO PETITION IN THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL LAW**Asst. Prof. Dr. Tevfik Sönmez Küçük259**

Yeditepe University Faculty of Law Department of Constitutional Law

e-mail: sonmezk83@hotmail.com**PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS ON INTERNET THROUGH AN INJUNCTIVE RELIEF UNDER COPYRIGHT LAW****Dr. Murat Can PEHLİVANOĞLU287**

İstanbul Kent University Vocational School of Higher Education

e-mail: can.pehlivanoglu@kent.edu.tr**PRICE SIMULATION AND ITS CONSEQUENCES IN REAL ESTATE SALE CONTRACTS****Asst. Prof. Dr. Nilay Şenol305**

Near East University - Girne University

e-mail: ansenol@gmail.com**CONSTITUTION, CONSTITUENT POWER AND LEGITIMACY RELATIONSHIP****Asst. Prof. Dr. Hamide Bağçeci Tacir.....339**

Kadir Has University Faculty of Law Department of Constitutional Law

e-mail: hamide.tacir@khas.edu.tr**IMPERIAL ORDER AND STATE****Prof.Dr. Oktay Uygun385**

Yeditepe University Faculty of Law Department of General Public Law

e-mail: oktayuygun@yahoo.com**SOME BASICS TAX AMENDMENTS MADE THROUGH THE ACT 7194****Prof.Dr. Hakan Üzeltürk407**

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: huzelturk@superonline.com

¶ 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN
“PARLAMENTOSUZLAŞTIRMA” ETKİSİ ÜZERİNE
(ABOUT “DEPARLIAMENTARIZATION”
EFFECT OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT OF 2017)

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK * **

ÖZ

Ülkemizde 2017 Anayasa değişikliği, TBMM’ni siyasal karar süreçlerinden dışlayan bir girişim olarak “parlamentosuzlaştırma”nın güncel bir örneğini oluşturmaktadır. Anılan Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi adı altında yeni bir hükümet sistemi öngörmüş ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında olması gereken fren ve denge mekanizmalarına yer vermeyerek, yürütmenin üstünlüğüne dayalı bir yapı oluşturmuştur. Parlamentosuzlaştırma, bu yapının temel bir bileşenidir; yürütmeye güç ve etkinlik kazandıracak bir yöntem olarak benimsenmiş ve uygulamaya konmuştur.

2017 Anayasa değişikliği ile TBMM yasama, denetim, temsil ve bütçe alanlarında önemli yetki kaybına uğratılmış, siyasal karar süreçlerindeki etkisi zayıflatılmıştır. Bir kere, TBMM temsil tekeline sahip iken artık 2007 ve 2017 Anayasa değişiklikleri neticesinde Cumhurbaşkanın halk tarafından seçilmesi ve yürütmenin biricik unsuru haline getirilmesi nedeniyle bu tekeli kaybetmiştir. İkincisi, yasama yetkileri de zayıflatılmıştır. Cumhurbaşkanı yasaya dayanmaksızın ve meclisten yetki/onay almaksızın yasaya aykırı olmamak koşuluyla kararname çıkarabilecektir. OHAL sürecinde de çıkaracağı kanun hükmünde kararname ile istediği düzenlemeyi yapabilecek ve bu düzenlemeler yargı denetimine tabi olmayacaktır. Meclisin denetim fonksiyonu da zayıflamıştır. Gensoru denetimi kaldırılmıştır. Meclis soruşturması imkânsız olmasa da aşırı ölçüde zorlaştırılmıştır. Son olarak Meclisin bütçe yapma yetkisi elinden alınmıştır.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 26.12.2019. İlk hakem raporu tarihi: 04.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 06.01.2020. Onaylanma Tarihi: 08.01.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4616-1144

Esere Atıf Şekli: Ekrem Ali Akartürk, “2017 Anayasa Değişikliğinin “Parlamentosuzlaştırma” Etkisi Üzerine”, YÜHFD, C.XV, 2020, s.1-25.

Anahtar Kelimeler: 2017 Anayasa değişikliği, parlamentosuzlaştırma, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, kuvvetler ayrılığı, TBMM, yasama işlevi, bütçe yetkisi.

ABSTRACT

Constitutional Amendment of 2017 in our country is a current example of "deparliamentarization" as an initiative that excludes the Grand National Assembly of Turkey from the political decision-making process. The aforementioned constitutional amendment provides a new system of government under the name of the Presidential System of Government and has formed a structure based on the superiority of the executives by not including check and balance mechanisms between the legislative, executive and judiciary powers as required by the principle of the separation of powers. Deparliamentarization is a fundamental component of this structure; it has been adopted and put into practice as a method that will give the executives power and efficiency.

The Grand National Assembly of Turkey has lost significant powers in legislative, audit, representation and budget areas, and its impact on political decision-making processes weakened with the Constitutional Amendment of 2017. For one thing, the Turkish Grand National Assembly had a monopoly of representation but now lost this monopoly because of the reason that the president elected by the people and became the only element of the executive power as a result of the constitutional amendments of 2007 and 2017. Secondly, the legislative powers weakened. The President may issue a decree without being based on law and without obtaining authorization/approval from the legislature provided that it is not contrary to the law. The President has the authority to make any regulation with the decree-laws that will be issued during the emergency state, and these regulations shall not be subject to the judicial review. The audit function of the legislature has also weakened. The motion of censure removed. Although it is not impossible, the parliamentary investigation became extremely difficult. Lastly, the budget authority of the legislature has been taken away.

Keywords: *Constitutional Amendment of 2017, deparliamentarization, Presidential System of Government, separation of powers, the Grand National Assembly of Turkey, legislative function, budget authorization..*

Giriş

“Parlamentosuzlaştırma” (*déparlementarisation/Entparlamentarisierung*), kavramı kullanıldığı yere göre değişik anlamlar içerebilmektedir. Örneğin, AB üyesi ülkelerde ulusal parlamentoların yetkilerinin bir kısmının AB Parlamentosu, AB Konseyi, AB Komisyonu gibi kurumlara aktarılması ile oluşan ulusal parlamentoların yetki kaybı ya da lobicilik faaliyetleri nedeniyle ulusal parlamentoların güç ve etkilerini kaybetmeleri *déparlementarisation* kavramı ile ifade edilmektedir. Ayrıca, tek partili hükümetlerde iktidar partisinin siyasal karar süreçlerine hâkim olması nedeniyle parlamentonun dışlanması; federal devletlerde federal parlamento ile federe devlet parlamentoları arasında yaşanan yetki sınırlamaları ve çatışmaları da yine aynı kavramla ifade edilmektedir¹.

“Parlamentosuzlaştırma”, tüm bu farklı anlamları kapsamakla birlikte, özünde bu kavram parlamentonun fonksiyonlarının kaybettirilmesini ve dolayısıyla siyasal karar alma süreçlerinden dışlanarak etkisizleştirilmesini ifade etmektedir. Bu anlam esas alındığında; *parlamentosuzlaştırma*, aynı zamanda “anayasasızlaştırma” (deconstitutionalism) sürecinin bir parçasını oluşturmaktadır. Çünkü, anayasal gelişmeleri doğuran olgu her şeyden önce parlamentonun doğuşu ile başlamıştır. Zamanla parlamentolar bütçe, yasama, temsil, hükümetin denetlenmesi gibi alanlarda anayasal fonksiyonlara sahip olmuşlardır. İşte *parlamentosuzlaştırma* olgusu, bu sürecin kesintiye uğratıldığı ve hatta tersine döndürüldüğü bir süreci ve gelişmeyi ifade etmektedir. Ülkemiz açısından bu sürece TBMM’nin temsil, yasama, hükümetin denetlenmesi ve bütçeye ilişkin fonksiyonlarını önemli ölçüde kaybettiren 2017 Anayasa değişikliği ile girilmiştir.

Siyasal iktidarın sınırlandırılması meselesi kuşkusuz anayasal bir meseledir. Mutlak monarşilerin sınırlı (meşrutî) monarşilere dönüşmesi parlamenter yapıların ortaya çıkmasıyla mümkün olabilmektedir. O halde, parlamentolar doğuşu ve gelişimi itibarıyla siyasal iktidarın mutlak niteliğine son veren ve onu yürütme alanı ile sınırlayan bir fonksiyona sahip olmuşlardır.

¹ Bu konuda bkz. Paul KIRCHHOF, “Entparlamentarisierung der Demokratie?” İn: André Kaiser/Thomas Zittel (Hrsg.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung. Festschrift für Peter Graf Kielmansegg*, Wiesbaden 2004. s.359-376; Tanja A. BÖRZEL, “Europäisierung und innerstaatlicher Wandel. Zentralisierung und Entparlamentarisierung?”, in: *Politische Vierteljahresschrift* 41/2, 2000, s. 225-250; Bernhard EHRENZELLER, “Funktionsverlust des Parlaments. Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen”, in: *Neue Zürcher Zeitung* vom 16. Oktober 2002, Nr. 240, s. 17.

Tarihsel perspektiften bakıldığında, parlamenter yapıların monarkın mutlak yetkilerini ve üstünlüğünü sınırlama ve dengeleme mücadelesinin ürünü olduğu görülür. Gerçekten de, Ortaçağ Avrupası'nda mutlak monarşileri sınırlandırma girişimleri, parlamentoların doğuşunda temel bir rol oynamıştır. Burada öncü rolü üstlenen 13. yy başlarından itibaren İngiltere olmuştur. İngiltere'de 1215 tarihli Magna Carta'nın ilanı ile başlayan süreçte İngiliz Kralları her bir bölgeden iki ila dört şövalyeyi ve aynı sayıda kasaba sakinini bölge meselelerini danışmak üzere Londra'ya davet etmeye başladı². Krallar, vergileri yükseltmek ve yerel iktidara sahip olanların desteğini kazanmak istiyorlardı. Amaç mali gelirleri artırmaktı. İleri gelenlerin devlet işlerine sembolik değerde katılımını sağlamaya dayalı saray toplantıları zamanla Avam ve Lordlar Kamarasının oluşumuna zemin hazırladı³. "Concilium" adı verilen saray toplantıları, 13. yüzyıldan sonra baron, üst düzey din adamları ve tüccarlar gibi yeni temsilcilerin eklenmesiyle Magnum Concilium'a dönüşmüştür. Magnum Concilium'a Kilise temsilcilerinin de katılımı ile Konsey, "Parlamento" adını almıştır. Ancak, Kilise temsilcileri olası bir kral-papa çatışmasından çekindikleri için parlamentoya gelmekten vazgeçmişler ve kendi meclislerinde vergilerini oylamayı tercih etmişlerdir. Şövalyeler ise, kendilerini burjuvalara daha yakın hissettiklerinden, burjuvalarla birlikte toplantılar yaparak alt meclisi (Avam Kamarası) oluşturdular. Baronların ve üst düzey din adamlarının toplantıları ise, yüksek kamara görüntüsü kazandığından üst meclisi (Lordlar Kamarası) oluşturmuştur⁴.

İngiltere'de Parlamento belirli aralıklarla toplanma hakkı ve bazı ayrıcalıklar elde ederek giderek kurumsal bir güç kazanmıştır. Kral, her ne kadar feodal güçlere egemen olsa da, halk ve burjuvaların kralın ayrıcalıklarına son vermek için baronlarla birleşmesi, onun güçsüz düşmesine neden olmuştur. Ayrıca, Fransa'dan farklı olarak, ada devleti olan İngiltere'nin tehditkâr komşuları olmadığından, aşırı askeri-mali gereksinimleri yoktu. Parlamento, vergi toplama iznini elinde bulundurduğundan, her para gereksinimi doğduğunda toplantıya çağırılması gerekiyordu. Mali yetkilerine dayandırarak danışma yetkisi de elde eden

² Jürgen HARTMANN, **Westliche Regierungssysteme**, 2. aktualisierte Auflage, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2005, s. 49-50.

³ Michael G. ROSKIN, **Çağdaş Devlet Sistemleri**, Adres Yayınları, (çev. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, Mart 2009, s. 25-26.

⁴ Esat ÇAM, **Çağdaş Devlet Sistemleri**, Der Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 17-18.
YUHFD Cilt. XVII No.1 (2020)

Parlamento, olağanüstü vergileri oylamadan önce krala dilekçeler (yasa tasarıları) verme geleneğini yerleştirerek büyük bir güç kazanmıştır⁵.

Böylece parlamento, bütçe ve mali konulardaki yetkisine yasama yetkisini de ekleyerek önemli bir güç kazanmıştır. Oy hakkının yaygınlaşmasıyla birlikte, parlamentoların demokratik meşruiyetleri artmış ve temsil gücü kazanmışlardır. Modern siyasal partilerin ortaya çıkması ise parlamenter fonksiyonların parti grupları aracılığıyla iktidar-muhalefet ilişkisi biçiminde gelişmesine yol açmış ve yürütmenin parlamenter muhalefet tarafından denetlenmesini gündeme getirmiştir. Bu tarihsel süreç, parlamentoların yaygınlaştığı ve giderek siyasal kararların alınmasında etkin ve belirleyici rol oynadıkları anayasal gelişmeleri izlemiştir.

İşte parlamentosuzlaştırma -en azından bu yazıda ele alındığı şekliyle- anılan sürecin tersine evirildiği yani hukuki ya da fiili olarak parlamentonun siyasal karar süreçlerinden dışlandığı, parlamenter fonksiyonlarda gerilemenin yaşandığı bir süreci ifade etmektedir. Parlamenter fonksiyonlardaki bu gerilemeyi öncelikle 2017 Anayasa değişikliğinin kuvvetler arasındaki denge ve fren sistemlerini ortaya koyarak daha sonra da TBMM'nin siyasal karar süreçlerindeki yeni rolünü irdeleyerek ortaya koymaya çalışacağız.

A) 2017 Anayasa Değişikliğinin Kuvvetler Ayrılığı Perspektifi

Ülkemizde 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu da TBMM'ni siyasal karar süreçlerinden dışlayan bir girişim olarak “parlamentosuzlaştırma”nın güncel bir örneğini oluşturmaktadır. Anılan Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi adı altında yeni bir hükümet sistemi öngörmüş ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında olması gereken fren ve denge mekanizmalarına yer vermeyerek, yürütmenin üstünlüğüne dayalı bir yapı oluşturmuştur. Parlamentosuzlaştırma, bu yapının temel bir bileşenidir; yürütmeye güç ve etkinlik kazandıracak bir yöntem olarak benimsenmiş ve uygulamaya konmuştur.

Nitekim 6771 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu gerekçesinde yeni hükümet sisteminin bir gereği olarak denge ve fren mekanizmalarını içermeyen tuhaf bir kuvvetler ayrılığı anlayışına yer verilmiştir⁶:

⁵ Maurice DUVERGER, **Siyasal Rejimler**, Sosyal Yayınlar, (çev.Teoman Tunçdoğan), İstanbul, 1986, s.72-73.

“Öngörülen hükümet sistemine uygun olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri yeniden düzenlenmektedir. Kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olarak yasamanın yürütmeyi denetlemesi ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermesi yasamanın görev ve yetkileri arasından çıkarılmaktadır. Öngörülen hükümet sisteminde yasama ve yürütme doğrudan halk tarafından seçilmekte, her iki kuvvet de meşruiyetini halktan almakta ve yürütme de yasama da halka karşı sorumlu olmaktadır. Kuvvetler birbirinden ayrı, ancak her iki kuvvetin de birleştiği konu halkın denetiminde halka hizmet etmeleridir.”

Görüldüğü gibi, 2017 Anayasa değişikliğinin dayandırıldığı kuvvetler ayrılığı anlayışı bu ilkenin nihai amacının siyasal iktidarları hak ve özgürlükler lehine sınırlamak olduğunu göz ardı eden bir içeriğe sahiptir. Gerekçede açıkça TBMM'nin yürütme organını denetleme yetkisinin Anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılması kuvvetler ayrılığı prensibinin bir gereği gibi sunulmuştur. Oysa, kuvvetler ayrılığı fikri, sınırlanmayan bir siyasal iktidarın, özü gereği kötüye kullanılabilmesi ve bunun sonucu olarak, hak ve özgürlüklerin zedelenebileceği gerçeğinden hareket ederek, iktidarın gücünün bu yöntemle frenlenmesi ve dengelenmesi amacına hizmet eder. Hatta, 1789 İnsan ve Yurttaş hakları Bildirisi, kuvvetler ayrılığı mekanizmasını içermeyen bir düzenlemenin anayasa niteliği kazanamayacağını kabul eder⁷. Dolayısıyla, parlamentoyu yürütme karşısında bir denge ve denetim mekanizması olmaktan çıkararak her türlü girişim kuvvetler ayrılığının bir gereği değil; aksine kuvvetlerin birliğine yol açan sonuçlar üretir.

Nitekim 2017 Anayasa değişikliğinin *sorunlu* kuvvetler ayrılığı anlayışı Venedik Komisyonu tarafından da kuvvetli bir biçimde eleştirilmiştir⁸:

“Teklif edilen anayasa değişikliklerinin amacı, bu değişikliklerin Türkiye’deki köklü parlamentarizm geleneğini hiçbir surette yansıtmamalarına, hatta ülkenin anayasal geçmişinde kırılma noktası yaratacak olmalarına rağmen Türk resmi makamlarının da tanımladığı üzere, “Türk usulü” bir başkanlık sistemi kurmaktır. Söz konusu

⁶ TBMM S. Sayısı: 447, Yasama Dönemi:26, Yasama Yılı:2, 2017 Anayasa Değişikliği Kanun Teklifi (2/1504) Madde Gerekçeleri, 30.12.2016. (internet erişimi: 1.12.2019 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>)

⁷ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi Madde 16: “Hakların güven altına alınmadığı kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda Anayasa yoktur.”

⁸ Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) “2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü” (Venedik 10-11 Mart 2017) par.126.

değişiklikler, demokratik başkanlık sistemlerinin en belirgin özelliği olan kuvvetler ayrılığı esasına dayanmamaktadır. Başkanlık ve meclis seçimleri, yasama ve yürütme erkleri arasında çıkması muhtemel ihtilafları önleyebilmek adına sistemli olarak birlikte düzenlenecektir. Dolayısıyla resmi olarak birbirlerinden ayrılmaları, uygulamada anlamlarını yitirme riskini taşıırken daha zayıf olan erkin, meclisin rolünü de marjinalleştirme riskini doğurmaktadır. Cumhurbaşkanı'nın siyasi hesap verme sorumluluğu, sadece beş yılda bir gerçekleştirilecek olan seçimlerle sınırlı olacaktır.”

2017 Anayasa değişikliği ile parlamentosuzlaştırma girişimi, anayasasızlaştırma (deconstitutionalism)⁹ sürecinin bir etabı ya da unsuru olarak işlev görmektedir. Çünkü anayasallaşma süreci parlamentonun doğuşu ile başlamış ve parlamentoların güç ve etkinlik kazanmaları ile siyasal iktidarlara karşı bir denge ve denetim mekanizması haline gelmişlerdir. Oysa aşağıda ele alınacağı gibi 2017 Anayasa değişikliği ile TBMM yasama, denetim, temsil ve bütçe yetkilerinde önemli ölçüde kayba uğratılmış, siyasal karar süreçlerindeki etkisi zayıflatılmıştır.

Yargıya gelince; 2017 Anayasa değişikliği ile yargı bağımsızlığı sorunu derinleşerek kronik hale getirilmiştir. Yürütmenin tek unsuru olan partili Cumhurbaşkanı yüksek mahkemelere ve Hakimler Savcılar Kuruluna yaptığı atamalarla yargıyı ağırlıklı olarak dizayn etmekte, onu yürütmenin vesayetine sokmaktadır¹⁰. Oysa denge ve denetim işlevini yerine getirebilecek hak ve özgürlüklerin güvencesi olabilecek güç ve donanımına sahip bağımsız bir yargı olmadan demokratik bir hükümet sisteminden söz edilemez.

Venedik Komisyonu, 2017 Anayasa değişikliği teklifi hakkında yargı meselesi üzerinde de durmuş ve bu değişikliğin yargı bağımsızlığı açısından yol açabileceği sakıncalara dikkat çekmiştir¹¹:

⁹ “Anayasasızlaştırma” kavramı için bkz. Kemal GÖZLER, “1982 Anayasası Hala Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme”, s. 49-55. (İnternet erişimi: 10.12.2019 <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>)

¹⁰ Bkz. Demirhan Burak ÇELİK, “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve yeni Hakimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:3, no:4, 2018, s.1057-1094; Tolga ŞİRİN, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi” Legal Yayını, **Anayasa Hukuku Dergisi** cilt:6, Sayı :11, Yıl 2017, s. 85-117; Nihan YANCI ÖZALP, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkileri ve Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, Legal Yayını, **Anayasa Hukuku Dergisi** cilt:6, Sayı :11, Yıl 2017, s. 119-124.

¹¹ Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) “2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü” (Venedik 10-11 Mart 2017) par.128.

“Bir başkanlık rejiminde yasamayla yürütme arasındaki ihtilafların çözülmesi için güçlü ve bağımsız bir yargı olmazsa olmaz bir şarttır. Ancak teklif edilen değişiklikler Türk yargı gücünü güçlendirmek yerine zayıflatmaktadır. Mevcut oluşumu uluslararası standartlarına büyük oranda uyum gösteren Hâkimler ve Savcılar Kurulu, on üç üyesinden altısının artık nötr bir güç (*pouvoir neutre*) olmaktan çıkacak olan Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı, yedi üyesinin de Cumhurbaşkanının kontrolü altında olacak ve seçimlerin eş zamanlı olmasından sebep de büyük ihtimalle Cumhurbaşkanıyla aynı siyasal erkleri temsil edecek olan Büyük Millet Meclisi tarafından atanacak şekilde derhal düzenlenecektir. Kurulun hiçbir üyesi artık görevdeş hâkimler tarafından seçilmeyecektir. Kurulun, hâkim ve cumhuriyet savcılarının atanması, terfii, tayini, cezalandırılması ve görevden alınması gibi önemli işlevleri denetlediği nazarı itibara alındığında Cumhurbaşkanının bu Kurulu kontrolü altında tutması yargıya da etki edecektir. Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kontrol altında tutulması, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisini de dolaylı yollardan artıracaktır.”

Sonuç olarak; 2017 Anayasa değişikliğinin kuvvetler ayrılığı perspektifi benimsenen yeni hükümet modeline göre oluşturulmuştur. Yeni hükümet modeli ise kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemlerinin hiçbiri ile benzerlik göstermemekte ve Türk anayasal gelişmeleri bağlamında bir “kopma”yı¹² ya da “sapma”yı¹³ ifade etmektedir. Kuvvetler ayrılığına

¹² “2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen bu yeni hükümet sistemi hem Türk anayasal gelişmeleri bağlamında hem de Batı anayasacılığı bağlamında bir “KOPMA”yı ifade etmektedir.”

“Türk anayasal gelişmeleri açısından bakıldığında; ülkemizde parlamenter hükümet sisteminin geçmişini ilk Osmanlı Anayasası olan 1876 tarihli Kanuni Esasi’ye kadar dayandırmak mümkündür. Söz konusu hükümet sistemi 2017 Anayasa değişikliğine değin değişik biçimlerde uygulama alanı bulmuştur. Bu süreçte, 1920 ile 1923 yılları arasında uygulanan saf meclis hükümet modeli kendine özgü koşulların yarattığı bir parantez olarak kabul edilirse; parlamenter sistemin bu topraklarda yaklaşık 140 yıllık bir geçmişi bulunmaktadır. Dolayısıyla, 2017 Anayasa değişikliği ile uygulamaya geçirilen cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi a-tipik ve hiç uygulanmamış bir model olarak ülkemizdeki anayasal gelişmeden bir “kopma”yı ifade etmektedir.”

“Öte yandan, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen yeni hükümet sistemi Batı anayasacılığında kabul edilmiş ve uygulama alanı bulmuş yerleşik hükümet sistemlerinden de bir kopuşu ifade etmektedir. Gerçekten de, kuvvetler ayrılığına dayalı, denge ve fren sistemlerini içeren bu demokratik hükümet sistemleri (başkanlık, yarıbaşkanlık ve parlamenter) bir model olarak Batılı demokrasilerde benimsenmiş ve denenmiştir. Buna karşın, yeni hükümet sistemi bu modellerden hiçbiri ile bağdaşmamakta; denge ve fren sistemlerinden ziyade yürütme gücü ve istikrarına odaklandığı için Batı anayasacılığından *YUHFD Cilt. XVII No.1 (2020)*

dayanmayan, hiç denenmemiş, tartışılmamış, denge ve frenden yoksun atipik bir hükümet sistemi yaratılmıştır. Böylece, 2017 Anayasa değişikliği ile 1982 metninin anayasal niteliği zayıflatılmış; siyasal iktidarı sınırlayacak ve denetleyecek kurum ve kurallardan uzaklaşmıştır. Siyasal iktidarın hem siyasal denetiminde hem de yargısal denetiminde etkili mekanizmalara yer verilmemesi Türk anayasal gelişmeleri ve hukuk devleti bakımından mevcut kazanımlarını riske sokmuştur. Nihayet, 2017 Anayasa değişikliği bir “suistimalci anayasacılık”¹⁴ girişimi olarak, öngördüğü yeni hükümet sistemi adı altında, yasama ve yargıyı etkisizleştirmek ve gücü yürütmeye toplamak suretiyle otoriter rejimlerin anayasal düzenini yaratmıştır.

bir kopuşu ifade etmektedir.” Bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, “*Türk Anayasal Gelişmelerinde Kopma: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi (!)*” **Legal Hukuk Dergisi**, cilt :16, sayı :192, yıl :2018, s. 5761-5762. Aynı yönde bkz. Sultan Tahmazoğlu-Üzeltürk, “Osmanlı-Türk anayasal geleneğinde başkanlık rejimine yer var mı?” **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 228-233.

¹³ Korkut KANADOĞLU, 2017 Anayasa değişikliklerini Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri açısından bir “sapma” olarak değerlendirmektedir: “6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun, cumhurbaşkanına tanıdığı yetkilerle gücün tek merkezde toplanmasını öngörmektedir. Bu yönüyle, gücün tek merkezden alınıp, milleti temsil eden parlamentoya verilmesi ışığında oluşmuş olan Osmanlı-Türk anayasacılık geleneğinden büyük bir sapma göstermektedir.” Bkz. Korkut KANADOĞLU, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/2, s. 637.

¹⁴ Kemal Gözler’in de ifade ettiği gibi; 2017 Anayasa değişikliğini bir “suistimalci anayasacılık” örneği olarak değerlendirmek mümkündür. İlk defa David Landau tarafından ortaya atılan *suistimalci anayasacılık* kavramı şu şekilde açıklanıyor:

“Bu makale, suistimalci anayasacılık olarak isimlendirdiğim gittikçe önemi artan bir fenomeni tanımlar. Suistimalci anayasacılık, anayasal değişim mekanizmalarının – anayasada değişiklik yapılması ve anayasanın yeni bir anayasayla değiştirilmesi–demokrasiyi tahrip etmek amacıyla kullanılmasını içerir. Onlarca yıldan beri, askerî darbe gibi demokrasiyi devirmenin klasik metotları gözden düştüğü için, otoriter ve yarı-otoriter rejim kurmak için anayasal araçların kullanılması giderek yaygınlık kazanmıştır. İktidardaki güçlü başkanlar ve partiler, anayasal değişmeyi, onları görevlerinden almayı çok güçleştirecek ve onların iktidarlarını kullanılmasını denetlemeye yönelik mahkemeler gibi kurumları etkisiz hâle getirecek şekilde inşa etmektedirler. Bu şekilde biçimlendirilen anayasalar uzaktan hâlâ demokratikmiş gibi görünürler ve bu anayasalar, liberal demokratik anayasalarda bulunanlardan farksız pek çok unsur barındırırlar. Ama yakından bakıldığında, onlar, esasen demokratik düzeni yok etmek için tasarlanmışlardır.” Bkz. David LANDAU, “Abusive Constitutionalism”, **University of California Davis Law Review**, cilt: 47, Sayı: 1, 2013, s.191; aktaran: Kemal GÖZLER, “16 Nisan’da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir “Suistimalci Anayasa Değişikliği” midir? Anayasa Değişikliğinin Asıl Amacı, HSYK’yi Yeniden Dizayn Etmek, Başbakan ve Bakanların Cezaî Sorumluluklarını Sıfırlamak veya Partili Cumhurbaşkanlığını Getirmek Olabilir mi?”, (<http://www.anayasa.gen.tr/suistimalci.htm>, Erişim: 9.12.2019).

B) 2017 Anayasa Değişikliğinin TBMM’yi “Parlamentosuzlaştırma” Rolü

2017 Anayasa değişikliği ile TBMM yasama, denetim, temsil ve bütçe alanlarında önemli yetki kaybına uğratılmış, siyasal karar süreçlerindeki etkisi zayıflatılmıştır. Bir kere, TBMM temsil tekeline sahip iken artık 2007 ve 2017 Anayasa değişiklikleri neticesinde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve yürütmenin biricik unsuru haline getirilmesi nedeniyle bu tekeli kaybetmiştir. İkincisi, yasama yetkileri de zayıflatılmıştır. Cumhurbaşkanı yasaya dayanmaksızın ve meclisten yetki/onay almaksızın yasaya aykırı olmamak koşuluyla kararname çıkarabilecektir. OHAL sürecinde de çıkaracağı kanun hükmünde kararname ile istediği düzenlemeyi yapabilecek ve bu düzenlemeler yargı denetimine tabi olmayacaktır. Meclisin denetim fonksiyonu da zayıflamıştır. Gensoru denetimi kaldırılmıştır. Meclis soruşturması imkânsız olmasa da aşırı ölçüde zorlaştırılmıştır. Son olarak Meclisin bütçe yapma yetkisi elinden alınmıştır. Şimdi, TBMM’nin yasama, temsil, hükümeti denetleme ve bütçe yetkilerinde öngörülen anayasal daralmaya daha yakından bakalım:

1) Yasama İşlevi Açısından

Parlamentonun en temel fonksiyonlarından biri yasama fonksiyonudur. Yasama fonksiyonu parlamentonun kanun koyma ve karar alma yetkisini ifade eder. 2017 Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kuruluna tanınan KHK çıkarma yetkisi kaldırılmış, onun yerine Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. KHK çıkarma yetkisinden farklı olarak; Cumhurbaşkanı, yetki yasasına gerek olmadan ve Meclisin onayına ihtiyaç duymadan tek başına kararname çıkarabilmektedir. Cumhurbaşkanının yürütme alanında yasaya dayanmaksızın, yetki kanuna ihtiyaç duymadan ve yasaya aykırı olmamak koşuluyla kararname çıkarması mümkün hale getirilmiştir¹⁵.

2017 değişikliği uyarınca, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek özel alanlar ise şunlardır:

-Cumhurbaşkanı, üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları *Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle* düzenler (md. 104/9).

¹⁵ YOKUŞ Sevtap, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt:6, Sayı:12, 2018, s. 679.

-Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması *Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle* düzenlenir (md. 106/11).

-Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, *Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle* düzenlenir (md. 108/3).

-Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri *Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle* düzenlenir (md. 118/6).

Buna karşılık, sosyal haklar dışında kalan temel hak ve özgürlükler, Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya aykırı olup olmadığı ise Anayasa Mahkemesi denetimine tabi kılınmıştır.

Söz konusu anayasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda; anayasal düzenin ağırlıklı olarak cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile domine edilmesi riski bulunmaktadır:

Bir kere, “*yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir*” şeklindeki hüküm oldukça muğlak ve geniş yorumlanmaya açıktır. Yürütme alanının son derece geniş bir alan olduğu ve farklı gibi görünen birçok konunun yürütme alanı ile ilişkilendirilebileceği göz önünde bulundurulduğunda; bu yetkinin sınırlarının tayin edilmesindeki güçlük ortaya çıkar. Dolayısıyla, “*yürütme yetkisine ilişkin konular*” ifadesi kararnameler bakımından muğlak ve sınırları belirsiz bir yetki alanı ortaya çıkarmaktadır.

İkincisi, *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda*” Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına ilişkin hükmün muğlak ve tartışmaya açık niteliğidir¹⁶. Hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa’da açık bir hüküm yoktur. Bu konuda Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da tam bir açıklık bulunmamaktadır¹⁷. Bu durum karşısında Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü tüm

¹⁶ Nihan YANCI ÖZALP, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkileri ve Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, s. 127.

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin birkaç kararında “münhasıran kanunla düzenleme”den söz edilmişse de Yüksek Mahkeme bu konuda açık ve net bir içtihat oluşturmuş değildir. Bkz. AYM, E. 2011/42, K.2013/60, Kt. 9.05.2013; AYM, E. 2016/139, 2016/188, Kt. 14.12.2016; AYM, E.2017/51, K. 2017/163, Kt. 29.11.2017.

konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmaması gerekir¹⁸.

Öte yandan, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasının (md. 104/9); Bakanlık merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluş ve işleyişinin (md. 106/11); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişinin (md. 108/3); Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin (md. 118/6) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükümler yürütmeye münhasır bir düzenleme alanı yaratılıp yaratılmadığı konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Kanımızca, söz konusu düzenlemeler kanunla düzenlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yasama organının asli ve genel düzenleme yetkisi karşısında yürütme organına münhasır bir yetki alanı tanınmış değildir¹⁹. Ancak yine de söz konusu düzenlemelerin yürütmeye münhasır bir düzenleme alanı yaratmadığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum aksi yorumları²⁰ gündeme getirebileceği gibi Anayasa Mahkemesi içtihatlarını da şekillendirebilir. Sonuç olarak, söz konusu düzenlemeler yasama organının anılan konularda yasa çıkarıp çıkaramayacağı konusunda belirsizlikler yaratmaktadır.

Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi konusunda 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen zafiyetler, söz konusu kararnamelerin Anayasaya aykırı olsalar ve/veya kanunlar ile çatışmalar bile yürürlüklerini sürdürebilmelerine izin vermektedir. Bir kere, söz konusu kararnameler idari yargıya göre daha sınırlı bir denetim olan anayasa yargısı denetimine tabi tutulmuştur²¹. Anayasa Mahkemesi iptal kararı verinceye kadar bu kararnameler yürürlüklerini sürdürebileceklerdir. Üstelik, Anayasa

¹⁸ Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta yayını, 19. Bası, Eylül 2019 İstanbul, s. 403.

¹⁹ Tanör /Yüzbaşıoğlu'nun da belirttiği gibi; “*Anayasa’da bunların kanunla düzenlenemeyeceğine dair bir hüküm olmadığı gibi, bunların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceklerine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.*” Bkz. Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 404.

²⁰ Nitekim Kemal Gözler, söz konusu düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanını oluşturduğunu, dolayısıyla kanunla düzenlenemeyeceklerini, düzenlenecek ise mutlaka Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2. Bası, Temmuz 2018, s. 888. Özbudun’un ifade ettiği gibi bu yorum benimsenirse Cumhuriyet Anayasalarımızın temel ilkelerinden olan “yasama yetkisinin genelliği” ilkesinden sapılmış olacaktır. Bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayını, Ankara 2017, s. 251.

²¹ Tolga ŞİRİN, “**2017 Anayasa Değişikliklerinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi**”, s. 109-111.

Mahkemesinin iptal kararları idari yargıdan farklı olarak geri yürümeyeceği için (Ay. mad.153) iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar söz konusu kararnameler hukuki sonuçlar üretmeye devam edecektir. Daha da kötüsü, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birel işlem yapılması halinde ortaya çıkacaktır. Kural olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi idari düzenleyici bir işlemdir; dolayısıyla anılan kararnamelerle birel işlem yapılmaması gerekir²². Ancak buna rağmen, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birel işlem yapılmışsa Anayasa Mahkemesinin iptal kararı geri yürümeyeceği için iptalin bir etkisi olmayacaktır. Dolayısıyla kanuna hatta Anayasa’ya aykırı olan kararnamelerin yürürlüklerini devam ettirebilmeleri imkân dahilindedir.

Nihayet, bir kararname kanuna aykırı fakat Anayasaya aykırı değilse bu durumun yargısal denetimini kimin ve nasıl yapacağı belirsizdir. Kararname hükümleri ile kanun hükümlerinin çatışması durumunda kararnamenin hükümsüz olduğuna idari makamlar mı yoksa yargı organı mı karar verecektir? Ayrıca hükümsüz olduğuna karar verilen kararname mevzuattan nasıl çıkarılacaktır? 2017 değişikliği bu sorulara açık bir yanıt vermemektedir. Ancak cumhurbaşkanının hiyerarşisinde bulunan idari organların kanun ile çatıştığından bahisle Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz sayarak, kanun hükümlerini uygulayacakları düşünülemez. Bu durumda kanun ile çatışan bir kararnameyi yargı organlarının nasıl hükümsüz sayacakları açık değildir. Bir yargı organının kanun karşısında Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz sayması sadece derdest dava açısından mı sonuç doğuracaktır? Yoksa Mahkemenin hükümsüzlük kararı genel ve herkes için bağlayıcı nitelikte mi olacaktır? Anılan soru ve sorunların çözümü TBMM tarafından çıkarılan kanunların etki ve kuvvetini belirleyici rol oynayacaktır.

Parlamentosuzlaştırmanın önemli enstrümanlarından birisi de Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak OHAL KHK’leri oluşturmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı Anayasa’nın 119. maddesindeki koşulların gerçekleştiğini takdir ederse tek başına OHAL ilan edebilecek ve olağan kararnameler için öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın kanun gücünde kararnameler çıkarabilecektir (Ay. md.119/6). Üstelik çıkarılacak bu kararnameler Anayasa’nın 148. maddesi uyarınca herhangi bir yargısal denetimden muaf tutulmuştur. Hatta Anayasa

²² Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki ayrım konusunda bkz. Özen ÜLGEN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/2, s. 620-624.

Mahkemesi'nin 2016 yılında değiştirdiği içtihadı²³ göz önünde bulundurulduğunda; Cumhurbaşkanının yetki, süre ve konu açısından OHAL KHK'si niteliğinde olmayan işlemleri dahi anayasa yargısı denetimi dışında tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu içtihat değişikliği ile niteliği ne olursa olsun OHAL KHK'si adı altında yapılan bütün işlemlerin “mutlak denetimsizlik alanı”nda bırakılması yolunu açmıştır. Bu yeni yaklaşımıyla Yüksek Mahkeme, Anayasada öngörülen güvenceleri nispeten önemsiz ve değersiz hale getirmiştir. Bu kararlar OHAL yönetimlerinin hukuk dışı, keyfi yönetimler olmasının yolu açılmıştır²⁴.

2017 Anayasa değişikliği ile TBMM'nin yasama işlevini sınırlayan bir başka hüküm Cumhurbaşkanına *veto yetkisinin* tanınmış olmasıdır. Buna göre; Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen bir kanun ancak Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul edilirse geçerli olacaktır (Ay. md.89/3). Cumhurbaşkanına tanınan bu yetki parlamentonun yasama yetkisi üzerinde önemli bir sınırlama olarak değerlendirilebilir²⁵.

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının TBMM'nin yasama işlevine müdahale edebileceği bir alan da “teklif görünümlü kanun tasarısı” yöntemidir. Kural olarak Cumhurbaşkanının ya da bakanların TBMM'ye kanun önerisinde bulunma yetkileri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yeni anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının partili olmasının hatta parti genel başkanı olabilmesinin yolu açılmıştır. Anayasa'nın 101. maddesinde bulunan “*Cumhurbaşkanı seçilenin varsa partisi ile ilişkisi kesilir*” hükmü kaldırılmıştır. Ayrıca cumhurbaşkanlığı seçimleri ile parlamento seçimlerinin 5 yıllık dönemlerle aynı gün yapılması hükme bağlanmıştır (Ay md.77).

²³ AYM Kararı: E. 2016/171, K. 2016/164, Kt. 2.11.2016; AYM Kararı: E. 2016/172, K. 2016/165, Kt. 2.11.2016

²⁴ Bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, “Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHAL KHK'lerinin Hukukla İmtihanı (!)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 20. Yıl Armağanı, Cilt: XIII; sayı:1, 2016, s. 211. Tanör-Yüzbaşıoğlu'nun da ifade ettiği gibi; “*Anayasa Mahkemesi böylece elli yıllık içtihadıyla ortaya koyduğu, kendini bir işlem yapan organ ve işleme verilen adla bağlı saymama ve işlemi içeriğine göre nitelendirme yönündeki içtihadından da dönmüştür.*” Bkz. Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 439.

²⁵ Nitekim Venedik Komisyonu'na göre, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen “(...) *veto yetkisi son derece önemli bir yasama aygıtını Cumhurbaşkanına teslim etmektedir. Üstelik Cumhurbaşkanı, kendisini desteklemeyen bir meclise karşı Anayasayı değiştiren kanunlar hakkında referandum başlatma münhasır yetkisini de kullanabilir.*” Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) “2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü” (Venedik 10-11 Mart 2017) par.92.

Söz konusu düzenlemelerle; partili cumhurbaşkanı adaylarının milletvekili adaylarını belirleme ve dolayısıyla parlamenter çoğunluğa parti lideri olarak hâkim olma imkânı sağlanmıştır. Eğer parlamenter çoğunluk cumhurbaşkanının partisinden olmazsa cumhurbaşkanının parlamentoyu feshetme yetkisi söz konusudur. Cumhurbaşkanı ve Meclisin 3/5’i oranındaki parlamenter çoğunluğu karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerine son verebilmektedirler (Ay.md.116). Oysa, başkanlık sisteminde başkanlık seçimi ile parlamento seçimleri farklı süreçlerdir ve birbirleriyle ilişkileri yoktur. Aslında hükümetin parlamenter çoğunluktan doğmadığı ve doğrudan halk tarafından seçildiği yeni hükümet sisteminde Parlamenta karşı siyasal sorumluluğu bulunmayan Cumhurbaşkanının parlamentonun güvenine mazhar olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla amaç, cumhurbaşkanına tabi olabilecek bir parlamento aritmetiğini garanti altına almaktır. Böylece Cumhurbaşkanı seçilen ve parti lideri olan bir kişinin milletvekili adaylarını belirlemesi ve genel başkanı olduğu bu partili milletvekilleri üzerinde siyasal bir güce ve parti disiplininden kaynaklanan yaptırım yetkisine sahip bulunması nedeniyle TBMM’nin yasama işlevlerine müdahil olması mümkün kılınmıştır. Parlamentoda kanun çıkaracak sayısal çoğunluğu elinde bulunduran partili bir cumhurbaşkanı parlamentodaki parti grubu aracılığıyla istediği her türlü yasayı teklif görümlü tasarı yöntemi ile önerebilecek ve kabulünü sağlayabilecektir. Ön seçim zorunluluğu bulunmayan ve disiplinli parti yapılarının egemen olduğu ülkemizde parti lideri bir cumhurbaşkanının parlamentodaki parti grubuna mensup milletvekilleri üzerinde otorite kurması aslında TBMM’nin yalnızca yasama işlevini değil temsil, denetim ve bütçe işlevlerini de akamete uğratacaktır.

2) Temsil İşlevi Açısından

Günümüzde parlamentonun en önde gelen işlevi seçimler yoluyla demokratik temsili sağlamaktır. Ancak ilk dönemlerde parlamentoların temsili ve demokratik niteliği zayıftı. Parlamentoların temsili nitelik kazanması oy hakkının genişlemesi ve modern partilerin doğuşu sayesinde gerçekleşmiştir²⁶. Aynı şekilde Osmanlı -Türk anayasal gelişmeleri

²⁶ Nitekim, İngiltere’de parlamentonun demokratikleşmesi, oy hakkının genişlemesi ve modern partilerin doğuşu sayesinde gerçekleşmiştir. İlk dönemlerde parlamenter rejimin ana unsurları yerleşmiş olmakla birlikte, parlamentonun temsili ve demokratik niteliği zayıftı. Çünkü oy hakkı servet ve vergi esasına göre sınırlanmıştı. Kırsal bölgelerde oy hakkı yalnızca toprak sahipleriyle sınırlanmıştı. Şehirlerde bu hak görece olarak daha geniş kesimlere tanınmış olsa da, oy hakkının genişlemesi modern partilerin doğuşundan sonra gerçekleşmiştir. Bkz. Michael G. ROSKIN, **Çağdaş Devlet Sistemleri**, s. 31.

açısından bakıldığında; oy hakkının yaygınlaşması ve modern siyasi partilerin gelişimi ile birlikte meclisin temsil gücünün arttığını hatta temsil konusunda yegâne ve biricik organ olduğu görülür. Özellikle 1921 Anayasasını yaparak Türkiye Devletini kuran ve yasama ve yürütme yetkilerini bünyesinde toplayarak meclis hükümeti sistemini benimseyen BMM, ülkemiz açısından parlamentoculuk deneyiminin özgün anlam ve önemini ortaya koymaktadır.

1982 Anayasası'nın 80. maddesine göre; milletvekilleri seçtikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün milleti temsil ederler. 2007 Anayasa değişikliğine değin TBMM temsili nitelik taşıyan tek ve yegâne anayasal organ idi. 2007 değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesinin yolu açılmış, 2017 değişikliği ile de Cumhurbaşkanı güçlü anayasal yetkilerle donatılarak yürütmenin biricik unsuru haline getirilmiştir. Kuşkusuz, söz konusu Anayasa değişiklikleri ister istemez Cumhurbaşkanını da temsili bir organa dönüştürmüştür. Böylece TBMM temsil işlevi bakımından tek ve yegâne organ olmaktan çıkmıştır.

2017 Anayasa değişikliği ile TBMM'nin temsil gücünü zayıflatılmasının bir başka örneği partili Cumhurbaşkanı tercihinden kaynaklanmaktadır. Yeni hükümet sistemi kurgulanırken, yasama ve yürütme ayrılığını güvence altına alacak kurallara yer vermektense; yasama ve yürütmeyi aynı siyasi gücün tekeline terk etmek yolu benimsenmiştir. Cumhurbaşkanının seçimlerde varlık göstermesi partili olmasına bağlıdır. Parti lideri olarak, milletvekili adaylarını belirleme yetkisi bulunmaktadır. Milletvekili seçimleri ile cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı dönemde yapılması disiplinli parti yapılarının egemen olduğu bir sistemde cumhurbaşkanına sadık bir parlamenter çoğunluk yaratama amacına hizmet etmektedir.

Böylece, Cumhurbaşkanı seçilen ve parti lideri olan bir kişinin milletvekili adaylarını belirlemesi ve genel başkanı olduğu bu partili milletvekilleri üzerinde siyasi bir güce ve parti disiplininden kaynaklanan yaptırım yetkisine sahip bulunması nedeniyle, TBMM'nin "milletin temsili" noktasında yerine getireceği işlev tartışmaya açık hale gelecektir. Ayrıca Cumhurbaşkanının tek başına seçimlerin yenilenmesi kararı alması ve 600 milletvekilinden oluşan parlamentoyu feshederek, seçimleri yenilemesi seçmen iradesinin göz ardı edilmesi ve Meclisin temsil gücünün zayıflatılması anlamına gelir. Sonuç olarak; Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile Meclis seçimlerinin aynı gün yapılması ve Cumhurbaşkanının tek başına Meclis seçimlerini yenileme kararı alabilmesi cumhurbaşkanının her

hâlıkârda meclis çoğunluğunu kontrol edebileceği bir sistemin amaçlandığını göstermektedir²⁷.

TBMM'nin temsili niteliğini zayıflatan bir başka önemli gelişme 6718 sayılı Kanunla gerçekleştirilen 2016 Anayasa değişikliği olmuştur. Bu değişiklikte; Meclis'te hakkında 810 adet fezleke bulunan 154 milletvekilinin hepsinin tek bir işlemle dokunulmazlıkları kaldırılmış; milletvekillerinin savunma hakları ve dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı Anayasa Mahkemesine iptal davası açma hakları ellerinden alınmıştır²⁸. 2017 Anayasa değişikliği arifesinde parlamentosuzlaştırmanın ön adımı olarak ortaya çıkan bu gelişme, bazı milletvekillerinin tutuklanması ve bir kısmının da hüküm giymesi nedeniyle TBMM'nin yalnızca temsil fonksiyonunda değil, yasama, denetim ve bütçe fonksiyonlarında da önemli tahribatlar yaratmıştır.

3) Siyasal Denetim İşlevi Açısından

Parlamentonun en temel işlevlerinden biri de kuşkusuz siyasal denetim işlevidir. Parlamento, soru, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensoru gibi siyasal denetim araçları ile hükümeti denetleyebildiği ölçüde bu işlevini yerine getirir. Başkanlık sisteminde ise başkanın parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunmadığından, gensoru mekanizmasına yer verilmez. Ancak bunun dışındaki parlamenter denetim araçları başkanlık sisteminde de uygulama alanı bulurlar.

Gerek 1961, gerekse 1982 Türk Anayasaları, parlamenter sistem mantığı içerisinde hükümeti denetleme görev ve yetkisini yasama organı işleviyle donattığı TBMM'ye tanımışlardır. TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 87. maddesine göre; “*Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek*” TBMM'nin görev ve yetkileri arasındadır. Anayasal planda TBMM'ye tanınan bu denetim yetkisi uygulamada parlamentodaki muhalif parti grupları tarafından harekete geçirilmektedir.

²⁷ Venedik Komisyonunun da ifade ettiği gibi; “*Seçimlerin eş zamanlı yapılması, anlamlı bir kuvvetler ayrılığı olma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Eğer değişiklik teklifi, Cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimlerinin sistematik olarak aynı anda yapılması esasına dayanıyorsa burada kuvvetler ayrılığı esasına dayalı demokratik bir başkanlık sistemi model alınmıyor demektir. Aksine demokratik sistemlere özgü bir özellik olmayan kuvvetler birliği kavramı izlenmektedir.*” Bkz. Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) “2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü” (Venedik 10-11 Mart 2017) par.98.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Tefik Sönmez KÜÇÜK, **Anayasa Hukukundaki Çağdaş Eğilimler Işığında Parlamenter Dokunulmazlıklar**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 444-467.

Dolayısıyla, Türkiye’de de parlamenter denetim mekanizmalarının işleyişi iktidar-muhalefet ayrılığına dayalı olarak gerçekleşmektedir. Hükümeti destekleyen parlamenter çoğunluk iktidar kanadı olarak, muhalefetin hükümeti güçsüz düşürmeye yönelik denetim girişimlerini desteklemeyerek etkisiz ve sonuçsuz bırakmaktadır. Özellikle gensoru gibi hükümetin düşürülmesi ile sonuçlanabilecek denetim mekanizmalarının harekete geçirilmesi, iktidar kanadının desteği olmadıkça mümkün değildir.

Ancak, 2017 Anayasa değişikliği ile başkanlık sistemine benzer yeni bir hükümet sistemine geçildiğinden, TBMM’nin denetim işlevinde de değişiklikler yapılmıştır. TBMM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa’nın 87. maddesinde yer alan “Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek” hükmü, 2017 Anayasa değişikliği ile kaldırılmış, bunun yerine Cumhurbaşkanını ve bakanları denetlemek gibi bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla, TBMM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddede yürütmenin denetlenmesine ilişkin bir hüküm artık yer almamaktadır.

Anayasa’nın 98. maddesinin başlığı olan “TBMM’nin Bilgi Edinme ve Denetim Yolları” ibaresi kaldırılmış ve 98. madde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanır.

Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemeden ibarettir.

Genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesidir.

Meclis soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında 106 ncı maddenin beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir.

Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir.

Meclis araştırması, genel görüşme ve yazılı soru önergelerinin verilme şekli, içeriği ve kapsamı ile araştırma usulleri Meclis İçtüzüğü ile düzenlenir.”

Görüldüğü gibi, 2017 Anayasa değişikliği ile parlamentonun denetim işlevi sınırlanmıştır. Birincisi, parlamenter sistemin bir gereği olarak hükümetin siyasal sorumluluğunu gerektiren yani bir güvensizlik oyu ile görevden uzaklaştırılmalarını sağlayan gensoru yönteminden vazgeçilmiştir. “Gensoru” başlığını taşıyan ve hükümetin denetlenmesinde en etkili yol

olan 99. madde ilga edilmiştir. İkincisi, yazılı soru yöntemi muhafaza edilmesine karşın çok etkili ve kullanışlı bir denetim aracı olan sözlü soru yöntemi ilga edilmiştir. Üçüncüsü, meclis soruşturmasını düzenleyen 100. madde ilga edilmiş, meclis soruşturması ile ilgili hükümler işletilmesi güç koşullara bağlanacak şekilde 105. ve 106. maddelerde düzenlenmiştir.

Meclis soruşturması, başkanlık sistemindeki “suçlama” (impeachment) yoluna benzer bir denetim aracı olarak Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili suçlarının Yüce Divanda yargılanmasını sağlayan bir yöntemdir. 2017 Anayasa değişikliği meclis soruşturmasını bir denetim aracı olarak öngörmüşse de, uygulamada bu aracın işletilmesi oldukça güç koşullara bağlanmıştır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleri ile ilgili suç işledikleri iddiasıyla Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. Meclisin Yüce Divana sevk kararı alabilmesi için üye tam sayısının 2/3’sinin gizli oyu gerekir. Yüce Divan yargılaması üç ay içerisinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır. Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona erer. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, göreviyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır (Ay. md.106). Meclis soruşturması Cumhurbaşkanı hakkında da aynı usul ve çoğunluklar takip edilerek gerçekleştirilir. Ancak, Cumhurbaşkanı açısından görev suçu/kişisel suç ayrımı yapılmaksızın bütün suçlar bakımından meclis soruşturması yapılması söz konusudur²⁹. Cumhurbaşkanı’nın görevinin sona ermesi için Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olması gerekmektedir (Ay. mad.105).

Görüldüğü gibi; meclis soruşturması, TBMM tarafından kolaylıkla harekete geçirilebilecek etkili ve uygulanabilir bir denetim mekanizması değildir. Özellikle iktidar partisine mensup milletvekillerinden oluşan parlamenter çoğunluğun, parti lideri Cumhurbaşkanı ve bakanlarla aynı siyasi partiye üye oldukları göz önünde bulundurulduğunda; meclis soruşturması için gerekli sayısal çoğunluklara ulaşılmasının ne denli güç

²⁹ Bkz. Tevfik Sönmez KÜÇÜK, **Anayasa Hukukundaki Çağdaş Eğilimler Işığında Parlamenter Dokunulmazlıklar**, s. 330-352; Salih TAŞDÖĞEN, “Cumhurbaşkanının Ceza Sorumluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 1293-1321.

olduğu anlaşılır. Öte yandan, bu sayısal çoğunluklara ulaşılsa bile hakkında soruşturma açılmasına karar verilen hatta Yüce Divana sevk edilen bir Cumhurbaşkanı'nın görevini sürdürmesinde herhangi bir sakınca görülmemiştir. Oysa, Meclisin en az 2/3'nün güvenini yitirmiş ve Yüce Divanda sanık sıfatını taşıyan bir cumhurbaşkanının ya da bakanların görevini sürdürmesinde önemli sakıncalar bulunmaktadır. Üstelik, Yüce Divan görevini ise ekseriyetini Cumhurbaşkanı'nın seçtiği üyelerden teşekkül eden Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Bu durum ise Yüksek Mahkemenin bağımsız ve tarafsız yargılama yapabilme kapasitesini olumsuz etkileyebilecektir.

Cumhurbaşkanı tarafından yapılan üst düzey bürokrat ve yargıç atamalarında da TBMM'nin onayı aranmadığı için denetim işlevinden yoksundur. Aynı şekilde Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların atanmasında da Cumhurbaşkanı'nın tek belirleyici olduğu, TBMM'nin onay sürecinin dışında tutulduğu görülmektedir. Oysa ABD'de bakanlar dahil üst düzey bürokratların atanması ve Federal Yüksek Mahkemeye yargıç atanmasında Başkan tek yetkili olmayıp, Senatonun onayı aranmaktadır. Böylece Senato, Başkan karşısında denetim ve denge unsuru olarak varlık gösterebilmektedir.

Sonuç olarak; 2017 Anayasa değişikliği, Meclisin denetim işlevini önemli ölçüde zayıflatmıştır. Gensoru denetimi kaldırılmıştır. Meclis soruşturması denetimi imkânsız olmasa da aşırı ölçüde zorlaştırılmıştır. Yürütme ve yargı alanında yapılan üst düzey atamalarda Cumhurbaşkanı tek belirleyici olarak öngörülmüş, TBMM'nin onayı aranmamıştır. Siyasal iktidarın hem siyasal denetiminde hem de yargısal denetiminde etkili mekanizmalara yer verilmemiştir.

4) Bütçe İşlevi Açısından

Parlamentoların doğuşu ve gelişimi ile bütçe işlevi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Öyle ki, bütçe işlevi tarihsel süreçte parlamentonun hem temsil hem denetim hem de kanun koyma gibi diğer işlevleri üstlenmesinde öncü bir rol oynamıştır. Nitekim İngiltere'de 1215 tarihli Magna Carta'nın ilanı ile başlayan süreçte İngiliz Kralları, vergileri yükseltmek ve feodal güçlerin desteğini kazanmak amacıyla devlet işlerine sembolik değerde katılımı sağlamaya dayalı saray toplantıları yapmaya başlamışlar, zamanla bu toplantılar kurumsallaşarak İngiliz Parlamentosunun doğmasına yol açmıştır³⁰. Bu süreçte, kamunun nerelere ne ölçüde kaynak ayırması gerekeceği ve bu kaynakların finansmanı için vatandaşa ne gibi

³⁰ Michael G. ROSKIN, *Çağdaş Devlet Sistemleri*, s. 25.
YUHFD Cilt. XVII No.1 (2020)

yükümlülükler getireceği, halkın ya da halk adına karar vermeye yetkili temsili meclislerin söz sahibi olmaları “bütçe hakkı” olarak kavramsallaştırılmıştır. 1688 tarihli “Bill of Rights” ile de vergi toplamak kralın yetkileri arasından tamamen çıkarılmış; böylelikle parlamentonun bütçe üzerindeki yetkisi önemli ölçüde kurumsallaşmıştır³¹. “Temsilsiz vergi olmaz” ve “kanunsuz vergi olmaz” ilkeleri parlamentonun temsil ve yasama işlevi ile “kanunsuz harcama olmaz” ilkesi de parlamentonun denetim işlevi ile bağlantılı olarak bütçe işlevinin unsurlarını içerir.

Parlamentoların bütçe işlevi kazandıkları tarihsel perspektife ters olarak, 2017 Anayasa değişikliği ile TBMM’nin bütçe işlevi önemli ölçüde hasara uğratılmıştır. Böylece TBMM, bütçeyi yürütme organına karşı bir fren ve denetim aracı olarak kullanamayacak; bütçe konusu Cumhurbaşkanının tek başına belirleyeceği bir anayasal yetki haline gelmiştir³². Dolayısıyla, TBMM’nin bütçe yetkisi bakımından işlevsizleştirilmesi parlamentosuzlaştırma girişiminin önemli bir halkasını oluşturmaktadır.

2017 Anayasa değişikliği ile yeniden düzenlenen 161. maddeye göre; bütçe kanun teklifini hazırlama ve TBMM’ye sunma yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Dolayısıyla milletvekillerinin bütçe kanun teklif etme yetkisi bulunmamaktadır. Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılması mümkündür. “Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek uygulanır.” (Ay. md.161/4).

Görüldüğü gibi; Cumhurbaşkanı tarafından teklif edilen bütçe kanunun TBMM tarafından reddedilmesi olasılık dışı bırakılmıştır. Bunun anlamı, Cumhurbaşkanının her hâlükârda önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirilerek uygulanacağıdır. Bu da, TBMM’yi Cumhurbaşkanı üzerindeki önemli bir denetim mekanizmasından mahrum bırakmaktadır³³.

6771 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu’nun teklif gerekçesinde ise TBMM’nin bütçeyi reddetme yetkisi bir denge ve fren mekanizması olarak değil; bir “sistem tıkanıklığı” sebebi olarak ele alınmış ve yürütme istikrarının devamı için TBMM’nin bütçe yetkisine son verildiği ifade

³¹ Fatih KARA, “Parlamento ve Çok Yıllı Bütçeleme: Türkiye Örneği” **Yasama Dergisi**, sayı:27, yıl:2014, s.132.

³² Sevtap YOKUŞ, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri”, s. 679.

³³ Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) “2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü” (Venedik 10-11 Mart 2017) par. 91.

edilmiştir. Anılan gerekçeye göre³⁴; “Kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması ve yürütme istikrarının devamı için, bütçe kanununun yürürlüğe konulamaması halinde bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilmesinde artırılarak yürürlüğe konması hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme, bütçenin süresinde yasalaşmaması nedeniyle yaşanabilecek sistem tikanıklarını önleyecek olması bakımından dengeleyici bir işlev görecektir.”

Özbudun’un da ifade ettiği gibi; bu hükümle, gerek parlamenter sistemde gerek başkanlık sisteminde parlamentonun yürütme karşısındaki en etkili denetim silahlarından biri olan, bütçeyi kabul etmeme yetkisi fiilen ortadan kaldırılmış bulunmaktadır³⁵. Sonuç olarak; TBMM’nin bütçeyi kabul ya da red yetkisinin bir anlamı ya da etkisi kalmamış, “kanunsuz harcama olmaz” ilkesinden sapılmıştır.

2017 Anayasa değişikliği ile TBMM’nin bütçeyi reddetme yetkisinin elinden alınması ne parlamenter hükümet sisteminin mantığına ne de başkanlık hükümet sisteminin mantığına uyar. Anılan hüküm, Türkiye’de yeni sistemde yasama organının yürütme karşısında sahip olduğu son silah olan bütçe yetkisini de kaybettiği anlamına gelir³⁶.

SONUÇ

“Hakların güven altına alınmadığı kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda Anayasa yoktur”³⁷.

Anayasalar, hak ve özgürlükleri güvence altına alan temel hukuk metinleridir. Bu nedenle, siyasal iktidarı hak ve özgürlükler ekseninde düzenler ve sınırlarlar. Siyasal iktidarı özgürlükler lehine sınırlamanın biricik yolu da kuvvetler ayrılığı ilkesini (séparation des pouvoirs) anayasal bir ilke olarak benimsemekten geçer. Mutlak monarşilerin sınırlandırılmasında ise parlamentoların temel bir rol oynadıkları görülür. Parlamentolar oy hakkının yaygınlaşmasına bağlı olarak temsil güçleri arttıkça yürütme karşısında denge ve denetim işlevi kazanmışlardır. Bu bağlamda parlamentolar bütçe, yasama, temsil, hükümetin denetlenmesi gibi alanlarda anayasal fonksiyonlara sahip olmuşlardır. O halde, parlamentolar doğuşu ve

³⁴ TBMM S. Sayısı: 447, Yasama Dönemi:26, Yasama Yılı:2, 2017 Anayasa Değişikliği Kanun Teklifi (2/1504) 18. Madde Gerekçesi, 30.12.2016. (internet erişimi: 1.12.2019 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>)

³⁵ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 226.

³⁶ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 685.

³⁷ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi Madde 16.

gelişimi itibarıyla siyasal iktidarın mutlak niteliğine son veren ve onu yürütme alanı ile sınırlayan bir fonksiyona sahip olmuşlardır.

İşte *parlamentosuzlaştırma* olgusu, bu sürecin kesintiye uğratıldığı ve hatta tersine döndürüldüğü bir süreci ve gelişmeyi ifade etmektedir. Ülkemiz açısından bu sürece TBMM’nin temsil, yasama, hükümetin denetlenmesi ve bütçeye ilişkin fonksiyonlarını önemli ölçüde kaybettiren 2017 Anayasa değişikliği ile girilmiştir. Gerçi bu süreçte 2007, 2010 ve 2016 Anayasa değişikliklerinin de önemli payı bulunmaktadır. Ancak 2017 Anayasa değişikliği parlamentosuzlaştırma sürecinin en güncel, radikal ve kapsamlı halkasını oluşturduğu için üzerinde daha önemle durulmasını gerektirmektedir.

2017 Anayasa değişikliği ile TBMM yasama, denetim, temsil ve bütçe alanlarında önemli yetki kaybına uğratılmış, siyasal karar süreçlerindeki etkisi zayıflatılmıştır. Bir kere, TBMM temsil tekeline sahip iken artık 2007 ve 2017 Anayasa değişiklikleri neticesinde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve yürütmenin biricik unsuru haline getirilmesi nedeniyle bu tekeli kaybetmiştir. İkincisi, yasama yetkileri de zayıflatılmıştır. Cumhurbaşkanı yasaya dayanmaksızın ve meclisten yetki/onay almaksızın yasaya aykırı olmamak koşuluyla kararname çıkarabilecektir. OHAL sürecinde de çıkaracağı kanun hükmünde kararname ile istediği düzenlemeyi yapabilecek ve bu düzenlemeler yargı denetimine tabi olmayacaktır. Basit çoğunlukla kanun çıkarabilen Meclis artık Cumhurbaşkanının vetosu halinde üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kanun çıkarabilecektir. Meclisin denetim fonksiyonu da zayıflamıştır. Gensoru denetimi kaldırılmıştır. Meclis soruşturması imkânsız olmasa da aşırı ölçüde zorlaştırılmıştır. Son olarak Meclisin bütçe yapma yetkisi elinden alınmıştır.

2017 Anayasa değişikliği ile denge ve fren mekanizmaları, kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak değil; siyasal iktidar tarafından bertaraf edilmesi gereken “bir kusur”, “engel”, “tıkanıklık” olarak değerlendirilmiştir. Bu anlayışın Anayasa’ya yansıtılması, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi adı altında yeni bir hükümet sistemi tasarlanarak gerçekleştirilmiştir. Parlamentosuzlaştırma, bu yapının temel bir bileşenidir; yürütmeye güç ve etkinlik kazandıracak bir yöntem olarak benimsenmiş ve uygulamaya konmuştur.

KAYNAKÇA

- AKARTÜRK Ekrem Ali, “*Türk Anayasal Gelişmelerinde Kopma: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi (!)*” **Legal Hukuk Dergisi**, cilt :16, sayı :192, yıl :2018.
- AKARTÜRK Ekrem Ali, “*Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHAL KHK’lerinin Hukukla İmtihanı (!)*”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 20. Yıl Armağanı, Cilt: XIII; sayı:1, 2016, s. 211.
- BÖRZEL Tanja A., “*Europäisierung und innerstaatlicher Wandel. Zentralisierung und Entparlamentarisierung?*”, in: **Politische Vierteljahresschrift** 41/2, 2000.
- ÇAM Esat, **Çağdaş Devlet Sistemleri**, Der Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 17-18.
- ÇELİK Demirhan Burak, “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve yeni Hakimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:3, no:4, 2018.
- DUVERGER Maurice, **Siyasal Rejimler**, Sosyal Yayınlar, (çev.Teoman Tunçdoğan), İstanbul, 1986, s.72-73.
- EHRENZELLER Bernhard, “*Funktionsverlust des Parlaments. Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen*”, in: **Neue Zürcher Zeitung** vom 16. Oktober 2002, Nr. 240.
- GÖZLER Kemal, “1982 Anayasası Hala Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme”, (İnternet erişimi: 10.12.2019 <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>)
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2. Bası, Temmuz 2018.
- HARTMANN Jürgen, **Westliche Regierungssysteme**, 2. aktualisierte Auflage, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2005, s. 49-50.
- KANADOĞLU Korkut, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/2, s. 637
- KARA Fatih, “*Parlamento ve Çok Yıllı Bütçeleme: Türkiye Örneği*” **Yasama Dergisi**, sayı:27, yıl:2014.
- KIRCHHOF Paul, “*Entparlamentarisierung der Demokratie?*” İn: André Kaiser/Thomas Zittel (Hrsg.), **Demokratietheorie und Demokratieentwicklung. Festschrift für Peter Graf Kielmansegg**, Wiesbaden 2004.
- KÜÇÜK Tefvik Sönmez, **Anayasa Hukukundaki Çağdaş Eğilimler Işığında Parlamenter Dokunulmazlıklar**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019,

- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayını, Ankara 2017.
- ROSKIN Michael G., **Çağdaş Devlet Sistemleri**, Adres Yayınları, (çev. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara, Mart 2009.
- ŞİRİN Tolga, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi” Legal Yayını, **Anayasa Hukuku Dergisi** cilt:6, Sayı :11, Yıl 2017.
- TAHMAZOĞLU-UZELTÜRK Sultan, “Osmanlı-Türk anayasal geleneğinde başkanlık rejimine yer var mı?” **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınevi, İstanbul 2016.
- TANÖR Bülent -YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta yayını, 19. Bası, Eylül 2019 İstanbul.
- ÜLGEN Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/2.
- YANCI ÖZALP Nihan, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkileri ve Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, Legal Yayını, **Anayasa Hukuku Dergisi** cilt:6, Sayı :11, Yıl 2017.
- YOKUŞ Sevtap, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:6, Sayı:12, 2018.

Diğer Kaynaklar

- AYM, E. 2011/42, K.2013/60, Kt. 9.05.2013.
- AYM, E. 2016/139, 2016/188, Kt. 14.12.2016.
- AYM, E.2017/51, K. 2017/163, Kt. 29.11.2017.
- AYM Kararı: E. 2016/171, K. 2016/164, Kt. 2.11.2016.
- AYM Kararı: E. 2016/172, K. 2016/165, Kt. 2.11.2016 .
- TBMM S. Sayısı: 447, Yasama Dönemi:26, Yasama Yılı:2, 2017 Anayasa Değişikliği Kanun Teklifi (2/1504) Madde Gereçekleri, 30.12.2016. (internet erişimi: 1.12.2019 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>)
- Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) “2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü” (Venedik 10-11 Mart 2017) par.126.

*** BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN TIBBİ MÜDAHALELER
SONUCUNDA İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN
MANEVİ TAZMİNAT DAVASI**
(REASONAL CASING CASE CAUSED BY THE VIOLATIONS OF PHYSICAL
INTEGRITY BY THE MEDICAL INTERVENTIONS)

Dr. Remzi Demir * **

ÖZ

TBK. m. 56'da yaşama hakkının ve beden bütünlüğünün zedelenmesinden kaynaklanan manevi zararların tazmini düzenlenmiştir. Zarar görenin vücut veya ruh bütünlüğünün maddi ya da manevi bir zarar oluşturacak biçimde bozulması, bedensel bütünlüğün ihlali olarak tanımlanmaktadır. Bedensel bütünlüğün ihlalinde, bedensel bütünlükte oluşan eksikliğin sürekli ya da geçici olması, yaşama ve çalışmaya olan etkisi, işgöremezlik oranı da manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahale, tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından hastaya bir hastalığını ya da fiziksel bir rahatsızlığını tedavi etme, hastalıktan koruma ya da acılarını yok etme, mümkün olmadığı takdirde azaltma amaçlarıyla yapılan her türlü yardım ve faaliyeti içerir. Tıbbi müdahaleler sonucunda bedensel bütünlüğü ihlal olunan zarar gören, karşı taraftan olan manevi tazminat istemini aralarındaki sözleşmeye ya da TBK. m. 56 hükmüne dayandırabilecektir.

İnsanların çocuk sahibi olma ya da olmama hakkını ilgilendiren üreme hakkı kavramı, insan olma kimliği, insan onuru, insanın yaşama hakkı, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ve bedensel bütünlüğünün ihlal edilemezliği gibi temel ilkelerle bağlantılıdır. Kişinin üreme hakkını kullanıp kullanmamasıyla ilgili çeşitli üreme işlevleri vardır. Bu fonksiyonların ihlalinin bedensel bütünlüğü ihlal ettiği durumlarda kişi, TBK. m. 56 hükmüne göre manevi tazminat davası açabilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Bedensel bütünlük, kusur, manevi tazminat, tıbbi müdahale, zarar.*

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 14.11.2019. İlk hakem raporu tarihi: 9.12.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 09.01.2020. Onaylanma Tarihi: 13.01.2020.

* Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6025-5476

Esere Atf Şekli: Remzi Demir, “Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlâlından Kaynaklanan Manevi Tazminat Davası”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.27-59.

ABSTRACT

Article 56 of the Turkish Code of Obligations regulates the compensation for non-pecuniary damages resulting from the injury of the right to live and the integrity of the body. The deterioration of the body or soul that is damaged by the detriment of the material or moral harm is defined as a violation of bodily integrity. In the violation of physical integrity, permanent or temporary deficiency in the physical integrity, the effect on living and working, the rate of inability to work is important in determining the amount of non-pecuniary damage.

Medical intervention includes any assistance and activity by a person authorized to deal with the medical profession to treat a disease or physical illness, to protect from illness or to eliminate or, if possible, to reduce it. As a result of medical interventions, the person who violated his physical integrity, the non-pecuniary damage from the other party to the contract or Article 56 of the Turkish Code of Obligations will be able to base the provision.

The concept of reproductive rights, which concerns people's right to have children or not, is linked to basic principles such as human identity, human dignity, human right to life, right to respect for private life and non-violation of physical integrity. There are various reproductive functions related to whether the individual uses the right to reproduction. In the event that the violation of these functions violates the bodily integrity, the person may be Article 56 of the Turkish Code of Obligations, according to the provision of non-pecuniary damages.

Keywords: *Physical integrity, defect, non-pecuniary damage, medical intervention, damage.*

I. GİRİŞ

İnsanların bir arada bulunduğu toplumun bir hukuk düzenine dayanması gerekir. Bu düzenin temellerini de hukuk kuralları oluşturur. Toplumun olduğu her yerde hukuk kuralları bulunmaktadır. Hukuk, toplum içindeki işlevine uygun olarak, toplumun gereksinimlerini karşılamak, toplumun değişen koşullarına uymak zorundadır¹. Ülkemizin ileriye doğru evrilmesinde insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri gözetilerek ve insanın önceliği ilkesine uyarak çeşitli yasal düzenlemeler getirilmiştir.

¹ ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 32. Bs, Ankara 2010, s. 11. YUHFD Cilt. XV No.1 (2020)

Türk hukukunda kişilerin zarar görmesini engelleyici hukuk kuralları sözleşme hukukunda yer aldığı gibi, medeni hukuk ya da borçlar hukukunun genel hükümlerinde de bulunmaktadır. Haksız fiil, hukuk düzeninin onaylamadığı bir fiille başkasını zarara uğratan eylemdir. Bu açıdan, başkasının zarar görmesini önleyen hukuk kurallarını ihlal eden her hareket, haksız fiili oluşturmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun (buradan itibaren TBK. olarak kullanılacaktır) m. 56 hükmünde yer alan bedensel bütünlüğün ihlalden kaynaklanan manevi zararların tazminine yer verilmiştir. Çalışmamızda beden bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan manevi tazminat davasının koşullarına yer verildikten sonra, bedensel bütünlüğün tıbbi müdahaleler sonucunda ihlal çeşitleri incelenmiştir. Konuya ilişkin öğretilerdeki görüşlerin yanı sıra, Yargıtay kararları da irdelenmiştir.

II. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİNDEN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT DAVASI'NIN KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

TBK. m. 56'da, yaşama hakkının ve beden bütünlüğünün zedelenmesinden kaynaklanan manevi tazminat talebi özel olarak düzenlenmiştir². Kusur sorumluluğunun yanı sıra özen sorumluluğuna da dayanan TBK. m. 56 hükmü, kendisine açıkça TBK. m. 71'de atıf yapılan tehlike sorumluluğu halinde de uygulanabilecektir³. Bu durumlarda hâkim,

² ANTALYA, Osman Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 11; ATLAN, Hülya: Manevi Zararı Tazmin Yolları, On İki Levha, İstanbul 2015, s. 45; KESKİN, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 211; ERTAŞ, Şeref: "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 223; ATLAN, Hülya: "Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65 Sayı: 4, Ankara 2016, s. 2660; SULU, Muhammed: " Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22(3), s. 2738; ANTALYA, Osman Gökhan: "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması - Türk Hukukuna Manevi İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi ", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22(3), s. 224.

³ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bs, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 814; REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 262; UYGUR, Turgut: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt -1, 3. Bs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 443; YILDIZ, Nihal: Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Editörler: Hakeri, Hakan / Doğan / Cahid), Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 115; YILMAZ, Orhun: " Manevi Tazminat

T.B.K. m. 56 hükmü gereğince, zarar görene veya şartları olduğu takdirde yakınlarına manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verebilir⁴.

B. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİNDEN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT DAVASI'NIN KOŞULLARI

1. Bedensel Bütünlüğün İhlali

Manevi tazminat taleplerinin çoğunlukla bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklandığı görülmektedir. TBK. m. 56 gereğince, " *Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" Bu hükme göre, ağır bedensel zararlarda, hem doğrudan doğruya zarar gören hem de onun yakınları manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir⁵. Beden bütünlüğünün ihlali, zarar görende fiziksel acı ve ruhsal üzüntüye yol açar⁶. Zarar görenin vücut veya ruh bütünlüğünün, maddi ya da manevi bir zarar oluşturacak biçimde bozulması, bedensel bütünlüğün ihlali olarak tanımlanmaktadır⁷. Alman hukukunda, bedensel bütünlüğün ihlali ile sağlığın ihlali aynı anlamda kullanılmaktadır⁸. Mekanik veya psişik bir müdahale sonucunda, zarar görenin bedeninde anatomik bir değişiklik ve

Talebinde Tarafların Kusur Oranlarının ve Diğer Özel Hallerin Değerlendirilmesi ", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1, (Haziran 2019), s. 94.

⁴ BAŞARA, Gamze Turan: Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 296; ÇELİK, Çelik Ahmet: Bedensel Zararlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 1; HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 11. Bs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 402; ADIR, Esra Kırış: Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 68; YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 225.

⁵ BAŞARA, s. 296.

⁶ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.285; UYGUR, Turgut, s.444; INDERKUM, Matthias: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe asu Persönlichkeitsverletzung (Art. 28A Abs. ZGB), Diss., Zürich 2008, s.139; KILIÇOĞLU, Ahmet: "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", DÜHFD, 1 / 1 (Ekim 1983), s. 287; Ayrıntılı bir çalışma için Bkz. BRAUN, Cihan Avcı: "Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", AÜHFD , 64/1, 2015, s. 46.

⁷ ADIR, s. 45; ERLÜLE, Fulya: Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 131; KESKİN, s. 209; SULU, s. 2746.

⁸ KARNER, Ernst: Das Ersatz Ideeller Schaden bei Körperverletzung, Wien und New York 1999, s. 65.

YUHFD Cilt. XV No.1 (2020)

bozulma meydana gelecektir⁹. Örneğin, kesici delici bir aletle yaralanma sonucunda bir organın yitirilmesi, kişinin duyma ya da görme yetisini yitirmesi, beyin sarsıntısı geçirmesi, iç organların zarar görmesi halleri bedensel bütünlüğün fiili müdahaleler sonucunda ihlali hallerindedir¹⁰.

Kişilik değerlerindeki eksilmenin parayla ölçülmesi mümkün değildir. Manevi tazminatın, zarar vereni cezalandırma amacı taşımamasının sebebi, manevi zararın parayla tazmin edilebilmesinin mümkün olmaması gösterilmektedir¹¹. Bu nedenle, manevi tazminatın tayininde hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır¹². Hâkim, bedensel bütünlüğün ihlali halinde, kanunun belirlediği çerçeveye göre, manevi tazminatın miktarına hükmetmekte serbesttir. TBK. m. 56 hükmünden, manevi tazminatın para olarak ödeneceği anlaşılmaktadır. Bu paranın miktarı ve ödenme şekli konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır¹³. Duygularından ve önyargularından soyutlanmış olarak, objektif bir bakış açısıyla hüküm verecek olan hâkim, TBK. m 56/1 veya 56/2 maddelerine göre davacının uğradığı ruhsal sarsıntının yanında, manevi tazminatın amacına ve somut olayın özelliklerine dikkat etmelidir¹⁴. Bedensel bütünlüğün ihlali, bedensel bütünlükte oluşan eksikliğin sürekli ya da geçici olması, yaşama ve çalışmaya olan etkisi, oluşan ihlalin ve zararın ağırlığı¹⁵, bakıma muhtaç hale gelmesi, uğranılan işgöremezlik oranı da manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır¹⁶. Federal Mahkemenin zarar verenle zarar görenin, bedensel bütünlüğün ihlaline yol açan olaydan sonra evlenmeleri halinde derdest manevi tazminat davasının reddine dair verdiği kararda¹⁷ isabet bulunmaktadır.

⁹ EREN, s. 769; ERLÜLE, s. 126, KARNER, s. 65; BRAUN, s. 46.

¹⁰ ERLÜLE, s. 129.

¹¹ ERLÜLE, s. 81; SAYMEN, s. 84; ARIDEMİR, s. 9.

¹² EREN, s. 821; ATLAN, Manevi, s. 81.

¹³ ANTALYA, Manevi, s. 74; ATLAN, Manevi, s. 91; KESKİN, s. 282; SULU, s. 2750; YILDIRIM, s. 224; TAŞATAN, Caner: "Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (Editör: Baysal, Başak), On İki Levha, İstanbul 2016, s. 474.

¹⁴ ANTALYA, Manevi, s. 77; KESKİN, s. 283; ATLAN, Manevi, s. 91; ERLÜLE, s. 348; ADIR, s. 153.

¹⁵ ANTALYA, Manevi, s. 57; SULU, s. 2751.

¹⁶ BAŞARA, s. 297; ANTALYA, Manevi, s. 232; KESKİN, s. 328; ATLAN, Manevi, s. 175; ERLÜLE, s. 395; ADIR, s. 153; YILDIRIM, s. 225.

¹⁷ BGE 63 II 220.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, manevi tazminatın beden gücü kaybı nedeniyle bozulan ruh huzurunun, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ıstırabın kısmen ve imkan oranında iadesini amaçladığından hâkimin, 4721 sayılı TMK. m. 4 hükmü gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, manevi tazminat miktarını belirlemesini karara bağlamıştır. Ayrıca hâkimin tazminat miktarını belirlerken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ıstırabı da gözetmesini bildirmiştir¹⁸.

Hâkim, TBK. m. 56 hükmünü tatbik ettiği somut olayın özelliklerini, özellikle zarar veren ile zarar gören arasındaki hısımlık ve dostluk, zarar verenin kusuru, tarafların ekonomik durumu, olayın oluş şekli gibi hususları muhakkak gözetmelidir¹⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartların her olayın özelliğine göre değişebileceğinden söz ederek, hâkimin bu konuda takdir hakkını kullanırken, ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçütlere göre göstermesine işaret etmiştir²⁰. Ancak bu kararda belirtilen ölçütler, bazı kuralların soyut tekrarı olarak nitelendirilmiştir²¹. Manevi tazminat, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak belirlenecekse de bu konuda hâkime yol gösterecek birtakım çizelgelerin bulunması, manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin belirsizliği giderebilir. Bu aynı zamanda, manevi tazminat kararları arasında birliği ve dolayısıyla hukuki güvenliği de sağlar. Ülkemiz gerçekleriyle de bağdaşması sebebiyle

¹⁸ “Uyuşmazlık, davacı yararına hükmedilen manevi tazminat miktarının somut olayın gerçekleşme biçimine, hak ve nesafet kurallarına göre, uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nu56. Maddesi: “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir” düzenlemesini içermektedir... Buna göre, manevi tazminat, beden gücü kaybı nedeniyle bozulan ruh huzurunun, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ıstırabın kısmen ve imkan nispetinde iadesini amaçladığından hâkim, TMK.’nın 4. maddesi gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, manevi tazminat miktarını tespit etmelidir. Hâkim tazminat miktarını belirlerken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ıstırabı gözetmelidir.” YHGK, 11.09.2013T, 2013/ 21-228E, 2013/1078K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

¹⁹ EREN, s.816; OĞUZMAN / ÖZ, s. 287; REİSOĞLU, s. 261; ANTALYA, Manevi, s. 85.

²⁰ YİBGK, 22.06.1966, 1966/7E, 1966/7 K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

²¹ KESKİN, s. 314.

katıldığımız düşünceye göre, beden bütünlüğünün ihlal edildiği olaylarda hükmedilecek manevi tazminatın; en düşük miktarının asgari ücretin iki katını, en yüksek miktarının da en yüksek devlet memuru aylığının on katını oluşturması yerindedir²².

TBK. manevi tazminatın üst sınırını belirlememiştir. Zenginleşme yasağına göre, zarar gören, ödenecek tazminat miktarıyla zarar veren olay gerçekleşmesiydi sahip olabileceğinden daha fazlasına sahip olmamalıdır. Manevi tazminat miktarı belirlenirken, zarar vereni ekonomik sarsıntıya uğratmayacak ya da zarar göreni özendirerek yükseklikte bir miktara hükmedilmemelidir²³. Ancak manevi tazminatta, tek sınırın manevi zarar olduğu gözetildiğinde, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hâkimin takdir ettiği manevi tazminat miktarı, manevi zarar sınırında kaldığı sürece, bu miktarın zarar göreni zenginleştirmesi veya zarar vereni ekonomik çöküntüye uğratmasının önemi bulunmaz²⁴. Kaldı ki, ülkemizde manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, Avrupa ülkeleriyle karşılaştırılmayacak kadar düşük miktarlara hükmedildiğini belirten düşüncede²⁵ haklılık bulunmaktadır. Bu nedenle, bedensel bütünlüğün ihlali halleri başta olmak üzere, kişilik haklarının günümüzde karşılaştığı yoğun tehlike ve tehditlerle bu hakların korunmasında görülen modern eğilimlere uygun olarak, manevi tazminat miktarının yükseltilmesi önerisini²⁶ destekliyoruz.

²² "... Tazminatın fonksiyonunun net biçimde tespit edilmemesi, tazminatın belirlenmesine etki edecek olan kriterlerin, dolayısıyla da tazminat miktarının tam ve doğru olarak belirlenmesini engeller. Dolayısıyla, her şeyden önce manevi zararın ve tazminatın niteliğine ilişkin bir standardizasyona ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sağlandıktan sonra, geleneksel hesaplama yöntemi temel alınacak olsa dahi hükmedilecek manevi tazminat kararları arasında nispeten bir istikrar sağlanabilecektir. Bu istikrarın sağlanmasına esas katkı ise, manevi tazminatın objektif ilkelere göre belirlenmesini esas alan iki aşamalı hesaplama yöntemiyle yapılabilir.... Beden bütünlüğünün ihlal edildiği olaylarda hükmedilecek manevi tazminatın; en düşük miktarının asgari ücretin iki katını, en yüksek miktarının da en yüksek devlet memuru aylığının on katını oluşturması, bu anlamda bir öneri olarak ileri sürülebilir." ATLAN, Beden, s. 2676 vd. yer alan kapsamlı çizelgeler.

²³ KESKİN, s. 339; ARIDEMİR, Arzu Genç: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha, İstanbul 2008 s. 177; ATLAN, Manevi Zarar, s. 227; AYDOS, s. 23.

²⁴ ANTALYA, Manevi, s. 78.

²⁵ EREN, s. 821; ANTALYA, Manevi, s. 84.

²⁶ EREN, s. 821; ANTALYA, Manevi, s. 84.

2. Manevi Zarar

Manevi tazminat, kişinin haksız saldırıya uğramasıyla karşılaştığı manevi zararın, zarar verene belirli bir miktar para ödettirilmek suretiyle ya da paranın yerine ya da onunla birlikte başka bir tazminat çeşidinin talep edilmesidir²⁷. Bedensel bütünlüğün ihlali sonucunda meydana gelen manevi zararın TBK. m. 56'ya göre tazmin edilmesi gerekir. Haksız fiil sebebiyle kişi, bedeninde bir acı ve elem duymuş ve manevi azalmalara uğramıştır²⁸. Manevi zararda, yaralanan kişide manevi bir zarar oluşmakta, kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında bir eksilme gerçekleşmektedir. Yapılan tedavilere rağmen kişi sağlığına kavuşamamış, sakat kalmış, yüzünde, bacağına, kolunda iz kalmış olabilir. Kişi haksız fiil sonucunda, bedensel bütünlüğünde yaşamı boyunca uğradığı olumsuz değişikliğin üzüntüsünü hissedecektir²⁹. Kişinin şahıs varlığını oluşturan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlık hakkı, isim,şeref ve haysiyet gibi kişilik değerlerine yönelik ihlallerin, zarar görenin kişiliği üzerinde meydana getirdiği etkiden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır³⁰.

Türk Hukukunda hâkim olan subjektif teoriye göre, kişilik hakkının ihlali sonucunda, fiziki ve manevi acılar duyan, acı, elem ve ızdırap gibi duygularla ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan, huzur, mutluluk duygularını yitiren kişi manevi zarara uğramış sayılmaktadır. Bu görüşe göre, kişilik hakkının ihlal edilmesi ile kişilik hakkının ihlali sonucunda oluşan olumsuzluklar ayırt edilmelidir. Buna göre, zarar, ihlal olayının dolaylı bir sonucudur³¹. Zira, bir duygu zararı olan manevi zararın, kişilik

²⁷ AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bs, Seçkin, Ankara 2016, s. 281; KARNER, s. 130; ANTALYA, Manevi, s. 8; KESKİN, s. 285; ŞAHİN, Ayşenur: "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini", AHBÜHFD 15 / 2, (Nisan 2011), s. 146

²⁸ EREN, s.770; ERLÜLE, s. 133; KIRAÇ, Esmâ: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi", İBD, Yıl: 82, Sayı: 2, Mayıs 2017, s. 13; ÇAKIRCA, Seda İrem: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", YÜED, 2013, s. 27, (E.T. 12/11/2018) ; ÜNAL, Mehmet: " Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD , Cilt: 35, Sayı: 1, Ocak 1978 , s. 399; AYDOS, Oğuz Sadık: "Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat", AHBÜHFD, 16 / 2, (Nisan 2012), s. 11.

²⁹ KILIÇOĞLU, M. Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 567; UYGUR, s. 446; YILMAZ, Battal : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 129.

³⁰ ERLÜLE, s. 44; ANTALYA, Manevi, s. 13; ATLAN, Manevi, s. 47.

³¹ ANTALYA, Manevi, s. 15; ARIDEMİR, s.182; SAYMEN, Ferit Hakkı: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940, s. 92; ERTAŞ, s. 90; YUHFD Cilt. XV No.1 (2020)

hakkı ihlalinin zarar gören üzerindeki duygusal etkisi esas alınmalıdır³². Böylece manevi tazminata, denkleştirme ve tatmin fonksiyonu yüklenmektedir³³.

Objektif teori ise, manevi zararı kişilikte meydana gelen objektif eksilme veya kayıp olarak görmektedir³⁴. Bu teoriye göre, mağdurda psikolojik olarak ortaya çıkan acı, elem gibi tepkiler nazara alınmaz. Zira, kişilik hakkının ihlali sonucunda meydana gelen acının, elem ve üzüntünün, sıkıntının, tam ve kesin olarak belirlenmesi bilimsel açıdan mümkün değildir. Somut olayda kişiden kişiye değişen acı, elem ve üzüntünün manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması mantık kurallarına aykırıdır. Bu nedenle, alelade bir alacak hakkı olan manevi tazminata telafi fonksiyonu yüklenmektedir. Telafi görüşünün zorunlu sonucu olarak, tüzel kişiler ve ayırt etme gücüne sahip bulunmayan gerçek kişiler de manevi tazminat talebinde bulunabilirler³⁵. Ayrıca TMK. m. 25/4'e göre, "*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez*". Hükmün gerekçesinde de, "*.. zira manevi tazminat istemleri ileri sürülmediği sürece kişilik hakkına yönelik saldırıdan elde edilen kazancı isteme hakkının başkasına intikal etmesi düşünülemez. Böylece bu istem ileri sürüldükten sonra, malvarlığı niteliği kazanabilir ve miras yoluyla intikal edebilir*" hususu açıkça belirtilmiştir. Buna göre, alelade alacak hakkı

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (21-22 Ekim 1977, Ankara), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 145; KÖYSÜREN, Sultan Genç: "Manevi Tazminat Davalarının Genel Esasları ile İş Kazası veya Meslek Hastalığı Hallerinde Uygulama Şekli", Terazi Hukuk Dergisi, S. 91, Ankara 2014, s. 72.

³² ARIDEMİR, s. 177; SALDIRIM, Mustafa: Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu, Bilge, Ankara 2013, s. 255; KESKİN, s. 99; ERTAŞ, s. 90; ARAT, Ayşe: "6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 58'e Göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II'nin Kaldırılmasına Etkisi", EÜHFD, C: XVII, S: 3-4, Erzincan 2013, s. 15.

³³ ARIDEMİR, s. 177; SALDIRIM, s. 255; SAYMEN, s. 83; ARIDEMİR, s. 8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 161; SULU, s. 2754; ŞAHİN, s. 156.

³⁴ ANTALYA, Manevi, s. 17; KIRCA, Çiğdem: "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", Yargıtay Dergisi, Temmuz 1999, s. 253; TAŞATAN, s. 483; ADIR, s. 61; EREN, s. 815; KESKİN, s. 141; ERLÜLE, s. 54; ATLAN, Manevi, s. 50; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

³⁵ KESKİN, s. 102, 263; SAYMEN, s. 83; ATLAN, s. 55; KIRCA, s. 258; ARAT, s. 186; KILIÇOĞLU, Tüzel, s. 289; AYDOS, s. 12.

olan manevi tazminat devredilebilir, mirasçılara geçebilir³⁶ ve sorumluluk sigortasına konu olabilir³⁷.

Karma görüş olarak tanımlanan üçüncü görüşe göre, kişilik değerinin ihlalden doğan objektif eksilme ile bu ihlal nedeniyle zarar görenin duyduğu acı ve elemi ruh bütünlüğünde veya yaşama sevincinde oluşturduğu eksilme birlikte değerlendirilmelidir. Objektif teorinin savunduğu objektif unsur ile sübjektif teorinin savunduğu sübjektif unsur ile tamamlanmalı ve manevi zarar her iki unsurun birleştirilmesi ile oluşmalıdır³⁸. Bu görüşe göre, kişilik hakkı ihlalinin kişide oluşturduğu öfke ve kızgınlığın giderilmesinin tatmin işlevi, bedensel acı ve ızdırabın giderilmesinin ise denkleştirme işlevi gördüğü işaret edilerek, manevi tazminatın karma amaca sahip olduğu belirtilmiştir³⁹.

Kanaatimizce, insanın en yüce değer olarak benimsendiği çağdaş hukuk sistemimizde, manevi zarar için kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali yeterli olup, bu ihlalin sonucunda manevi acı, elem, keder ya da ıstırap duyulması sonucu aranmamalıdır. Aksi takdirde, mağdurun kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda kişinin nasıl ve ne denli bir acı yaşayıp yaşamadığının tespitine çalışılması, mağdurun kişilik hakkının belki de ilk olaydan daha da ağır biçimde zarar görmesine yol açacaktır. Sübjektif teorinin ya da karma teorinin benimsenmesi halinde, mağdurun ruh dünyasının açığa çıkmasını engellemek için manevi tazminat talebinde bulunmaktan kaçınacağı da başka bir gerçekliktir⁴⁰. Ayrıca bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin, ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, kendisinin idrak ve hissetme yeteneğine sahip olmaması sebebiyle acı, elem ve keder duygularını algılayamayacağı hayatın olağan akışındandır. Böyle bir durumda, ayırt etme yeteneği bulunmayan kişileri manevi tazminatın korumasına layık görmemek, Anayasamızın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırılıktır⁴¹. Özellikle cinsel istismara uğrayan çocuğun ya da cinsel saldırıya muhatap kalmış bir kadının, maruz kaldıkları olayları anlatmaktaki çaresizlikleri ve çekingenlikleri nazara alındığında, objektif teorinin kadına karşı şiddetle mücadeledeki işlevi yadsınamaz.

³⁶ AYDOS, s. 25.

³⁷ KIRCA, s. 253; TAŞATAN, s. 483; ADIR, s. 61; EREN, s. 815; KESKİN, s. 141.

³⁸ ANTALYA, Manevi, s. 18; ARAT, s. 187; ATLAN, Manevi, s. 53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

³⁹ ANTALYA, Manevi, s. 31; ERLÜLE, s. 69; ATLAN, Manevi, s. 55.

⁴⁰ KIRCA, s. 258; ADIR, s. 61; ERLÜLE, s. 69.

⁴¹ ERLÜLE, s. 70.

İsviçre Federal Mahkemesi, manevi zararın gerçekleşmesi için meydana gelen eksilmenin, zarar gören tarafından hissedilmesi, duyulması ve yaşama sevincinin azalmasını şart koşmayarak, beden bütünlüğünün ihlalinin doğrudan doğruya manevi zarara yol açtığını objektif olarak benimsemiştir⁴². Yargıtay ise, kişilik değerlerine yapılan saldırı sonucu, yaşama sevincinde bir eksilme hissedilmesini, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularında azalmanın olmasını, iç dengesinin ve özellikle ruhsal bütünlüğünün bozulmasını aramaktadır⁴³. Benimsemiş olduğumuz objektif teoriye göre, manevi zararın, kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilme olduğu için Yargıtay 9. ve 17. Hukuk Daireleri'nin kararlarına katılmıyoruz. Ancak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, objektif teorinin benimsendiği görülmektedir⁴⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, son dönemde verdiği kararlarında objektif zarar görüşüne yaklaşmıştır⁴⁵.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 47 hükmüne göre, ölüm durumunda sadece ölenin ailesinin manevi tazminat isteyebileceği kabul edilmişti⁴⁶. 6098 sayılı TBK.'nda ise "ölenin yakınları" denilerek kapsam genişletildiği gibi, ağır bedensel zararlar da zarar göreninin yakınları manevi tazminat talep edebilecektir⁴⁷. Kişinin başkasının bakımına muhtaç olacak şekilde omurilik felci geçirmesi, bilincini yitirmesi veya cinsel fonksiyonunu yitirmesi ağır bedensel zarara örnek teşkil eder⁴⁸. TBK. m. 56/2 hükmünde, bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin yakınlarının manevi tazminat talep etmelerini "ağır bedensel zarar" koşuluna bağlamıştır. Yakınları kavramına, zarar görenle o ana kadar ki münasebetleri bakımından manevi acı çekmesi normal ve beklenebilen kişiler dahil olup, mutlaka akrabalık

⁴² BGE 108 II 431, KARNER, s. 134.

⁴³ Y9HD, 2014/33535E, 2016/10473K, 26.04.2016T; Y17HD, 2014/16605E, 2015/5202K, 31.03.2015 (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁴⁴ Y4HD, 2015/6585E, 2016/8202K, 22.06.2016T; Y4HD, 2015/5543E, 2016/7654K, 09.06.2016T, (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁴⁵ YHGK, 2014/21-2215E, 2015/1487K, 12.02.2014T (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, Tüzel, s. 288; SULU, s. 2744.

⁴⁷ YILDIRIM, s. 226; SALDIRIM, s. 255; ANTALYA, Manevi, s. 69; ÇAKIRCA, s. 790, E.T. 13.01.2020.

⁴⁸ ÇAKIRCA, s. 797, E.T. 13.01.2020; KIRAC, s. 40.

bağlantısı şart değildir⁴⁹. Halbuki, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin bizzat açacağı manevi tazminat davasında bu unsur aranmayacaktır⁵⁰.

3. Kusur

TBK. m. 56 hükmü ile, ağır bedensel zarar ya da ölüm hallerinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına, failin kusuru olsun ya da olmasın, manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.⁵¹ Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 47 hükmünde kusurdan söz edilmemesi, manevi tazminata hükmetmek için kusur aranıp aranmayacağı ve kusursuz sorumluluk hallerinde m.47 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır⁵². Öğretide bir görüşe göre, 6098 sayılı TBK.'nda da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, kusur sorumluluğunun şartlarının düzenlendiği TBK. m. 49. hükmünde kusur koşuluna açıkça yer verdikten sonra, TBK. m. 49'un devamı niteliğindeki m. 56 hükmünde kusur koşuluna yeniden değinmeye ihtiyaç duymamıştır. Çünkü kusur, TBK. m. 56'nın özel şartı değildir. Bu nedenle, beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat davasının koşulları, TBK. m. 49 hükmüne tabi olduğundan dolayı zarar verenin kusurunun bulunması şarttır⁵³. TBK.'nın m. 56 hükmü, TBK. m. 49'a göre özel hükümdür⁵⁴.

Katıldığımız görüşe göre, TBK. m. 56 hükmü tek başına kusursuz sorumluluğu düzenleyen bir hüküm değildir. Bu kapsamda kanunun sistematik şekilde yorumlanması gerekir⁵⁵. Bu madde, sorumluluk koşullarının gerçekleşmesi durumunda beden bütünlüğü ihlal edilen kişiye,

⁴⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 288; BAŞARA, s. 298; HAKERİ, s.406; ADIR, s. 85; ANTALYA, Manevi, s. 63; KÖYSÜREN, s. 74; ÇAKIRCA, s. 803, E.T. 13.01.2020; SULU, s. 2744; ŞAHİN, s. 149.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 568; ÇELİK, s. 304; KESKİN, s. 215; ” Dosya kapsamından dava dışı sigortalının iş kazasında elektrik akımına kapılması sonucu yaralandığı, belirlenen maluliyetinin oranının % 65 olduğu anlaşılmaktadır. T.B.K.'nun 56.maddesi ile "ağır bedensel zarar yada ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenmesine karar verilebileceği" hükmü getirilmiştir. Bu yeni düzenleme ile, yaralanan sigortalının yakınlarının manevi tazminat davası bakımından hak sahipliği durumu için "ağır bedensel" zarar koşulunu getirmiştir. Bu açıklamalardan, T.B.K.'nda iş kazası nedeniyle ağır bedensel zarara uğrayan sigortalının yakınlarının manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu hususunda tartışma bulunmamaktadır.” Y21HD, 2016/5524E, 2016/7287K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁵¹ ERLÜLE, s. 147; ANTALYA, Manevi, s. 23.

⁵² ERLÜLE, s. 159; KESKİN, s. 217; ÜNAL, s. 415; SULU, s. 2746; ŞAHİN, s. 147.

⁵³ EREN, s. 820; ANTALYA, Manevi, s. 58; AYDOS, s. 14.

⁵⁴ ANTALYA, Model, s. 242.

⁵⁵ ADIR, s. 118; KESKİN, s. 213; ERLÜLE, s. 178.

ağır bedensel zarar ve ölüm halinde ise ağır bedensel zarara uğrayanın veya ölenin yakınlarına manevi tazminat verilmesini düzenlemektedir. Buna göre, beden bütünlüğünün ihlalinden dolayı manevi tazminat istenebilmesi için, kusurun ya da sorumluluğa yol açan bir kusursuz sorumluluk halinin bulunması gerekir. Bu görüşe göre, bir kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkını kusurlu biçimde ihlal ettiği için sorumlu tutulan kişiden manevi tazminat talep edilebileceği gibi, bir kusursuz sorumluluk hali mevcut olduğu için sorumlu tutulandan da TBK. m. 56 gereğince manevi tazminat istenebilir⁵⁶. Ancak, zarar gören hatır ya da iyilik sebebiyle yapılmakta olan bir fiil sırasında zarar görmüşse, manevi tazminat miktarı, hakkaniyet gereğince daha az takdir edilir⁵⁷.

Öğretide, kusurun ve zararın, manevi tazminatın şartları olduğu ileri sürülerek, "*olayın özellikleri*" bağlamında, tazminatı haklı kılması yönünden bir hukuki olgu olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸. Ancak manevi tazminatta, TBK. açısından kusurun ve zararın ağırlığı unsuruna yer verilmediğinden ötürü, bu görüş kabul edilemez. Olayın özellikleri ile zararın ağırlığı manevi zararın belirlenmesinde, kusur ise manevi tazminatın hesaplanmasında nazara alınır⁵⁹. TBK. m. 56 uyarınca, manevi tazminat parasının belirlenmesinde, TBK. m. 51'de ifade olunan "*durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığının*" belirleyici olduğu kıyasen bildirilmiştir⁶⁰.

Zarar görenin birlikte kusuru, olayın özelliği gerektiriyorsa manevi tazminat istemine kural olarak engel olmaz⁶¹. Davacının birlikte kusurunun, karşı tarafın kusurundan daha ağır bulunması, nedensellik bağına kesecek nitelikte olmadıkça manevi tazminat hükmedilmesine engel oluşturmaz⁶². Yargıtay emsal kararında, hakimin bedensel bütünlüğü ihlal edilen davacı ile davalının kusurlarını birlikte değerlendirerek manevi tazminata hükmetmesi gerektiğinden bahisle, yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶³.

⁵⁶ ERLÜLE, s. 164.

⁵⁷ ANTALYA, Manevi, s. 271; KESKİN, s. 336; ATLAN, Manevi Tazminat, s. 224.

⁵⁸ ARIDEMİR, s. 217; KESKİN, s. 211; ÜNAL, s. 435.

⁵⁹ ANTALYA, Manevi, s. 58; ERTAŞ, s. 100; ERLÜLE, s. 371; KESKİN, s. 329.

⁶⁰ ANTALYA, Manevi, s. 271.

⁶¹ REİSOĞLU, s. 262; HAKERİ, s. 410; ANTALYA, Manevi, s. 274; ÜNAL, s. 424.

⁶² UYGUR, s.446.

⁶³ "..... Bedensel bütünlük eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fizik bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı

da kapsadığı tartışmasıdır. Olayın özelliklerinin neler olduğu 22.6.1966, 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklanmıştır. Bunlar her olayda değişebilir. Bu nedenle hakiminin kararında bu özellikleri objektif ölçülere göre göstermesi gerekir. Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan

Hâkim manevi tazminat miktarını takdir ederken, zarar görenin kusurunu dikkate almasını işaret eden bu kararda isabet bulunmaktadır.

4. Hukuka Aykırılık

Kişilik hakkı değerinin ihlalini haklı kılan bir hukuki sebep bulunmadıkça, kişilik değerini zedeleyen davranış kural olarak hukuk aykırıdır⁶⁴. TMK. m. 24/II hükmünde sayılan hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerin bulunması ya da farklı bir düzenleme getirilmesi istisnadır⁶⁵. Somut olayda, bir hukuka uygunluk sebebinin olması yani haklı savunma, zarar görenin rızası, kanun hükmünün ya da devlet gücünün uygulanması gibi bir sebep varsa eylem manevi tazminat ödenmesini gerektirmez. Üstün özel ya da kamu yararının, anayasada yer alması ve hukuken korunan bir menfaati içermesi koşuluyla hukuka uygun olması gerektiğini belirten görüşte isabet bulunmaktadır⁶⁶. Ancak TMK. m. 23 hükmünün sınırları aşılıp, hukuk ve ahlaka aykırı bir hal söz konusu ise, saldırı hukuka uygun olmayacaktır⁶⁷. TBK. m. 63'de bazı durumlarda hukuka aykırılığı kaldıran haller düzenlemiştir⁶⁸. Bu hükme göre, *“Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. / Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği tasıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kisinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”*

manevi zararlar orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir... Hakim bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da özetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. Mahkemece maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan, manevi tazminatın takdirinde yanılığa düşülerek ve özellikle manevi tazminatın az takdiri suretiyle yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır.” Y2HD, 2013/16869E, 2014/5227K, 18.03.2014T, (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁶⁴ ÜNAL, s. 410.

⁶⁵ ANTALYA, Manevi, s. 54.

⁶⁶ INDERKUM, Matthias, s. 52.

⁶⁷ EREN, s.815; AYAN, s. 252; HAKERİ, s. 403.

⁶⁸ SULU, s. 2754.

TMK. m. 23 hükmüne göre, kişiliğin korunması kapsamında görülen, kişinin kısmen olsun feragat edemeyeceği ve kısmen de olsa kanuna ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı haklar kapsamına giren hakların önemli bir kısmı, yaşama hakkı dâhil, temel hak ve özgürlükler kapsamında yer almaktadır. Bu kural Anayasa'nın 17. maddesindeki: “*Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez*”, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz*” düzenlemesi ile de sergilenmektedir. Böylelikle kişinin bedensel bütünlüğü, bizzat kendisi ya da üçüncü kişiler tarafından yapılan ihlallere karşı korunmuştur. TBK. m. 56 hükmünde, kişinin yaşamını, beden bütünlüğünü ya da sağlığını ihlal eden hukuka aykırı fiillerin, manevi tazminat şeklindeki yaptırımını düzenlenmiştir⁶⁹. Bedensel bütünlüğün ihlali halinde, failin manevi tazminatla sorumlu tutulmasının gerekçesini, mutlak haklardan olan kişilik haklarını koruyan normların ihlali oluşturur⁷⁰. Ancak bu klasik bakış açısını benimsemeyen bir başka görüş, hukuken korunan değer ihlalini yeterli görmeyerek, yükümlendirilmiş bir davranışta bulunulmamasını da hukuka aykırılık olarak kabul etmektedir⁷¹.

5. Uygun Nedensellik Bağı

Bedensel bütünlüğün ihlalden kaynaklanan manevi zararın tazmini için, kusurlu davranış ya da sorumluluk olgusu ile manevi zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁷². Somut olayda meydana gelen bir sonucu, olayların normal akışına ve ortak yaşam deneyimlerine göre, niteliği gereği oluşturmaya elverişli olan fiil ya da olgu arasındaki ilişki uygun nedensellik bağıdır⁷³. Başkasına yapılan hukuka aykırı bir fiille, o kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali halinde, kendisiyle uygun nedensellik bağı olmaksızın zarara uğrayanlar bakımından, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmez⁷⁴. Örneğin, başka bir kişiye cinsel saldırı eylemine tanık olan kişinin olayın etkisiyle bayılması ve hastanede tedavi görerek iyileşmesi durumunda uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır. Zira, burada tanığın bedensel bütünlüğüne karşı herhangi bir ihlal yoktur. Örneğimizde cinsel

⁶⁹ ERLÜLE, s. 155; ANTALYA, Manevi, s. 37.

⁷⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s.285; AYAN, Mehmet, s. 252; KÖYSÜREN, s. 74.

⁷¹ ANTALYA, Manevi, s. 55.

⁷² ANTALYA, Manevi, s. 66; YILMAZ, s. 131; AYDOS, s. 13.

⁷³ ERLÜLE, s. 169; HAKERİ, s. 406; INDERKUM, s. 139; AYAN, s. 282.

⁷⁴ AYAN, s. 283.

saldırıya uğrayan kişi, bayılanın yakını ise TBK. m. 56/2 hükmüne göre manevi tazminat talep edebilir⁷⁵.

Öğretide, zarar gören ile arasında yoğun ve sıkı ilişki bulunan ya da derin gönül bağı içerisinde olan kişiler yakın kapsamına dahil edilmiştir⁷⁶. TBK. m. 56/2 hükmüne göre yakınların açacağı manevi tazminat davasına dair, şöyle bir örnek verilebilir. Kaza geçirip bir süre yoğun bakımda kalan kişinin yakınlarının bu zaman zarfında ruhsal sarsıntıya uğradıklarının kabulü gerekir. Özellikle ağır bir sakatlığa uğrayan, fazladan ömür boyunca başkasının sürekli bakımına ihtiyaç duyan kişinin yakınlarının, yüksek miktarda tazminat taleplerinin son derece haklı olduğunu belirten düşüncede isabet bulunmaktadır⁷⁷.

III. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN TIBBİ MÜDAHALELER SONUCUNDA İHLAL HALLERİ

A.GENEL OLARAK

Sözleşmeye aykırılık halinde uygulama alanı bulacak hükümler, TBK.'nın 112 vd. maddelerinde yer almaktadır. Ayrıca taraflar arasında tıbbi müdahaleyi konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğine göre, ait oldukları sözleşme hükümleri de uygulanabilecektir⁷⁸. Tıbbi müdahaleyi konu edinen sözleşmelerin vekalet ya da eser sözleşmesi olarak nitelenmesi durumunda, bedensel bütünlüğün ihlali hallerinde meydana gelen ihtilaflar, vekalet ya da eser sözleşmesinin normlarıyla karara bağlanacaktır. TBK. m. 114/2 hükmünde yapılan atıfla, TBK. m. 56 hükmünün kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanacağı ve manevi tazminat talebine ilişkin koşullar gerçekleştiği takdirde, zarar görenin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebileceği belirtilmiştir⁷⁹.

Tıbbi müdahaleler sonucunda bedensel bütünlüğü ihlal olunan zarar gören, karşı taraftan olan manevi tazminat istemini aralarındaki sözleşmeye ya da TBK. m. 56 hükmüne dayandırabilecektir. Aşağıda tıbbi müdahale türlerinin kapsamaları belirtildikten sonra, emsal yargı kararları ile kuramsal uyum sorunu irdelenmiştir.

⁷⁵ OĞUZMAN / ÖZ , s.286; SALDIRIM, s. 255.

⁷⁶ GÜRSOY, Kemal Tahir: “Manevi Zarar ve Tazmini”, AÜHFİD , Cilt: 30, Sayı: 1-4, 1973, s. 20; ÇAKIRCA, s. 803, E.T. 12.01.2020.

⁷⁷ ÇELİK, s. 311; SULU, s. 2748.

⁷⁸ YILDIZ, s. 118; YILMAZ, s. 33.

⁷⁹ BAŞARA, s. 305; ERLÜLE, s. 154; HAKERİ, s. 407; SULU, s. 2753.

B. TIBBİ MÜDAHALELER

Tıbbi müdahale, tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından hastaya bir hastalığını ya da fiziksel bir rahatsızlığını tedavi etme, hastalıktan koruma ya da acılarını yok etme, mümkün olmadığı takdirde azaltma amaçlarıyla yapılan her türlü yardım ve faaliyeti içerir⁸⁰. Tıbbi müdahale kavramına, hastalıkların teşhis aşamasında yapılan gen incelemeleri de dahildir⁸¹.

Tıbbi müdahalenin kaynağı, Anayasa'nın 17/II maddesidir. Bu düzenlemeyle, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilerek kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı bildirilmiştir. Tıbbi müdahale, araştırma dahil olmak geniş bir alana yayılmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması için hastanın özgür iradesine dayanarak rıza göstermesi, tıbbi müdahalenin bir hekim tarafından ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir⁸². Yargıtay, tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahaleyi tıbbi bir müdahale sayarak, küçükler ve akıl hastalığı veya benzeri sebeple onay verme yeteneği bulunmayan yetişkinler hakkında, tıbbi müdahalenin yasal temsilcilerinin izniyle yapılacağına işaret etmiştir⁸³.

Hukukumuzda, tıbbi müdahaleye rıza hususu münferiden bir Kanun'da düzenlenmiş değildir⁸⁴. HHY. m. 24 hükmünde düzenlenen rıza hususu,

⁸⁰ GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 39; BADUR, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 28, ZENGİN, Mehmet Ali: Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 29; ÖZGÜL, Mehmet Emin: Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 5; YILMAZ, s. 3; GÜLEL, İlhan: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 21.

⁸¹ DEMİR, Remzi: Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.129.

⁸² BADUR, s. 317; ERLÜLE, s.182; ANTALYA, Manevi, s. 59.

⁸³ "Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir. Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bir kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi zorunludur. Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. Muvafakat verme yeteneği bulunmayan yetişkinler hakkında, tıbbi müdahale, yasal temsilcilerinin izniyle yapılabilir. Bu zorunluluk, küçüğün yasal temsilcisi olan ana ve babasına husumetin yönelttilmesini gerekli kılar." Y17HD, 04.2013T, 2013/21336E, 2014/4508K. (UYAP), 13.01.2020.

⁸⁴ BADUR, s. 51; GÜLEL, s. 48.

1219 sayılı TŞSTİDK. hükümlerinde de benzer şekilde düzenlenmiştir. 1219 sayılı TŞSTİDK. m. 70/1 hükmüne göre:

"Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"

Tıbbi müdahalelerde hekimin meslek kurallarına uymaması halinde, manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmesi kaçınılmazdır⁸⁵. Tıbbi malpraktis kavramı, tıbbın kötü uygulanması, kötü hekimlik uygulamaları veya tıpta yanlış uygulamalar olarak adlandırılmaktadır. Dünya Tabipleri Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nun sonuç bildirgesinde, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği ya da hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zararlara yol açan malpraktis, tıbbi kötü uygulama anlamına gelmektedir⁸⁶. Tıbbi hata ise, hekimin tıp mesleğini icra etmesi sebebiyle yaptığı tıbbi müdahalede, tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymayarak hastasının hayatına veya sağlığına zarar vermesi halidir⁸⁷.

Öğretide hekim ile hasta arasındaki sözleşme, vekalet sözleşmesi olarak benimsenmektedir⁸⁸. Yargıtay, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğunu nitelemiş ve *"hekime hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorunda olduğunu"* işaret etmiştir. Bu karara göre, hekimin asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olduğunu ve çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri

⁸⁵ DEMİR, s. 170.

⁸⁶ YILDIZ, s. 113; HAKERİ, s. 352.

⁸⁷ GÖKCAN, s. 61.

⁸⁸ Ayrıntılı bir çalışma için Bkz. TEKBEN, Tuğçe: "Hekim İle Hasta İlişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", YÜHFD - Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Özel Sayısı, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2011, s. 871.

YUHFD Cilt. XV No.1 (2020)

göz önünde tutarak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınması gerekmektedir⁸⁹.

C. ORGAN VE DOKU NAKİLLERİ

Latince organum sözcüğünden gelen organ terimi, biyolojide bedenin özel bir görev yapan parçası olarak, belli bir görevi ya da görevler bütünü yapan doku grubunu karşılamaktadır. Tıp biliminde organ, canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak belirlenebilen bölümüdür⁹⁰.

Organ ve doku nakli, yaşayan veya ölmüş bir kişiden tamamen ya da bir parçası alınan organın veya dokunun, tedavi amacı güden bir tıbbi müdahaleyle başka bir kişinin vücuduna yerleştirilmesidir. Kural olarak otogreftler, saç ve deri alınması, aşılama ve nakli ile kan transfüzyonu organ ve doku nakli sayılmaktadır⁹¹. Çağdaş bir devlet anlayışı, kişinin sağlığının korunması, maddi manevi varlığını geliştirmesi için gerekli ortamı hazırlamasını gerektirir. Bu nedenle bir kişinin sağlığını korumak ötekinin bedensel işlevlerine zarar vermemek koşuluyla organ nakline izin vermektedir⁹².

TMK. m. 23/3 hükmüne göre, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan, edimini yerine getirmesi

⁸⁹ "Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekil, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, hekimin ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır." Y13HD, 2015/43269E, 2018/4960K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁹⁰ "Organların görevleri birbirinden ayrı ve bağımsızdırlar. Midenin görevi sindirim yapmak, akciğerdeki solunum yoluyla kanı temizlemek, kalbin görevi kanı toplama ve vücuda dağıtmak, böbreğin görevi kanı temizlemek, gözün görevi görmektir." SOYASLAN, Doğan: Organ Nakilleri, Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, TBB Yayını, Ankara 2008, s. 333; GÖKCAN, s. 291; ÖZGÜL, s. 101.

⁹¹ BADUR, s. 317; ZENGİN, s. 49; ERLÜLE, s. 189; HAKERİ, s. 94.

⁹² SOYASLAN, s. 332; HAKERİ, s. 110.

istenemez; maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamaz denilmektedir. Bu fıkrada kişilik haklarının korunması bakımından yazılı rızanın varlığı öne çıkarılmaktadır. Bu rızanın müdahale gerçekleşinceye kadar her zaman geri alınabilir bir rıza olduğu unutulmamalıdır⁹³.

ODASANK. m. 14. hükmüne göre, bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe , kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz⁹⁴.

Yargıtay, " insan kökenli biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı yönündeki emredici hükümlerin dikkate alınarak, Sulh Hukuk Mahkemesi'nin hükmü ile kısıtlının kardeşine organ nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasisine izin ve yetki verilmesine" ilişkin kararı isabetle bozmuştur⁹⁵.

D. CİNSEL YAŞAM VE ÜREME FONKSİYONUNA YÖNELİK MÜDAHALELER

İnsanların çocuk sahibi olma ya da olmama hakkını ilgilendiren üreme hakkı kavramı, insan olma kimliği, insan onuru, insanın yaşama hakkı, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ve bedensel bütünlüğünün ihlal edilemezliği gibi temel ilkelerle bağlantılıdır.⁹⁶ Kişinin üreme hakkını kullanıp kullanmamasıyla ilgili çeşitli üreme fonksiyonları bulunmaktadır. Bu fonksiyonların ihlalinin bedensel bütünlüğü ihlal ettiği durumlarda kişi, TBK. m. 56 hükmüne göre manevi tazminat davası açabilecektir.

⁹³ DEMİR, s. 287.

⁹⁴ DEMİR, s. 287; GÜLEL, s. 79.

⁹⁵ Y18HD, 06.03.2014T, 2013/16178 E, 2014/3998 K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁹⁶ OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan: Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 200.
YUHFD Cilt. XV No.1 (2020)

1. Sterilizasyon (Kısırlaştırma)

Kişinin kendi isteğiyle ve cinsel gereksinimlerini gidermeye engel olmaksızın, çocuk yapma yeteneğinin kaldırılması işlemi olan sterilizasyon ile şartları, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu m. 4 hükmünde düzenlenmiştir.⁹⁷ Bu maddeye göre;

“Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.

Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir. ”

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun m. 6/2 hükmünde, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin rızası aranmaktadır. Ayrıca bu işlemlere tabi tutulacak kişilerin aydınlatılmış onayının alınması şarttır. Yargıtay, sterilize edilmiş koca ile karısının açtıkları manevi tazminat davasında, davacıların korunma yöntemi kullanıp kullanmadığı ve sterilizasyonunun yapıldığı sağlık merkezine başvurarak kontrol spermogram araştırması vasıtasıyla vasktomü ameliyatının başarısını doğrulamasını şart koşturmuştur.⁹⁸ Herhangi bir uzmanlığı olmayan davacı

⁹⁷ GÖKCAN, s. 311; ÖZGÜL, s.123; ERLÜLE, s. 195; YILMAZ, s. 97.

⁹⁸ “Davacılar, davalı hastanede davalı doktor tarafından yapılan hatalı vasktomü ameliyatı sonrasında davacı kadının hamile kaldığından bahisle maddi ve manevi tazminat davasını açmışlardır. Somut uyuşmazlıkta, davacı kocanın davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, ameliyatla davacının meni kanallarının kapatılmasının öngörüldüğü, buna rağmen meni kanallarının tam kapatılmaması nedeniyle davacı kadının hamile kalarak, üçüncü çocuklarını doğurduğu anlaşılmaktadır. Birlikte raporlarında özetle; “hastanın spermogram tetkik sonucundan mevcut olan canlı ve hareketli sperm sayılarının kendiliğinden gebelik için yeterli olduğu, vasktomü sonrası üç kez yapılan kontrol spermogramlarında süren sperm varlığının nedenini değerlendirmek ve kesin kanaat bildirebilmek için cerrahi eksplorasyon ve aynı seansta görüntüleme yöntemlerini de (vazografi) içeren ek işlemlere ihtiyaç bulunduğu, gerçekleştirilen ameliyatın olağan neticesi olarak dünya genelinde olguların % 0.04’ünde 1 yıl içinde kendiliğinden canlı sperm çıkabildiği, yine aynı oranda eşlerde gebelik görülebildiği, sperm çıkışının her olguda mutlak kesileceği garanti olmadığı için bilgilendirme ve takibinin yapılması gerektiği, yapılan tedavide hekim ve hastanenin ihmalinin olduğu ve ameliyatın yetersiz olduğu kanısına varıldığı, hastanın bilgilendirme konusu ve takiplerinin eksiklikler hakkında kesin kanıya varılamadığı” belirtilmiş, özellikle vasktomü operasyonu sonrasında dair 3 aylık dönemde korunma yöntemi kullanıp kullanmadığı ve davacı kocanın ameliyat edildiği tıp merkezine başvurarak kontrol spermogram tetkiki ile vasktomü ameliyatının

karı kocanın, sterilizasyon üzerine yapılan tıbbi müdahaleye güvenerek cinsel yaşamlarına devam etmeleri, hayatın olağan akışındandır. Bu nedenle, yapılan bu tıbbi müdahalenin doğrultulmasının davacıardan beklenilmesinin, ortak yaşam deneyimlerine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

2. Kastrasyon (Hadım Etme)

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile nüfus planlaması düzenlenmiştir. Nüfus planlamasında herhangi bir şekilde cinsiyet tercihi benimsenmemiştir. Sadece çocuk sayısı ve istenilen zamanla sınırlandırılan⁹⁹ nüfus planlamasındaki ölçütleri açıklayan yasal norma göre:

“Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir.

Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır.

Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır

Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.”

Kastrasyon, hadım etmenin tıp bilimindeki karşılığıdır. Erkeğin cinsel salgı bezlerinin alınması yolu ile cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan bir müdahale olan kastrasyonla, kişide cinsel istek ve cinsel ilişkide bulunma yeteneği bütünüyle sona erdirilmektedir¹⁰⁰. Kastrasyon kişinin ergenliği öncesinde ya da sonrasında yapılabilir. Bu işlemle erkeklerin testisi, kadınların ise yumurtalıkları işlevsiz bırakılır¹⁰¹.

Hukukumuzda göre, kastrasyona sadece tıbbi bir zorunluluk halinde cevaz vardır. 2827 sayılı Kanunun 2/4 hükmüne göre, kanunda belirtilen haller dışında kastrasyon işleminin yapılamayacağı belirtildiğinden, tıbbi

başarısı doğrulanmamıştır...Somut olayın gelişimi ve belirtilen ilkeler gözetildiğinde, hükmedilen manevi tazminat miktarının fazla olduğunun kabulü gerekir.”Y13HD, 25.01.2016T, 2014/47020E, 2016/1395K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

⁹⁹ ARDA, Berna / OĞUZ, Yasemin / PELİN, Serap Şahinoğlu: Deontoloji, Ankara: Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi :Bilimsel Yayınlar Serisi No:37, Ankara 1996, s. 130.

¹⁰⁰ ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, GÜHFD, Cilt: XIV, Sayı: 1, Ankara 2010, s. 125 (Hadım); HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, Arıkan, İstanbul 2006, s. 86; YILMAZ, s. 101; GÜLEL, s. 59.

¹⁰¹ BADUR, s. 171; GÖKCAN, s. 291; ÖZGÜL, s. 125; HAKERİ, s. 165.

endikasyon bulunmadığı takdirde rızaya dayalı kastrasyon hukuka aykırıdır¹⁰². Genel hukuka uygunluk şartları bağlamında insan hayatının hayatını tehdit eden bir hastalığın tedavisi ya da önlenmesi için tıbben öngörülen bütün tıbbi girişimler hukuka uygun sayılır. Ancak böyle durumlarda kastrasyon işleminin, tıp bilimi ve meslek kurallarına uygun davranan hekim tarafından yapılması ve önceden planlanan bu işlem için hastanın aydınlatılmış rızasının alınması şarttır¹⁰³. Aksi takdirde kişinin üreme hakkını yok ettiği gibi, kişinin cinsel istek ve cinsel ilişkide bulunma yeteneğinin de sürekli biçimde ortadan kaldıran bu yasal düzenlemenin insan hakları ve etik değerlerle hiçbir alakası yoktur.

3. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Gebeliğin sona erdirilmesi, ana rahminde bulunan ceninin tıbbi bir nedenle ya da gebenin isteği üzere alınması ya da çıkmasının sağlanması olarak tanımlanır. Kişiler bu yolla çocuklarının sayısı ve doğum zamanları konusunda karar verebilecek, kendilerinin ve çocuklarının hayat düzeylerini yükseltecek önlemler alabileceklerdir¹⁰⁴.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinde gebeliğin sona erdirilmesini meşru kılan koşullar belirtilmiştir. Bu maddeye göre:

“Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icab ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.”

¹⁰² GÜLEL, s. 59; BADUR, s.172; GÖKCAN, s. 315.

¹⁰³ GÖKCAN, s. 315.

¹⁰⁴ GÖKCAN, s. 306; BADUR, s. 209; ZENGİN, s. 44; ÖZGÜL, s. 127; ERLÜLE, s. 197; SULU, s. 2753.

Yargıtay, gebeliğinin sona erdirilmesinde rahminde parçalar bırakıldığını, böylelikle yapılan yanlış teşhis ve tedavi nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradığını ileri süren davacının davalı hastanede yapılan teşhis ve tedavinin tıp kurallarına uygun olup olmadığı ve diğer sağlık kuruluşlarındaki tetkik ve tedaviler üzerinde durulup irdelenmesini, bu amaçla üniversitelerin ilgili bilim dallarından seçilecek, aralarında jinekoloji ve radyoloji uzmanlarından oluşacak akademik kariyere sahip bilirkişi heyetinden rapor alınmasını ve sonucuna göre karar verilmesini belirtmiştir¹⁰⁵.

Gebeliğin sona erdirilmesi sırasında ve sonrasında, hekime yardımcı kişinin eylemlerinden de hekimin sorumluluğu bulunmaktadır. Yargıtay, *"davalı hastaneye kürtaj yaptırmak için müracaat eden davacının işleminin yapıldığını, ancak işlem sırasında ağrı kesici amacıyla ameliyatı yapan doktorun talimatıyla ebe hemşire davalı tarafından baldır kısmından iğne yapıldığını, iğnenin dikkatsizlik sonucu yanlış yere yapıp sinire denk geldiğini bu hususun özen borcuna aykırılık oluşturup olmadığına sıkı bir şekilde araştırılması"* gerektiğine hakkaniyetli biçimde işaret etmiştir.¹⁰⁶

4. Yapay Döllenme

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri (ÜYTE), dar ve geniş anlamda ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda ÜYTE uygulamalarında, çiftlerin çocuk özlemini dindirmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler amaçlanmaktadır¹⁰⁷. Erkek ve kadın üreme hücrelerinin bir araya getirilerek kadının gebe kalmasının sağlanması aynı zamanda yapay döllenme olarak da adlandırılmaktadır¹⁰⁸. Erkeğe ait spermin, bazı tıbbi metotlar kullanılarak kadının rahmine, döl yoluna ya da yumurta kanalına enjekte edilerek döllenmenin kadın vücudunda gerçekleştirilmesidir. Buradaki tıbbi yöntemler ile ÜYTE kastedilmektedir¹⁰⁹.

Dar anlamda yapay döllenme, erkek üreme hücrelerinin cinsel ilişki olmaksızın bazı tıbbi yöntemlerle kadın üreme organına nakledilerek bu

¹⁰⁵ Y13HD, 24.12.2010T, 2010/9415E, 2010/18038K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

¹⁰⁶ Y13HD, 05.04.2017T, 2015/18038E, 2017/3975K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

¹⁰⁷ BADUR, s. 188; ÖZGÜL, s. 132; HAKERİ, s. 143.

¹⁰⁸ BADUR, s. 187; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi. İstanbul 2015, s. 165; HELVACI, s. 86; ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemil: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, Onikilevha, İstanbul 2016, s. 778.

¹⁰⁹ TURGUT, Cemile: Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016, s.4; ÖZDEMİR / RUHİ, s. 778; ERLÜLE, s. 199; YILMAZ, s. 102.

şekilde döllenmenin gerçekleştirilmesini sağlayan tıbbi müdahaledir. Geniş anlamda döllenme ise, cinsel münasebet olmadan erkek ve kadından alınan üreme hücrelerinin yapay yolla döllendirilmesidir¹¹⁰.

Döllenmede çocuk isteyen eşlerin üreme hücreleri kullanılabilceği gibi, sair şahıslara ait üreme hücrelerinin kullanılması da mümkündür. Başka bir ifadeyle, yapay döllenmede sadece sperm veya yumurta hücreleri başkasına ait olabileceği gibi hem sperm hem de yumurta hücrelerinin başkalarına ait olması söz konusu olabilmektedir. Yapay döllenmede çocuk isteyen erkeğin spermeleri yerine başka bir erkeğe ait spermeler kullanılmış ise, sperm bağışından söz edilir¹¹¹. Şayet çocuk isteyen kadının yumurta hücreleri yerine, başka bir kadının yumurta hücreleri yapay döllenmede kullanılmış ise, yumurta bağışı söz konusudur¹¹².

ÜYTEY'nin 18. maddesine göre aralarında evli çiftlerin kendi aralarındaki döllenme haricinde başka kişilere ait sperm, yumurta ve embriyo kullanılması suretiyle çocuk dünyaya getirilmesi yasaklanmıştır. Ancak kocanın kısır olması ve karısının da başka bir erkekten temin olunan sperm vasıtasıyla gebe kalması halinde, doğan çocuğun ana babası karı kocadır. Çünkü TMK. m. 285 hükmüne göre, çocuk evlilik içerisinde doğmuş olacağından hem anaya hem babaya karşı soybağı doğum ile kurulmuş olacaktır¹¹³.

Üreme hakkı bağlamında özel hayatın korunması özellikle yapay döllenme yöntemiyle çocuk sahibi olmakta önem arz etmektedir. Bu yöntemin gizliliği donörü, çocuğu ve ebeveynleri mahcubiyetten koruyacaktır. Yapay döllenmeyle dünyaya gelen çocuğun bilgi edinme hakkı ile spermi ya da yumurtası kullanılan ve kimliğinin anonimleşmesini isteyen donörün ya da taşıyıcı annenin özel hayatının gizliliğinin korunmasını isteme hakkından hangi hakkın korunması gerektiği ayrı bir sorundur¹¹⁴.

Kocadan habersizce spermelerin karısı tarafından kullanılmasında bile, TMK. m. 285 hükmüne göre, soy bağı reddolunamaz. Homolog yapay

¹¹⁰ ERGÜNEŞ, Seda: "Yapay Döllenme", Sağlık Hukuku Makaleleri 2, İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2012, s. 167; EROL, Yasemin: Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 156.

¹¹¹ ÜREM, Müge: "Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar", Sağlık Hukuku Makaleleri 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 94; GÜLEKLİ, Bülent: Tüp Bebek, 2. Bs, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006, s. 61.

¹¹² OĞUZTÜRK, s.195; ÖZDEMİR / RUHİ, s. 790.

¹¹³ EROL, s. 164, HAKERİ, s. 148.

¹¹⁴ BAYSAL, Başak: "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: 1, Onikilevha, İstanbul 2010, s. 497.

döllenmenin yöntemine¹¹⁵ uygun olarak, eşler arasında cinsel ilişki zaten yoktur. Çocuk evlilik birliği içinde kocanın spermi ile doğduğundan da kanun koyucunun aradığı koşul gerçekleşmiştir. Koca aydınlatılmış rızasını almadığı için, homolog yapay döllenmeyi gerçekleştiren hekime karşı tazminat davası açabilecektir¹¹⁶.

Yargıtay , " yumurta nakli yöntemi ile davacı kadının hamile kalması için donörden alınan yumurtaların sağlıklı olup olmadığı yönünde gerekli genetik incelemelerinin yapıp yapılmadığı, anne, bebek ve yumurtaları alınan donör ile ilgili kayıtların doğru, düzgün ve yeterli şekilde tutulup tutulmadığı, davacıya yumurta nakli yöntemiyle hamilelik ile ilgili bilgilerin ve risklerin ayrıntılı olarak anlatılıp anlatılmadığı, davalıların, davacının hamilelik sürecinde hamileliğin ve bebeğin sağlıklı bir şekilde gelişmesini tamamlaması yönünde gerekli testleri ve kontrolleri tam olarak yaptırıp yaptırmadıkları, hamile kaldığı sırada 42 yaşında olan davacıya, amniosentez yapılmasının gerekli olup olmadığı, bebeğin 18. kromozomun uzun kolunda oluşan delasyonun nedeninin ne olduğu, hangi aşamada oluştuğu ve doğumdan önce bunun tespit edilip edilemeyeceği yönünde bilirkşi incelemesi yaptırılmamasını" isabetli olarak bozmuştur¹¹⁷.

5. Cinsiyet Değişikliği

4721 sayılı T.M.K. m. 40 hükmünde, cinsiyet değişikliğinin koşulları belirtilmiştir¹¹⁸. Bu maddeye göre:

"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla

¹¹⁵ "Homolog döllenmede, evli çiftler arasında herhangi bir nedenle cinsel birleşmenin gerçekleşmemesi halinde kocanın üreme hücreleri, tıbbi yöntemlerle alınarak eşinin üreme organına aktarılmakta ya da eşlerin üreme hücreleri dış ortamda döllendirilerek kadının rahmine enjekte edilmektedir." BADUR, s. 193.

¹¹⁶ EROL, s. 156.

¹¹⁷ Y13HD, 04.03.2015T, 2014/15524E, 2015/12821K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

¹¹⁸ Ayrıntılı bir çalışma için Bkz. ARPACI, Abdülkadir: "Yasal Olmayan Cinsiyet Değişirme ve Sonuçları", MÜHFD, Sayı: I, İstanbul 2007, s. 309.

YUHFD Cilt. XV No.1 (2020)

doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

Cinsiyet değişikliğinde amaç, kişiyi içinde bulunduğu ağır psikik rahatsızlıktan kurtarmak, fiziksel yapısıyla ruhsal yapısı arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldırarak sağlıklı bir yaşama kavuşturmaktır¹¹⁹. Bu tıbbi girişim, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması, ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu gerektirir¹²⁰.

Kişide hem erkek hem de dişi üreme organlarının bulunması, hermafrodizm olarak adlandırılmaktadır. Cinsiyet değişikliği teriminin, kişinin bedensel yapısı göz önüne alındığında, belirgin olmayan cinsel özelliklerin ortaya çıkarılması için yapılan tıbbi müdahaleleri de içerdiği isabetle belirtilmiştir¹²¹. Anayasa Mahkemesinin kararıyla, bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresi iptal edilmiştir¹²². Böylelikle üreme yeteneği bulunan insanların da cinsiyet değişikliğine başvurabilmesi mümkün hale gelmiştir.

E. ESTETİK MÜDAHALELER

Estetik operasyon, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik estetik amaçlı cerrahi bir müdahaleyi ifade eder¹²³. Geçirdiği kaza veya uğradığı haksız fiil sonucunda, yüzünde veya bedeninin herhangi bir yerinde kalıcı izler oluşan ya da yüz şekli değişen veya beden yapısı bozulan kişinin bedensel zararları düzeltmek amacıyla yapılan cerrahi müdahaleler estetik operasyon olarak tanımlanmaktadır¹²⁴. Tedavi amaçlı olduğu gibi, güzelleştirme amaçlı olan bu operasyonlarla, vücudun veya hastanın görünüşünün normal haline

¹¹⁹ BADUR, s. 154; GÖKCAN, s. 319; ERLÜLE, s. 201, HAKERİ, s.141; YILMAZ, s. 99.

¹²⁰ GÖKCAN, s. 319; ÖZGÜL, s. 127.

¹²¹ BADUR, s.155; ÖZGÜL, s. 129.

¹²² AYM, 29/11/2017T, 2017/130E, 2017/165K, 20/3/2018T, 30366 s. RG., <https://www.mevzuat.gov.tr> > MevzuatMetin, E.T. 12.01.2020.

¹²³ İMAMOĞLU, Hülya: "İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış", AÜHF 68 / 1 (Nisan 2019), s. 249; PETEK, Hasan: "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorululuk", İBD., Cilt:8, S. 1, 2006, s. 177.

¹²⁴ ÇELİK, s.187, DOĞRAMACI, Yakup Gökhan: Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Editörler: Hakeri, Hakan / Doğan / Cahid), Adalet Yayınevi, Ankara 2018,s. 265; ERLÜLE, s. 205; YILMAZ, s. 93; İMAMOĞLU, s. 249.

gelmesi amaçlanır. Örneğin, yüzdeki yangın yaraları sonucu yüz nakli, yüzde bir kaza sonucu meydana gelen yara izlerinin onarılması, bir tümör sebebiyle alınmak zorunda kalınan göğsün yerine göğüs yapılması gibi operasyonlarda tedavi amacı vardır¹²⁵. İster tedavi amacıyla, isterse güzelleştirme amacıyla da yapılan estetik müdahalelerde¹²⁶, belli bir sonucun kesin olarak öngörülememesi ve belli bir sonucun garanti edilememesi sebebiyle vekalet sözleşmesi olduğunu belirten düşünceye katılmaktayız¹²⁷. Yargıtay, "*estetik ameliyatı içeren sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu belirterek, davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği, dolayısıyla özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı yüklenicinin oluşan zarardan sorumlu bulunduğunu*" belirtmiştir¹²⁸. Yargıtay'ın bu kararıyla, sözleşmenin niteliğini eser sözleşmesi olarak kabul etmesi yerinde olmamakla¹²⁹ beraber, aydınlatma yükümlülüğünün zorunluluğunu ve nasıl olması gerektiğini belirtmesi oldukça yerindedir.

Hekimin kusurları nedeniyle meydana gelen zarardan, sözleşmeye dayanan sorumluluğunun yanı sıra TBK. m. 56/1 gereğince haksız fiilden kaynaklanan manevi tazminata mahkûm olacağı da muhakkaktır¹³⁰. Yargıtay, "*davalı doktorun yaptığı kusurlu estetik operasyon sonucunda ortaya çıkan, davacı iş sahibinin istediği sonuca ulaşamadığı ve çektiği sıkıntı, acı ve ıstırap da dikkate alındığında, davacı lehine uygun oranda manevi tazminata karar verilmesine*" isabetle işaret etmiştir¹³¹.

¹²⁵ İMAMOĞLU, s. 249.

¹²⁶ PETEK, s. 181.

¹²⁷ GÖKCAN, s. 372; ÖZGÜL, s. 141; DOĞRAMACI, s. 268, HAKERİ, s. 130; PETEK, s. 188'de dnp. 27'de yer alan kaynaklar.

¹²⁸ Y3HD, 21.01.2016T, 2015/1851 E, 2016/489 K. (UYAP), E.T. 13.01.2020.

¹²⁹ İMAMOĞLU, s. 256.

¹³⁰ GÖKCAN, s. 373; YILMAZ, s. 17.

¹³¹ "... Davalı doktorun yaptığı kusurlu estetik operasyon sonucunda, ortaya çıkan davacı iş sahibinin istediği sonuca ulaşamadığı ve çektiği sıkıntı, acı ve ıstırap da dikkate alındığında, davacı lehine uygun oranda manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme sonucu manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir." Y3HD, 26.04.2016T, 2015/14596E, 2016/6558K, (UYAP), E.T. 13.01.2020.

SONUÇ

TBK. m. 56 hükmünde, bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklanan manevi zararların tazminine yer verilmiştir. Ağır bedensel zararlarda, hem doğrudan doğruya zarar gören hem de onun yakınları manevi tazminat talep edebilir. Beden bütünlüğünün ihlali, zarar görende fiziksel acıya ve ruhsal üzüntüye sebep olur. Zarar görenin vücut veya ruh bütünlüğünün maddi ya da manevi bir zarar oluşturacak biçimde bozulması, bedensel bütünlüğün ihlalidir.

Somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin olması yani haklı savunma, zarar görenin rızası, kanun hükmünün ya da devlet gücünün uygulanması gibi bir sebep varsa fiil, manevi tazminat ödenmesini gerektirmez. Ancak, TMK. m. 23'ün sınırları aşılp, hukuk ve ahlaka aykırı bir hal mevcutsa, saldırı hukuka uygun olmayacaktır.

Hâkim TMK. m. 56 hükmünü tatbik ettiği somut olayın özelliklerini, özellikle zarar veren ile zarar gören arasındaki hısımlık ve dostluk, olayın oluş şekli gibi hususları muhakkak gözetmelidir. Bedensel bütünlüğün ihlalinde, bedensel bütünlükte oluşan eksikliğin sürekli ya da geçici olması, yaşama ve çalışmaya olan etkisi, iş göremezlik oranı da manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır.

TBK. m. 114/2 maddesinde yapılan atıfla, TBK. m. 56 hükmünün kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanacaktır. Bu maddeye göre, manevi tazminat talebine ilişkin koşullar gerçekleştiği takdirde, zarar gören sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebilecektir. Tıbbi müdahaleler sonucunda bedensel bütünlüğü ihlal olunan zarar gören, karşı taraftan olan manevi tazminat istemini aralarındaki sözleşmeye ya da TBK. m. 56 hükmüne dayandırabilecektir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi vekalet akdine dayanır.

KAYNAKÇA

- ADIR, Esra Kıraç: Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- ANTALYA, Osman Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017. (Manevi).
- ANTALYA, Osman Gökhan: "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukuna Manevi İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi ", MÜHFHAD, 2016, 22(3), s. 221-250 (Model).

- ARAT, Ayşe: "6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 58'e Göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II'nin Kaldırılmasına Etkisi", EÜHFD, C. XVII, S: 3-4, Erzincan 2013, s. 185 - 206.
- ARDA, Berna / OĞUZ, Yasemin / PELİN, Serap Şahinoğlu: Deontoloji, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi: Bilimsel Yayınlar Serisi No:37, Ankara 1996.
- ARIDEMİR, Arzu Genç: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha, İstanbul 2008.
- ARPACI, Abdülkadir: "Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları", MÜHFD, Sayı: I, İstanbul 2007, s.309.
- ATLAN, Hülya: "Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi", AÜHFD , Cilt: 65 Sayı: 4, Ankara 2016, s. 2659-2683. (Beden).
- ATLAN, Hülya: Manevi Zararı Tazmin Yolları, On İki Levha, İstanbul 2015 (Manevi).
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bs, Seçkin, Ankara 2016.
- AYDOS, Oğuz Sadık: "Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat", AHBÜHFD, 16 / 2, (Nisan 2012), s. 1-36 .
- BADUR, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- BAŞARA, Gamze Turan: Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- BAYSAL, Başak: "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı". Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. Cilt. 1, Onikilevha, İstanbul 2010.
- BRAUN, Cihan Avcı: "Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", AÜHFD , 64/1, 2015, s. 37-64.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", YÜED, 2013, s. 785-807, <https://journal.yasar.edu.tr/uploads/2014/01/12/11/2018>).
- ÇELİK, Çelik Ahmet: Bedensel Zararlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- DEMİR, Remzi: Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

- DOĞRAMACI, Yakup Gökhan: "Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Editörler: Hakeri, Hakan / Doğan / Cahid), Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 265 - 295.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bs, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ERGÜNEŞ, Seda: "Yapay Döllenme", Sağlık Hukuku Makaleleri, 2. İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2012.
- ERLÜLE, Fulya: Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- EROL, Yasemin: Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ERTAŞ, Şeref: "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65 - 111.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- GÜLEKLİ, Bülent: Tüp Bebek, 2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.
- GÜLEL, İlhan: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: "Manevi Zarar ve Tazmini", AÜHFD , Cilt: 30, Sayı: 1-4, 1973, s. 7-56.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 11. Bs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, Arıkan, İstanbul 2006.
- INDERKUM, Matthias: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe asu Persönlichkeitsverletzung (Art. 28A Abs. ZGB), Diss., Zürich 2008.
- İMAMOĞLU, Hülya: "İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış", AÜHFD, 68 / 1 (Nisan 2019), s. 241-260.
- KARNER, Ernst: Das Ersatz Ideeller Schaden bei Körperverletzung, Wien und New York 1999.
- KESKİN, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018 (Borçlar).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", DÜHFD, 1 / 1 (Ekim 1983), s. 287-294 (Tüzel).

- KIRAÇ, Esmâ: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi", İBD, Yıl: 82, Sayı: 2, Mayıs 2017, s. 11 - 49.
- KIRCA, Çiğdem: " Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", Yargıtay Dergisi, Temmuz 1999, s. 242- 265.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (21-22 Ekim 1977, Ankara), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 141-180.
- KÖYSÜREN, Sultan Genç: "Manevi Tazminat Davalarının Genel Esasları ile İş Kazası veya Meslek Hastalığı Hallerinde Uygulama Şekli", Terazi Hukuk Dergisi, S. 91, Ankara 2014, s. 71-81.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt : 2, 14. Bası, Vedat Kitapçılık , İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi. İstanbul 2015.
- OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan: Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", GÜHFD, C.XIV, S.1, Erzincan 2010, s.125-164. (Hadım)
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemil: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, Onikilevha, İstanbul 2016.
- ÖZGÜL, Mehmet Emin: Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 32. Bs, Ankara 2010.
- PETEK, Hasan: "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorululuk", İBD., Cilt:8, S. 1, 2006, s.177-239.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- SALDIRIM, Mustafa: Açıklamalı ve İctihatlı Türk Borçlar Kanunu, Bilge, Ankara 2013.
- SAYMEN, Ferit Hakkı: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940.
- SOYASLAN, Doğan: Organ Nakilleri, Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, TBB Yayını, Ankara 2008.
- SULU, Muhammed: " Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat", MÜHFHAD, 2016, 22(3), s. 2737-2756.

- ŞAHİN, Ayşenur: "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini", AHBÜHFD 15 / 2, (Nisan 2011), s. 123-166 .
- TAŞATAN, Caner: "Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (Editör: Baysal, Başak), On İki Levha, İstanbul 2016, s. 471- 487.
- TEKBEN, Tuğçe: "Hekim İle Hasta İlişkinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", YÜHFD - Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Özel Sayısı, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 859-906.
- TURGUT, Cemile: Yapay Dölllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağna İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016.
- UYGUR, Turgut: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt -1, 3. Bs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- ÜNAL, Mehmet: " Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, Cilt 35 , Sayı 1 , Ocak 1978 , s. 397- 437.
- ÜREM, Müge: " Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar ". Sağlık Hukuku Makaleleri 2. İstanbul Barosu Yayınları. İstanbul 2012.
- YILDIZ, Nihal: Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Editörler: Hakeri, Hakan / Doğan / Cahid), Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 113 - 125.
- YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- YILMAZ, Battal: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- YILMAZ, Orhun: "Manevi Tazminat Talebinde Tarafların Kusur Oranlarının ve Diğer Özel Hallerin Değerlendirilmesi ", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 / 1, (Haziran 2019), s. 88-101 .
- ZENGİN, Mehmet Ali: Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi).
<https://www.mevzuat.gov.tr>

* TÜRK VERGİ CEZA HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM İLKESİ (NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN TURKISH TAX CRIMINAL LAW)

Arş. Gör. Simay Doğmuş* **

ÖZ

Günümüzde insan haklarının geldiği noktada ne bis in idem ilkesi de yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi önem kazanmış ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları bu ilkenin içeriğinin belirlenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Ancak ne bis in idem ilkesi açısından kat edilen bunca yola rağmen halen daha tartışmalı birçok husus bulunmaktadır. Bu bağlamda vergi ceza hukuku açısından da uygulanacak cezaların mükerrer bir özellik gösterip göstermediği ve özellikle aynı fiil ile hem vergi suçu hem de vergi kabahati işlenmesi halinde idari para cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezanın birlikte uygulanıp uygulanamayacağı açısından gerek doktrinde gerekse de yargı kararlarında görüş birliği sağlanamamıştır. Çalışmamızda konuya ilişkin olarak verilen ön bilgileri takiben doktrindeki ve yargı kararlarındaki tartışmalı noktalara değinilmiş ve nihayet kendi görüşümüz açıklanarak, konuya ilişkin olarak çeşitli çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Vergi Ceza Hukuku, ne bis in idem, vergi suçu, vergi kabahati, çifte yargılama, çifte cezalandırma.

ABSTRACT

Today, at the point where human rights have come, ne bis in idem principle has gained importance such as the right to life, the right to freedom and security of people and the jurisprudence of the European Court of Human Rights has played an important role in determining the content of this principle. However, there are still many more controversial issues in spite of all the progress made in terms of ne bis in idem principle. In this context, both the doctrine and the judiciary have not reached a consensus on whether the penalties to be applied in terms of tax penal law have a recurring character and Whether a tax offense and a tax misdemeanor can

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.11.2019. İlk hakem raporu tarihi: 10.12.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 10.12.2019. Onaylanma Tarihi: 14.01.2020.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9241-0781.

Esere Atf Şekli: Simay Doğmuş, "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi", YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.61-121.

be committed with a single act and, if committable, whether the administrative fine and the freedom-binding penalty can be applied together In our study, following the preliminary information on the subject, the discussions in the doctrine and the judicial decisions were discussed and finally our own opinion was explained and various solutions were proposed.

Key Words: *Turkish Tax Criminal Law, ne bis in idem, tax crime, tax misdemeanor, double trial, double punishment.*

GİRİŞ

Vergi, Devletin ya da vergilendirme yetkisini haiz kamu idarelerinin, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla kişilerden hukuki cebir altında, karşılıksız olarak ve iade edilmemek üzere aldıkları ekonomik değerlerdir. Diğer bir ifade ile Devletin, üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirilebilmek için finansman sağlamak amacıyla tahakkuk ettirdiği ekonomik değerler vergi olarak tanımlanabilmektedir.

Bazı kişiler, Devlet tarafından kamu hizmetlerini finanse etmek amacıyla zamanında ve hukuka uygun olarak tahakkuk ettirilmesi için öngörülen kuralları ihlal etmek ya da tahakkuk ettirilen vergileri gereği gibi ödememek gayreti içerisinde girmektedir. Devlet ise, bu şekilde mali mevzuata aykırı bir tutum sergilemeyi, fiilin ağırlığına göre, vergi suçu veya vergi kabahati olarak kabul etmiş ve bu fiilleri gerçekleştiren kişiler için çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Vergi Ceza Hukukunun inceleme alanı içerisinde kalan bu vergi suç ve vergi kabahatlerinin amacı, mali mevzuata aykırı davranılmaması amacıyla kişiler üzerinde önleyici ve caydırıcı bir etki oluşturmak ve ayrıca vergi alacaklarının zamanında ve en doğru şekilde tahsil edilmelerini sağlamaktır.

Ne bis in idem ilkesi ise, vuku bulan vergi suç ve vergi kabahatlerinin yaptırıma bağlanması aşamasında riayet edilmesi gereken en önemli ilkelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Başlangıçta ne bis in idem ilkesi, sadece bir kişinin aynı suçundan dolayı birden fazla kez cezalandırılması yasağı anlamına gelmekteyken, günümüzde anlamı genişlemiş ve aynı suçtan dolayı birden fazla yargılama ve cezalandırma yapılamaması olarak kabul edilmiştir. Tek bir fiil sonucunda kişilerin hem ceza hem de idari yaptırıma tabi tutulup tutulamayacağı ise bu ilke kapsamında tartışmalıdır. Vergi Ceza Hukuku açısından da özellikle aynı anda hem vergi kabahatinin hem de vergi suçunun oluşması durumunda, hem idari yaptırım hem de ceza yaptırımının birlikte öngörülüp öngörülemeyeceği hususu konuya ilişkin olarak verilen Anayasa

Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından sonra irdelenmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmıştır.

Çalışmamızda ne bis in idem ilkesi, Türk Vergi Ceza Hukuku kapsamında incelenmiş olup, çalışmanın ilk bölümünde vergi suç ve kabahatleri açıklanmıştır. Bu bölümde Türk Vergi Hukukunda yer alan vergi suçları ve kabahatleri ile bunlara uygulanan yaptırımların amacı, niteliği, tabi oldukları hukuki rejim ve uygulanacak mevzuat hükümleri belirtilmeye çalışılmıştır. İkinci bölümünde ne bis in idem ilkesi açıklanmış ve bu ilkeyle ilgili olarak doktrindeki tartışmaların yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Türk Mahkemelerinin değerlendirilmelerine değinilmiştir. Son bölüm olan üçüncü bölümde ise vergi suç ve kabahatleri açısından ne bis in idem ilkesi incelenerek, doktrindeki görüşlerin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Türk Mahkemelerinin konuya ilişkin içtihatlarına da değinilmiştir. Nihayet sonuç bölümünde ülkemizdeki uygulama bu ilke açısından değerlendirilmeye çalışılarak, çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur.

I. VERGİ CEZA HUKUKUNDA YER ALAN SUÇ VE KABAHAHLER İLE BUNLARA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

A. Genel Çerçeve

İnsanların toplu halde yaşamlarını sürdürebilmeleri belirli bir düzenin varlığına bağlı olup, bu düzenin korunması amacıyla devletler düzeni bozan kişilere karşı yaptırım yetkilerini kullanmaktadırlar¹. Yaptırım uygulanmasını gerektiren fiiller ise en genel tanımıyla toplumsal düzenin korunması amacıyla oluşturulan kanun hükmünde gösterilen tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu eylemlerdir². Bu yaptırım uygulanmasını gerektiren fiiller ceza hukuku anlamında ülkelerin yerel mevzuatlarında çeşitli şekillerde gruplandırılmıştır³. Bunlardan bir tanesi de yaptırım uygulanmasını gerektiren fiillerin kabahat veya suç olarak tasnif edilmesidir.

¹ Gölcüklü, s.129-130; Dönmezer-Erman-Bayraktar-Keskin Kızıroğlu-Zafer-Sınar-Önok-Erman, s.1; Demirbaş, s.45; Öztürk-Erdem, s.29; Çağlayan, s.16; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.43; Akbulut, s.27-28.

² Alacakaptan, s.3-4; İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s.16; Öztürk-Erdem, s.27; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.190; Kangal, s.1.

³ İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s.20; Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.5.

Suçların ve kabahatlerin her ikisi de hukuksal değeri korumakta olup, kabahatlerin suçlara göre daha hafif nitelikte hukuksal değeri korudukları ve dolayısıyla suçlara nazaran daha hafif yaptırımlara tabi tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir⁴. Suç olarak ihdas edilen fiilleri gerçekleştiren kişilere verilecek cezalar, ceza usulleri kullanılarak ceza mahkemeleri tarafından verilmektedir. Ancak, daha çok sosyal ve ekonomik düzenin korunması amacıyla öngörülen kabahatlerin yaptırıma bağlanması idarenin tek elinde olup, bunlara uygulanacak idari yaptırımlar, kamusal makamlar tarafından idari işlem niteliğindeki işlemlerle ve idari usuller uygulanarak verilmektedir⁵.

Vergi ceza hukuku ise, vergi mevzuatına aykırı fiiller ile bunlara uygulanacak yaptırımları düzenleyen, vergi hukukunun alt dallarından bir tanesidir. Vergi mevzuatına aykırı davranışların cezalandırılmasındaki amaç, kamu gelirinden mahrum kalan kamu idaresinin kaybının telafi edilmesi ve kamu düzeninin sağlanmasıdır⁶. Vergi cezalarını gerektiren fiiller vergi ödevlilerinin vergi kanunlarında belirtilen usul, şekil ve/veya ödevle ilişkin hükümlere ceza ve/veya idari yaptırımı gerektirecek şekilde aykırı hareket etmeleri olarak ifade edilebilmektedir⁷. Bu bağlamda, suç ve kabahat şeklindeki ikili ayrımın vergi ceza hukuku açısından da geçerli olduğu; vergi mevzuatına aykırı fiillerin hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli

⁴ **Alacakaptan**, s.25; **Bayraktar**, s.199; **Jescheck**, s.12-13; **Mahmutoğlu**, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.86-93; **Demirbaş**, s.198; **Hafizoğulları**, s.214; **Koca-Üzülmez**, s.41; **Kangal**, s.31-32; ayrıca bkz: **Özay**, s.53; **Çağlayan**, s.27-28; **Akbulut**, s.77-79.

⁵ **Hafizoğulları**, s.223; **Çağlayan**, s.30; **Ulusoy**, s.46.

⁶ **Erginay**, s.15; **Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker**, s.225; **Kırbaş**, s.166; **Saban**, s.467; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.387; **Sarıcaoğlu**, s.150. Vergi bir miktar paranın kişilerden alınarak Devlete geçirilmesi olması nedeniyle Devlet ile mükellefler arasında kanundan doğan bir borç-alacak ilişkisi oluşturmaktadır. Bu ilişki mükelleflerce uyulması gereken birçok emir ve yasakları içermekte olup, bu emir ve yasaklara aykırı hareket edilmesi halinde ortaya çıkan suç ve kabahatler Vergi Ceza Hukuku'nun inceleme alanına girmektedir. **Şenyüz-Yüce-Gerçek**, s.252. Doktrinde bir görüşe gergi suç ve kabahatleri, Vergi Hukuku'nun bir parçası olarak kabul edilmesi gerekmekte olup, bu suç ve kabahatleri kapsayacak şekilde vergi ceza hukukundan söz etmek isabetli bulunmamaktadır. **Donay**, s.39. Bu görüşün eleştirisi için bkz: **Karakoç**, Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme, s.4; ayrıca bkz: **Erman**, Vergi Suçları, s.4.

⁷ **Waline**, s.391; **Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker**, s.225; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.387; **Candan**, Vergi Suçları ve Cezaları, s.80-81. Vergi suç ve kabahatleri ile amaçlanan, bireylerin mali mevzuata uygun davrandığı takdirde katlanacağı mali külfetle, aykırı davranması halinde karşılaşabileceği yaptırımları karşılaştırıp; aykırı davrandığı durumda daha ağır bir külfete tabi olacağını anlayarak kanunlara uygun davranmasını seçmektir. **Erman**, Vergi Suçları, s.6; **Sarıcaoğlu**, s.150; **Yıldırım**, s.157.

para cezası uygulanmasını gerektiren ve ceza hukuku anlamında suç olarak kabul edilen vergi suçları ve idari yaptırım olarak idari para cezasını gerektiren kabahatler olarak kabul edilen vergi kabahatleri olacak şekilde iki başlık altında toplanabileceği açıktır. Nitekim her ne kadar vergi kanunlarında herhangi bir ayrıma açıkça gidilmemişse de, Türk Vergi Ceza Hukuku'nda yer alan, vergi ziyayı ve usulsüzlük fiilleri vergi kabahati olarak nitelendirilmiş ve idari para cezasına bağlanmışken; vergi kaçakçılığı, vergi mahremiyetini ihlal ve mükelleflerin özel işlerini yapma fiilleri vergi suçu olarak kabul edilmiş ve hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezasına tabi tutulmuştur.

B. Vergi Ceza Hukukunun Kapsamında Kalan Suç ve Kabahatler ile Bunlara Uygulanacak Yaptırımlar

1. Vergi Suçu ve Vergi Kabahati Kavramları ve Bunlara Uygulanacak Yaptırımların Amacı

En genel tanımı ile vergi kavramı 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu⁸'nin 84'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “*Vergi, Devletin genel giderleri için, halkın pay vermesi demektir.*”. Daha geniş bir tanımıyla ise vergi kavramı, Devletin ya da vergilendirme yetkisini haiz kamu idarelerinin, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla kişilerden hukuki cebir altında, karşılıksız olarak ve iade edilmemek üzere aldıkları ekonomik değerlerdir⁹.

Devletlerin, üstlendikleri kamu hizmetlerini finanse etmek amacıyla zamanında ve hukuka uygun olarak tahakkuk ettirdikleri vergileri/kamu alacaklarını bazı kişiler gereği gibi yerine getirmemek; diğer bir ifade ile hiç

⁸ 20.04.1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, (RG. 24.05.1924-71), (Düster: T. 3, C. 5, s. 576 vd.).

⁹ **Nadaroğlu**, s.213; **Turhan**, s.27-27; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.57; **Şenyüz-Yüce- Gerçek**, s.84; **Gerek-Aydın**, s.24-25; **Karakoç**, Anayasal Vergilendirme İlkeleri, s.1259; **Kaneti-Ekmeççi-Güneş-Kaşıkcı**, s.327; benzer yönde tanımlar için bkz: **Erginay**, s.6. Anayasa Mahkemesi ise vergi kavramı “*kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilerden mali güçlerine göre istenen bir yükümlülüktür. Devlet bu yolla kamu giderlerini karşılamak için ya da mali politikasının gereği olarak piyasa ekonomisinden bütçeye gelir aktarmaktadır. Vergi belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayıp tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payıdır.*” şeklinde tanımlamıştır. Any. M. 14.02.1991 gün ve E.1990/18, K.1991/4, (R.G:08.05.1991-20865); Any. M. 28.09.1995 gün ve E.1995/24, K.1995/52, (R.G:11.06.1998-23369); Any. M. 16.09.1998 ve E.1997/62, K.1998/52, (R.G:20.10.2000/24206); Any. M. 12.05.2004 gün ve E.2003/106, K.2004/59, (R.G:03.11.2004-25632).

ödememek ya da az ödemek gayreti içerisinde girmektedir¹⁰. Devletlerin hukuka uygun olarak tahakkuk ettirdikleri vergileri hiç ödememek ya da mümkün olduğunca az ödemek gayreti içerisinde giren ve/veya mali diğer yükümlülüklerine ya da vergi kanunlarına aykırı davranan; diğer bir deyişle yukarıdaki ilkelere uygun olarak düzenlenen mali mevzuata aykırı tutum sergileyen kişilere karşı öngörülen vergi suç ve kabahatleri ile yaptırımları¹¹ vergi ceza hukukunun inceleme alanına girmektedir¹². Dolayısıyla vergi suç ve kabahatleri ile bunlara uygulanan yaptırımların amacı, mali mevzuata aykırı davranılmaması amacıyla kişiler üzerinde önleyici ve caydırıcı bir etki oluşturmak ve ayrıca vergi alacaklarının zamanında ve en doğru şekilde tahsil edilmesini sağlamaktır¹³.

Vergi hukuku, Devlet ile mükellef ve/veya sorumluların vergi ilişkilerinden doğan hak ve yükümlülüklerini saptayan, verginin doğru bir şekilde tahakkuk edilmesi ile tam olarak ödenmesine hizmet eden bir hukuk dalıdır. Vergiyi koyan devlet, vergi kaybına neden olan davranışlarla

¹⁰ **Karakoç**, Anayasal Vergilendirme İlkeleri, s.1259; İktisat teorilerinden biri olan Rasyonel Seçim Teorisine göre kişiler böyle bir davranışa kar maksimizasyonunu sağlama amacıyla yönelmektedirler. **Saban**, s.467; **Geçer**, Non Bis In Idem İlkesi, s.317; **Sarıcaoğlu**, s.149.

¹¹ **Erginay**, s.15; **Kızilot-Taş**, 11; Doktrinde vergi kabahatleri farklı isimlerle ifade edilebilmektedir. Örneğın; Erman vergi cezasını gerektiren fiil deyimini kullanmıştır. **Erman**, Vergi Suçları, s.2. Öncel-Kumuru-Çağın vergi kabahatleri deyimini yerine mali nitelikli suçlar deyimini kabul etmektedir. **Öncel-Kumuru-Çağın-Göker**, s.227. Mutluer-Kuzeyli ve Edizdoğın-Taş-Çelikkaya ise idari vergi suçu deyimini tercih etmektedir. **Mutluer-Kuzeyli**, s.24; **Edizdoğın-Taş-Çelikkaya**, s.78; ayrıca bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.223.

¹² **Erginay**, s.15; **Öncel-Kumuru-Çağın-Göker**, s.225; **Kırbaş**, s.166; **Saban**, s.467; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.387; **Sarıcaoğlu**, s.150. Vergi bir miktar paranın kişilerden alınarak Devlete geçirilmesi olması nedeniyle Devlet ile mükellefler arasında kanundan doğın bir borç-alacak ilişkisi oluşturmaktadır. Bu ilişki mükelleflerce uyulması gereken birçok emir ve yasakları içermekte olup, bu emir ve yasaklara aykırı hareket edilmesi halinde ortaya çıkan suç ve kabahatler Vergi Ceza Hukuku'nun inceleme alanına girmektedir. **Şenyüz-Yüce-Gerçek**, s.252. Doktrinde bir görüşe vergi suç ve kabahatleri, Vergi Hukuku'nun bir parçası olarak kabul edilmesi gerekmekte olup, bu suç ve kabahatleri kapsayacak şekilde vergi ceza hukukundan söz etmek isabetli bulunmamaktadır. **Donay**, s.39. Bu görüşün eleştirisi için bkz: **Karakoç**, Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme, s.4; ayrıca bkz: **Erman**, Vergi Suçları, s.4.

¹³ **Waline**, s.391; **Öncel-Kumuru-Çağın-Göker**, s.225; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.387; **Candan**, Vergi Suçları ve Cezaları, s.80-81. Vergi suç ve kabahatleri ile amaçlanan, bireylerin mali mevzuata uygun davrandığı takdirde katlanacağı mali külfetle, aykırı davranması halinde karşılaşabileceği yaptırımları karşılaştırıp; aykırı davrandığı durumda daha ağır bir külfete tabi olacağını anlayarak kanunlara uygun davranmasını seçmektir. **Erman**, Vergi Suçları, s.6; **Sarıcaoğlu**, s.150; **Yıldırım**, s.157.

mücadele etmek amacıyla çeşitli düzenlemeler yapmakta ve bu davranışları cezalandırma yoluna gitmektedir. Bu davranışların bazıları vergi kaybına neden olma ya da vergi mevzuatında öngörülen usullere uymama şeklinde iken; bazıları ise aynı zamanda kamu düzenini bozmaktadır¹⁴. Dolayısıyla bu davranışların cezalandırılmasındaki amaç yalnızca kamu gelirinden mahrum kalan kamu idaresinin kaybının telafi edilmesi olmayıp, aynı zamanda kamu düzeninin sağlanmasıdır¹⁵. Bu bağlamda vergi cezalarını gerektiren fiiller vergi ödevlilerinin vergi kanunlarında belirtilen usul, şekil, görev ve/veya ödevle ilişkin hükümlerine ceza ve/veya yaptırımı gerektirecek şekilde aykırı hareket edilmesi hali olup, bu fiiller iki başlık altında incelenebilmektedir; vergi suçları¹⁶ ve vergi kabahatleri¹⁷.

¹⁴ **Kırbaş**, s.166; **Demirbaş**, s.55; **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.223; **Kızılot-Taş**, s.114; **Şenyüz-Yüce-Gerçek**, s.252; **Şenyüz**, s.49; **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.10; **Sarıcaoğlu**, s.150; **Yıldırım**, s.156; **Mutluer-Kuzeyli**, s.23.

¹⁵ **Kırbaş**, s.166; **Saban**, s.468; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.387; **Donay**, s.12; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s.9; **Kızılot-Taş**, s.114; **Şenyüz-Yüce-Gerçek**, s.252; **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.10; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.45; **Yıldırım**, s.156; **Mutluer-Kuzeyli**, s.23. “*Maddi ve şekli vergi ödevlerinin hukuka uygun olarak tam ve zamanında yerine getirilmesine yönelik olarak kurulan sistemin asli amacı da kamu yararadır. Zira vergi Anayasal bir ödev olup, vergi geliri ile kamusal giderlerin finansmanı ile özelde hazine yararı korunuyor görünmekte ise de, genelde kamu yararının korunması söz konusudur. Kanaatimizce, herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğünün yerine getirilmesini teminen maddi ve şekli ödevler yüklendiği bir vergi sisteminde, öngörülen yaptırımların, vergi ödevlilerine yükümlülüklerini yerine getirmeyi hatırlatma, tazminle idari düzeni koruma amaç ve niteliğinde olduğunu ileri sürmek, vergi ödevini ve vergi sistemini hafif almak anlamına gelecektir. Vergi ödevinin yerine getirilmesinin sağlanması amacı kamu yararadır, öngörülen yaptırımlar da toplum düzenini korumak için bastırma amacıyla öngörülmüş olup, yükümlülük hatırlatmak çok daha fazladır.*” **Karaçoban Güneş**, s.90.

¹⁶ Vergi suçlarının tanımı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre vergi suçu sadece adli suç kavramıyla ele alındığı gibi; vergi kabahatlerini de kapsayacak bir şekilde de değerlendirilebilmektedir. Bu bağlamda Erman devletin gelir kaynaklarına yönelen tüm fiilleri vergi suçu olarak kabul etmekte ve bunlara teknik ceza hukuku anlamında suç vasfı yüklemektedir. Ardından bu suçları, ceza mahkemelerince yargılanan fiiller ile vergi cezalarını gerektiren fiiller olarak iki sınıfta toplamaktadır. **Erman**, Vergi Suçları, s.2-3. Mutluer de vergi suçu kavramını hem ceza hukuku anlamında suç kabul edilen vergi suçlarını hem de vergi kabahatleri kapsayacak şekilde tanımlamaktadır. **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.223; **Mutluer-Kuzeyli**, s.24. Ancak kanaatimizce vergi suçu, vergi mükellefi ve sorumluları ile bunlarla hukuki ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişiler tarafından vergi kanunlarına aykırı olarak işlenen, devleti vergi kaybı tehlikesine uğratan, kamu düzenini bozan, ceza mahkemeleri tarafından yaptırım uygulanan tipe uygun fiiller olarak tanımlanabilmektedir. Benzer yönde görüşler için bkz: **Baykara**, s.254, **Karakoç**, Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir *YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)*

2. Türk Vergi Mevzuatında Yer Alan Vergi Suç ve Kabahatlerinin Hukuki Rejimi ve Bunlara Uygulanacak Hükümler

Hukumumuzda vergisel işlemlerde meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar olarak nitelendirilebilecek hukuka aykırılıklar 213 sayılı Vergi Usul Kanunu¹⁸ çatısında toplanmadan önce her vergiye ilişkin kanunda ayrı ayrı ve dağınık bir biçimde düzenlenmekte idi. Hatta bu düzenlemelerde vergi suçu veya ihlali deyimlerine de yer verilmeksizin doğrudan mali nitelikte yaptırımlar öngörölmüşü¹⁹. Vergi suçu iç hukukumuzda ilk kez 1947 tarihli Vergi Usul Kanunu Tasarısı Gerekeşinde²⁰ kabahat ve suç ayırımına gidilmeksizin “*vergi kanunlarının koyduğu vazife ve mecburiyetlerin mükellefler tarafından cezayı icap ettirecek şekilde yerine getirilmemesi*” olarak tanımlanmış ve bu suçlara uygulanacak cezai yaptırımların Türk Ceza Kanunu ile öngörölen yaptırımlardan farklı olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda başlangıçta 1949 tarihli ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda²¹ sadece kaçakçılık, kusur ve usulsüzlük vergi suçu olarak

Değerlendirme, s.6-7; **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.65-66; **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.9; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.293; **Sarıcaoğlu**, s.153-154; **Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkcı**, s.334.

¹⁷ Vergisel idari düzeni ve kamu geliri elde edilmesini sağlamaya yönelik olan vergi ödevleri, vergi kanunlarının yükümlendirdiği maddi ve şekli ödevlerdir. Bu vergi ödevlerinin içerdiği emir ve yasaklara aykırı davranılması halinde vergi kabahati vuku bulmakta olup, ihlali halinde kişilere idare tarafından yaptırım uygulanmaktadır. **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.66; **Sarıcaoğlu**, s.156-157. Daha geniş bir tanıma yer verecek olursak Erman’a göre vergi cezalarını gerektiren fiiller, bu fiillerin yapılması veya yapılmaması devletin mali menfaatlerine zarar veren, karşılığında Devlet hem bu menfaatlerin alacaklısı hem de bu fiilleri emreden ve/veya yasaklayan organ sıfatıyla müdahale bulduğu, asıl amacının azap ve ıstırap çektirmek değil; vergi alacağını tahsil olan yaptırımları öngördüğu ve bu yaptırımların aslında idari organlar tarafından ve ceza hukuku dışında kalan usullerle hükmedildiği ve tahsil edildiği fiillerdir. **Erman**, Vergi Suçları, s.8; benzer şekilde tanım için bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.223-224; **Mutluer-Kuzeyli**, s.24. Doktrinde Vergi Usul Kanunu’nun Gerekeşindeki vergi suçlarının tanımından yola çıkılarak yapılan tanımlar da mevcuttur. Buna göre vergi kabahatleri, vergi kanunlarındaki görev ve ödevlerin yükümlü ve vergi sorumluları ile bunlarla hukuki ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişiler tarafından idari yaptırımı gerektirecek şekilde yerine getirilmemesidir. **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s.78-79. Vergi kabahatlerini vergi ceza hukuku dışında bırakan görüş için bkz: **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.9-10.

¹⁸ 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, (RG. 10.01.1961-10703&11.01.1961-10704&12.01.1961-10705).

¹⁹ **Donay**, s.40.

²⁰ Vergi Usul Kanunu Tasarısı ve Geçiçi Komisyon Raporu, (1-174), TBMM, S.Sayı:175, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019080ss0175.pdf> (E.T:13.05.2019)

²¹ 07.06.1949 tarih ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu, (R.G:15.06.1949-7233).

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

düzenlenirken, ceza hukukuna tabi suçlar ayrı tutulmaktaydı. Bilgi verme mükellefiyetine riayetsizlik, vergi mahremiyetini ihlal ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçları yanında 1951 yılında Vergi Usul Kanunu'na hileli vergi suçu da eklenmişti. Ayrıca Kanunun Genel Esaslar kısmında vergi cezası uygulanan davranışlar da vergi suçu olarak kabul edilmişti. Görüldüğü üzere Kanunda vergi ödevlerine aykırılık ihtiva eden tüm fiiller, Eski Türk Ceza Kanunu'nda suçların cürüm ve kabahatleri kapsamına paralel olarak aynı isimle, vergi suçu olarak kabul edilmişti²². Özetle, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu²³ yürürlüğe girmeden önce vergi ceza hukukunun konusu oluşturan vergi suçları mali nitelikli suçlar ve ceza hukuku anlamındaki suçlar şeklinde iki grupta toplanabiliyordu. Mali nitelikli suçlar, suç olarak isimlendirseler de birer idari kabahat olarak kabul edilmekte ve bunlara ceza hukuku müeyyideleri değil idari yaptırımlar uygulanmaktaydı. Geri kalan suçlar ise ceza hukuku anlamında birer suç olarak kabul edilmekte ve ihlali halinde hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmekteydi²⁴.

Günümüzde 213 sayılı Vergi Usul Kanunu içerisinde, vergisel işlemlerde meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar ile bunların yaptırımları düzenlenmiştir. Kanunda yer alan, vergi ziyayı ve usulsüzlük fiilleri vergi kabahati olarak nitelendirilmiş ve idari para cezasına bağlanmışken; vergi kaçakçılığı, vergi mahremiyetini ihlal ve mükelleflerin özel işlerini yapma fiilleri vergi suçu olarak kabul edilmiş ve hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezasına tabi tutulmuştur. Ancak Kanun'un sistematığı incelendiğinde vergi suç ve vergi kabahatleri gibi bir ayrıma doğrudan yer verilmediği gibi, düzenlemelerin ve terimlerin oldukça karmaşık bir şekilde kullanıldığı görülmektedir²⁵.

Bu bağlamda, Kanun'da vergi suç ve kabahatleri "Ceza Hükümleri" başlıklı 4'üncü Kitap'ta düzenlendiği gibi, "Cezalar" başlıklı 331'inci maddesinde "*Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu bu düzenlemelerde, ceza teriminin hem vergi kabahatleri karşılığında uygulanacak idari yaptırımları hem de vergi suçları karşılığında uygulanacak adli yaptırımları kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. Oysa 213 sayılı Kanun'dan daha sonra yürürlüğe giren ve

²² Donay, s.40-41; Taşdelen, Vergi Kabahatleri, s.8-9.

²³ 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, (R.G:31.03.2005-25772 (Mükerrer)).

²⁴ Karakoç, Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme, s.6.

²⁵ Özen, Vergi Suçları ve Kabahatleri, s.1.

kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimine uygun olarak düzenlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁶'nın 45'inci maddesinde “*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.*” hükmüne; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16'ncı maddesinde “*Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir.*” hükmüne yer verilmiştir. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nda kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasından ve kabahatler ile bunlara uygulanacak yaptırımların Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmesinden sonra, suç ve kabahat kavramlarının hukuki dayanaklarının farklılaşması sebebiyle 2008 yılında terminolojik birtakım değişikliklere de gidildiği göz ardı edilmemelidir²⁷.

Anayasamızın 38'inci maddesinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanun ile öngörülebileceği ifade edilmiştir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz olarak ifade edilen bu ilke son derece önemli bir ilke olup, bu ilke aynı zamanda Magna Carta Libertatum'dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne kadar temel hak ve özgürlüklere ilişkin hemen hemen tüm uluslararası antlaşmalarda yer almaktadır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 2'inci maddesinde ve Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinde de ilkeye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Gerek doktrinde gerek yargı kararlarında ilkede yer alan suç ve ceza kavramları geniş olarak anlaşılmalı; hem vergi suç ve kabahatleri hem de bunlara uygulanacak yaptırımları kapsamaktadır²⁸. Dolayısıyla hem vergi suçları hem de vergi

²⁶ 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (R.G:12.10.2004-25611).

²⁷ 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, (R.G:08.02.2008-26781).

²⁸ “*Vergi suçu, verginin mükellefi veya sorumlusu ya da bunlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilere vergi kanunlarında tanımı yapılan ve genellikle kamu maliyesinin gelir kaybına yol açan, vergi kanunlarıyla getirilen kuralların ihlali sonucunu doğuran eylemdir. Ceza ise, suç tanımına uyan eylemi gerçekleştiren kişilere uygulanacak ve nev'i, süresi ve miktarları kanunla belirlenen yaptırımlardır. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve kanunun açıkça cezayı arttırıcı bir neden olarak görmediği bir husustan dolayı kimsenin cezasının arttırılamayacağı suçta kanunilik; hiç kimsenin belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmemen bir ceza ile ya da kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacağı ise cezada kanunilik ilkesinin özünü oluşturmaktadır.*” Danıştay 7. Dairesi, E.2007/1132, K.2008/1782, K.T.18.03.2008, www.danistay.gov.tr/emsal.html; aynı yönde Danıştay kararları için bkz: Danıştay 3. Dairesi, E.1999/2073, K.1999/4966, K.T.30.12.1999, (Danıştay Dergisi, Sayı:103, s.287 vd.); Danıştay 4. Dairesi, E.1998/265, K.1999/83, K.T.28.01.1999, (Danıştay Dergisi, Sayı:104, s.s:130-131); doktrinde aksi görüşteki bazı yazarlarca vergi kabahatleri konusunda idareye düzenleme yetkisi verildiği ancak bunlara uygulanacak yaptırım *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

kabahatlerinde hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarına yer verilmeli ve bunlara uygulanacak yaptırımların kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmekte olup, bunların idarenin tek taraflı düzenleyici işlemleriyle düzenlenmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı kabul edilmektedir²⁹. Bizim de kabul ettiğimiz bu görüşe göre Anayasa'nın 73'üncü maddesi ile vergilerin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu öngörülmüşken, kanunla getirilen yükümlülükler aykırı davranmanın sonuçlarının idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır³⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesi de önüne gelen

açısından Kabahatler Kanunu m.4'teki düzenleme nedeniyle kanunilik ilkesinin bulunduğu da ifade edilmektedir. **Bilici**, s.94. Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer şekilde şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur; "*Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin uygulamaya yönelik kuralların idarenin düzenleyici metinlere bırakılması yasama organının takdir alanı içindedir. Yasa koyucu bu tür kuralları kendisi ayrıntılı biçimde düzenleyeceği gibi, çerçevesini belirleyerek ayrıntıları idarenin düzenlemesine de bırakabilir.*" Any. M. 29.01.1997 gün ve E.1996/11, K.1997/4, (R.G:30.06.2001-24448). Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de bu yöndeki görüşünden vazgeçerek, vergi ziyai cezasına yönelik olarak 344'üncü maddenin ikinci fıkrasının iptaline hükmettiği kararında "*İtiraz konusu kuralda düzenlenen vergi ziyai cezası, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak vergi ziyai suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırımdır. Bu durum gözetildiğinde cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Kuralda, ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın 38. maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2. maddesindeki hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturur*" şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Any. M. 06.01.2005 gün ve E.2001/3, K.2005/4, (R.G:20.10.2005-25972); ayrıca bkz: Any. M. 06.06.1991 gün ve E.1990/35, K.1991/13, (R.G:27.10.1994-22094).

²⁹ **Erman**, Vergi Suçları, s.10-11; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.77-78. Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde kararı için bkz: 06.06.1991 gün ve E.1990/35, K.1991/13, (R.G:27.10.1994-22094). Suç ve cezada kanunilik ilkesi ile geçmişe yürümemesi, lehe olan kanunun uygulanması, masumiyet karinesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ne bis in idem ilkesi, suç ve cezada şahsilik ilkesi, ölçülülük ilkesi gibi hukuki güvenceler de sağlanmış olur. – **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.8; **Ulusoy**, s.48 vd; **Geçer**, Non Bis In Idem İlkesi, s.322; konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Taşdelen**, Aziz: "*Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:59; Sayı:4 s.771 vd, (Anayasal Temeller).

³⁰ **Donay**, s.35-36; **Karakoç**, Anayasal Vergilendirme İlkeleri, s.1279; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.77-78. Vergi suç ve kabahatlerinin yaptırıma bağlanması konusunda kişilerin mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri hukuk devleti ile kanunilik ilkeleri ışığında güvence altına alınmaktadır. **Başaran Yavaşlar**, İdari Nitelikli, s.146-147; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.79; ayrıca bkz: **Erginay**, s.15.

bir başvuruda bu ilkenin hem vergi suçları hem de vergi kabahatleri ile bunlara uygulanacak hem hürriyeti bağlayıcı veya adli para cezası hem de idari para cezası şeklindeki yaptırımlar açısından sıkı bir şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiřtir³¹.

Doktrinde bazı yazarlarca vergisel işlemlerde meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar, Vergi Usul Kanunu'nun 331'inci maddesinden hareketle kanunilik ilkesini de kullanarak hem vergi suçlarını hem de vergi kabahatlerini kapsayacak şekilde ifade edilmiştir. Bu bağlamda devletin gelir kaynaklarına yönelen tüm fiiller teknik anlamda suç olarak kabul edilerek vergi suçu olarak ifade edilmiřtir³². Ardından bu suçlar, ceza mahkemelerince yargılanan fiiller ile vergi cezalarını gerektiren fiiller olarak iki sınıfta toplanmıřtır³³.

Kanaatimizce Vergi Usul Kanunu, her iki Kanundan ve özellikle kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi öncesinde düzenlenmiş olması sebebiyle, vergi suç ve vergi kabahati şeklinde ikili bir ayrıma açıkça yer verilmemesi olağandır; ancak günümüzde Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu'nun yürürlükte olması sebebiyle de Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergisel hukuka aykırılıkların, bu kanunlara uygun olarak vergi suçu ve vergi kabahati olarak tasnif edilmesi gerekmektedir³⁴. Nitekim 2008 yılında Vergi Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucunda vergisel işlemlerde meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar arasında vergi kabahatleri ve vergi suçları şeklinde ikili bir ayırım ortaya çıkmış ve buna göre yalnızca ceza hukuku anlamında yaptırımlar öngörülen suçlar vergi suçları olarak kabul edilmelidir³⁵.

Daha açık bir ifade ile ile, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na³⁶ göre vergi kanunları ile getirilen ödevlere uymamak şeklinde işlenen fiillerin vergi

³¹ Any. M. 06.01.2005 gün ve E.2001/3, K.2005/4, (R.G:20.10.2005-25972).

³² **Erman**, Vergi Suçları, s.2-3; **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.223; **Mutluer-Kuzeyli**, s.24. Karşıt görüşler için bkz.: **Baykara**, s.254, **Karakoç**, Türk Vergi Ceza Hukuku zerine Bir Değerlendirme, s.6-7; **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.65-66; **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.9; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.293; **Sarıcaoğlu**, s.153-154.

³³ **Erman**, Vergi Suçları, s.2-3.

³⁴ Aynı yönde görüş için bkz.: **zen**, Vergi Suçları ve Kabahatleri, s.2.

³⁵ **Donay**, s.9-10,41-42; **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.66; **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.9.

³⁶ Vergi Usul Kanunu Dördüncü Kitap, Ceza Hükümleri başlığını taşımaktadır ve bu bölümde yer alan 331'inci maddeye göre "*Vergi Kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (Vergi ziyası cezası ve usulsüzlük cezası) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.*". Kanun vergi suçu kavramını "*Vergi Kanunları hükümlerine YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

kabahati olarak nitelendirilmesi ve idari para cezasına tabi tutulması, Kanunun 359 ila 363'üncü maddeleri arasında öngörülen kurallara aykırı hallerin ise vergi suçu olarak kabul edilmesi ve hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezasına tabi tutulması gerekmektedir³⁷. Kanunda yer alan vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük halleri kabahat olarak düzenlenmişken; kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlali ve mükelleflerin özel işlerini yapma halleri suç olarak düzenlenmiştir (VUK m.331 vd.)³⁸.

Vergisel işlemlerde meydana gelebilecek hukuka aykırılık doktrinde yalnızca vergi suçu veya vergi kabahati olarak tasnif edilmediği, aynı sonucu sağlayacak farklı kavramların kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin; Erman ceza mahkemelerince yargılanan fiiller ile vergi cezalarını gerektiren fiiller olarak ikili bir ayrıma giderken³⁹; Mutluer ve Dayanç Kuzeyli vergisel hukuka aykırılık idari vergi suçları ve kamusal vergi suçları olmak üzere bir ayrıma tabi tutmuştur⁴⁰. Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker ise, söz konusu bu aykırılıkları mali nitelikli suçlar ve ceza hukuku anlamında suçlar olmak üzere iki bölümde incelemiştir⁴¹. Kaneti, Ekmekçi, Güneş ve Kaşıkçı ise vergi kabahatleri deyimi yerine vergisel düzene aykırılıklar deyimini kullanmayı tercih etmiştir⁴². Saban ise söz konusu hukuka aykırılıkları yaptırımları bakımından idari nitelikli cezalar ile ceza mahkemelerince hükmolunan cezalar olarak ikili bir ayırım şeklinde ele almıştır⁴³.

Doktrinde çoğunluk yazarca bu şekilde bir tasnifi kabul etmekle birlikte, vergi işlemlerine ilişkin hukuka aykırılıklar arasında bir nitelik farkı

aykırı hareket" olarak tanımlarken; ceza kavramını da "bu kitapta yazılı vergi cezaları" olarak sınırlandırmıştır. **Saban**, s.468.

³⁷ **Kaneti**, s.229-230; **Saban**, s.469; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.388; **Başaran Yavaşlar**, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum, s.2839; **Kızılot-Taş**, s.114-115; **Şenyüz-Yüce-Gerçek**, s.252-253; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.76; Any. M. 06.06.1991 gün ve E.1990/35, K.1991/13, (R.G:27.10.1994-22094).

³⁸ Öte yandan önemle belirtmek gerekir ki, vergi kabahat ve suçlarına yalnızca Vergi Usul Kanunu'nda değil, başta Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gümrük Kanunu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gibi başkaca birçok kanunda da yer verilmiştir. **Kırbaş**, s.168; **Karakoç**, Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme, s.6. Dolayısıyla Vergi Usul Kanunu'nda yer alan kabahat ve suçların yanında çeşitli özel kanunlarla getirilen kabahat ve suçların bir araya gelmesiyle vergi ceza hukukunun bütününe ulaşılmış olunacaktır. **Şenyüz**, s.52.

³⁹ **Erman**, Vergi Suçları, s.2-3.

⁴⁰ **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.223; **Mutluer-Kuzeyli**, s.24.

⁴¹ **Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker**, s.226.

⁴² **Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkçı**, s.332.

⁴³ **Saban**, s.469.

bulunmadığı nicelik bakımından ise bir genelleme yapılamayacağı da ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, nicelik farkı tamamen hukuka aykırılığın özüne karşı olmayıp, bazı hallerde tamamen kanun koyucunun takdirinden kaynaklanmaktadır⁴⁴. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vergi kabahati olarak nitelendirilen hukuka aykırılıklar karşılığında uygulanan yaptırımların niteliğini otonom bir biçimde değerlendirmiş⁴⁵ ve belirli koşulların oluşması halinde bu yaptırımların cezai nitelikte olduğunu belirtmiştir⁴⁶. Bu bağlamda Mahkeme önüne gelen bazı başvurularda, vergisel hukuka aykırılıkların amacının caydırma ve bastırma olmasından bahisle, esas itibarıyla cezai nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁴⁷.

Öte yandan vergi kanunlarında aksine bir düzenleme bulunmadıkça vergi suç ve cezalarına ceza hukukunda yer verilen temel ilke ve esaslar ile Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri haricinde vergi kabahatlerinin hangi esaslar çerçevesinde inceleneceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır⁴⁸. Dolayısıyla, vergi suçları ile bunlara uygulanan

⁴⁴ **Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkcı**, s.339.

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi vergi kabahatleri sonucunda uygulanan idari yaptırımlara karşı herhangi bir güvence hükmü içermemektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerleşik içtihadında adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6'ncı maddesinde yer alan cezai nitelikteki suçlamayı daha geniş bir şekilde değerlendirmektedir. Mahkeme, değerlendirmelerini üye ülkelerin hukuk düzenlerinden bağımsız olarak gerçekleştirmekte ve kendisini üye ülkelerin kendi iç hukuklarında yaptırımları cezai nitelikte olarak tasnif edip edilmediğinden ayırık olarak otonom bir değerlendirme yapmaktadır. Pek çok yazar içinde örneğin **Ulusoy**, s.37; **Saban**, s.474-475.

⁴⁶ AİHM, Glantz ve Finlandiya, B.N.37394/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144114>, E.T:29.05.2019); AİHM, Bendenoun ve Fransa, B.N.12547/86, K.T.24.02.1994, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57863>, E.T:12.05.2019). Ayrıca bkz.: AİHM, Engel ve Diğerleri ve Hollanda, B.N.5100-5101-5102/71&5354-5370/72, K.T.23.11.1976, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-188078>, E.T:12.05.2019).

⁴⁷ AİHM, Öztürk ve Almanya, B.N.8544/79, K.T.23.10.1984; (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57552>, E.T:12.05.2019); AİHM, Jussila ve Finlandiya, B.N.73053/01, K.T.23.11.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-78135>, E.T:12.05.2019). Ancak Mahkeme daha eski tarihli olan Engel ve Diğerleri ve Hollanda başvurusu belirlerken bir yaptırımın iç hukukta nasıl düzenlendiğini de idari cezaların belirlenmesinde kriter olarak kabul etmiştir. AİHM, Engel ve Diğerleri ve Hollanda, B.N.5100-5101-5102/71&5354-5370/72, K.T.23.11.1976, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-188078>, E.T:12.05.2019); ayrıca bkz: **Başaran Yavaşlar**, İdari Nitelikteki Vergi Suç ve Cezaları, s.112; **Saban**, s.474-477; **Ulusoy**, s.475.

⁴⁸ "Eğer idari nitelikli vergi suçları bakımından da ceza hukuku esaslarının uygulanması kabul edilirse, suçun varlığı amacı, bir fiili suç haline getirip, onu diğer hukuka aykırı YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

cezaların hukuki niteliği konusunda bir tartışma bulunmasa da, vergi kabahatleri ile bunlara uygulanan yaptırımların hukuki niteliği konusu doktrinde tartışılmıştır.

Birtakım yazarlar vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımı ceza olarak değil, vergi zammı olarak kabul etmiş ve bunun alınmasındaki amacı vergide olduğu gibi Devlet'e gelir sağlamak olarak açıklamıştır. Bu görüşe gelen en önemli eleştiri, cezaların şahsiliği ilkesinin vergi kabahatlerine uygulanan cezalar bakımından uygulama alanı bulmasından bahisle, bu cezaların mirasçılara devredilemeyeceği yönündedir. Nitekim Türk Vergi Hukuku açısından da Vergi Usul Kanunu'nun 372'inci maddesinde vergi cezalarının ölümle düşeceği yer almaktadır⁴⁹.

Diğer yandan doktrindeki bazı yazarlar, vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımları Devlet Hazinesi'ne verilen zarar nedeniyle hükmedilen ve para ile ölçülebilen tazminat olarak kabul etmişlerdir⁵⁰. Bu görüş de vergi

fillerden ayıran hususları ortaya koymak olan suç unsurları teorisi çerçevesinde yapılacak ve böylece, suçun işlenmiş olduğundan bahsedebilmek için, suçun kurucu unsurlarının (kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık) mevcudiyeti şart koşulacaktır. Buna karşılık idare hukuku sahasında bulunduğu ve idari bir yaptırımın söz konusu olduğu kabul edilirse, incelemenin de idari işlemin unsurları çerçevesinde yapılması gerekecektir. Bir başka olasılık ise, bağımsız bir vergi ceza hukukunun varlığını kabul etmek ve incelemeyi bu alana özgü ilke ve esaslar çerçevesinde yapmaktır.” **Başaran Yavaşlar**, İdari Nitelikteki Vergi Suç ve Cezaları, s.109-110. Vergi ceza hukuku kapsamında hem adli nitelikli hem de idari nitelikli yaptırımlar bulunmaktadır. Bu bağlamda vergi ceza hukuku kapsamında vergi suçları ve vergi kabahatleri şeklinde ikili bir ayırım bulunmakta olup, her biri kendi yapılarına ilişkin kanunlara ve hukuk dallarına ilişkin temel ilkelere temas etmektedir. Bu nedenler vergi cezalarının düzenlendiği Vergi Usul Kanunu vergi ceza hukukuna ilişkin bütün soruların cevabını ihtiva etmemekte; bilakis kavram ve kurumlar arasında tartışmalara yol açmaktadır. **Sarıcaoğlu**, s.152; ayrıca bkz: **Yıldırım**, s.157-158.

⁴⁹ **Kırbaş**, s.177; **Mutluer**, Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler, s.13-14; **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.234-235; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.174; **Sarıcaoğlu**, s.158; **Yıldırım**, s.158. Vergi Usul Kanunu'nda vergi kabahatleri için öngörülen cezalar, kabahatin ağırlık derecesine göre, kaçırılan veya kayba uğratılan verginin katları şeklinde belirlenmekte olduğundan, Vergi Usul Kanunu'nda bu görüşün benimsenmediği açıktır. **Erginay**, s.17; karşıt görüşler için ayrıca bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.231-234; **Mutluer-Kuzeyli**, s.26-29.

⁵⁰ **Kırbaş**, s.177; **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.227; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.175; **Yıldırım**, s.158; **Mutluer-Kuzeyli**, s.29. Vergi cezalarının tazminata benzetilmesinin dayanakları için bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.227-228; **Mutluer-Kuzeyli**, s.30-32.

kabahatlerine uygulanan cezalar açısından da cezaların şahsiliği ilkesi bulunmasından dolayı oldukça eleştirilmiřtir⁵¹.

Görüldüğü üzere önceleri oldukça taraftar toplayan her iki görüş de vergi kabahatleri uygulanan yaptırımlar bakımından da cezaların şahsiliği ilkesinin geçerli olması gerektiği açısından eleştirilmiştir ve günümüzde önemlerini yitirmişlerdir⁵². Nitekim Vergi Usul Kanunu'nda ölüm halinde vergi cezalarının düşeceği ile velayet ve vesayet altında bulunulması veya işlerinin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olunması halinde vergi kabahatlerine uygulanacak yaptırımın vasi, veli veya kayyıma uygulanacağı hükümleri, bu Kanunda vergi zammı ya da tazminat görüşünün benimsenmediğini göstermektedir⁵³. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu ise açıkça vergi cezalarının, vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle devletin gördüğü zarara eşit bir tazminat veya zam almak amacıyla uygulanmadığını; bu cezaların amacının zararı aşan tutarda karşılık alınması suretiyle faili cezalandırmak ve ceza tehdidiyle söz konusu fiili önlemek olduğunu belirtmiřtir⁵⁴.

Daha sonra vergi kabahatlerine uygulanması gereken yaptırımların ceza hukuku anlamında para cezası olduğu görüşü ortaya atılmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen başvuruları değerlendirirken, vergiye ilişkin bir kuralın yaptırım olarak kabul edilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususun ilgili vergi kurulunun caydırıcı ve cezalandırıcı bir amacı bulması olduğunu, iç hukukta nasıl tasnif edildiğinin bir önemi bulunmadığını ifade etmiřtir⁵⁵. Danıştay ise bir kararında vergi kabahatleri

⁵¹ **Mutluer**, Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler, s.14-15; **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.234-235; **Sarıcaoğlu**, s.158; **Yıldırım**, s.158-159; karşıt görüşler için ayrıca bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.234-235.

⁵² **Erginay**, s.17; **Kırbaş**, s.177; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.174-175.

⁵³ **Erginay**, s.17; **Şenyüz**, s.57.

⁵⁴ Dş. İBK 12.06.1980 gün ve E.1977/1, K.1980/2, (Danıştay Dergisi, Sayı:40-41, s.s:67-74), s.69; ayrıca bkz: **Erginay**, s.17; **Kaneti**, s.234; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.390; **Saban**, s.476; **Gerek-Aydın**, s.270 vd.

⁵⁵ AİHM, Öztürk ve Almanya, B.N.8544/79, K.T.23.10.1984; (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57552>, E.T:12.05.2019); AİHM, Bendenoun ve Fransa, B.N.12547/86, K.T.24.02.1994, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57863>, E.T:12.05.2019); AİHM, Jussila ve Finlandiya, B.N.73053/01, K.T.23.11.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-78135>, E.T:12.05.2019). Ancak Mahkeme daha eski tarihli olan Engel ve Diğerleri ve Hollanda başvurusu belirlerken bir yaptırımın iç hukukta nasıl düzenlendiğini de idari cezaların belirlenmesinde kriter olarak kabul etmiştir. AİHM, Engel ve Diğerleri ve Hollanda, B.N.5100-5101-5102/71&5354-5370/72, K.T.23.11.1976, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-188078>, E.T:12.05.2019); ayrıca bkz: **Başaran Yavaşlar**, İdari Nitelikteki Vergi Suç ve Cezaları, s.112; **Saban**, s.474-477; **Ulusoy**, s.475. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

ve vergi suçları için herhangi bir ayrıma gitmeksizin bunların ceza hukuku ilke ve kurallarına tabi olduğunu ifade etmiştir⁵⁶. Ancak vergi cezalarında vergi alacağını güvence altına alma amacı bulunduğu ve bu amaca bağlı olarak vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımlarda bulunan tüzel kişilerin sorumluluğu, ıslah, pişmanlık, uzlaşma gibi bazı özelliklerin adli para cezalarında bulunmaması ile vergi cezalarının ödenmemesi halinde hapse çevrilememesi nedeniyle bu görüş de oldukça eleştirilmiştir⁵⁷.

Nihayet vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımların niteliklerinden yola çıkılarak, bunların birer idari yaptırım olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, vergi kabahatlerine sebep olan fiiller ile bunlara uygulanacak yaptırımlar, idari usuller ile belirlenmekte ve idare tarafından uygulanmaktadır. Daha açık bir ifade ile hangi fiillerin kabahat oluşturacağına vergi idaresi karar vermekte ve yine vergi idaresi tarafından bu kabahatlere ilişkin yaptırım uygulanmaktadır⁵⁸. Bu yönüyle, vergi cezalarının uygulanmasında ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde idare hukukunun kurallarına riayet edilmektedir. İdare vergi cezasına ilişkin işleminde bir hatası varsa, bu hatasını düzeltebilmektedir; ancak ceza hukuku anlamında öngörülen hiçbir cezada idarenin böyle bir tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Doktrinde yalnızca idarenin değil, vergi cezasının muhataplarının da tasarrufta bulunma imkânları bulunduğu ifade edilmektedir; buna göre, Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde, gerekli şartları yerine getiren ceza muhatapları için vergi cezalarında indirim kurumu düzenlenmekte olduğu gibi, uzlaşma yoluna gidilmesi halinde ceza muhatapları öngörülen ceza miktarı üzerinden pazarlık yapabilmektedir⁵⁹.

⁵⁶ “İdari cezalar için de geçerli olan, cezayı gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı yolundaki genel ceza ilkesi de, varsayım ya da kıyas yoluna imkan vermemektedir” Dş 4. D. 26.01.1987 gün ve E.1985/5795, K.1987/3578, (Danıştay Dergisi, Sayı:70-71, s.s: 189-192), s.189; ayrıca bkz: Dş. İBK 12.06.1980 gün ve E.1997/1, K.1980/2, (Danıştay Dergisi, Sayı:40-41, s.s:67-74).

⁵⁷ **Kırbaş**, s.167-168; **Mutluer**, Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler, s.16-18; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.175-176; eleştiriler için bkz: **Erman**, Vergi Usul Kanunu, s.205 vd.; **Waline**, s.77-78; **Sarıcaoğlu**, s.158; ayrıca bkz: Any. M. 15.10.1991 gün ve E.1990/29, K.1991/137, (R.G:05.02.1992-21133); karşıt görüşler için bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.235-239; **Mutluer-Kuzeyli**, s.34-36.

⁵⁸ **Kaneti**, s.229; **Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker**, s.226; **Kırbaş**, s.168; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.390; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s.77-78; **Kızılot-Taş**, s.114-115; **Şenyüz**, s.56; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.176; **Sarıcaoğlu**, s.158-159; **Yıldırım**, s.160-161; **Mutluer-Kuzeyli**, s.32.

⁵⁹ **Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker**, s.226; **Mutluer**, Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler, s.15-16; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.176; **Yıldırım**, s.161; **Mutluer-YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)**

Kanaatimizce de vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımların birçok açıdan gerçek anlamda cezalara yaklaştığı ve ceza hukukuna egemen olan birçok ilkeyi ihtiva etmesi onları tam anlamıyla birer ceza yapmamaktadır. Bir fiilin vergi kabahatine sebebiyet verip vermediğinin takdiri ve bu takdire dayalı olarak yaptırım uygulama yetkisinin idareye ait olması, idarenin bu yaptırımları bireysel nitelikli idari işlemleriyle idari usulleri izleyerek hükmetmesi onların birer idari yaptırım olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hukuka aykırılıklardan vergi kabahati olarak kabul edilenlere idari para cezası niteliğinde vergi cezaları kesilmekte olup, anlaşmazlıklar vergi idaresi ve/veya vergi yargısı organları tarafından çözümlenmektedir. Vergi suçu olarak kabul edilenlerin işlenmesi halinde ise hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası hükmedilecek olup, bu suçların işlenip işlenmediğine, işlenmiş ise kim tarafından işlendiğine ve hükmedilecek cezaya ceza yargısı organları karar vermektedir⁶⁰. Vergi mevzuatına aykırı fiillerin hukuki rejimlerinin bilinmesi ve bunların vergi suçu veya kabahati olarak tasnif edilmesi, vergisel hukuka aykırılıklar ile bunlara uygulanacak yaptırımların tabi olacağı uygulama ve yargılama kurallarının belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Bu bağlamda ceza hukuku açısından suç olarak kabul edilen fiiller bakımından yalnızca suç ve cezayı düzenleyen kanun hükmü değil; aynı zamanda Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Adli Sicil Kanunu, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri uygulanabilecekken; kabahatler bakımından da Kabahatler Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Danıştay Kanunu hükümleri uygulanabilecektir⁶¹. Ancak ifade edilmesinde fayda vardır ki; vergi suç ve kabahatlerine ilişkin bu Kanunlardan ayırık ve kendine özgü birçok düzenlemeye Vergi Usul Kanunu'nda rastlamak mümkündür.

Kuzeyli, s.32-33. Vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımların idari ceza olmadığına dair azınlık görüşü için bkz: **Mutluer**, Vergi Genel Hukuku, s.235; **Mutluer-Kuzeyli**, s.33.

⁶⁰ **Kaneti**, s.229-230; **Saban**, s.469-470; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s.388; **Başaran Yavaşlar**, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum, s.2839-2840; **Kızilot-Taş**, s.114-115; **Şenyüz-Yüce-Gerçek**, s.252; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.40.

⁶¹ **Başaran Yavaşlar**, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum, s.2840; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.84-85.

Bu bağlamda özellikle vergi kabahatleri Vergi Usul Kanunu ile Kabahatler Kanunu; vergi suçları ise Vergi Usul Kanunu ile Türk Ceza Kanunu arasındaki özel kanun-genel kanun ilişkisi bütünlüğü içerisinde yer almaktadır⁶². Ancak Vergi Usul Kanunu ile Kabahatler Kanunu açısından, aynı konunun düzenlendiği hükümlerde özel kanun-genel kanun ilişkisinin uygulanması veya vergi kabahatler sonucunda öngörülen idari para cezalarının Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre değerlendirilmesine uygulamada pek rastlanılmamaktadır. Uygulamada, vergi idareleri vergi cezalarının tespitinde Kabahatler Kanunu'nun hükümlerinden faydalanmamakta; Danıştay ise vergi kabahatlerine ilişkin olarak yaptığı hiçbir tartışmada Kabahatler Kanunu'na değinmemektedir⁶³. Öte yandan aşağıda detaylıca değinileceği üzere, Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*” şeklindeki düzenleme de, Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinin 2'inci fıkrası ve 359'uncu maddesinin son fıkrasındaki açık düzenlemeler sebebiyle vergi kaçakçılığı suçu ve vergi ziyayı kabahatinin birlikte gerçekleşmesi halinde uygulanamamaktadır⁶⁴.

II. NE BIS IN IDEM İLKESİ

A. Genel Çerçeve

Ne bis in idem ilkesi⁶⁵, ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olup, başlangıçta aynı kişinin aynı suçundan dolayı birden fazla kez cezalandırılmasını yasaklamaktaydı⁶⁶. Günümüz modern ceza hukuku anlamında ise bu ilkenin kapsamı genişletilmiş ve bu ilke ile aynı kişi hakkında aynı suçundan dolayı birden fazla soruşturma ve kovuşturma

⁶² Şenyüz, s.50.

⁶³ Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkcı, s.343.

⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz.: Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkcı, s.344.

⁶⁵ İlke doktrinde çoğunlukla non bis in idem ilkesi olarak anılmaktaysa da Latince kökenli olan bu ilkenin dilbilgisi bakımından ne bis in idem olarak ifade edilmesi daha isabetlidir. Eser, s.48; Cebeci, s.3.

⁶⁶ Özay, s.35; Bahçeci, Ne Bis In Idem İlkesi, s.254-255; aslında ilkenin birebir çevirisi “aynısı için iki kez olmaz” şeklindedir. Cebeci, s.3. Ne bis in idem kavramının tam olarak Türkçe'ye çevrilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni Türk dilinin yetersizliği değil ilkenin sürekli değişim içinde olarak, anlamını genişletmesidir. Öyle ki bugünkü anlamıyla kişinin aynı suçundan dolayı iki kere yargılama ve cezalandırma yapılamaz anlamı Latince kökenli olan bu kavramın hiçbir kelimesinden çıkmamaktadır. Erdoğan, s.16; Bahçeci, Ne Bis In Idem İlkesi, s.254.

yapılması yasaklanmıştır⁶⁷. Aslında bu ilkenin birebir çevirisi “aynısı için iki kere olmaz” şeklinde olup⁶⁸, ilkenin tam olarak Türkçe’ye çevrilmesi mümkün değildir. Öyle ki bugünkü anlamıyla kişinin aynı suçundan dolayı iki kere yargılama ve cezalandırma yapılamaz anlamı Latince kökenli olan bu kavramın hiçbir kelimesinden çıkmamaktadır⁶⁹.

İlke temellerini Roma Ceza Hukuku’nun önemli ilkelerinden ikisi olan *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* ve *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (hiç kimse aynı suçtan dolayı ikinci kez kovuşturulamaz ve cezalandırılmaz) ilkelerinden almış⁷⁰ olup, bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alınmıştır⁷¹. Bu bağlamda Türkiye’nin tarafı bulunduğu bu sözleşmelerden Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁷²,nin 14’üncü maddesinin 7’inci fıkrasında “*Hiç kimse bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkûm olmuş veya beraat etmiş ise, aynı fiil için*

⁶⁷ Yurtcan, s.33; Oğurlu, s.104; Gülşen, s.318; Centel-Zafer, s.633; Ünver-Hakeri, s.102; Şahin, s.86; Gözübüyük-Gölcüklü, s.333; Tezcan-Erdem-Önok, s.104; Yenisey-Nuhoğlu, s.78; Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.712; Harris-O’Boyle-Bates-Buckley, s.778; Özen, Non Bis In Idem, s.390; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, (Ceza Muhakemesi Hukuku), s.71; Ulusoy, s.109; Karaboyacı, s.47; Geçer, Non Bis In Idem İlkesi, s.327; Ataç, Ne Bis In Idem İlkesi, s.818; Geçer, A ve B v. Norveç Kararı, s.109.

⁶⁸ Cebeci, s.3.

⁶⁹ Erdoğmuş, s.16; Bahçeci, Ne Bis In Idem İlkesi, s.254.

⁷⁰ Vervaele, s.100; Conway, s.221-222; Ataç, Kesin Hüküm, s.4; Karaçoban Güneş, s.92; Cebeci, s.3.

⁷¹ 1791 tarihli Amerikan Haklar Bildirgesi’nden başlayıp temel hak ve özgürlüklere ilişkin birçok uluslararası sözleşmede bu ilkeye yer verilmişse de, biz çalışmamızın kapsamı bakımından burada yalnızca Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemelere yer verdik. Sözleşmelerin tamamı için ayrıca bkz: Cebeci, s.12-18.

⁷² Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, 41. madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Komitesi’ne ilişkin 41. madde ise, 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu’nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003 /5851 sayılı kararıyla Sözleşme’nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz: <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf> (E.T:21.05.2019).

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz.” hükmü ile güvence altına alınmıştır.

Öte yandan bu ilkeye ilişkin Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)⁷³,nin ana metninde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁴. 22.11.1984 tarihli Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol⁷⁵,ün 4’üncü maddesinde aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı ile bu ilke güvence altına alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında “*Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.*” hükmü yer alırken maddenin 2’inci fıkrasında yeni veya yakın zamanda ortaya çıkan delillerin veya önceki işlemlerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı halinde yeniden yargılama yapılacağı şeklinde bir istisnaya yer verilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise olağanüstü hallerde dahi bu ilkeye aykırı düzenlemelerin yapılamayacağı belirtilmiştir.

1982 Anayasası’nda ne bis in idem ilkesine doğrudan yer verilmemiştir. Ancak doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları ışığında bu ilkenin

⁷³ Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanları tarafından Roma’da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T:21.05.2019).

⁷⁴ Sözleşme’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6’ncı maddesinde ne bis in idem ilkesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu ilkenin düzenlendiği Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ü onaylamayan devletler aleyhine bu ilke açısından yapılan başvurular kabul edilemez olarak atfedilecektir. **Harris-O’boyle-Bates-Buckley**, s.778; **Cebeci**, s.44; ayrıca bkz: AİHM, Blokker ve Holland, B.N.45282/99, K.T.07.11.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5526>, E.T:24.05.2019).

⁷⁵ Protokol 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol’ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 7 Numaralı Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 28 Mart 2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol’ün resmi Türkçe çevirisi, 8 Nisan 2016 tarih ve 29678 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 2 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokolün Türkçe metni için bkz: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T:21.05.2019).

anayasal temellerini 2'inci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi, 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ve Başlangıç Bölümünde yer alan insan onurunun korunması oluşturduğu söylenebilmektedir⁷⁶. İlkenin iç hukuktaki dayanağını ise Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesinde yer alan “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” hükmü ile Ceza Muhakemesi Kanunu⁷⁷,nun 172'inci maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz” ve 223'üncü maddenin 7'inci fıkrasında yer alan “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir” hükümleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla ne bis in idem ilkesinin ceza muhakemesinin yürütülebilmesi için gerekli bir negatif koşul olduğu söylenebilmektedir⁷⁸. Ayrıca belirtilmelidir ki, ne bis in idem ilkesinin uygulanabilmesi için suç ile birlikte failin de aynı kişi ve söz konusu yargılamaların ceza yargılaması olması gerekmektedir⁷⁹.

Doktrinde ne bis in idem ilkesi kural olarak idari cezalar için de kabul edilmekte olup, kişiye aynı kabahati nedeniyle birden fazla idari ceza

⁷⁶ Bu temeller doktrinde ve yargı kararlarında oldukça tartışılmış olup, çalışmamızın ilgili bölümlerinde bu temellere ilişkin görüşlere yer vermeye çalışılmıştır. Ancak yeri gelmişken ifade edilmesinde fayda vardır ki, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne bis in idem ilkesinin 6'ncı madde haricinde Ek Protokol ile düzenlenmesi bu ilkenin adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği düşüncesini doğurmuştur. Çoğunluk görüş ise, ilkenin Birleşmiş Milletler ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi'nde ise adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlendiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ilkenin 6'ncı madde içerisinde düzenlenmesinin tek başına adil yargılanma hakkının ne bis in idemi kapsamadığını ifade etmektedirler. Zira, aynı eylem dolayısıyla kişinin birden çok yargılanıp cezalandırılması aşırı bir cezalandırmaya yol açacak olup, adaletli bir sonuç yaratmayacaktır. **Cihan-Yenisey**, s.220; **Gülşen**, s.318; **Cebeci**, s.76.

⁷⁷ 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, (R.G:17.12.2004-25673).

⁷⁸ **Centel-Zafer**, s.633; **Ünver-Hakeri**, s.102; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.78,617-618; **Karaçoban Güneş**, s.95.

⁷⁹ AİHM, Amrollahi ve Danimarka, B.N.56811/00, K.T.11.07.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60605>, E.T:24.05.2019); **Özay**, s.35,62; **O'boyle-Bates-Buckley**, s.779; **Karaçoban Güneş**, s.93; Kanaatimizce fiilin ve kişinin aynı olup olmadığı saptanırken iddianamede somutlaşan fiil ve ismen ve cismen yer alan kişi açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Aynı kişi kavramlarının doktrin ve yargı kararlarında nasıl değerlendirildiğine ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Özen**, Non Bis In Idem, s.392-394; **Cihan-Yenisey**, s.219; **Karaçoban Güneş**, s.48-49..

uygulanmasının bu ilkeyi ihlal edeceği ifade edilmektedir⁸⁰. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında bir fiil ile birden fazla kabahatin vuku bulması haline ilişkin olarak “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir” hükmüne ve 3'üncü fıkrasında bir fiil ile hem suç hem kabahatin vuku bulması haline ilişkin olarak “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır” hükmüne yer verilmiştir⁸¹.

Tek bir fiil sonucunda kişilerin hem ceza hem de idari yaptırıma tabi tutulup tutulamayacağı ise bu ilke kapsamında tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı kararlarında⁸² idari yaptırımların da cezalandırma ve caydırma amacının bulunmasından bahisle bu ilke kapsamında hem cezai hem de idari yaptırımın uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁸³. Diğer görüşe göre, ne bis in idem ilkesi ile aynı neviden birden fazla yargılama ve cezalandırma yapılması yasaklanmış olup aynı fiil nedeniyle hem idari yaptırımın hem de ceza yaptırımının uygulanması ilkeyi ihlal etmemektedir. Nitekim idari yaptırımlar, teknik anlamda cezalandırıcı bir niteliğe sahip olmayıp, asli amaçları mevzuat ihlallerini engelleme ile mevcut ihlalleri sona erdirmeye ve tekrarlanma olasılığını ortadan kaldırmaktır⁸⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de önüne gelen bazı başvurularda bir kişinin ceza

⁸⁰ Ulusoy, s.109.

⁸¹ Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında bu düzenleme yoluyla ne bis in idem ilkesine suçlarla kabahatler arasında da geçerlilik tanındığı ifade edilmiştir. Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, (1/993) Genel Gerekçe, TBMM, S.Sayı: 840, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c079/tbmm22079076ss0840.pdf> (E.T:10.05.2019).

⁸² AİHM, Öztürk ve Almanya, B.N.8544/79, K.T.23.10.1984; (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57552>, E.T:12.05.2019); AİHM, Weber ve İsviçre, B.N.11034/84, K.T.22.05.1990, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57629>, E.T:23.05.2019).

⁸³ Kunter, s.815; Oğurlu, s.106; Cebeci, s.45.

⁸⁴ Harris-O'boyle-Bates-Buckley, s.779; Özen, Non Bis In Idem, s.390; Geçer, Non Bis In Idem İlkesi, s.327.

yargılamasından sonra, aynı fiilden dolayı farklı nitelikte bir takibata uğramasını bu ilkeye aykırı bulmamıştır⁸⁵.

B. Konuya İlişkin Doktrindeki Görüşler

Doktrinde, devletin daha önce hakkında kesin hüküm verilen bir kişinin aynı suçundan ötürü tekrar cezai yargılamaya tabi tutulması, kişiye utanç, ıstırap ve katlanılamaz bir külfet yükleyeceği, onu daimi bir endişe ve güvensizlik içine sürükleyeceği ve kişinin bu şekilde defalarca cezai yargılamaya tabi tutulması halinde maddi gerçekten uzaklaşarak kişi masum olsa bile mahkûm olma ihtimalinin artıracığı belirtilmiş ve dolayısıyla ne bis in idem ilkesinin titizlikle uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁶. Aksi halde; yani kişinin aynı suçundan dolayı defalarca cezai yargılamaya tabi tutulması birçok temel hak ve özgürlükle birlikte insan onurunun dokunulmazlığını ihlal edecektir⁸⁷.

Ne bis in idem ilkesi kesin hükmün önleme etkisini içerdiğinden, hukuki güvenlik, barış ve kişisel özgürlüğe de hizmet etmekte olup, kesin hükümle sonuçlanmış bir suçun tekrardan cezai yargılamaya ve/veya cezalandırmaya gidilmesinin sosyal düzeni bozacağı belirtilmiştir. Bu ilke, aynı zamanda bir failin aynı suçundan dolayı iki kez cezalandırılmasını; yani aşırı bir şekilde cezalandırılmasını engellediğinden adil yargılanma hakkının da bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan ilkenin mükerrer yargılama ve/veya cezalandırma esnasında ileri sürülme de soruşturma, yargılama ve infaz makamları tarafından re'sen nazara alınması gereken bir sonuç doğurduğu söylenmektedir⁸⁸.

Öte yandan doktrinde farklı hukuk disiplinlerinin korudukları hukuki yararlar, unsurlar, uygulanması gereken usuller, amacı ve neticesi farklı olduğu için ne bis in idem ilkesinin bu açıdan mutlak olarak uygulanmaması gerektiğini de ifade edilmektedir⁸⁹. Bir ceza hukuku ilkesi olan bu ilke nedeniyle mükerrer ceza soruşturması veya kovuşturması yapılması yasaklanmıştır; ancak hukuki menfaatin bulunması koşuluyla ilgililerin aynı

⁸⁵ AİHM, RT ve İsviçre, B.N.31982/96, K.T.30.05.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5334>, E.T.:24.05.2019); O'boyle-Bates-Buckley, s.779.

⁸⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s.108; Ulusoy, s.110; Cebeci, s.73-74; "Non bis in idem ilkesinin çikış felsefesi, Demoklesin kılıcının sürekli olarak bir ceza tehdidi ile kişinin üzerine asılı durmasının doğuracağı acıyı ortadan kaldırmaktır. Bu ilke "geçmişte yapılan yargılama neticesinde verilen hüküm, geleceğe karşı bir güvence işlevine sahiptir" ilkesini temel almaktadır." Özen, Non Bis In Idem, s.390; Karaçoban Güneş, s.88.

⁸⁷ Ataç, Kesin Hüküm, s.16; Cebeci, s.75.

⁸⁸ Yurtcan, s.8; Gülşen, s.318; Özen, Non Bis In Idem, s.390-391.

⁸⁹ Aksi görüş için bkz: Kunter, s.815; Oğurlu, s.106.

kişinin aynı fiilinden dolayı ceza davasının yanında özel hukuk davası veya idari dava açmalarında engel bulunmamaktadır⁹⁰. Keza özel hukuk davaları için ülkemizde, Türk Borçlar Kanunu⁹¹, nun 74'üncü maddesinde⁹² ceza hâkimi tarafından verilen kararların özel hukuk hâkimini bağlamadığı ifade edilmektedir.

Ancak doktrinde, Danıştay'ın aşağıda yer verilen yerleşik içtihatlarına paralel bir şekilde, aynı fiile adli ceza; bu anlamda suç karşılığı öngörülen adli para cezası veya hürriyeti bağlayıcı ceza ile kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırımların bir arada uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş, bu durumun ne bis in idem ilkesini ihlal edeceğini savunmaktayken, bir görüş de bu cezaların amaçlarının ve niteliklerinin farklı olması gibi nedenlerle ilkeyle ters düşmeyeceğini ifade etmektedir⁹³. Bu bağlamda bazı özel kanunlarda aynı suç nedeniyle hem adli ceza hem de idari para ceza uygulamasının öngörülmesi halinde söz konusu düzenlemenin ne bis in idem ilkesi açısından tartışması gerekmektedir. Bu konuda doktrinde, suçların aynı nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği, suçların hem maddi hem de manevi unsurları aynı değilse söz konusu ilkeyle çelişkili bir durum bulunmadığına işaret edilmiştir. Örneğin, vergi kaçakçılığı suçu maddi unsur olarak vergi kaçırma ve kamu bütçesine zarar vermeyi gerektiriyor ancak vergi ziyai maddi unsur olarak yalnızca eksik vergi ödemeyi yeterli buluyorsa ortada aynı suçun bulunmaması dolayısıyla vergi kaçaklığı suçunun karşılığında adli cezanın, vergi ziyai karşılığında idari cezanın uygulanması ne bis in idem ilkesine aykırı olmayacaktır⁹⁴.

⁹⁰ **Özay**, s.62-64; **Duran**, s.385; **Mahmutoğlu**, İdari Para Yaptırımı, s.155; **Oğurlu**, s.104-105; **Vervaele**, s.100; **Ünver-Hakeri**, s.661; **Özen**, Non Bis In Idem, s.390; **Harris-O'Boyle-Bates-Buckley**, s.779; **Cebeci**, s.10,47; benzer yönde Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz: 31.05.2017 gün ve E.2017/28, K.2017/107, (R.G:23.06.2017-30105).

⁹¹ 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, (R.G:04.02.2011-27836).

⁹² Türk Borçlar Kanunu'nun 74'üncü maddesi: “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz*”.

⁹³ **Ulusoy**, s.116.

⁹⁴ **Ulusoy**, s.118.

C. Konuya İlişkin Yargı Kararlarında Yer Alan Görüşler

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Bakışı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 4'üncü maddesinde ne bis in idem ilkesi güvence altına alınmıştır. İlkenin kapsamının belirlenmesi, hangi yargılamalar ve cezalandırmaların mükerrer olarak kabul edilip, hangilerinin bu ilke açısından uygun olduğunun saptanmasına yardımcı olmaktadır. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları oldukça belirleyici olmaktadır. Mahkeme ne bis in idem ilkesi ile ilgili önüne gelen başvuruları incelerken, yapılan ilk yargılamanın cezai bir yargılama olup olmadığı, başvurucunun yargılandığı suçlarının aynı olup olmadığı, suçla ilgili olarak kesin hükmün bulunup bulunmadığı sorularına cevap arayarak ortada aynı suçtan ötürü aynı kişiye karşı mükerrer bir ceza yargılamasının yapıp yapılmadığı ve/veya mükerrer bir cezalandırma yapıp yapılmadığına karar vermektedir⁹⁵. Dolayısıyla Mahkeme konuya ilişkin olarak önüne gelen başvuruları önce aynı fiile ilişkin olarak birden fazla aynı suçun veya aynı suç ile suç niteliği gösterdiği kabul edilen kabahatin işlenip işlenmediğini değerlendirmiş; ardından bu suçlara ilişkin yapılan yargılamaların ve/veya cezalandırmaların mükerrer olup olmadığını mercek altına almıştır⁹⁶.

Mahkemenin konuya bakışını ortaya koymak için öncelikle Mahkemenin aynı suç kavramına bakışının ortaya konulması gerekmekte olup, burada üç farklı görüşün olduğu ifade edilebilmektedir. Mahkeme bu görüşlerini oluştururken, aynı suç kavramının aynı fiil üzerinden mi yapılması gerektiğini; yoksa aynı suçun oluşması için ceza mahkemelerinin nezdinde yapılan suçlamanın mı aynı olması gerektiğini irdelemiştir⁹⁷. İlk görüşünde Mahkeme aynı fiil ölçütünden hareket etmekte olup, yaptırımı düzenleyen hükümlerin yapı ve amaçlarının birbirinden farklı olmasına bakmaksızın aynı fiile dayandıkları noktada ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir⁹⁸.

İkinci görüşünde ise Mahkeme, aynı fiilin farklı usullerde yargılanabilen birden fazla hukuka aykırılık oluşturması halinin Sözleşmenin ilgili

⁹⁵ **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.820.

⁹⁶ **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.257.

⁹⁷ **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.258.

⁹⁸ AİHM, Gradinger ve Avusturya, B.N.15963/90, K.T.23.10.1995, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57958>, E.T:23.05.2019); AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019); **Ataç**, Kesin Hüküm, s.155; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.823; **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.259.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

hükmüyle çelişkili bir durum yaratmayacağını belirtmiştir⁹⁹. Bu görüş çerçevesinde farklı makamlar tarafından verilse dahi, ilk derece yargılamasının parçası olan ek ve tali yaptırımlar ne bis in idem ilkesinin öngördüğü yasak kapsamında bulunmamaktadır¹⁰⁰. Mahkemeye göre tek bir fiil, aynı veya farklı yargılama makamları tarafından birden fazla suç açısından yargılamaya konu edilebilmektedir. Ancak bu makamlar aynı fiile dayanarak aynı suçlamadan dolayı yargılama yapar ya da ceza verirlerse bu ilke ihlal edilmiş olacakken; farklı makamların aynı fiil için farklı suçlamalardan dolayı yapmış oldukları yargılama veya uyguladıkları farklı neviden yaptırımlar herhangi bir ihlal durumu yaratmayacaktır¹⁰¹.

Nihayet üçüncü görüşünce Mahkeme, yaptırımı gerektiren düzenlemelerin temel unsurlarından hareket etmiş; temel unsurlarının farklı olması kaydıyla idari para cezası ile adli para cezası veya hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanması durumunun ne bis in idem ilkesi ile çelişik olmayacağını ifade etmiştir¹⁰². Mahkeme'ye göre söz konusu yaptırımı gerektiren düzenlemeler, ağırlık ve sonuçları, korunan sosyal değerler bakımından birbirlerinden ayrılabiliriyorsa farklı temel unsurlara sahiptir ve her iki yaptırımın uygulanması ilke bakımından aykırı bir sonuç doğurmamaktadır¹⁰³. Mahkemeye göre bir suçun unsurları, başka bir suçun tüm unsurlarını da kapsayacak şekilde düzenlemiş ve bu suçlardan birine dayanılarak kesinleşmiş bir hüküm tesis edildikten sonra, diğer suça ilişkin

⁹⁹ AİHM, Oliveira ve İsviçre, B.N.25711/94, K.T.30.06.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58210>, E.T:23.05.2019).

¹⁰⁰ AİHM, Nilsson ve İsveç, B.N.73661/01, K.T.13.12.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72028>, E.T:23.05.2019); **Harris-O'Boyle-Bates-Buckley**, s.779.

¹⁰¹ AİHM, Göktaş ve Fransa, B.N.33402/96, K.T.02.07.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60555>, E.T:23.05.2019); AİHM, Amrollahi ve Danimarka, B.N.56811/00, K.T.11.07.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60605>, E.T:24.05.2019); **Harris-O'Boyle-Bates-Buckley**, s.779-789; **Cebeci**, s.48; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.823.

¹⁰² AİHM, Franz Fischer ve Avusturya, B.N.37950/97, K.T.29.05.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59475>, E.T:23.05.2019); AİHM, W.F. ve Avusturya, B.N.38275/97, K.T.30.05.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60477>, E.T:23.05.2019); AİHM, Sailer ve Avusturya, B.N.38237/97, K.T.06.06.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60488>, E.T:23.05.2019); ayrıca bkz: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Önerge No:54 (Franz Fischer ve Avusturya Davası ve diğer iki dava), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-87759>, E.T:23.05.2019).

¹⁰³ AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N.14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019); **Ataç**, Kesin Hüküm, s.156; **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.263.

de yargılama işlemlerine başlatılmışsa ve/veya cezalandırma yapılmışsa Sözleşme'nin ilgili maddesini ihlal edilmiş olacaktır¹⁰⁴.

Mahkeme içtihatları değerlendirildiğinde, her ne kadar Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün ne bis in idem ilkesini güvence altına alan 4'üncü maddesi aynı suçtan bahsetse de, Mahkeme'nin bu kavramı daha geniş nitelikte olacak şekilde aynı fiil olarak kabul ettiği görülmektedir. Ancak Mahkemenin aynı olma unsurunu tam olarak ortaya koyamaması nedeniyle çelişik kararlarının bulunduğu da görülmektedir. Öncelikle Mahkeme, yerel mevzuatta suç olarak tasnif edilmeyen bir fiilin; diğer bir ifade ile idari yaptırım gerektiren fiillerin de Mahkeme nezdinde suç olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, değerlendirmelerini yaparken Engel kriteri olarak bilinen birtakım ölçütler kullanmaktadır; bunlar ulusal hukuktaki niteleme, suçun niteliği, verilen cezanın niteliği ve ağırlığıdır¹⁰⁵. Ulusal hukuktaki nitelemenin suç ile idari yaptırımların belirlenmesi bakımından çok da belirleyici olmamasından bahisle, diğer iki ölçüt suçun niteliğinin tespitinde ön plana çıkmaktadır. Mahkeme bu iki ölçüt olan verilen cezanın niteliği ve ağırlığı açısından ise, verilen cezanın amacının caydırıcılık veya cezalandırma olup olmaması, çok kısa bir süreliğine olması hali hariç cezanın kişi özgürlüğünün kaybına sebebiyet verip vermemesi, verilen para cezalarının yerine getirilmemesi halinde hapis

¹⁰⁴ AİHM, Nikitin ve Rusya, B.N:50178/99, K.T.20.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61928>, E.T:23.05.2019); AİHM, Manasson ve İsveç, B.N.41265/98, K.T.20.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61920>, E.T:24.05.2019); AİHM, Rosenquist ve İsveç, B.N.60619/00; K.T.14.09.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-66713>, E.T:24.05.2019); AİHM, Storbraten ve Norveç, B.N.12277/04; K.T.01.07.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-79541>, E.T:24.05.2019); AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019); **Harris-O'Boyle-Bates-Buckley**, s.781; **Cebeci**, s.49; **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.262.

¹⁰⁵ AİHM, Engel ve Diğerleri ve Hollanda, B.N.5100-5101-5102/71&5354-5370/72, K.T.23.11.1976, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-188078>, E.T:12.05.2019); **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.57-60; **Ataç**, Kesin Hüküm, s.158; **Karaçoban Güneş**, s.94; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.820,824. Ancak Mahkeme, bu fiillerin Sözleşmeye taraf devletlerin büyük çoğunlukta suç olarak düzenlenmesi halinde verilen cezaların niteliği ve ağırlığı kriterine daha az dikkate almaktadır. **İnceoğlu**, s.85; **Ataç**, Kesin Hüküm, s.158; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.820; **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.256. Öte yandan suçun niteliği kriteri ile cezaların niteliği ve ağırlığı kriterlerinin de aynı ansa gerçekleşmesi gerekmekte olup, ayrı ayrı değerlendirildiğinde bir sonuca varılamadığı takdirde bu ilkeler birlikte değerlendirilmektedir. **İnceoğlu**, s.85; **Cebeci**, s.44.

cezasına çevrilip çevrilemeyeceği gibi değerlendirmelerde bulunmaktadır¹⁰⁶. Şayet idari yaptırımlar bu son iki şarttan birini karşılıyorsa, yerel ülke mevzuatlarında suç karşılığı öngörülen ceza olarak düzenlenmemişse bile, Mahkeme nezdinde bu şekilde kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Nihayet Mahkeme Zolotukhin ve Rusya¹⁰⁸ başvurusunda mükerrer yargılamanın aynı unsurlardan veya önemli ölçüde benzer unsurlardan kaynaklandığı sürece ne bis in idem ilkesinin ihlal edileceğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle Mahkeme bu kararıyla daha önce çelişik içtihatlarıyla tartışmaya açık bıraktığı aynı suç kavramını aynı esaslar veya özünde aynı esaslar olarak ele almış; aynı suçu değerlendirirken olayların temelini dikkate almıştır¹⁰⁹. Bu bağlamda yerel mevzuata göre bir fiil karşılığı hem idari yaptırımı uygulanması hem de suç karşılığı bir cezai yaptırıma tabi tutulması, bu yaptırımların öngörüldüğü suçlar aynı temel unsurlara dayanıyorsa, Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol ile koruma altına alınan ne bis in idem ilkesini ihlal etmektedir¹¹⁰. Mahkeme bu konuda aynı suç nedeniyle kişiye hapis cezası ve idari para cezası uygulamasını, farklı

¹⁰⁶ AİHM, Lauko ve Slovakya, B.N.26138/95, K.T.02.09.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58234>, E.T:23.05.2019); AİHM, Franz Fischer ve Avusturya, B.N.37950/97, K.T.29.05.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59475>, E.T:23.05.2019); AİHM, W.F. ve Avusturya, B.N.38275/97, K.T.30.05.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60477>, E.T:23.05.2019); AİHM, Sailer ve Avusturya, B.N.38237/97, K.T.06.06.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60488>, E.T:23.05.2019); AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019); **İnceoğlu**, s.94-95,97; **Ataç**, Kesin Hüküm, s.159; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.824; **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.256; ayrıca bkz: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Önerge No:54 (Franz Fischer ve Avusturya Davası ve diğer iki dava), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-87759>, E.T:23.05.2019).

¹⁰⁷ AİHM, Öztürk ve Almanya, B.N.8544/79, K.T.23.10.1984; <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57552>, E.T:12.05.2019); AİHM, Weber ve İsviçre, B.N.11034/84, K.T.22.05.1990, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57629>, E.T:23.05.2019); AİHM, Grandiger ve Avusturya, B.N.15963/90, K.T.23.10.1995, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57958>, E.T:23.05.2019).

¹⁰⁸ AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019).

¹⁰⁹ **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.263-264.

¹¹⁰ AİHM, Grandiger ve Avusturya, B.N.15963/90, K.T.23.10.1995, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57958>, E.T:23.05.2019); AİHM, Zigarella ve İtalya, B.N.48154/99, K.T.03.10.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-23428>, E.T:23.05.2019); AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019).

unsurlar içermesi halinde ise ne bis in idem ilkesine aykırı bulmamıştır¹¹¹. Mahkeme bu unsurları belirlerken ise yaptırımların amaçlarını, ağırlık seviyelerini, korudukları hukuki menfaatleri ve iki ayrı hapis cezası olup olmadığını değerlendirmektedir¹¹².

Son olarak Mahkeme ne bis in idem ilkesi ile ilgili verdiği kararlarında, aynı suça ilişkin ilk yapılan cezai ve/veya cezai nitelikli yargılamanın ardından ikinci kez aynı suça yönelik olarak yargılama ve/veya cezalandırma yapılmasını ilkeye aykırı bulmuştur. Mahkeme'nin ilk yargılamanın ardından ikinci yargılama yapılmasıyla ilgili olarak dikkate aldığı husus, ilk yargılama sonucunun mahkûmiyet veya beraat fark etmeksizin kesin hükümle bitirilmiş olmasıdır¹¹³. Mahkeme yerel mevzuata göre cezai ve idari yargılama olarak nitelendirilen yargılamaların birbirine paralel şekilde yürütülmesine cevaz verse de; kendi kriterlerine göre idari yargılamayı cezai nitelikli, yargılama konusu kabahati suç ve uygulanan yaptırımı da cezai olarak kabul etmesi halinde, yargılamalardan birinin kesin hükümle son bulması halinde diğer yargılamanın da sonlandırılması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁴. Ancak söz konusu yaptırımların önceden

¹¹¹ AİHM, Ponsetti ve Chesnel ve Fransa, B.N.36855/97&41731/98, K.T.14.09.1999, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5637>, E.T:29.05.2019); AİHM, Janosevic ve İsveç, B.N.34619/97, K.T.23.07.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60628>, E.T:29.05.2019)

¹¹² **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.55-56; **Karaçoban Güneş**, s.96.

¹¹³ AİHM, Gradinger ve Avusturya, B.N.15963/90, K.T.23.10.1995, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57958>, E.T:23.05.2019); AİHM, RT ve İsviçre, B.N.31982/96, K.T.30.05.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5334>, E.T:24.05.2019); AİHM, Franz Fischer ve Avusturya, B.N.37950/97, K.T.29.05.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59475>, E.T:23.05.2019);); AİHM, Nikitin ve Rusya, B.N:50178/99, K.T.20.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61928>, E.T:23.05.2019); AİHM, Hauser-Sporn ve Avusturya, B.N.37301/03, K.T.07.12.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-78395>, E.T:23.05.2019); AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019); **Gözübüyük-Gölcüklü**, s.333; **O'boyle-Bates-Buckley**, s.779; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.712; **Gözlügöl**, s.287; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.818.

¹¹⁴ AİHM, Glantz ve Finlandiya, B.N.37394/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144114>, E.T:29.05.2019). Doktrinde iki yargılamadan birinde ne kadar ilerlenmiş olunursa olsun, diğer yargılamanın kesin hükümle sona ermesi halinde eldeki davanın da bitirilmesi yanlış bulunmuştur. Şöyle ki, önce bitirilen dava beraat, zamanaşımı, düşme gibi nedenlerle veya hâkimin hatası ya da yanlış nitelendirmesi sonucu erken bitmesi halinde, gerçekten suçlu olan kişilerin hiçbir şekilde cezalandırılmaması sonucu doğacaktır. Bu soruna Mahkeme içtihadıyla da uyumlu olacak şekilde, cezai ya da idari yaptırımlardan birinin kaldırılarak mümkün mertebede aynı *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

öngörülebilir ve objektif bir bütünsellik içerisinde birbirini tamamlar biçimde uygulanması halinde ilkenin ihlal edilmediğini de kaydetmiştir¹¹⁵. Bu bağlamda yürütülen idari ve cezai yargılamaların birbiriyle ilgili yargılamalar olması, birbiriyle bağlantılı şekilde yürütülmesi ve nihayet verilen cezaların birbirini tamamlayıcı nitelikte olması gerekmektedir¹¹⁶. Bu bağlamda Mahkeme idari yaptırımların ceza niteliğine yaklaşacak ağır sonuçlarının da bulunmaması gerektiğini belirterek, farklı yargılama usullerine tabi olarak farklı makamlarca farklı yaptırımların uygulanması halinde, bu yaptırımlar arasında esas ve zaman bakımından yeterli ölçüde yakın bir bağlantı varsa ilkenin ihlal edilmemiş olacağını ifade etmiştir¹¹⁷.

Mahkeme'nin esas bakımından yeterli ölçüde bağlantı koşulu açısından belirlediği somut olgular ise şu şekilde sayılabilmektedir; farklı yargılamaların tamamlayıcı niteliği olup olmadığı, aynı hukuka aykırı fiilden kaynaklanan farklı yargılamaların öngörülebilir olup olmadığı, bu şekilde bağlantılı olan yargılamalarda delillerin toplanmasında ve/veya değerlendirilmesinde mükerrerlik olup olmadığı ve kesinleşen hüküm sonucu uygulanan yaptırımın diğer hüküm sonucunda uygulanacak yaptırma karar verilirken ölçülülük ilkesi bakımından nazara alınıp alınmadığıdır¹¹⁸. Zaman bakımından ise kararların kesinleştiği tarihleri dikkate almıştır¹¹⁹; ancak başvuru idari ve/veya adli başvuru yollarını tüketmeden karar kesinleşmişse, ceza yargılaması kesin bir şekilde

yargılama sürecinde iki yaptırma hükmedilmesi çözüm yolu olarak önerilmiştir. **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.267.

¹¹⁵ AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019).

¹¹⁶ Yargılamaların birbiriyle etkileşim içerisinde olup olmadığı sorununun adil yargılanma hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerekirken ne bis in idem ilkesi içerisinde mükerrerlik başlığı altında değerlendirilmesinin yerinde olmadığı görüşü için bkz: **Bahçeci**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.268.

¹¹⁷ AİHM, Nilsson ve İsveç, B.N.73661/01, K.T.13.12.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72028>, E.T:23.05.2019).

¹¹⁸ AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019); **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.831-832.

¹¹⁹ AİHM, Glantz ve Finlandiya, B.N.37394/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144114>, E.T:29.05.2019); AİHM, Nykanen ve Finlandiya, B.N.11828/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144112>, E.T:29.05.2019); AİHM, Lucky Dev ve İsveç, B.N.7356/10, K.T.27.11.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-148184>, E.T:29.05.2019).

mahkûmiyetle sonuçlanmadığı takdirde ilkenin ihlal edilmediğini de belirtmiştir¹²⁰.

Ancak Mahkeme daha sonra esas ve zaman bakımından yeterli ölçüde bağlantı koşulunun yeterli olmadığını belirtmiştir. Davaları bu koşul bakımından incelemesinin ardından birbirinden bağımsız olarak ayrı yargılama makamları tarafından aynı anda veya art arda yargılamaların yapılması ve/veya biri idari yaptırım diğeri ceza olacak şekilde yaptırımlara hükmedilmesi halinde dahi, idari yaptırımın uygulandığı yargılama esnasında suç isnadının yapıp yapılmadığını değerlendirmiş ve suç isnadının bulunması halinde ilkenin ihlal edildiğini belirtmiştir¹²¹. Mahkeme bu içtihadını da bir adım ileriye götürerek her iki yargılama ve/veya yaptırım açısından Engel kriterleri bakımından değerlendirme yapma yoluna gitmiştir¹²². Daha açık bir ifade ile Mahkemenin izlediği yol, kesinleşen ilk yargılamada öngörülen yaptırımın hukuki niteliğini saptamak olup, yaptırımın cezai nitelikte olduğuna kanaat getirmesi halinde isnadı da suç isnadı olarak kabul ederek yargılamayı ceza yargılaması olarak değerlendirmektedir. Bu durumda ilk yargılama kesinleştikten sonra devam eden ceza yargılamasından ötürü ilkenin ihlal edildiğine karar vermektedir¹²³.

2. Türk Yargısının Konuya Bakışı

Türk Anayasa Mahkemesi, çifte cezalandırma ile ilgili önüne gelen başvuruları esastan incelerken, 1982 Anayasası'nın 2'inci maddesinde belirtilen insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kanun koyucunun kanunların yapım sürecince sadece Anayasa'ya uygunluğu değil; aynı zamanda evrensel hukuk ilkelerine de uygunluğu sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Ne bis in idem ilkesini ise hukuk devleti ilkesi

¹²⁰ AİHM, Hakka ve Finlandiya, B.N.758/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144110>, E.T:29.05.2019); **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.832-833.

¹²¹ AİHM, Glantz ve Finlandiya, B.N.37394/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144114>, E.T:29.05.2019); AİHM, Nykanen ve Finlandiya, B.N.11828/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144112>, E.T:29.05.2019); AİHM, Lucky Dev ve İsveç, B.N.7356/10, K.T.27.11.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-148184>, E.T:29.05.2019).

¹²² AİHM, Tomasovic ve Hırvatistan, B.N.53785/09, K.T.18.10.2011, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-107047>, E.T:29.05.2019); AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019).

¹²³ **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.834-835.
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

kapsamında değerlendirerek ceza hukukunun temel ilkeleri arasında saymıştır¹²⁴. Bu bağlamda hukuk devletinin temel taşlarından olan hukuki güvenlik ilkesi gereğince kişiler ile devlet arasında kişiler lehine ve kesin hükümle sonuçlanan cezai yargılamaların muhafaza edilmesi ile kişiler aleyhine sonuçlansa bile kesin hükümle sona ermiş cezai yargılamaların tekrarlanmaması gerektiğini; aksi takdirde kişilerin hukuka olan güvenlerini kaybedeceklerini, hukuk devletinin güvencesi altında olduklarına dair inançlarını yitirileceklerini ifade etmiştir¹²⁵. Ancak Mahkeme, söz konusu ilkenin yalnızca ceza yargılaması bakımından söz konusu olabileceğini; bu sebeple kişinin aynı fiilinden ötürü ceza yargılamasının yanında hukuk yargılaması veya disiplin soruşturmasına tabi tutulmasının bu ilke ile çelişkili bir durum yaratmayacağını ifade etmiştir. Diğer bir ifade ile Mahkeme konu bakımından çok benzeseler bile korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri tarafından farklı şekilde tasnif edilmiş yaptırımlara tabi tutulmasını ne bis in idem ilkesine aykırı bulmamıştır¹²⁶.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları ne bis in idem ilkesi açısından inceleyebilmek için öncelikli olarak başvuruya konu olayın vuku bulduğu anda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlükte olup olmadığını irdelemiştir. Bu inceleme sonucunda Protokolün

¹²⁴ Any. M. 01.04.2010 gün ve E.2008/114, K.2010/53, (R.G:06.07.2010-27633); Any. M. 28.11.2013 gün ve E.2013/119, K.2013/141, (R.G:27.03.2014-28954); Any. M. 05.03.2015 gün ve E.2014/124, K.2015/24, (R.G:12.06.2015-29384); Any. M. 31.05.2017 gün ve E.2017/28, K.2017/107, (R.G:23.06.2017-30105); Any. M. 17.07.2017 gün ve E.2017/95, K.2017/119, (R.G:25.08.2017-30165).

¹²⁵ Any. M., Ünal Gökpınar Başvurusu, B.N.2018/9115, K.T.27.03.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019).

¹²⁶ "... hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)" ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirilmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı verilebilmesinde Anayasaya ve ceza hukukunun belirtilen temel ilkesi aykırı bir yön bulunmamaktadır." Any. M. 05.03.2015 gün ve E.2014/124, K.2015/24, (R.G:12.06.2015-29384); Any. M. 31.05.2017 gün ve E.2017/28, K.2017/107, (R.G:23.06.2017-30105).

yürürlükte olmadığını saptarsa başvuruçunun aynı suç nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası'nın ortak koruma alanı dışında kaldığını ifade ederek başvuruları konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur¹²⁷. Mahkeme bu yönde verdiği kararlarında ayrıca söz konusu hakkın Protokolün yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmeyeceği; aksinin kabulü halinde ne bis in idem ilkesinin Sözleşme ile güvence altına alınan haklardan farklı bir hak olarak Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol kapsamında düzenlenmesiyle ve devletlerin bu Protokole taraf olmama şeklinde ortaya koydukları iradeyle çelişeceğini ifade etmiştir¹²⁸. Ancak Mahkeme Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra önüne gelen bireysel başvurular kapsamında bir denetimin yapılabilmesi için Protokolde yer alan güvencelerin Anayasada da güvence altına alınması gerektiğini hatırlatarak, bu noktada ne bis in idem ilkesini Anayasanın 36'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak da kabul etmiştir¹²⁹.

¹²⁷ Any. M., İffet İnci Gültekin Başvurusu, B.N.2013/9585, K.T.09.03.2016, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Bülent Şakar Başvurusu, B.N.2014/1517, K.T.30.06.2016, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Kerem Amal Başvurusu, B.N.2014/12582, K.T.21.06.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Adil Özer Başvurusu, B.N.2014/13231, K.T.21.06.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Erman Paksoy Başvurusu, B.N.2014/11163, K.T.21.06.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Hüma Bayoğlu, B.N.2014/13229, K.T.26.12.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, B.N.2015/6728, K.T.01.02.2018, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Tayyar Tercan Başvurusu, B.N.2014/15983, K.T.21.03.2018, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Sedat Şahin Başvurusu, B.N.2014/18044, K.T.12.06.2018, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Reis RS Enerji Elektrik Üretimi Motorlu Araçlar Tütün Ürünleri Dağıtım Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, B.N.2015/17259, K.T.28.06.2018, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019).

¹²⁸ Any. M., İffet İnci Gültekin Başvurusu, B.N.2013/9585, K.T.09.03.2016, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Bülent Şakar Başvurusu, B.N.2014/1517, K.T.30.06.2016, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Hüma Bayoğlu, B.N.2014/13229, K.T.26.12.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019).

¹²⁹ Any. M., Yaşar Çoban Başvurusu, B.N.2014/6672, K.T.25.07.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); Any. M., Ünal Gökpinar Başvurusu, B.N.2018/9115, K.T.27.03.2019, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019).

Yargıtay ne bis in idem ilkesinin, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olup olmadığını tartışmış, aynı kişinin aynı suçundan yargılanmasından sonra tekrardan bir ceza yargılamasına tabi tutulmasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceğine kanaat getirmiştir. Yargıtay'a göre böyle bir durumda kişinin iki kez cezalandırılması söz konusu olacak ve dolayısıyla adalete aykırı olacaktır¹³⁰. Bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinin 7'inci fıkrası gereğince aynı suç sebebiyle aynı sanık için önceden verilmiş olan bir hüküm veya derdest halde bir dava varsa davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir¹³¹. Yargıtay, aynı suçtan dolayı ikinci kez soruşturma yapılmak istenirse, ilk soruşturma ve/veya kovuşturmanın araştırılması ve bunun sonucunda ilk iddia açısından yargılamaya başlanılmış ancak hüküm kurulmadığı saptanırsa bu soruşturmanın ikinci soruşturma ile birleştirilmesi; hüküm kurulmuş ise ne bis in idem ilkesi gereğince işlem yapılmaması gerektiğine kanaat getirmektedir¹³².

Danıştay ise kişinin bir fiili hakkında ceza yargılamasının yapılmasının, aynı fiil hakkında idari yaptırım uygulanmasına engel olmadığı görüşündedir¹³³. Ancak Danıştay'ın aksi yönde kararları da bulunmakta olup, önüne gelen bazı davalarda aynı fiil ya da davranış nedeniyle kişiye hem idari yaptırım hem de cezai yaptırım uygulanmasını ne bis in idem ilkesine aykırı bulmuştur¹³⁴. Ayrıca Danıştay aynı kişiye aynı fiili nedeniyle aynı nitelikte birden fazla idari ceza uygulanmasını ilkenin ihlali olarak

¹³⁰ Yar. CGK 19.01.2016 gün ve E.2015/911, K.2016/1, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019).

¹³¹ Yar. 16. H.D. 16.02.2005 gün ve E.2005/1965, K.2005/772, (<http://www.kazanci.com>, E.T:24.05.2019)

¹³² Yar. 4. C.D. 12.03.1991 gün ve E.1991/996, K.1991/1577, (<http://www.kazanci.com>, E.T:24.05.2019).

¹³³ Dş. 8.D. 11.10.1982 gün ve E.1981/1718, K.1982/1095, (Danıştay Dergisi, Sayı:50-51, s.s:344-345); Dş. 8.D. 04.07.1988 gün ve E.1988/397, K.1988/529, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019); Dş. 8.D. 20.11.1997 gün ve E.1995/4503, K.1997/3471, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019); Dş. 8.D. 19.12.1997 gün ve E.1996/4273, K.1997/4100, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019); Dş. 1.D. 25.11.1998 gün ve E.1998/335, K.1998/357, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019); Dş. 8.D. 16.12.1998 gün ve E.1996/1380, K.1998/4372, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019); Dş. 5.D. 26.05.1999 gün ve E.1998/1619, K.1999/1756, (<http://www.kazanci.com>, E.T:27.05.2019).

¹³⁴ Dş. 8.D. 06.10.1981 gün ve E.1979/2376, K.1981/2935, (Danıştay Dergisi, Sayı:46-47, s.s:265-267); Dş. Mür. D. 26.11.1981 gün ve E.1981/2009, K.1981/2144, (Danıştay Dergisi, Sayı:46-47, s.s:433-434).

kabul etmişken¹³⁵; özel kanunlarda bu yönde düzenlemelerin yer almasının ilkeye aykırı olmadığını da belirtmiştir¹³⁶.

III. TÜRK VERGİ HUKUKUNDA YER ALAN CEZALARIN NE BIS IN IDEM İLKESİ İLE UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Çerçeve

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi yaptırımlarını gerektiren hukuka aykırı haller, vergi suçları olarak kabul edilen ve kendilerine hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası bağlanan vergi kaçakçılığı suçu, vergi mahremiyetinin ihlali suçu ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçu ile vergi kabahatleri olarak kabul edilen ve kendilerine idari para cezası bağlanan vergi ziyayı kabahati ve usulsüzlük (genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük) kabahatleridir.

Vergi Usul Kanunu'nun bu suç ve kabahatleri düzenleyen maddeleri incelendiğinde aynı anda birden fazla vergi kabahati ve vergi suçu birlikte işlenebileceği görülmekte olup, bunlardan yalnızca aynı fiil ile genel usulsüzlük kabahati ve vergi ziyayı kabahati birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan en ağırının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak aynı fiil ile vergi ziyayı kabahati ile birlikte özel usulsüzlük kabahatinin birlikte işlenmesi durumunda her iki kabahat için öngörülen idari para cezasına hükmedileceği gibi, vergi kaçakçılığı veya mükelleflerin özel işlerini yapma suçunun işlenmesi halinde de hem suçlar için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaya veya adli para cezasına hem de vergi ziyayı kabahati için öngörülen idari para cezasına hükmedilebilecektir. Dolayısıyla Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen vergi kabahat ve vergi suçları açısından içtima yalnızca vergi ziyayı kabahati ve genel usulsüzlük kabahati açısından mümkün olmakta olup, diğer vergi kabahatleri ve/veya suçları arasında ne bis in idem ilkesi açısından bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bazı durumlarda aynı kişinin aynı hukuka aykırı fiili sebebiyle hem vergi mahkemeleri hem de ceza mahkemeleri nezdinde yargılamaya tabi tutulabileceği ve bunların her ikisi sonunda da mahkûm veya beraat edebileceği gibi, birinden mahkûm birinden beraat edilebileceği ifade edilmektedir¹³⁷. Kanunun 367'inci

¹³⁵ Dş. 13. D. 30.09.2011 gün ve E.2009/1618, K.2011/4156, Dş. İDDK 18.02.2013 gün ve E.2008/357, K.2013/522, (<https://www.lexpera.com.tr>, E.T:27.05.2019); Dş. İDDK 04.03.2013 gün ve E.2009/3047, K.2013/760, (<https://www.lexpera.com.tr>, E.T:27.05.2019).

¹³⁶ Detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: **Ulusoy**, s.115.

¹³⁷ **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.54; **Biyan**, s.102; **Geçer**, A ve B v. Norveç Kararı, s.109. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

maddesinde ise bir fiil için ceza mahkemeleri tarafından verilen kararların, aynı fiile vergi cezalarının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği veya vergi cezası uygulanan bir fiilin ceza mahkemeleri tarafından yargılanmasının mümkün olduğu da düzenleme altına alınmıştır. Doktrin ve yargı kararlarında bu durum ne bis in idem ilkesi açısından değerlendirilmiş ve kimi yazarlar ile yargı kararlarınca söz konusu düzenlemelerin çifte cezalandırma teşkil edebileceğinden bahisle ne bis in idem ilkesine aykırı olabileceği ifade edilirken, bazı yazarlar ve yargı kararları da söz konusu yaptırımların çifte cezalandırmaya sebebiyet vermeyeceğini savunarak ilke açısından bir problem teşkil etmediklerini savunmaktadırlar.

Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesi suç ve kabahatler için içtima hükümleri ihtiva etmekte olup, Kanunun 3'üncü maddesinde idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Kabahatler Kanunu genel nitelikli bir kanunken, Vergi Usul Kanunu'nda özel olarak vergi kabahat ve suçları için içtima kuralları düzenlenmesi gerektiği belirtilerek, Kabahatler Kanunu'nun Vergi Usul Kanunu'nda yer alan bu içtima kurallarını ilga etmediği ifade edilebilmektedir¹³⁸. Ancak doktrinde bazı yazarlar durumu önce kanun-sonra kanun ilişkisi açısından değerlendirmiş ve Kabahatler Kanunu'nun suç ve kabahatler için öngördüğü içtima kuralları karşısında Vergi Usul Kanunu'nda yer alanların uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir¹³⁹.

B. Doktrinde Konuya İlişkin Yer Verilen Görüşler

Vergi hukuku alanında, vergi mevzuatına aykırı birtakım fiillerin hem idari yaptırıma hem cezai yaptırıma tabi tutulması olağan bir uygulamadır. Nitekim ülkemizde Vergi Usul Kanunu çerçevesinde vergi kaçakçılığı ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçlarına sebebiyet veren fiillerin aynı zamanda vergi ziyana neden olması halinde hem bu suçlar nedeniyle cezai yaptırım hem de vergi ziyayı kabahatinin vuku bulması nedeniyle idari yaptırıma tabi tutulacak; hatta vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyayı olmuşsa uygulanacak idari yaptırım ziyaa uğratan verginin üç katı olarak

¹³⁸ **Başaran Yavaşlar**, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durumu, s.2847; **Taşdelen**, Vergi Kabahatleri, s.66-67; **Kangal**, s.176..

¹³⁹ **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.53-54; **Geçer**, Non Bis In Idem İlkesi, s.333.

belirlenecektir¹⁴⁰. Önemle belirtilmelidir ki bu cezalar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp, bunlara ilişkin yargılamalar farklı makamlar tarafından birbirinden bağımsız olarak yürütölmekte ve bu makamların verdikleri kararlar birbirini etkilememektedir.

Doktrinde bir görüŖe göre bir fiil ile birlikte hem vergi suçu hem de vergi kabahatine sebebiyet verilmiŖse hem idari para cezası hem de hapis cezası veya adli para cezasının uygulanması tek başına ne bis in idem ilkesi aşınsından bir ihlal yaratmamaktadır¹⁴¹. Ölkemizde olduğu gibi beyana dayalı vergi istemlerinde verginin kaçıırılması fiili, eksik ve/veya hatalı bilgileri içeren bir vergi beyannamesinin idareye sunulması ile işlenmektedir. Diğer bir ifade ile doktrinde çoğunluk yazar tarafından, vergi kaçıakçılığı suçunun vergi ziyasına sebebiyet verilmeksizin ziya tehlikesinin yaşılanması veya vergi ziyasına sebebiyet verilmesi olarak iki ayrı sonucu olduğu belirtilmiŖtir. Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesi incelendiğinde, maddede kaçıakçılık suçunu oluŖturan eylemlerin büyük bölümünün vergi ziyayı oluŖturmaya elveriŖli olduğunun göröleceği; ancak zorunlu olarak vergi ziyayı oluŖturmayacakları ifade edilmiŖtir¹⁴². Bu bağlamda Vergi Usul Kanunu'nun 350'inci maddesindeki fiillerle Ŗayet vergi ziyasına sebebiyet verilmemiŖse kiŖi yalnızca vergi kaçıakçılığı suçundan yargılanacakken; vergi ziyayı yaşılanmışsa ayrıca kiŖiye vergi ziyayı cezası uygulanacaktır. Vergi ziyasının vergi kaçıakçılığı suçunun ađırlaŖtırıcı nedeni olarak gösterilmeksizin; diğer bir ifade ile kaçıakçılık suçu ile vergi ziyayı kabahatinin birleŖik suç olarak kabul edilmeksizin ayrı ayrı düzenlenip cezalandırılmasının ilkeye ters düŖmediđi ifade edilmektedir. Bu bağlamda vergi kaçıakçılığı suçu ile belge-kayıt düzeninin korunmakta olduğu ve cezalandırılmasının nedeni bu düzenin ihlal edilmesi olarak ifade edilmekteyken; vergi ziyayı kabahati ile vergi kaybının önlenmesinin amaçlanmakta olduğu ve yaptırımın uygulanmasının nedeninin zararın giderilmesi olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu görüŖü savunanlar Türk Hukuku'ndaki durumu değerlendirilirken, yerel mevzuatımızda yer alan vergi kaçıakçılığı ve vergi ziyayı arasındaki iliŖkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına konu olan ölkelerden farklı olduğunu ifade etmekte;

¹⁴⁰ Konunun önemi ve karŖılaŖma sıklığı nedeniyle doktrinde vergi suçları bakımından daha çok vergi kaçıakçılığı suçu üzerinde durulmuŖtur. Dolayısıyla biz de aşıklamalarımızı bu suç kapsamında devam ettireceğiz.

¹⁴¹ **Özay**, s.35-65; **Oğurlu**,122; **Özen**, Non Bis In Idem, s.390; **Ulusoy**, s.115-118; **Narter-Sarıcaoğlu**, s.89; **Yaltı**, Glantz Kararı, s.86; **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.153-154; **Mutluer-Kuzeyli**, s.123.

¹⁴² **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.62; **Candan**, Non Bis In Idem İlkesi, s.4. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

tehlikenin ayrı, tehlike sonucu vuku bulan vergi ziyanının ayrı cezalandırılmasının ne bis in idem ilkesine aykırı bir durum yaratmadığı savunmaktadırlar¹⁴³.

Ancak özel usulsüzlük kabahati ile vergi kaçakçılığı suçu arasında bazı durumlarda fiillerin aynı olması sorununun gündeme gelebileceği de doktrinde belirtilmektedir. Bu duruma bir örnek, özel usulsüzlük kabahati olarak kabul edilen belge basımı ile ilgili bildirim görevinin yerine tamamen veya kısmen getirilmemesi ile vergi kaçakçılığı suçu olarak kabul edilen ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşma yapmaksızın basma fiili arasındadır¹⁴⁴. Doktrinde böyle bir durumda vuku bulan fiilin özel norm-genel norm açısından değerlendirilmesi ve olayın koşullarına göre yalnızca özel usulsüzlük kabahati veya vergi kaçakçılığı suçu bakımından cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁵. Öte yandan doktrinde Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde kaçakçılık suçuyla birlikte uygulanabilecek idari yaptırımın vergi ziyayı cezası ile sınırlandırılmış olduğu ifade edilmekte olup, vergi kaçakçılığı suçuyla birlikte genel veya özel usulsüzlük kabahatlerine ilişkin yaptırımların uygulanamayacağı da ifade edilmektedir¹⁴⁶. Ancak Kanunun 367'inci maddesinde vergi kaçakçılığı suçunun vuku bulunduğu hallerde vergi ziyayı veya usulsüzlük cezalarının uygulanmasının da mümkün olduğu belirtilmektedir. Buna göre vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle vergi ödevlilerinin cezaya hükmedilmelerinin bunlara idari nitelikteki vergi ziyayı ve usulsüzlük cezalarının kesilmesine engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir; anılan düzenlemeye göre bu kişilere ayrıca özel usulsüzlük cezası kesilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁷. Böylelikle hem Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesiyle hem de kabahatin suç olarak tasnif edilmesi halinde dahi ne bis in idem ilkesi açısından tutarlı olacağı belirtilmiştir.

Doktrindeki birtakım yazarlar ise Türk Vergi Hukukunda birtakım fiillerle özellikle vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet verilmesi halinde hem ceza yaptırımının hem de şayet vergi ziyayı sebebiyet verilmişse idari para cezası uygulanmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, başlardaki içtihatlarına uygun olsa da, Glantz kararından sonra konuya ilişkin

¹⁴³ **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.62; **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.153-154; **Candan**, Non Bis In Idem İlkesi, s.4; ayrıca bkz: **Narter-Sarıcıoğlu**, s.89.

¹⁴⁴ Örnek için bkz: **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.158.

¹⁴⁵ **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.158.

¹⁴⁶ **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.61.

¹⁴⁷ **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, s.62.

tutumuyla uyumlu olmadığını ifade etmiştir¹⁴⁸. Bu görüşü savunanlar vergi ziyayı cezasının idari bir para cezası olarak kabul edilemeyeceğini; çünkü her ne kadar mahkemeler tarafından değil idare tarafından bu cezalara hükmedilse de sadece ihlalden doğan zararları giderme amacı bulunmadığını; aynı zamanda caydırma amacı ve etkisi olduğunu da savunmaktadırlar¹⁴⁹. Diğer bir ifade ile vergi suçları karşılığında öngörülen cezalarda olduğu gibi vergi kabahatleri karşılığında öngörülen yaptırımların da amacı tazminden daha çok caydırma ve cezalandırmaktır¹⁵⁰. Dolayısıyla söz konusu hukuka aykırılıklar arasında bir fark bulunmamakla birlikte, bazı durumlarda nicelik olarak da önemli bir fark bulunmadığı görülmektedir. Vergi işlemleri sırasında meydana gelen hukuka aykırılıkların vergi kabahati veya vergi suçu olarak nitelendirilmesi öze ilişkin bir farktan doğmayıp, yalnızca kanun koyucunun takdirinden kaynaklanmaktadır¹⁵¹. Bu görüşe göre hem hapis cezasının hem de üç kat vergi ziyayı cezasının uygulanması ölçülü olmadığı gibi; üç kat vergi ziyayı cezası da tazmin edici bir nitelikten çok cezalandırıcı bir nitelikte olup, aynı fiilin cezai nitelikteki yaptırımlarla mükerrer cezalandırmasına yol açmaktadır¹⁵². Ayrıca usul açısından Vergi Usul Kanunu'nun 367'inci maddesi gereğince iki ayrı karar mercii arasında bir bağlantı olmayıp, aksine kararlar birbirlerinden bağımsız olarak verilmektedir; bu durumun ise Mahkeme'nin Glantz kararında altını çizdiği ölçütlere uyumlu olmadığı belirtilmiştir¹⁵³. Uygulamada ise ceza

¹⁴⁸ **Yaltı**, Glantz Kararı, s.90-91; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.841; **Karaçoban Güneş**, s.100-101; **Erol**, s.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ışığında "... tahakkuktaki gecikme veya eksiklik ile tahsilatta gecikme veya eksiklik arasında çoğu durumda illiyet bağı olduğundan, Türk Hukuku'ndaki vergi ziyayı kabahatinin AİHM tarafından bir suç olarak nitelendirilmesi büyük bir olasılık dahilindedir. Çünkü vergi kaybı, pek çok ülkede vergi kaçakçılığı suçunun ana unsurlarından birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, bu hukuka aykırılık doğası itibarıyla suç olarak kabule uygundur. Karşılığında verilen ceza, uğranılan vergi kaybının bir katı (kaçakçılığa yol açan fiillerden biriyle işlenmesi halinde, kayba uğratılan verginin üç katı) olduğundan, somut olayın özelliklerine göre yüksek miktarlara ulaşması hem caydırıcı hem de cezalandırıcı nitelikte ağır bir ceza olması mümkündür." **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.57; benzer görüş için bkz: **Karaçoban Güneş**, s.102.

¹⁴⁹ **Kocaer**, s.46-47; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.841; **Karaçoban Güneş**, s.102.

¹⁵⁰ **Karaçoban Güneş**, s.100; **Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkcı**, s.339.

¹⁵¹ **Kaneti-Ekmekçi-Güneş-Kaşıkcı**, s.339.

¹⁵² **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.841; **Erol**, s.3.

¹⁵³ **Yaltı**, Glantz Kararı, s.90-91. "Vergi veya ceza yargılamasında verilen hükümlerden herhangi birisi kesinleştiikten sonra diğer davada diğer yargılamaya devam edilmemesi kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir. Örneğin; vergi mahkemesinde mükellef lehine verilen hükmün kesinleşmesi halinde, ceza mahkemesinde davanın reddi YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

mahkemelerinde vergi suçlarının teknik niteliği gözetilerek vergi mahkemelerinde açılan davaların sonuçlanmasının bekletici mesele yapıldığı; dolayısıyla ilk olarak vergi mahkemesinin kararı kesinleştikten sonra ardından ceza mahkemelerinin karar verdiği görülmektedir. Bu durumun da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen başvurularda altını çizdiği üzere mükerrer cezalandırma teşkil ettiği ve dolayısıyla ne bis in idem ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁴. Hatta bu yazarlar söz konusu düzenlemelerin Vergi Usul Kanunu'ndan sonra öngörülen ve genel kanun niteliğindeki Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesi ile Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesi ile de uyumlu olmadığını ve gelinen bu noktada Kanunda bazı değişikliklerin yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹⁵⁵. Bu görüşü savunanlar vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyanının meydana gelmesi halinde artık hem hapis cezası hem de idari para cezasının uygulanmamasını; yasal düzenlemelerde seçenek yaptırım olarak ikisinden birinin uygulanması gerektiği şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedirler¹⁵⁶.

Aynı şekilde Vergi Usul Kanunu'nun açık düzenlemesi gereği vergi kaçakçılığı suçu¹⁵⁷ veya vergi ziyayı kabahati ile genel usulsüzlük kabahati açısından bir tartışmaya girmeye gerek olmasa da özel usulsüzlük cezası ile

kararı verilmesi gerekir. Hatta, vergi mahkemesinin üç kat vergi ziyayı cezası lehine verdiği hükmün kesinleşmesi halinde de görülmekte olan ceza davası için davanın reddi kararı verilmesi gerekir. Yani, vergi veya ceza davası için davalardan hangisinin hükmü önce kesinleşirse mükellefe bu hüküm uygulanacak; diğer dava ise reddedilecektir. Yani mükellefe hem üç kat vergi ziyayı cezası hem de hapis cezası uygulanmayacaktır; bu cezalardan hangisine hükmedilirse o uygulanacak, diğer, uygulanmayacaktır. Bu cezalardan birinin istendiği dava vergi veya ceza mahkemelerinden biri tarafından reddedildiğinde diğer dava da reddedilecektir. Bu durumda VUK'un 340'ıncı, 359'uncu ve 367'inci maddelerinin aksine vergi veya ceza mahkemesi tarafından verilen kesinleşmiş hüküm diğerleri için bağlayıcı olmaktan öte diğer davanın reddi nedeni olacaktır."

Kocaer, s.48-49. Kanaatimizce böyle bir durumda Mahkeme'nin Glantz kararında da altını çizdiği üzere vergi veya ceza mahkemelerinin hangisinin ilk kararı verdiği hangisinin de buna bağlı olarak ret kararı verdiği durumuna bağlı olarak bazı kişiler sadece üç kat vergi ziyayı cezası öderken bazı kişiler ise aynı fiil nedeniyle hapis cezasına mahkûm olacaktır ve bu durum ise eşitlik ilkesine açıkça aykırı olacaktır.

¹⁵⁴ **Kocaer**, s.48.

¹⁵⁵ **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.53; **Biyan**, s.104-15; **Karaçoban**, s.53.

¹⁵⁶ **Yaltı**, Glantz Kararı, s.91.

¹⁵⁷ Vergi Usul Kanunu'nun 340'ıncı maddesinde öngörülmemiş olsa bile, sorun özel norm-genel norm kuralı çerçevesinde çözülebilecektir. Öyle ki, vergi kaçakçılığı suçunda yer verilen fiiller genel usulsüzlük kabahatinde yer verilenlere göre ek birtakım koşullar içermekle birlikte daha ağır yaptırımı gerektirmektedir. **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.156; **Erol**, s.2.

vergi ziyai cezasının iliskisine dair görüŖlere yer verilmesi gerekmektedir. Doktrinde özel usulsüzlük kabahatlerine sebebiyet verilen fiillerin kanun yapma tekniği ve sistematikliğinden uzak bir Ŗekilde çok fazla sayıda düzenlenmesinden bahisle konu örnekler üzerinden değerlendirilmeye çalıŖılmıŖtır. Örneğin; bir kira sözleşmesine bağlı olarak vergi sorumlusu malike ödenmesi gereken kira bedeli elden ödenmiŖse Kanunun mükerrer 35'inci maddesi gereğince bir özel usulsüzlük cezası uygulanacaktır; ancak söz konusu kira ödemesine bağlı olarak ödenmesi gereken verginin zamanında tahakkuk ettirilmesinin sağlanması halinde ortada vergi ziyai kabahati bulunmayacaktır. Bu ödemeye bağlı olarak ödenmesi gereken vergiye iliŖkin gerekli beyannamenin verilmemesi durumunda ise ödenmesi gereken vergi zamanında tahakkuk ettirilmemiŖ olacak ve vergi ziyai kabahati iŖlenmiŖ olacaktır¹⁵⁸. Bir diğer örnek ise sahte fatura ile belgelendirilme suretiyle vergi ziyaya sebebiyet verilmesi halinde, vergi kaybının tazmini amacıyla vergi ziyai cezası kesilmesinin yanında sahte fatura kullanmak suretiyle gerçek belgenin alınmaması nedeniyle özel usulsüzlük cezası uygulanabilecektir; bu durumda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin A ve B ve Norveç kararında belirttiği gibi iki yargılamanın zaman ve maddi bakımdan yakın olmasından, söz konusu yargılamaların paralel yürütölüp verilecek cezaların öngörülebilir ve ölçölü olmasından bahisle ilke ihlal edilmemiŖ olacaktır¹⁵⁹. Görüldüğu üzere bu durumda özel usulsüzlük kabahati ile vergi ziyai kabahatinin iŖlenmesine sebebiyet veren iki ayrı fiil bulunmakta olup, söz konusu cezaların ayrı ayrı uygulanması ilkeyi ihlal etmeyecektir. Ancak bazı hallerde durum bu Ŗekilde ayrık olmayıp, fiiller iç içe geçmektedir. Örneğin; düzenlenmesi gereken faturanın düzenlenmemesi ile fatura düzenlenmemesine bağlı olarak KDV yönünden vergi ziyaya sebebiyet verilmesi birbirinden ayrılamamaktadır. Böyle bir durumda ne bis in idem ilkesi açısından DanıŖtay'ın bulduğu çözümler¹⁶⁰ doktrinde savunulmaktadır; buna göre dönem kapanmadan önce fatura düzenlenmemesi nedeniyle özel usulsüzlük kabahati; dönem kapandıktan sonra ise vergi ziyai cezası uygulanmalıdır¹⁶¹.

¹⁵⁸ Örnek ve değerlendirmeler için bkz: **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.156-158.

¹⁵⁹ Örnek ve değerlendirmeler için bkz: **Erol**, s.4.

¹⁶⁰ bkz: DŖ. VDDK 07.05.2010 gün ve E.2009/271, K.2010/218, (<http://www.kazanci.com>, E.T:31.05.2019); DŖ. 4.D. 15.06.2010 gün ve E.2010/1235, K.2919/3633, (<http://www.kazanci.com>, E.T:31.05.2019).

¹⁶¹ **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.156-158. Vergi ziyai kabahatinin iŖlenip iŖlenmediđi ancak hesap dönemi kapandıktan ortaya çıkabilecektir ve hesap dönemi kapandıktan sonra DanıŖtay'ın kararları ışığında özel usulsüzlük cezası verilememektedir. Dolayısıyla aynı *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

Öte yandan doktrinde bazı yazarlarca, ne bis in idem ilkesinin kapsamının cezai ya da idari yaptırım nitelendirilmesine gidilmeden birden fazla yaptırım uygulanmasının yasaklanması şeklinde genişletilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Vergi hukuku özelinde aynı fiil nedeniyle cezai yaptırım öngörülen vergi suçu ile suç niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın idari para cezası öngörülen vergi kabahatinin varlığı halinde her iki yaptırımın uygulanması ve aynı fiil nedeniyle meydana gelen birden fazla vergi kabahatinde, bu kabahatlere ait cezalardan sadece miktar itibariyle en ağırının uygulanmaması ilkeyi ihlal etmelidir¹⁶². Bu görüşü savunanlara göre ise Türk Vergi Hukuku, ne bis in idem ilkesine aykırı pek çok düzenleme içermekte olup, vergi ödevlisinin ilkenin öngördüğü birçok güvenceden mahrum bırakılmaktadır¹⁶³.

C. Konuya İlişkin Yargı Kararlarında Yer Alan Görüşler

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Bakışı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergi hukuku özelinde ne bis in idem ile ilgili değerlendirmelerini yaparken, öncelikli olarak hukuka aykırılığın iç hukukta nasıl tasnif edildiğinden ve şayet vergi kabahati olarak nitelendirilmişse uygulanan yaptırımın idari para cezası olarak isimlendirilmesinden bağımsız olarak somut olayda mükerrer bir şekilde yapılan suç isnadı ve buna bağlı olarak ceza yargılaması ile cezalandırmanın bulunup bulunmadığını çeşitli ölçütler kullanarak incelemektedir. Öncelikli olarak belirtilmelidir ki, Mahkeme ne bis in idem ilkesinin koruma alanının kapsamına suç niteliği tespit edilmemiş vergi kabahatlerini katmamaktadır; ancak yerel mevzuatta vergi kabahati olarak nitelendirilse de suç niteliği bulunan vergi kabahatlerini ilke kapsamında tartışmaktadır¹⁶⁴.

Başlarda Mahkeme vergi suçlarının kasten veya ağır ihmali hareketlerle işlenebileceğini ancak vergi kabahatleri açısından böyle bir manevi unsurun

anda özel usulsüzlük ile vergi ziyat cezasının kesilmesi fiilen mümkün değildir. **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s.130.

¹⁶² **Karaçoban Güneş**, s.100-101.

¹⁶³ **Karaçoban Güneş**, s.103.

¹⁶⁴ **Saban**, s.475; **Ulusoy**, s.37; **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.57; **Karaçoban Güneş**, s.95; **Erol**, s.1. Öte yandan vuku bulan hukuka aykırı fiilin ceza mahkemeleri kararlarıyla hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmasının yanında bir de aynı fiilin idari yaptırıma tutulması devletlerin takdir alanıyla ilgilidir. Mahkeme devletlerin hukuka aykırı fiillere karşılık idari yaptırım mı yoksa cezai yaptırım öngörülmesi gerektiği konusunda değerlendirme hakkına sahip değildir; ancak bu şekilde uygulanacak birden fazla yaptırımın Mahkemenin belirlediği ölçütlere göre cezai nitelikte olması durumunda ne bis in idem ilkesinin ihlal edileceğini belirtmektedir. **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.160.

aranmadığını ve ayrıca iki hukuka aykırılık halinin korudukları amaçların, kamunun mahrum kaldığı gelirin tazmin edilmesi ve kamu düzeninin korunması olmak üzere, farklı olduğunu; dolayısıyla vergi suçları ile vergi kabahatlerinin temel unsurları arasında fark olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme bu görüşü ileri sürdüğü kararlarında hukuka aykırı fiilin hem vergi kabahati olması sebebiyle idari para cezası hem de vergi suçu olması sebebiyle hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası uygulanmasını ne bis in idem ilkesine aykırı bulmamıştır¹⁶⁵.

Daha sonra bu görüşünden vazgeçen Mahkeme, vergi kabahatlerine uygulanan idari para cezalarının belirli özellikleri taşımaları halinde cezai yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiğini kaydetmiştir. Tek başına uygulanmaları halinde bir sonuç vermeseler bile Mahkeme bu özelliklerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir;

- Vergi mevzuatında yer alan kabahatleri karşılığında öngörülen yaptırımların özel statüye sahip belirli bir grubu mı yoksa tüm vergi ödevlilerini mi ilgilendirdiği konusunda Mahkeme tüm vergi ödevlilerini ilgilendiren hükümleri belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü yükleyecek olmasından bahisle bunların cezai yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.
- Mahkeme, vergi kabahatlerinin karşılığında öngörülen yaptırımların meydana gelen zararın giderilmesinden çok, benzeri davranışlarının tekrarının önlenme ve cezalandırma amacı varsa söz konusu yaptırımın cezai nitelikte olduğu kanaatindedir.
- Öte yandan Mahkeme, meydana gelen zarardan fazla bir ödeme yapılmasının öngörülmesinin caydırıcı ve cezalandırıcı amacı olan genel nitelikli bir kurala dayanması halinde söz konusu yaptırımın cezai nitelikte olacağını belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme uygulanan yaptırımın miktarının yüksek olmasını bir cezai nitelik unsuru olarak değerlendirmiştir¹⁶⁶.

¹⁶⁵ AİHM, Ponsetti ve Chesnel ve Fransa, B.N.36855/97&41731/98, K.T.14.09.1999, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5637>, E.T:29.05.2019); AİHM, A ve B. ve İsviçre, B.N.31827/96, K.T.03.05.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59449>, E.T:30.05.2019); AİHM, Manasson ve İsveç, B.N.41265/98, K.T.20.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61920>, E.T:24.05.2019); AİHM, Rosenquist ve İsveç, B.N.60619/00; K.T.14.09.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-66713>, E.T:24.05.2019); ayrıca bkz: **Bilici-Başaran Yavaşılar**, s.56-57; **Karaçoban**, s.52-53; **Yaltı**, İdari Para Cezası, s.8; **Yaltı**, Glantz Kararı, s.87; **Biyan**, s.103; **Geçer**, A ve B v. Norveç Kararı, s.111.

¹⁶⁶ AİHM, Bendenoun ve Fransa, B.N.12547/86, K.T.24.02.1994, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57863>, E.T:12.05.2019).

Mahkeme, daha yeni tarihli bir kararında ise, yukarıdaki ölçütlerin yanında Engel Kriterlerini de ekleyerek vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımların cezai nitelikte olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, söz konusu başvuruya konu olaydaki vergi ziyai nedeniyle ek tahakkukların ve idari para cezalarının genel anlamda vergi ödevlilerine genel olarak uygulanan genel nitelikli kanunlar dikkate alınarak tarh olunduğunu ve bunların zararın tazminine yönelik bir maddi tazminat olarak değil; hukuka aykırı davranışın bir daha işlenmemesi açısından caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir amaçla öngörüldüğünün altını çizmiştir. Engel Kriterleri gereği söz konusu yaptırımın caydırıcı ve cezalandırıcı olmasından sonra yaptırımın miktarının öneminin kalmadığını kaydeden Mahkeme, böylelikle yalnızca idari para cezasının miktarının düşük olmasının karşılığında öngörülen kabahatin suç niteliğinden çıkmasına sebep olmayacağını belirtmiştir¹⁶⁷.

Nihayet Mahkeme Glantz ve Finlandiya başvurusunda, başvurusunun şirketinden örtülü kâr payı elde ettiğinin tespit edilmesi üzerine vergi ziyai nedeniyle ek tahakkuk ve idari para cezasının uygulanmasının yanında başvurusunun vergi kaçakçılığı suçundan yargılanmasının ilkeye uygunluğunu değerlendirirken esas ve zaman bakımından yeterli ölçüde bağlantı bulunmaması ve suç karşılığında öngörülen cezai yaptırımların esaslı unsurlarının aynı olmasına dair görüşünden hareket etmiştir. Mahkeme, başvuruya konu olayda yapılan vergi ziyasına ilişkin takibat ile vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin takibatın başvurusunun aynı gelirini beyan etmemesinden kaynaklandığını ve her iki takibatın da aynı zaman dilimiyle ilgili olarak aynı miktarda kaçırılan vergi miktarına ilişkin olduğunu belirterek bu suçların aynı nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁸. Öte yandan bir başka başvuruyu değerlendirirken ise, başvurucuya itham edilen defter hilesi suçunun unsurlarıyla vergi ziyai nedeniyle uygulanan idari para cezasını gerektiren unsurların farklı olduğunu; vergi kaçakçılığı suçunun yalnızca defterlerde usulsüzlük yapılarak da işlenebilecek bir suç olduğunu

¹⁶⁷ AİHM, Jussila ve Finlandiya, B.N.73053/01, K.T.23.11.2006, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-78135>, E.T:12.05.2019); benzer yönde Mahkeme kararı için bkz: AİHM, Zolotukhin ve Rusya, B.N:14939/03, K.T.10.02.2009, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91222>, E.T:23.05.2019); ayrıca bkz: **Saban**, s.476; **Ulusoy**, s.38; **Yaltı**, İdari Para Cezası, s.8; **Arslan Öncü**, s.155-156; **Kocaer**, s.46; **Karaçoban Güneş**, s.98; **Ataç**, Ne Bis In Idem İlkesi, s.822.

¹⁶⁸ AİHM, Glantz ve Finlandiya, B.N.37394/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144114>, E.T:29.05.2019).

ve dolayısıyla her iki suç arasında bir örtüşme olmadığının altını çizmiştir¹⁶⁹.

Ayrıca Mahkeme Glantz ve Finlandiya başvurusunu çifte yargılama ve/veya cezalandırma açısından değerlendirirken, cezai ve idari olarak isimlendirilen yaptırımların farklı otoriteler tarafından verildiğini, bu otoritelerce verilen kararların birbirinden etkilenmeksizin bağımsız olarak verildiğini belirtmiştir. Somut olayda vergi kabahatine uygulanan idari para cezasına karşı yargı süreci devam etmekteyken, vergi kaçakçılığı nedeniyle ceza yargılamasına başlanmasını ve ilk yargı sürecinin kesinleşmesine rağmen ikinci yargılamaya devam edilerek bu yargılama sonucunda kişi aleyhine ayrıca hapis cezasına hükmedilmesini ne bis in idem ilkesine aykırı bulmuştur¹⁷⁰. Önemle belirtilmelidir ki Mahkemeye göre birden fazla eş zamanlı yargılamanın bulunması ilke bakımından mümkündür. Ancak bu yargılamalardan birisi nihai hükümle sonuçlanırsa diğer yargılamaların da sonuçlandırılması gerekir. Bu bakımından farklı usuller altında farklı otoriteler tarafından mükerrer yargılamaların yapılması, sonucunda öngörülecek yaptırımların cezai nitelikte olması halinde ilkeyi ihlal edecektir¹⁷¹.

Mahkeme içtihatlarından açıkça anlaşıldığı üzere aynı hukuka aykırı fiil nedeniyle meydana gelen vergi suçu ve çeşitli ölçütler uygulanarak suç niteliğinde olmadığı saptanan vergi kabahati nedeniyle ayrı ayrı verilen hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası ve idari para cezası ilkeyi ihlal etmemektedir. Aynı şekilde, söz konusu fiil nedeniyle birden fazla vergi kabahatinin ihlal edilmesi sebebiyle idari para cezalarının ayrı ayrı uygulanması da ilkeye aykırı bulunmamıştır¹⁷². Mahkemeye göre devletler

¹⁶⁹ AİHM, Lucky Dev ve İsveç, B.N.7356/10, K.T.27.11.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-148184>, E.T:29.05.2019).

¹⁷⁰ AİHM, Glantz ve Finlandiya, B.N.37394/11, K.T.20.05.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144114>, E.T:29.05.2019).

¹⁷¹ **Yaltı**, Glantz Kararı, s.89-90; **Kocaer**, s.47; **Geçer**, A ve B v. Norveç Kararı, s.110; ayrıca bkz: AİHM, Zigarella ve İtalya, B.N.48154/99, K.T.03.10.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-23428>, E.T:30.05.2019); AİHM, Muslija ve Bosna Hersek, B.N.32042/11, K.T.14.01.2014, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-139988>, E.T:30.05.2019).

¹⁷² AİHM, Ponsetti ve Chesnel ve Fransa, B.N.36855/97&41731/98, K.T.14.09.1999, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5637>, E.T:29.05.2019); AİHM, A ve B. ve İsviçre, B.N.31827/96, K.T.03.05.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59449>, E.T:30.05.2019); AİHM, Manasson ve İsveç, B.N.41265/98, K.T.20.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61920>, E.T:24.05.2019); AİHM, Rosenquist ve İsveç, B.N.60619/00, K.T.14.09.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-66713>, E.T:24.05.2019); AİHM, Lucky Dev ve İsveç, B.N.7356/10, K.T.27.11.2014, *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

hukuka aykırı fiillere ancak birbirleriyle uyumlu yargısal süreçler altına tamamlayıcı hukuki yaptırımlar uygulayabilmekte olup, bu yaptırımların toplamı fail üzerinde aşırı bir külfet oluşturmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu haksız fiilin farklı amaçlar doğrultusunda ve farklı merciler tarafından birbirine paralel usuller ve tamamlayıcı bir yaklaşım içerisinde cezalandırılmasında herhangi bir ilkeye aykırılık bulunmamaktadır¹⁷³. Nitekim Mahkeme A ve B ve Norveç başvurusunu incelerken, başvuru aleyhine vergi kaçakçılığı nedeniyle hükmedilen hapis cezasından önce aynı kişilere vergi ziyai nedeniyle idari para cezası uygulandığını tespit etmiş ve bu iki yargılamanın birbirine paralel şekilde yürütülerek birbirini tamamladığını, zaman ve mekân bakımından yeterli miktarda bağlantılı olduğunu; iki yargılama sonucunda hükmedilecek yaptırımların öngörülebilir olduğunu ve ölçülülük ilkesine uygun olduğunu belirterek ilke bakımından herhangi bir ihlal görmemiştir¹⁷⁴. Dahası Mahkeme söz konusu başvuruyu değerlendirirken başvuru aleyhine hapis cezası hükmedilirken vergi ziyaya ilişkin yapılan ilk yargılamada saptanan maddi gerçeklerin aynen kullanıldığını, bu yargılama neticesinde daha önce uygulanan idari para cezasının da dikkate alındığını ve böylelikle kişinin orantısız bir yaptırıma maruz bırakılmadığını ifade etmiştir¹⁷⁵. Ancak Mahkeme aynı hukuka aykırı fiilin hem vergi suçu olarak tanımlanıp, bu fiile karşı hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası uygulanmasını hem de söz konusu fiilin vergi kabahati olarak nitelendirilip, bu fiile karşı çeşitli ölçütler uygulandığında idari yaptırım sınırlarını aşarak cezai niteliğe bürünen idari para cezası veya başkaca idari yaptırımların uygulanmasını ilkeye aykırı bulmaktadır¹⁷⁶.

(<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-148184>, E.T:29.05.2019); AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019).

¹⁷³ Ancak Mahkeme ne bis in idem ilkesine en uygun yaklaşımın hukuka aykırı fiile karşı uygulanması öngörülen farklı amaçlara yönelen hukuki yaptırımların tek bir yargılama içinde uygulanması olduğunu savunmaktadır. AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019).

¹⁷⁴ AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019).

¹⁷⁵ AİHM, A ve B ve Norveç, B.N.24130-29758/11, K.T.15.11.2016, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168972>, E.T:29.05.2019).

¹⁷⁶ **Saban**, s.477; **Bilici-Başaran Yavaşlar**, s.57; **Arslan Öncü**, s.156; **Kocaer**, s.46; **Geçer**, A ve B v. Norveç Kararı, s.114,117; **Karaçoban Güneş**, s.100.

2. Türk Yargısının Konuya Bakışı

Anayasa Mahkemesi oldukça eski tarihli bir kararında vergi kabahatlerine uygulanan idari para cezalarının teknik anlamda cezai nitelikte olmadığını, idarece uygulanan bir yaptırım olduğunu belirtmiş; dolayısıyla belge düzenine ilişkin düzenlemelere aykırı davranışı suç değil bir tür mali kolluk önlemi olarak kabul etmiştir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadından önce vergi kabahatlerine ilişkin uygulanan yaptırımları idari yaptırım olarak kabul ederek ne bis in idem ilkesinin dışında bırakmıştır¹⁷⁷.

Keza Mahkeme, kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için vergi yükümlülüğünün zamanında ve eksiksiz ifası edilmesi gerektiğinin altını çizerek vergi mevzuatına aykırılığın idari olarak cezalandırılmasındaki esas amacın kamunun uğradığı gelir kaybının giderilmesi; bunun suç olarak öngörülüp cezalandırılmasındaki amacın da kamu düzeninin bozulmasının engellenmesi ve bozan fiillerin cezalandırılması olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda idari ve adli süreçler açısından bu şekilde farklı hukuki değerlerin korunması ile kabahat ve suç olarak farklı nitelendirilmelerin yapılmasına rağmen bu süreçlere neden olan hareketlerin amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı olması nedeniyle bütün olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek fiilin hukuki anlamda ayrı olduğuna işaret etmiştir. Nitekim Mahkeme bir kararında, başvuruya konu olayda komisyon karşılığında sahte fatura düzenleyerek gelir elde etme fiili nedeniyle vergi ziyayı ve özel usulsüzlük cezalarının uygulanmasının yanında, sahte fatura kullanmak ve düzenlemek suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan mahkûm edilmesini idari ve adli süreçler sonucunda farklı amaç ve hukuki yararların gerçekleştirilmesinin istenmesi sebebiyle ne bis in idem ilkesine aykırı bulmamıştır¹⁷⁸.

Benzer şekilde Mahkeme önüne gelen bir başka başvuruya konu olayda, başvuru şirket tarafından ithalat işlemleriyle ilgili olarak bazı gümrük beyannamelerin gerçeğe aykırı doldurulması nedeniyle bu şirkete vergi ziyayı kabahati nedeniyle hem ek KDV hem de ceza tahakkuk ettirilmiştir ve başvuru şirket ek tahakkuk ve cezaya karşı dava açmış ancak dava esastan reddedilmiştir. Ardından sahte fatura kullanılması suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçu bakımından da şirket yetkilileri aleyhine ceza yargılaması başlatılmıştır. Başvuru şirket, hem verginin cezalı olarak tahakkuk

¹⁷⁷ Any. M. 15.10.1991 gün ve E.1990/29, K.1991/37, (R.G:05.02.1992-21133).

¹⁷⁸ Any. M., Ünal Gökpınar Başvurusu, B.N.2018/9115, K.T.27.03.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:27.05.2019); kararın eleştirisi için bkz: **Candan**, Non Bis In Idem İlkesi, s.2-4.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

ettirildiğini hem de şirket yetkilileri aleyhine ceza yargılaması yapıldığını, bu durumun ise Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinde yer alan fiilin hem kabahat hem suç olarak tanımlanması nedeniyle sadece suç nedeniyle yaptırım uygulanabileceği şeklinde düzenlenen ne bis in idem ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede vergi kaçakçılığı suçu ve vergi ziyayı kabahatinin öngördüğü yasak ve yaptırımların farklı hukuki yarar, konu ve unsurlara ilişkin olduğu ve dolayısıyla ne bis in idem ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Daha açık bir anlatımla zamanında ödenmeyen KDV'ye ilişkin yapılan vergi ziyayı kabahatinin koruduğu hukuksal yarar ile sahte fatura kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçunun koruduğu hukuksal yararın farklı olduğunu, bu kabahat ve suçlara ilişkin yürütülen davaların farklı iki disipline ait olduğunu belirterek ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁷⁹.

Yargıtay sahte fatura kullanılması suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin yaptığı değerlendirmede, vergi mahkemesi tarafından Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesi gereğince vergi kaçakçılığının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinin, uygulanacak vergi ziyayı kabahatinin yaptırımının bir kat mı üç kat mı olacağı açısından zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında ise sahte faturaların kasten kullanılmadığına kanaat getirilerek bir kat vergi ziyayı cezasının uygulanmasına dair kararın Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmesinin ceza mahkemelerini bağlamadığını; bu kanaatin suçun manevi unsuruna ilişkin olduğundan bahisle kastın bulunup bulunmadığının ceza mahkemesi tarafından değerlendirilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirterek, Danıştay değerlendirmesinden geçerek kesinleşen vergi mahkemesi kararına dayanılarak beraat verilmesini hatalı bulmuştur¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Any. M., ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, B.N:2014/72, K.T.25.03.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T:29.05.2019).

¹⁸⁰ Yar CGK 16.01.2001 gün ve E.2001/11-213, K.2001/219, (<http://www.kazanci.com>, E.T:30.05.2019); doktrinde ayrıca vergi kaçakçılığı suçunun işlenmiş kabul edilmesi için vergi ziyaya sebebiyet verilmesinin gerek olmadığı belirtilerek vergi mahkemelerince verilen beraat ya da bir kat-üç kat vergi ziyayı cezası uygulanmasına ilişkin kararların ceza mahkemelerini bağlamadığı da ifade edilmiştir. **Kocaer**, s.43; **Geçer**, Non Bis In Idem İlkesi, s.337. Ancak vergi mahkemesi tarafından vergi kaçakçılığı suçunun kasten işlenmesinden bahisle üç kat vergi ziyayı cezası uygulanan aynı kişinin aynı hukuka aykırı fiiline karşı kastın yokluğu sebebiyle ceza mahkemesinde beraat kararının verilmesinin, bu kararlar arasında çelişkili bir durum yaratacağının da açık olduğu belirtilmiştir. **Geçer**, Non Bis In Idem İlkesi, s.337. Bu bağlamda ceza yargılaması ile idari yargılamanın birbirinden bağımsız yürütülmesi ilkesinin mutlak olmayıp bazı durumlarda maddi gerçeği araştıran

YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

Danıştay ise vergi kabahatlerine karşı uygulanan cezaların, vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle Devletin gördüğü zarara eşit bir tazminat ya da zam almak değil, zararı aşan tutarda karşılık almak yoluyla faili cezalandırma ve ceza tehdidiyle söz konusu fiilin tekrarlanmasını önlemek amacıyla uygulandığını ifade etmektedir¹⁸¹. Böylelikle Danıştay vergi kabahatlerine uygulanan yaptırımların cezai nitelik taşıdığını kabul ederek, söz konusu yaptırımları ne bis in idem ilkesi açısından değerlendirilebilir hale getirmiştir.

SONUÇ

Ne bis in idem ilkesi aynı kişinin aynı suçundan birden fazla kez yargılanamayacağı ve/veya cezalandırılmayacağı anlamına gelmektedir. Bu ilke uluslararası sözleşmelerin birçoğuna konu edilmekle birlikte özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 4'üncü maddesinde düzenlenmesini takiben büyük önem kazanmıştır. Ülkemizde söz konusu protokol 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir; ancak bu tarihten çok daha önce adil yargılanma hakkı kapsamında yürütülen cezai yargılamalar yönünden hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmiş ve nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesi ile Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

Vergi hukuku alanında, mevzuata aykırı birtakım fiillerin hem idari yaptırıma hem cezai yaptırıma ya da birden fazla idari yaptırıma tabi tutulmaları olağan bir uygulamadır. Nitekim ülkemizde Vergi Usul Kanunu çerçevesinde vergi kaçakçılığı ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçlarına sebebiyet veren fiillerin aynı zamanda vergi ziyayına neden olması halinde aynı kişi hem bu suçlar nedeniyle cezai yaptırım hem de vergi ziyayına kabahatinin vuku bulması nedeniyle idari yaptırıma tabi tutulacak; hatta vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyayı olmuşsa uygulanacak idari yaptırım

ceza mahkemesinin verdiği beraat hükmünün vergi cezalarını veren otoriteler ve vergi mahkemeleri tarafından nazara alınması gerektiği de ifade edilmektedir. **Kocaer**, s.44-45; Uygulamada ise ceza mahkemeleri hatalı olarak vergi suçlarının teknik niteliği haiz olması sebebiyle vergi mahkemelerinde açılan davaların sonuçlanmasını bekletici mesele yapmaktadır. Karara konu olayda olduğu gibi genellikle vergi mahkemesi kararları kesinleştikten sonra ceza mahkemesi değerlendirmelerini yaparken bu kararları dikkate almaktadır. **Kocaer**, s.45.

¹⁸¹ Dş İBKG 12.06.1980 gün ve E.1977/1, K.1980/2, (<http://www.kazanci.com>, E.T:31.05.2019).

ziyaa uğratılan verginin üç katı olarak belirlenecektir¹⁸². Önemle belirtilmelidir ki bu cezalar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp, bunlara ilişkin yargılamalar farklı makamlar tarafından birbirinden bağımsız olarak yürütülmekte ve bu makamların verdikleri kararlar birbirini etkilememektedir. Ya da bazı durumlarda aynı fiil ile birden fazla vergi kabahati işlenmiş olarak kabul edilerek, aynı kişiye birden fazla idari para cezası uygulanacaktır. Bu durumda aynı kişiye hem hürriyeti bağlayıcı ceza hem de idari para cezası veya birden fazla idari para cezası uygulanması doktrinde ne bis in idem ilkesi açısından tartışılmıştır.

Kanaatimizce bir fiil ile hem vergi suçuna hem de vergi kabahatine sebebiyet verilmesi sonucunda idari para cezası ile hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezasının uygulanması halinde doğrudan ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmiş olduğunu söylemek doğru bir yaklaşım değildir. Benzer şekilde bir fiil ile birden fazla vergi kabahatine sebebiyet verilmesi sonucunda kişiye birden fazla idari para cezasının uygulanması durumunda da doğrudan ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmiş olmayacaktır. Öyle ki ne bis in idem ilkesi ile yasaklanan husus suçların yalnızca maddi unsuru olan fiilin aynı olması halinde tekrardan yargılanmaması ve/veya cezalandırılmaması değildir; ilke açısından bir ihlal doğabilmesi için söz konusu suçların tüm unsurlarıyla aynı veya benzer olması gerekmektedir.

Türk Vergi Hukuku'nda ise vergi kaçakçılığı suçunun düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde öngörülen fiillerin büyük bir bölümü vergi ziyayı oluşturmaya elverişlidir; ancak söz konusu bu fiilin gerçekleştirilmiş olması vergi ziyayı kabahatinin vuku bulması için yeterli olmayıp, ayrıca 341'inci maddede belirtildiği gibi bir zarar olarak vergi ziyasının da doğmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı suçu kasten 359'uncu maddede yer alan eylemlerin işlendiği anda meydana gelen bir tehlike suçu olarak karşımıza çıkmaktayken; vergi ziyayı kabahati vergi beyanın eksik veya hiç verilmemesine bağlı olarak verginin zamanında ve/veya tam olarak tahakkuk ettirilememesi halinde işlenmiş olacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu ve vergi ziyayı kabahatleriyle, meydana geliş tarihleri ile unsurları farklı olan ve sonucunda biri idari para cezası diğeri hürriyeti bağlayıcı ceza ile farklı makamlar tarafından cezalandırılması gereken iki farklı hukuka aykırılık durumunun düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu

¹⁸² Konunun önemi ve karşılaşma sıklığı nedeniyle doktrinde vergi suçları bakımından daha çok vergi kaçakçılığı suçu üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla biz de açıklamalarımızı bu suç kapsamında devam ettireceğiz.

yüzden kanaatimizce vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyana sebebiyet veren bir kişiye vergi ziyayı kabahati nedeniyle vergi ziyayı cezasının uygulanması ve vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında tartışıldığı üzere vergi ziyayı kabahatinin caydırıcı ve cezalandırıcı nitelikte olduğu kabul edilerek bir suç olarak nitelendirilmesi hali ile yaptırımları uygulayan makamlar arasındaki etkileşim problemi bir kenara bırakılırsa, doğrudan ne bis in idem ilkesini ihlal etmemektedir.

Her ne kadar, vergi ziyayı kabahati ve vergi kaçakçılığı suçu ile iki farklı hukuka aykırılık halinin düzenlendiğini düşünsek de, vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyana sebebiyet verilmesi halinde kişiye uygulanan vergi ziyayı cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezanın konusunu birbiriyle önemli ölçüde benzer ve/veya bağlantılı unsurların oluşturduğunu da kabul etmekteyiz. Böyle bir durumda kişiye hürriyeti bağlayıcı cezanın yanında üç kat vergi ziyayı cezasının uygulanması, üç kat vergi ziyayı cezasının tazmin edici bir nitelikten çok caydırıcı ve cezalandırıcı bir niteliğe yaklaşması sebebiyle ne bis in idem ilkesi açısından sakıncalara sebebiyet verebileceğini de düşünmekteyiz.

Öte yandan özellikle hem vergi kaçakçılığı hem de vergi ziyana sebebiyet veren eylemler bakımından Vergi Usul Kanunu'nun 367'inci maddesinde yer alan yargılamalar arası etkileşim hükmü de değerlendirilmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda düzenlemede geçen ceza vermeye yetkili makamın idare ve verilen bu cezaları denetleme yetkisine sahip merciin de vergi mahkemeleri olduğunun altı çizilerek, söz konusu hükümde vergi ve ceza yargılamaları arasında bir etkileşim kurulmasının yasaklanmadığı belirtilmelidir¹⁸³. Aksinin kabulü hukuken kabul edilemez bir duruma sebebiyet verecektir ki; bu durumda idare tarafından kaçakçılık suretiyle üç kat vergi ziyayı cezasının kesilmesi ve ceza mahkemesinin suçun tespit edildiğine ilişkin kararının hiçbir surette nazara alınmaması hukuksal bir kargaşa yaratacak, hukuki bütünlüğü bozacaktır¹⁸⁴.

Söz konusu iki soruna çözüm için en iyi yol, vergi ziyayı kabahati ve vergi kaçakçılığı suçunun birbirinden bağımsız hale getirilmesi olup, idare vergi ziyana sebebiyet verildiğini tespit ettiği anda tazmin amacıyla ziyaa

¹⁸³ Benzer yönde görüşler için bkz: **Akkaya**, s.89; **Bahçeci**, Uyum Sorunu, s.161-162. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra bu düzenlemenin zimnen ilga olduğu yönündeki görüş için bkz: **Erol**, s.2.

¹⁸⁴ Aynı yönde görüş için bkz: **Akkaya**, s.94-95; **Donay**, s.78-79; **Başaran Yavaşlar**, Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durum, s.2846-2847; **Biyan**, s.105. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

uğrayan miktar kadar idari para cezasını uygulamalıdır. Ardından ceza mahkemeleri nezdinde yapılan yargılama sonucunda yalnızca vergi kaçakçılığının işlendiği tespit edilirse hürriyeti bağlayıcı cezaya; ancak vergi kaçakçılığı sebebiyle vergi ziyasına da sebebiyet verilmiş ise hürriyeti bağlayıcı cezaya ek adli para cezasına hükmedilmelidir. Mahkeme bu şekilde adli para cezasına hükmederken, idare tarafından vergi ziyayı kabahatine yönelik kesilen idari para cezasının ödenip ödenmediğini de göz önüne almalı; eğer ödeme yapılmışsa adli para cezasından indirim yapma imkânına sahip olmalıdır. Böylelikle vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde üç kat olarak uygulanan vergi ziyayı cezasının amacının caydırıcı ve cezalandırıcı bir niteliğe yaklaşmaması sebebiyle aynı suç nedeniyle mükerrer cezalandırma yapıldığı şeklindeki tartışmalar son bulacaktır. Ayrıca hem idari para cezası ve hapis cezasına hükmeden makamlar tarafından yapılan vergi kaçakçılığı suçunun vuku bulup bulmadığına ilişkin değerlendirmelerde çelişkiler ortadan kaldırılacak ve bir suçun işlenip işlenmediğine karar yetkisi yalnızca ceza mahkemelerine bırakılacak, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında altı çizilen yaptırıma hükmeden makamlar arasındaki bağlantı koşulu sağlanmış olacaktır. İlaveten, bu yolla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında tartışıldığı gibi söz konusu yaptırımların önceden öngörülebilir ve objektif bir bütünsellik içinde olacak olup, birbirini tamamlar şekilde uygulanmış olacağı da ifade edilmelidir¹⁸⁵.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığına sebebiyet veren fiillerin aynı zamanda 352'inci maddesinde yer alan genel usulsüzlük ve 353'üncü ile mükerrer 355'inci maddelerinde yer alan özel usulsüzlük fiillerinin unsurları bakımından ise ayniyet veya benzerliğin mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Öyle ki birtakım usulsüzlük fiilleri incelendiğinde aslında vergi kaçakçılığı suçunun teşebbüs hali olduğu görülebilecek olup, böyle durumlarda fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olmalıdır. Dolayısıyla böyle durumlarda vergi kaçakçılığı suçundan ceza mahkemelerince mahkûmiyet kararı verilen aynı kişilere tekrardan genel veya özel usulsüzlük cezalarının uygulanması ne bis in idem ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Son olarak değerlendirilmesi gereken bir durum olarak karşımıza hem vergi ziyayı kabahatinin hem de usulsüzlük kabahatlerinin birlikte işlenmesi halleri çıkmaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun 366'ıncı maddesi hükmü

¹⁸⁵ Görüş, Prof. Dr. Yusuf Karakoç'un Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri dersinde ilkeye yönelik olarak açıkladığı görüşünden yararlanılarak oluşturulmuştur.

gereğince vergi ziyayı kabahati ile genel usulsüzlük kabahatinin birlikte işlenmesi halinde fikri içtima kuralları uygulanabileceğinden ne bis in idem ilkesi açısından herhangi bir problem bulunmamaktadır. Ancak vergi ziyayı kabahati ile özel usulsüzlük kabahatinin birlikte işlenmesi halinde, bazı durumlarda vergi ziyasına sebebiyet veren fiil ile özel usulsüzlük kabahatine sebebiyet veren fiilin açıkça birbirinden farklı olması nedeniyle iki yaptırımın ayrı ayrı uygulanmasının ilkeyi ihlal etmediğı ifade edilmelidir. Bazı durumlarda ise özel usulsüzlük kabahatlerinin aslında vergi ziyayı kabahatinin teşebbüs hali olduğı görülebilecek olup, kanaatimizce böyle durumlarda hesap dönemi içerisinde özel usulsüzlük cezası kesilmelidir. Hesap döneminin kapanmasından sonra vergi ziyayı doğmuş ve bu miktar özel usulsüzlük cezası için öngörülen miktardan fazla ise de aradaki miktar kadar vergi ziyayı cezası kesilmelidir. Hesap dönemi kapandıktan sonra ise yalnızca vergi ziyayı cezası kesilmelidir; ayrıca özel usulsüzlük kabahati nedeniyle bir cezaya hükmedilmemelidir. Böylelikle, her ne kadar Kanun'a yansımadağı için bağlayıcılığı bulunmasa da 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun özel usulsüzlük ile ilgili 353'üncü maddesinin gerekçesinde belirtilen özel usulsüzlük cezasının hesap dönemi kapatılmadan uygulanabileceğı amacına da uygun bir uygulama olacağını ve ne bis in idem ilkesi açısından problem çözüleceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

1) Kitaplar

- Akbulut**, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, (Adalet Yayınları), Ankara – 2018.
- Alacakaptan**, Uğur; Suçun Unsurları, (Sevinç Matbaası), Ankara – 1975.
- Ataç**, Asiye Selcen; Türk Ceza Hukukunda Kesin Hüküm Önleme Etkisi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışmanı: Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu), İstanbul – 2010, (Kesin Hüküm).
- Baykara**, Bekir; Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, (Maliye ve Hesap Uzmanları Derneğı), İstanbul – 2008.
- Candan**, Turgut; Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara – 2010, (Vergi Suçları ve Cezaları).
- Candan**, Turgut; Vergisel Kabahatler ve Suçlar, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara – 2019, (Vergisel Kabahatler ve Suçlar).
- Cebeci**, Şeyma; Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim

- Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin İnceoğlu), İstanbul – 2018.
- Centel, Nur-Zafer**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul – 2017.
- Çağan**, Nami; Vergilendirme Yetkisi, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul – 1982, (Vergilendirme Yetkisi).
- Çağlayan**, Ramazan; İdari Yaptırımlar Hukuku, (Asil Yayınları), Ankara – 2006.
- Demirbaş**, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2019.
- Donay**, Süheyl; Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, (Beta Yayınları), İstanbul – 2008.
- Dönmezer**, Sulhi-**Erman**, Sahir- **Bayraktar**, Köksal-**Keskin Kiziroğlu**, Serap-**Zafer**, Hamide-**Sınar**, Hasan-**Önok**, R. Murat-**Erman**, Barış; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, (Der Yayınları), İstanbul – 2016.
- Duran**, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, (Fakülteler Matbaası), İstanbul – 1982.
- Edizdoğan**, Nihat-**Taş**, Metin-**Çelikkaya**, Ali; Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, (Ekin Yayınları), Bursa – 2007.
- Erdoğan**, Belgin; Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul – 2014.
- Erginay**, Akif; Vergi Hukuku, 14. Baskı, (Savaş Yayınları), Ankara – 1990.
- Erman**, Sahir; Vergi Suçları – Ticari Ceza Hukuku VI, (İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınları), İstanbul – 1988, (Vergi Suçları).
- Gerek**, Şahnaz-**Aydın**, Ali Rıza; Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2005.
- Gözlügel**, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Hukuku, (Turhan Kitabevi), Ankara – 2014.
- Gözbüyük**, Şeref-**Gölcüklü**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara – 2016.
- Hafizoğulları**, Zeki; Ceza Normu – Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, 2. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 1996.
- Hakeri**, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, (Adalet Yayınları), Ankara – 2012.
- Harris**, David-**O’Boyle** Michael-**Bates**, Ed- **Buckley**, Carla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çeviren: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Oxford University Press), Oxford – 2009.
- İçel**, Kayıhan-**Özgenç**, İzzet-**Sözüer**, Adem-**Mahmutoğlu**, Fatih S.-**Ünver**, Yenal; İçel Suç Teorisi, (Sebat Yayınları), İstanbul-1999.

- İnceoğlu**, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul – 2013.
- Jescheck**, Hans Heinrich; Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, (Çeviren: Feridun Yenisey), (Yaylacık Matbaası), İstanbul – 1989.
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul – 1989.
- Kaneti**, Selim-**Ekmekçi**, Esra-**Güneş**, Gülşen-**Kaşıkcı**, Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul – 2019.
- Kangal**, Zeynel T.; Kabahatler Hukuku, (XII Levha Yayınları), İstanbul – 2011.
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara – 2019, (Genel Vergi Hukuku)
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Ceza Hukuku, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara – 2019, (Vergi Ceza Hukuku).
- Kırbaş**, Sadık; Vergi Hukuku, 20. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara – 2015.
- Kızılot**, Şükrü – **Taş**, Metin; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 5. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara – 2013.
- Koca**, Mahmut-**Üzülmez**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2015.
- Kunter**, Nurullah; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, (Kazancı Matbaacılık), İstanbul – 1986.
- Kunter**, Nurullah-**Yenisey**, Feridun-**Nuhoğlu**, Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku – I. Kitap, 17. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul – 2009.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami; Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul – 1995, (Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi).
- Mutluer**, M. Kâmil; Vergi Genel Hukuku, 2. Baskı, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul – 2008, (Vergi Genel Hukuku).
- Mutluer**, M. Kâmil-**Dayanç Kuzeyli**, N. Nilay; Vergi Ceza Hukuku, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul – 2019.
- Nadaroğlu**, Halil; Kamu Maliyesi Teorisi, 4. Baskı, (Sermet Matbaası), Kırklareli – 1981.
- Öncel**, Mualla-**Kumrulu**, Ahmet-**Çağın**, Nami-**Göker**, Cenker; Vergi Hukuku, 28. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara – 2019.
- Özay**, İl Han; İdari Yaptırımlar, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), İstanbul – 1985.

- Özbek**, Veli Özer-**Doğan**, Koray-**Bacaksız**, Pınar-**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2017.
- Özbek**, Veli Özer-**Doğan**, Koray-**Bacaksız**, Pınar-**Tepe**, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2017, (Ceza Muhakemesi Hukuku).
- Özen**, Mustafa, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara – 2018, (Vergi Suçları ve Kabahatleri).
- Öztürk**, Bahri- **Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2019.
- Saban**, Nihal; Vergi Hukuku, (Beta Yayıncılık), 8. Baskı, İstanbul – 2016.
- Sarıcaoğlu**, Ercan; Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, (Adalet Yayınları), Ankara – 2017.
- Şahin**, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2015.
- Şenyüz**, Doğan; Vergi Ceza Hukuku, 10. Baskı, (Ekin Yayınları), Bursa – 2017.
- Şenyüz**, Doğan – **Yüce**, Mehmet – **Gerçek**, Ahmet; Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, (Ekin Yayınları), Bursa – 2019.
- Taşdelen**, Aziz; Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, (Turhan Kitabevi), Ankara – 2010, (Vergi Kabahatleri).
- Tezcan**, Durmuş-**Erdem**, Mustafa Ruhan-**Önok**, R. Murat; Uluslararası Ceza Hukuku, 5. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2019.
- Tezcan**, Durmuş-**Erdem**, Mustafa Ruhan-**Sancakdar**, Oğuz; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2004.
- Tezcan**, Durmuş-**Erdem**, Mustafa Ruhan-**Sancakdar**, Oğuz-**Önok**, R. Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 7. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2018.
- Turhan**, Salih; Vergi Teorisi, (İstanbul Üniversitesi Yayınları), İstanbul – 1979.
- Ulusoy**, Ali; İdari Yaptırımlar, (XII Levha Yayınları), İstanbul – 2013.
- Ünver**, Yener-**Hakeri**, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, (Adalet Yayınları), Ankara – 2017.
- Yenisey**, Feridun-**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara – 2017.
- Yurtcan**, Erdener; Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul – 1987.

2) Makaleler

- Akkaya, Mustafa;** “*Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme*”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:49, Sayı:1-4, Yıl:2000, s.:85-96).
- Ataç, Asiye Selcen;** “*İham İçtihatları Işığında Ne Bis In Idem İlkesi*”, (Dr. Dr. h.c Silvia Tellenbach’a Armağan, Editör: Prof. Dr. Feridun Yenisey-Prof. Dr. İzzet Özgenç-Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu-Prof. Dr. Adem Sözüer-Prof. Dr. Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2018, s.:817-845), (Ne Bis In Idem İlkesi).
- Arslan Öncü, Gülay;** “*Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Bir Analiz*”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:6, Sayı:20, Yıl:2015, s.:139-190).
- Bahçeci, Barış;** “*İHAM İçtihadında Vergi Cezalarında Ne Bis In Idem*”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:67, Sayı:2, Yıl:2018, s.:253-278).
- Bahçeci, Barış;** “*İHAM’ın Vergi Cezalarında Ne Bis In Idem İçtihadı İle Türk Hukukunun Uyum Sorunu*”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:136, Yıl:2018, s.:141-166), (Uyum Sorunu).
- Bal, Ali-Başar, Cemal;** “*Vergilerin Kanuniliği İlkesi*”, (Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Makaleler), Editör: Prof. Dr. Yusuf Karakoç, Yetkin Yayınları, Ankara – 2017, s.:89-146).
- Başaran Yavaşlar, Funda;** “*İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları*”, (Vergi Dünyası Dergisi, Sayı:299 Yıl: 2006 (Temmuz), s.:116-147), (İdari Nitelikli).
- Başaran Yavaşlar, Funda;** “*Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku’nda Son Durum*”, (İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:82, Sayı:6, Yıl:2008, s.:2839-2859), (Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku’nda Son Durum).
- Başaran Yavaşlar, Funda;** “*İdari Nitelikteki Vergi Suç ve Cezalarının (Vergisel Düzene Aykırılıklar ve Yaptırımlarının) Tabi Oldukları Hukuki Rejim*” (Mükellefin Dergisi, Sayı:87, Yıl:2000, s.:109-119), (İdari Nitelikteki Vergi Suç ve Cezaları).
- Bayraktar, Köksal;** “*Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı*”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1-4, Yıl:1984, s.:197-212).
- Bilici, Nurettin-Başaran Yavaşlar, Funda;** “*Non Bis In Idem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)*”, (Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Özel Sayı:Prof. Dr. Şükrü Kızılot’a Armağan, Ankara – 2014, s.:49-72).

- Biyan**, Özgür; “*Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyat Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis In Idem İlkesi*”, (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Sayı:145, Yıl:2016, s.:100-107).
- Candan**, Turgut; “*Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis In Idem Kuralı*”, <https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezolari-ve-non-bis-in-idem-kurali/> (E.T:31.05.2019), (Non Bis In Idem).
- Cihan**, Erol-Yenisey, Feridun; “*Non Bis In Idem İlkesi*”, (Çetin Özek Armağanı, İstanbul – 2004, s.:219-224)
- Conway**, Gerard; “*Ne Bis In Idem Principle In International Law*”, (International Criminal Law Review, Cilt:3, Yıl:2003, s.:217-244).
- Çağan**, Nami; “*Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme*”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı:1-4, Yıl:1980, s.:129-151), (Demokratik Sosyal Devletinde Vergilendirme).
- Erman**, Sahir; “*Vergi Usul Kanununda Yer Alan Ceza Hukuku Kaideleri*”, (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, Maliye Enstitüsü Konferansları, Sayı:5, İstanbul – 1961, s.:205-226), (Vergi Usul Kanunu).
- Erol**, Atanur; “*AİHS’ne Ek 7 No’lu Protokolün 4. Maddesi ile AİHM Kararlarıyla Belirlenen İlkeler Kapsamında 213 Sayılı Kanun’da Yer Alan Vergi Ceza Yaptırımlarının Değerlendirilmesi*”, <https://docplayer.biz.tr/107633378-Bildiri-ve-tartismalar.html> (E.T:30.05.2019).
- Eser**, Albin; “*The Need For A General Part*”, (Commentaries on the International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Editör: Prof. Dr. M. Cherif Bassiouni, Association Internationale De Droit Panele), Toulouse – 1993, file:///Users/macbookair/Downloads/Eser_The_need_for_a_general_part.pdf. (E.T:22.05.2019).
- Geçer**, Ahmet Emrah; “*Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi*”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:2, Yıl:2016, s.:315-348), (Non Bis In Idem İlkesi).
- Geçer**, Ahmet Emrah; “*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Vergi Cezalarında “Non Bis In Idem” İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri*”, (Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:350, Yıl:2017, s.:108-120), (A ve B v. Norveç Kararı).
- Gölcüklü**, Feyyaz; “*İdari Ceza Hukuku ve Anlamı*”, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, Yıl:1963, s.:114-152).
- Gülşen**, Recep; “*Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis In Idem İlkesi*”, (Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi,

Özel Sayı: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır – 2005, s.:317-345).

İçel, Kayıhan; “*Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza Yargısı Failin Türkiye'de Yeniden Yargılanmasına Engel Olur Mu? (Ne Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri)*”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:37, Sayı:1-4, Yıl:1971, s.:399-410).

İçel, Kayıhan-**Yurtcan**, Erdener; “*Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu*”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:36, Sayı:1-4, Yıl:1970, s.:439-482).

Karaçoban Güneş, Tuğçe; “*Vergi Yaptırım Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi*”, (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2-Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt:2, Yıl:2018, Seçkin Yayınları, s.:85.106).

Karaboyacı, Abdullah; “*Non Bis In Idem İlkesinin Vergi Usul Kanunu'nun 335. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi*”, (Yaklaşım Dergisi, Sayı:261, Yıl:2014, s.:47-53).

Karakoç, Yusuf; “*Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme*”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı: Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, Yıl:2013, s.:1259-1308), (Anayasal Vergilendirme İlkeleri).

Karakoç, Yusuf; “*Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme*”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel Sayı: Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, Yıl:2010, s.:3-26), (Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme).

Kocaer, Şenol; “*Artık, Sahte Faturaya Hapis Cezası Yok! (AİHM'in Glantz/Finlandiya Kararının Tahlili)*”, (Vergi Dünyası Dergisi, Sayı:403, Yıl:2015, s.:41-49).

Mahmutoğlu, Fatih Selami; “*İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi*”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:55, Sayı:1-2, Yıl:1996, s.:151-172), (İdari Para Yaptırımı).

Mutluer, M. Kâmil; “*Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler ve Vergi Suç ve Cezalarında Yapılması Düşünülen Değişiklikler*”, (Yaklaşım Dergisi, Cilt:2, Sayı:14, Yıl:1994, s.:12-25), (Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler).

Narter, Recep-**Sarıcaoğlu**, Ercan; “*Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima*”, (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:1-2, Yıl:2013, s.:73-99).

- Oğurlu**, Yücel; “*Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu – Ne Bis In Idem Kuralı*”, (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl:1999, s.:143-194).
- Özen**, Mustafa; “*Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XIV, Sayı:1, Yıl:2010, s.:389-417), (Non Bis In Idem).
- Özgenç**, İzzet; “*Non Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK’nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme*”, (Yargıtay Dergisi, Cilt:28, Sayı:3, Yıl:2002, s.:323-358), (Non Bis In Idem).
- Taşdelen**, Aziz; “*Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler*”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:59; Sayı:4 s.:767-795), (Anayasal Temeller).
- Vervaele**, John; “*The Transnational Ne Bis In Idem Principle in the EU Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights*”, (Utrecht Law Review, Cilt:1, Sayı:2, Yıl:2005, s.:100-118).
- Waline**, Marcel; “*Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği*”, (Çeviren: Tahsin Yağmurlu, Danıştay Dergisi, Cilt:8, Sayı:28-29, Yıl:1978, s.:76-81).
- Yaltı**, Billur; “*İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılama: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterinden Jussile Kriterine*”, (Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:225, Yıl:2007, s.:7-20), (İdari Para Cezası).
- Yaltı**, Billur; “*IHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis In Idem İlkesine Aykırılığı Üzerine*”, (Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:317, Yıl:2015, s.:85-92), (Glantz Kararı)
- Yıldırım**, Akif; “*Vergi Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*”, (Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Makaleler), Editör: Prof. Dr. Yusuf Karakoç, Yetkin Yayınları, Ankara – 2017, s.:147-194).

**# ASKERÎ CEZA KANUNU(AsCK)'NDA AMİRE VEYA
ÜSTE HAKARET SUÇU (AsCK m. 85)**
(THE OFFENCE OF DEFAMATION TO COMMANDER OR SUPERIOR IN
MILITARY CRIMINAL CODE (Art: 85 OF MCC))

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan Yaşar Duran * **

ÖZ

1930 tarihli Askerî Ceza Kanunu (AsCK) 'nun Üçüncü Bap, 'Askerî itaat ve inkiyadı bozan suçlar' başlıklı Beşinci Faslının, 85'nci maddesinde özel bir hakaret suçu düzenlenmiştir.

Makalede, bu suçun unsur ve özellikleri, benzer suçlarla karşılaştırılması, yargı kararları ve doktrindeki görüşlerle birlikte değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Amir, Amir / Üst, Hakaret.

ABSTRACT

A special defamation offence regulated in Article 85 under the Chapter Three title of "Ruining of military obedience and subjugate" of The Military Criminal Code (MCC) dated 1930.

In this study, elements of this crime and its properties, comparison between similar offences, views in judgments and doctrine will be examined.

Keywords: Superior, Commander/Superior, Defamation.

I. GİRİŞ

AsCK'da, astlık- üstlük ilişkisinden doğan bazı suçlar bu konuda Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda hükümler olmasına rağmen ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçların ortak özelliği, suçun faillerinin suçun mağdurlarına göre ya daha ast rütbede ya da amir veya daha üst rütbede olmaları şartıdır. Örneğin, Amire veya üste fiilen taarruz suçu (AsCK

Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.11.2019. İlk hakem raporu tarihi: 10.12.2019; İkinci hakem raporu tarihi: 09.01.2020; Onaylanma tarihi: 09.01.2020.

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4649-5072.

Esere Atıf Şekli: Gökhan Yaşar Duran, "Askerî Ceza Kanunu(Asck)'nda Amire Veya Üste Hakaret Suçu (Asck M. 85)", YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.123-178.

m.91)¹, Amiri veya üstü tehdit suçu (AsCK m.82)², ya da makale konumuz olan Amir veya üste hakaret suçu (AsCK m.85) gibi suçlar, astların, üst rütbedeki bir askeri şahsa veya amirine karşı işleyebileceği suç tipleridir. Asta müessir fiil suçu (AsCK m.117)³ ise, failin mağdura göre daha üst rütbede olmasını gerektiren, astlık-üstlük münasebetlerini bozan bir başka suç düzenlemesidir.

AsCK'da, astlık- üstlük ilişkisinden doğan bir suçun faili olabilmek için, öncelikle failin suçu kime karşı işlediğini (amir/üst/ast) bilmesi gerekir. Eğer fail bunu bilmiyorsa, bu durumda failin TCK'nın genel hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olacaktır (AsCK m.107).

Yine aralarında herhangi bir astlık-üstlük ya da amirlik ilişkisi olmayan, eşit rütbe ve kıdemdeki asker kişilerin birbirlerine karşı işledikleri suçlarda (Hakaret/Tehdit/Kasten yaralama vb.) failin sorumluluğunun TCK'nın genel hükümlerine göre tespit edileceğinden şüphe yoktur.

AsCK m.85'in faili sadece asker kişiler olabileceğinden, sivil bir kişinin asker bir şahsa hakaret eylemi TCK'nın genel hakaret suçuna göre, failin görevinden dolayı asker kişiye hakaret etmesi eylemi ise hakaret suçunun nitelikli haline (TCK m.125/3 (a)) göre cezalandırılmasını gerektirecektir. Zira asker bir kişinin yürüttüğü hizmetin kamu hizmeti ve kendisinin de kamu görevlisi olduğunda herhangi bir kuşku bulunmamalıdır.⁴

Amire veya üste hakaret suçu (AsCK m.85), TCK'nda düzenlenen genel hakaret suçunun, AsCK'daki özel bir düzenleniş şeklini oluşturmaktadır. Bu nedenle özel kanunun genel kanuna göre önceliği ilkesi gereğince, failin

¹ Bu suç tipi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURAN Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Fiilen Taarruz Suçu (AsCK m.91)', Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:9, S.24, Nisan 2014, s.181-235.

² Bu suç tipi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURAN Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Hukukunda Üstü veya Amiri Tehdit Suçu (AsCK m.82)', Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2015, s.71-121.

³ Bu suç tipi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURAN Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Hukukunda Asta Müessir Fiil Suçu (AsCK m.117)', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.113, Temmuz-Ağustos 2014, s.217-282. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1402>, Erişim Tarihi: 17.11.2019.

⁴ 5237 sayılı TCK m.6'da açıklanan kamu görevlisi kavramı, 765 sayılı mülga TCK döneminde geçerli olan memur kavramından daha geniş kapsamlı bir kavram olup kamusal faaliyete katılan herkes, statüsüne ve faaliyete sağladığı katkının niteliğine bakılmaksızın kamu görevlisi sayılmaktadır. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN Hüseyin, 'Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı', Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s.109, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-aydin.pdf>, Erişim tarihi: 04.09.2019).

üstüne veya amirine hakaret eyleminde, genel hakaret suçuna (TCK m.125) göre değil, AsCK m.85'teki özel düzenlemeye göre cezalandırılması gerekecektir.

Aşağıda amire ve üste hakaret suçunun (AsCK m.85) unsurları, nitelikli halleri, AsCK ve TCK'da benzer suç tipleri ile mukayesesi, Askeri Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşlerle birlikte incelenecektir.

II. MADDENİN DÜZENLENİŞİ

1930 tarihli Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nun Üçüncü Bap, '*Askerî itaat ve inkiyadı bozan suçlar*' başlıklı Beşinci Faslının, 85'nci maddesinde, '*Amir ve mafevkine hakaret edenlerin cezaları*' başlığı altında amir veya üste hakaret suçu düzenlenmiştir.

Madde hükmünün orijinal metni, 1'nci fıkrası hariç, günümüze kadar aynen korunmuştur. Maddenin 1'nci fıkrası ise, 22/3/2000 tarih ve 4551 sayılı Kanunun 21'nci maddesi ile değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklik maddenin 1'nci fıkrası ile sınırlı tutulmuş ve orijinal metnin 1'nci fıkrasında yer alan 'mafevke' kelimesi 'üste' şeklinde değiştirilmiştir. Yine fıkra hükmünde, amire veya mafevke hakaret eden failin bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmüşken, yapılan değişiklik sonrasında, bir seneye kadar olan hapis cezasının yedi güne kadar olan alt sınırı, üç ay olarak artırılmıştır.⁵ Maddenin değişiklik gerekçesinde, cezanın asgarî haddinin, sözü edilen suçun ağırlığıyla orantılı olarak üç aya yükseltildiği açıklanmıştır.⁶ Maddenin yürürlükteki metni şöyledir:

'1. Bir amire veya üste hakaret eden üç aydan bir seneye kadar hapis cezası ile, hakaret hizmet esnasında yahut hizmete mütaallik bir muameleden dolayı vuku bulursa altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Hakaret bir maddei mahsusa tâyini ile vukua gelmiş ise altı aydan beş seneye kadar hapsolunur.

3. Hakaret umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir vasıtalarıyla veya resmi makamlara verilip üzerine muamele cereyan etmiş evrak ile yapılmış ise bir seneden beş seneye kadar hapsolunur.'

⁵ DEMİRAĞ Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000, s.83-84; Benzer açıklama için bkz. DEĞİRMENCİ Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2016, s.334-335.

⁶ 4551 sayılı Kanun değişiklik gerekçesine bkz. "<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm> Erişim Tarihi: 13.11.2019.

III. BENZER SUÇ TIPLERİ İLE MUKAYESE

A. HAKARET SUÇU

1. Maddenin Düzenlenişi Bakımından (TCK m.125)

TCK'nın 'Hakaret' başlıklı 125'nci maddesinde bu suç şöyle düzenlenmiştir:

'(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır'.

TCK'da hakaret eylemi, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırılması olarak tanımlanmıştır (TCK m.125/1). Genel hakaret suçunun oluşabilmesi için, hakaret eyleminin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması gerekecektir. Doktrindeki görüşlerde bu konuda göz önüne alınabilecek kriterler, Türk toplumunda geçerli örf ve adet kuralları,⁷ genel ve orta halk tabakasının düşünüş ve anlayışı olarak açıklanmıştır.⁸ Ancak örf ve adetin yasalara aykırı olmaması gerekir.⁹ Yine mağdurun gerçekten onur

⁷ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s.573.

⁸ ERMAN Sahir/ ÖZEK Çetin, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.272.

⁹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem Yenerer, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 4.Bası, İstanbul 2017, s.241.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

şeref ve saygınlığının rencide edilmiş olmasına da gerek bulunmamaktadır.¹⁰

AsCK m.85'te ise amire veya üste hakaret edilmesinden bahsedilmekle birlikte bu eylemin tanımına ilişkin TCK'daki gibi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce AsCK m.85'in fiil unsurunu oluşturan hakaret eyleminin oluşumu açısından, TCK m.125/1'deki hakaret tanımı ve doktrinde bu konuda göz önüne alınabilecek kriterler esas alınabilir. Ancak Askeri Yargıtay bir kararında, üste veya amire hakaret suçunun askerî disiplinle doğrudan doğruya ilgili olduğundan, bu suçun oluşması için TCK'daki hakaret suçunun unsurlarının aranmasına gerek ve zorunluluk bulunmadığını, üste hakaret suçunun kendi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini açıklamıştır.¹¹ Askeri Yargıtay'ın bir başka kararında, söylenen sözlerin hakaret veya sövme teşkil edip etmediğinin tespiti için, bu sözlerin hangi şartlar altında söylendiğinin, failin ve mağdurun içinde bulunduğu durumun, hakaret oluşturduğu iddia edilen sözlerin söylenme sebebinin ve şeklinin araştırılması, olayın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹²

Genel hakaret suçunda korunan hukuki yarar mağdurun şeref ve sosyal itibarı olarak açıklanmakta, hukuk düzeni içinde her insanın haysiyet ve şeref sahibi olduğu kabul edilmektedir.¹³ AsCK m.85 bakımından şeref ve onuru korunan mağdur kişi ise sadece üst veya amir olan asker kişilerdir. Genel hakaret suçu ile aslında tüm mağdurların onur ve şerefi koruma altındadır. Bu nedenle bu konuda AsCK m.85 gibi özel bir düzenlemeye gidilmesinin nedeni, ya da bu suçla korunmak istenen hukuki yarar, sadece üst veya amirin onur ve şerefi ile açıklanamaz.

Mülga 765 sayılı TCK'da şerefe yönelik saldırılar mağdura 'mahsus madde' isnad edilip edilmemesine göre, 'hakaret (m.480)' ve 'sövme (m.482)' olarak ikiye ayrılmıştı. 5237 sayılı yeni TCK'da ise, hakaretin sövme ya da somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi arasındaki ayrıma son verilmiş, verilecek ceza açısından her iki eylem arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Oysa ki, yukarıda açıklanan AsCK m.85 hükmünde, halen mülga 765 sayılı TCK'daki ayrımın korunduğu, AsCK m.85/1'de sövme şeklinde hakaret, AsCK m.85/2'de ise

¹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.572-573.

¹¹ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu (As.Yar.DK.), 19.02.1998, 1998/21-29 E-K., Askeri Yargıtay Dergisi (As.Yar.Der.), S.12, Y.2000, C.1, s.511-519.

¹² As.Yar.DK., 26.12.2002, 2002/105-105 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.254-256.

¹³ DÖNMEZER Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Baskı, İstanbul 1990, s.231.

madde-i mahsusa tayini ile hakaret suçu düzenlenmiştir. AsCK m.85/2'deki hakaret suçu AsCK m.85/1'e göre suçun cezasını artıran nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür.

TCK m.125/1'de hakaretin huzurda ve gıyapta işlenmesi ayrı ayrı değerlendirilmekte, gıyapta hakaretin oluşabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat etmesi gerekmektedir. Maddede geçen ihtilat, konuşup görüşme anlamına gelmektedir. İhtilat edilen kişilerin toplu veya dağınık halde bulunmaları mümkündür.¹⁴ İhtilat kavramı biraz sonra açıklanacak olan aleniyet ile de karıştırılmamalıdır.

AsCK m.85'te ise, TCK'dan farklı olarak hakaretin huzurda ya da gıyapta işlenmesi arasında suçun oluşumu açısından herhangi bir fark görülmediğinden, hakaret içeren söz veya yazının başka bir şahsın bilgisine ulaşması yeterlidir.¹⁵ Diğer bir anlatımla gıyapta hakaret suçunun oluşması için en az üç kişiyle ihtilat edilmesi gibi bir şart aranmamakta, tek bir kişinin hakareti öğrenmesi suçla korunan hukuki değer için yeterli kabul edilmektedir.

Yine TCK bakımından resmi makamlara gönderilen hakaret içeren yazılı belgelerle hakaret suçunun oluşumu için, bu eylemin gıyapta hakaret suçunu oluşturacağından hareketle, belgenin içeriğine en az üç kişinin vakıf olması aranmaktadır.¹⁶ Oysaki AsCK m.85/3'ün 'veya' bağlacından sonra devam eden cümlesinde, üste veya amire hakaret eyleminin '*resmi makamlara verilipte üzerine muamele cereyan etmiş evrak ile*' yapılması suçun cezasını artıran nitelikli haller arasında kabul edilmektedir. Bu nedenle üste veya amire hakaret içeren bir mektubun başkasına ulaşması ve açılıp okunmasıyla suç oluşacaktır.¹⁷ Nitekim Askeri Yargıtay, sanığın, Çorlu'da askerlik görevini yapmakta olan bir arkadaşına yazdığı ve içinde takım komutanı hakkında hakaret içeren sözler bulunan mektubun bölük komutanı tarafından görülüp okunmasıyla üste hakaret suçunun oluştuğuna karar vermiştir.¹⁸

¹⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.244.

¹⁵ Benzer görüş bkz. ÖZBAKAN Hulusi, İçtihatlı, Gereçeli, Notlu, Açıklamalı, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990, s.199.

¹⁶ '*Dilekçe ile yapılan hakaretlerde dilekçenin birkaç daire veya memur tarafından görülmesi ile ihtilat unsurunun teşekkül edeceği ve dilekçede yazılı sözlerin yargıcın vakar ve haysiyetini ihlal edecek mahiyette olduğu düşünülmezsizin beraat kararı verilmesi yolsuzdur.*' (Yrg.4.CD., 11.2.1949, 1157/2155, DEĞİRMENCİ, s.347).

¹⁷ Bu açıklama için bkz. As.Yar.5D, 13.09.2000 tarih 2000/477-476 E-K., BAL Kemal, Askerî Yargı ile İlgili İçtihatlar (Askerî Yargıtay Dergisi Ekidir), Ankara Genelkurmay Basımevi, 2002, s.85/2.

¹⁸ As.Yar.2D., 06.04.1988, 1988/225-299 E-K., As.Yar.Der., S.7, Y.1990, s.114.

TCK m.125/3 (a) bendinde ‘Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı’ hakaret edilmesi suçun nitelikli olarak düzenlenmiştir. AsCK m.85/1’nci fıkrasının 2’nci cümlesindeki, ‘hizmete müteallik bir muameleden dolayı’ üst veya amire hakaret edilmesi TCK’daki bu nitelikli halin bir karşılığını oluşturmaktadır. Bu konu ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

TCK m.125/4’te, ‘hakaretin alenen işlenmesi’ suçun cezasını artıran nitelikli haller arasında düzenlenmiştir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde, aleni terimi, ‘açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan’ şeklinde açıklanmaktadır¹⁹. Aleniyette, hareketin belirsiz ve çok sayıda kişinin öğrenilmesini mümkün kılacak şekilde işlenmesini gerektirmektedir.²⁰ Doktrinde aleniyetin kabulü için mekanın umumi mahal ya da kamuya açık bir alan olması, herkese açık ve kısıtlama olmadan izlenebilir olması yeterli olup²¹, hakaret eyleminin; sokak, kahve, devlet dairesi²², park, bir evin balkonu, gazete, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarıyla²³ yapılması suçun aleni olarak işlendiğinin kabulü için yeterli kabul edilmektedir.

TCK m.125/4’ün ilk düzenleniş şeklinde, hakaretin alenen ve basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacağı öngörülmüştü. Ancak daha sonra 5377 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik neticesinde suçun basın yayın yoluyla işlenmesi madde metninden çıkarılmıştır.

TCK m.6/1(g) bendinde ‘basın ve yayın yolu ile’ deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınların anlaşılacağı açıklanmıştır. Bu durumda basın yayın yolu ile işlenen hakaret eylemi madde metninden çıkarılsa bile, bu eylemin aleniyet kapsamında değerlendirilerek failin yine TCK m.125/4’deki nitelikli hakaret eyleminden dolayı cezalandırılması mümkün olacaktır.²⁴

AsCK m.85/3’ncü fıkra içerisinde yer alan, üste veya amire hakaretin ‘umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir vasıtalarıyla işlenmesi’ suçun nitelikli hallerinden biri olarak öngörülmüştür. Aslında bu düzenleme, TCK m.125/4’in ilk düzenleniş şeklinde yer verilen ‘basın yayın yolu’ ile hakaret eylemine karşılık gelmektedir. AsCK m.85 hükmünde, TCK

¹⁹ <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi:23.08.2019.

²⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.580.

²¹ GÜLSEREN Fehmi Şener, ‘Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı’ s. 32, <http://euljss.eul.edu.tr/euljss/si513.pdf>, Erişim Tarihi: 25.08.2019.

²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.584-585.

²³ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.451.

²⁴ ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2016, s.499.

m.125/4'teki gibi hakaretin alenen işlenmesi gibi bir nitelikli hale yer verilmese de, 'umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir vasıtalarıyla işlenmesi' eylemi biraz önce de açıkladığımız gibi aleniyete karşılık gelen benzeri bir nitelikli hal olarak değerlendirilebilecektir.²⁵

TCK m.125/5'te, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi düzenlenmiştir. Ancak madde gerekçesinde, kurulun tanımı ya da kapsamı açıklanmamıştır.²⁶ Sözlük anlamına göre Kurul, '*Bir işi yapmak, yönetmek veya bir kurum ve kuruluşu temsil etmek için görevlendirilmiş kişilerden oluşmuş topluluk, heyet, konsey, asamble*' olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Yine bu kurulun sivil veya askeri bir kurul olması da mümkündür. Yine TCK m.125/5 hükmüne göre suçun oluşabilmesi için, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi gerekmektedir. Sivil bir şahsın Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK)'nin bir kuruluna görevinden dolayı hakaretinin TCK m.125/5 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Ancak aynı eylemin failinin asker bir kişi olması halinde, ceza sorumluluğunun TCK m.125/5'e göre değil, bu konuda eğer hüküm varsa özel kanuna göre belirlenmesi gerekecektir. AsCK m.85'te TCK m.125/5'teki gibi Kurul halinde çalışan askeri heyetlere hakaretin cezalandırıldığı bir fıkra hükmü bulunmamaktadır. Ancak bu suçun, birden fazla üst veya amirden oluşan bir askeri kurula karşı görevinden dolayı işlenmesi durumunda, failin eylemi AsCK m.85/1'deki '*hizmete mütaallik bir muameleden dolayı*' işlenmiş kabul edilecek, bu eylem birden fazla üst veya amire karşı tek fiille işlendiğinden fail hakkında zincirleme suç hükümleri (TCK m.43/2) uygulanacaktır.

2. Mağdurun Belli Olması Şartı (TCK m.126)

Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun isminin açıkça belirtilmesine gerek yoktur. TCK m.126'ya göre, isnat üstü kapalı olarak geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik olduğunda herhangi bir tereddüt yoksa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış

²⁵ Askeri bir suçun en az iki kişi tarafından herkesin gözü önünde birlikte işlenmesi hali AsCK m.51/ (C)'de, bütün askeri suçlarda uygulanabilen genel bir artırım nedeni olarak kabul edilmektedir. Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bkz.As.Yar.1D., 10.06.2009, 2009/1229-144 E.-K., As.Yar.Der., S.23, Y.2010, s.27-28. Kanaatimizce bu artırım nedeni iki kişi tarafından birlikte işlenmesi şartıyla, üste veya amire hakaret suçunun aleni olarak işlenen nitelikli bir haldir.

²⁶ ÖZGENÇ İzzet, TCK'nu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s.833-835.

²⁷ <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 13.11.2019.

sayılacaktır. Eğer hakaretin kime karşı işlendiği anlaşılmıyorsa ve bu durum ayrıca bir suç oluşturmuyorsa, hakaret suçu oluşmayacaktır.

AsCK m.85'te TCK m.126 gibi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak böyle bir düzenlemeye yer verilmese de birazdan açıklanacak olan suçun konusu itibarıyla bir mağdurun bulunması ve bu kişinin kim olduğunun anlaşılır olması gerekmektedir. Aksi takdirde eğer hakarete uğrayan üst veya amirin kim olduğu belli değilse suçun konusu olmadığından suç oluşmayacaktır. Nitekim Askeri Yargıtay'da bir kararında, sanığın mevhum bir yüzbaşından bahsederek, askerliğinin yanmaması ve hapis yatmaması için ona vereceğini belirterek babasından 100.000 lira para istemesi eyleminde hakaret suçunun muhatabının belli olmaması nedeni ile suçun oluşmadığını açıklamıştır.²⁸

Askeri Yargıtay bir başka kararında, nöbetçi subayının yemekhanedeki sesle ilgili olarak verdiği emir üzerine, alçak sesle 'ananın a....' şeklinde sözler söyleyen sanığın, bu sözleri Almanya'daki ablasına fena muamele yapan eniştesini hedef alarak söylediği yolundaki savunmasını inandırıcı olmadığından, üste hakaret suçunun oluştuğunu açıklamıştır.²⁹ Askeri Yargıtay benzer şekilde, sanığın lokantada yemek yediği sırada, karşısında oturan, kimliği belli olmayan şahsa karşı '...anasına koyduğumun komutanları, yemekhaneler boşken, yağmur, çamurda, dışarıda eğitim yaptırıyorlar.' şeklindeki hakaret içeren sözlerinin, askerlik görevini yaptığı yerde görev yapan amir veya üstlerine karşı söylenmiş olduğunu kabul ederek cezalandırılmasına karar vermiştir.³⁰

Yine burada yeri geldiği için suçun mağdurunun belli olması şartı dışında, AsCK m.85'te aranan özel durumdan bahsedilmelidir. TCK'daki genel hakaret suçu herkese karşı işlenebilen bir suçtur. Mağdurları yönünden herhangi bir özellik aranmamaktadır.

AsCK m.85 söz konusu olduğunda suçun mağdurunun üst veya amir olması gerekmektedir. Bu nedenle, failin AsCK m.85'ten dolayı sorumlu tutulabilmesi için ayrıca üstüne veya amirine karşı hakaret ettiğini de bilmesi gerekmektedir. Failin kastı bu bilgiyi içermiyorsa, bu durumda artık AsCK m.85'ten değil, TCK'nın genel hakaret suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir (AsCK m.107).³¹Bu husus astlık-üstlük

²⁸ As.Yar.3D., 20.5.1987, 1987/294-275 E-K., Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi (As.YKD),1990, S.6, s.233.

²⁹ As.Yar.DK., 26.11.1998, 1998/165-157 E-K., As.Yar.Der., S.12, Y.2000, C.1, s.528-531.

³⁰ As.Yar.DK., 17.01.2002, 2002/7-7 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.244-247.

³¹ AsCK'nın 'Bu fasıldaki cezalar maduna tatbik olunabilmesinin şartı' başlıklı 107'nci YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

münasebetlerinden doğan tüm askeri suçlar bakımından resen araştırılması gereken bir husustur.

3. İsnadın İspatı Bakımından (TCK m.127)

TCK m.127/1 hükmüne göre, *‘İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.’*

TCK m.127/1 hükmüne göre, isnadın ispatı için madde-i mahsusa tayini ile hakaret edilmiş olması gerekmektedir. Sövme şeklindeki hakaret için TCK m.127/1 hükmüne ihtiyaç yoktur. Bu durumda ‘madde-i mahsusa tâyini’ ile (AsCK m.85/2) üstüne veya amirine hakaret eden asker kişi bakımından bu iddiasının ispatı söz konusu olabilir. Ancak isnadın ispatı kurumuna AsCK’da yer verilmemiştir.³² TCK m.127/1 hükmünün AsCK m.85 bakımından kıyasen uygulanması, suç ve ceza içeren hükümlerde kıyasın yasak olması nedeniyle mümkün değildir. Bu nedenle TCK m.127’de, somut bir olgu isnat edilerek yapılan hakaret suçunda faile isnadını ispat ederek cezadan kurtulma olanağı sağlanmışken, AsCK m.85/2 bakımından faile böyle bir hak tanınmadığı gibi iddiası doğru olsa bile yine de ceza almaktan kurtulamayacaktır. Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.³³

Kanaatimizce isnadın ispatına dahi müsaade edilmemesi, kanun koyucunun askeri disiplin ve itaat yükümlülüğüne verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Astın görevi, isnat konusu bir suçsa, üst veya amirin bu suçunu derhal üst makamlara şikayet etmek olmalıdır. Bundan dolayı üste veya amire hakaret edilmesinin bir mazereti olamaz. Bu nedenle isnadın ispatı gerekmediği gibi isnat doğru olsa bile askeri disiplin yinede zedeleneyeceğinden bu durum fail lehine bir cezasızlık nedeni olarak ta kabul edilmeyecektir. Ancak isnadın ispatı halinde bu durumun, AsCK m.85’in failleri açısından takdiri bir indirim nedeni olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Örneğin, rüşvet alan bir amire, bu olayı anlatan sözlerle hırsız

maddesi şöyledir: *‘Bu fasılda madunlar hakkında tayin edilen ağır cezaların verilmesi için mafevkin rütbesi ve kademî herhangi bir suretle madunun malumu bulunması şarttır. Madunun mafevkin vaziyetini bilmediği sabit olursa hakkında tertip olunacak ceza umumi hükümlere tabidir’.*

³² ÖZBAKAN, s.199.

³³ Bkz. As.Yrg.4.D., 11.5.1971, 228/219, DEĞİRMENCİ, s.351.

diye hitap eden failin isnadının ispatında kamu yararı olduğu halde, isnadını ispatlamasına müsaade edilmeyecektir. Ancak bu olayın adli makamlara bildirilmesi ile başlayan rüşvet kovuşturması neticesinde sanığın mahkum olması halinde, failin üste hakaret suçundan dolayı verilecek cezasında bu durum lehine takdiri bir indirim nedeni olarak kabul edilebilecektir.

4. Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi (TCK m.129)

Genel hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, faile verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir (TCK m.129/1). Yine hakaret suçunun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmeyecektir (TCK m.129/2). Diğer bir olasılık hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halidir ki, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir (TCK m.129/3).

AsCK söz konusu olduğunda, astın, üst veya amirin haksız bir fiiline tepki olarak üste veya amire hakaret eyleminde; ya da üst veya amirin asta müessir fiil suçuna tepki olarak, astın üste hakaret eyleminde TCK m.129/1 ya da 2'deki gibi bir indirim ya da cezasızlık nedenine AsCK m.85 düzenlemesinde yer verilmemiştir. Ancak bu durum sadece fail lehine haksız tahrik indiriminden yararlanmasına engel değildir. Nitekim Askeri Yargıtay, üst veya amir tarafından sarf edilen hakaret veya sövme niteliği taşıyan sözlerin, ast tarafından 'aynen iade edilmesi' eyleminin üst veya amire hakaret suçunu oluşturacağına karar vermiştir.³⁴ Yine üst veya amirin, astına hakaret ya da müessir fiil gibi haksız eylemleri, hizmet halini ortadan kaldıracığından üste veya amire hakaret suçunun AsCK m.85/1'de düzenlenen basit haline göre failin cezalandırılması gerekecektir. Bu konuya suçun nitelikli halleri açıklanırken dönülecektir.

Ast ile üst veya amirinin birbirine karşı karşılıklı hakareti söz konusu olduğunda, astın eylemi AsCK m.85'e göre değerlendirilebilecekken, üst veya amirin eyleminin bir suç olup olmadığı burada açıklanmalıdır. Zira asta hakaret eylemi, askeri disiplin mevzuatında bir disiplin suçu ya da bir disiplinsizlik olarak öngörülmektedir. Örneğin, savaş zamanı uygulanacak olan 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun (DMK)'nun, '*Astına söven, hakaret eden ve kötü davrananlar*' başlıklı 55'nci maddesine göre, '*Astına*

³⁴ As.Yar.DK., 28.3.2002, 2002/29-29 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.252-253.
YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

sövenler, hakaret edenler veya askeri usul ve kurallar ve nizamlar dışında kötü davrananlar iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar.’ hükmüne yer verilmiştir. Yine barış zamanı uygulanacak olan 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nun ‘*Kınama cezasını gerektiren disiplinsizlikler*’ başlıklı m.16/1 (c) bendinde, ‘*Küfürlü konuşmak: Aynı rütbe veya kıdemdeki arkadaşlarına veya astlarına karşı, terbiye ve adaba uygun olmayan sözlerle konuşmaktır.*’

477 sayılı DMK m.55 ve 6413 sayılı Disiplin Kanunu’nun m.16/1 (c) bentlerine göre asta hakaret eylemleri bir disiplin suçu ya da disiplinsiz eylemi olarak öngörülse bile asta hakaret eyleminin faillerinin TCK hükümlerine göre genel hakaret suçundan dolayı cezalandırılmalarının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Zira üst veya amirlerin asta hakaret eylemlerinden dolayı 477 sayılı DMK m.55 veya 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununa göre cezalandırılmaları ayrıca TCK’dan dolayı cezalandırılmasına engel değildir (6413 SK. m.5/1). Yine bu durum ‘non bis in idem ilkesine aykırı’ kabul edilmemektedir.

AsCK’da ‘*Mafevkin cürüm sayılmayacak olan fiilleri*’ başlıklı AsCK’nın 119’ncü maddesinin 3’ncü fıkrasında ise, ‘*Mafevkin, hizmete ve askerliğe dair kusur ve hatalardan dolayı madunu tenkit ve muanaze etmesi hakaret sayılmaz.*’ hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmünde üstün eyleminin hakaret sayılmaması için, sözlerinin tenkit ve muanaze sınırlarını aşmaması gerekecektir. Mantıksal yorum kurallarına göre, tenkit ve muanaze sınırlarının aşılması ise üst veya amir için astına karşı hakaret sayılacaktır. Üst veya amirler bakımından asta hakaret eyleminden dolayı TCK hükümlerine göre yapılacak yargılamada AsCK m.119/3 hükmü olayın değerlendirilmesinde göz önüne alınmalıdır.

Tekrar yukarıda söz edilen, astlar ve üstler arasındaki karşılıklı hakaret suçuna dönülecek olursa; astın, üste karşı karşılıklı hakaret eylemi ast bakımından AsCK m.85 bakımından cezalandırılmayı gerektirecekken, üstün asta karşı karşılıklı hakaret eyleminde TCK m.129/3 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Zira bu fıkra hükmüne göre, hakimin, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek cezayı üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçmesi mümkündür.

Kanaatimizce TCK m.129/3 hükmü her iki fail bakımından TCK gereğince cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bir failin TCK m.129/3’e göre diğerinin AsCK m.85’e göre değerlendirilmesi adaletsiz sonuçlar doğmasına yol açacaktır. Bu nedenle karşılıklı hakaret eyleminde ast olan failin eylemi AsCK m.85’e göre değerlendirilirken, üst olan failin hakaret eylemi şartları

varsa TCK m.129/1'e göre değerlendirilmelidir. Yine bu olayda ilk haksız eylemde bulunan haksız tahrikten yararlanamayacaktır. İlk haksız eylemde bulunan kişinin kim olduğu bilinmiyorsa her ikisinin de haksız tahrikten yararlanması mümkündür.

Yukarıda açıkladığımız genel hakaret suçuna ilişkin madde hükümlerindeki (TCK m.125, m.127, m.129) ceza miktarları, failer lehine getirilen bazı cezasızlık ve indirim nedenlerine, özel bir hakaret suçu olan AsCK m.85'te yer verilmemiş olmasının, askerler yönünden Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olabileceğinin düşünülmesi kanaatimizce mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesi TCK'da ve aynı suçun özel hali olarak AsCK'da düzenlenen bir suç tipi ile ilgili olarak; asker ve sivil kişi suç failleri arasında iki suç tipinde yasak oyucunun öngördüğü birbirinden farklı cezalara ya da indirim nedenleri ya da cezasızlık nedenlerine yer verilmesini, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.³⁵

³⁵ 'Başvuru kararında, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen hırsızlık suçunun, alt haddinin Türk Ceza Kanunu'nda yer alan basit hırsızlık suçunun alt haddinden daha düşük olmakla birlikte üst sınırının Türk Ceza Kanunu'ndan daha yüksek olduğu ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hırsızlık suçunda malın değerinin az olması ile etkin pişmanlık hallerinde indirim veya cezasızlık nedenlerinin bulunmasına rağmen Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan hırsızlık suçu bakımından bu hallerin düzenlenmediği bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.' Anayasa Mahkemesinin verdiği kararı şöyledir: '...Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla bağlantısı bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucu, farklı hukuksal konumda olan kişileri farklı yaptırımlara tâbi tutabilir. Asker kişileri ile sivil kişiler aynı hukuksal konumda değildirler. Hırsızlık suçu bakımından askerlik hizmetinin gereği olarak askerlik camiasının gerektirdiği karşılıklı emniyet ve itimada dayalı bir ilişki içinde bulunan asker kişileri bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. İtiraz konusu kuralda söz konusu ilişki içinde bulunan ast, üst ve arkadaşına karşı işlenen hırsızlık suçlarında ortaya çıkabilecek farklı sonuçlar da dikkate alınarak Askeri Ceza Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmıştır. Yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında farklı hukukî statü içinde bulunan kişiler hakkında farklı yaptırım öngören itiraz konusu kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık yoktur...' (Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012 tarih ve E: 2011/98, K: 2012/24, , R.G. Tarih-Sayı:19.05.2012-28297, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/723a05b7-9c0d-4b03-b942-09403f277bca?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 13.11.2019.

5. Kişinin Hatırasına Hakaret (TCK m.130)

TCK'da bir kimsenin öldükten sonra hatırasına, en az üç kişiyle ihtilat edilerek hakaret edilmesi, kişinin hatırasına hakaret kapsamında suç olarak düzenlenmiştir (TCK m.130/1). Yine bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerinin alınması veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunulması da ölümlere karşı düzenlenen bir hakaret suçudur (TCK m.130/2).

AsCK m.85'te hakarete uğrayan amir veya üstün yaşayan bir kişi olması gerekmektedir. Bu nedenle astın, amir veya üstünün hatırasına hakaret etmesi ya da cesedini tahkir etmesi gibi eylemleri, TCK m.130 kapsamında değerlendirilmelidir.

B. TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU (TCK m.301)

Türk milletinin, Türkiye Cumhuriyeti devletinin, devletin kurum ve organlarını aşağılanması eylemleri bir suç olarak TCK m.301'de düzenlenmiştir. Bu suçun 2'nci fıkrasında yer alan, '*Devletin askerî veya emniyet teşkilatını(n)*' alenen aşağılanması eylemi ile AsCK m.85 hükmünün karşılaştırılması yerinde olacaktır.

TCK m.301/2 hükmündeki, '*Devletin askerî teşkilatı*'ndan maksat, TSK, yani Ordu teşkilatıdır.³⁶

TCK m.301/2'de 'aşağılamak' eyleminden bahsedilmektedir. Bunun anlamı ise, hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma niteliğindeki söz veya eylemleri kapsamaktadır. Söz konusu hareketlerin, olgu isnadı içermesi veya başka surette yapılması da mümkündür.³⁷

TCK m.301/2 bakımından suçun oluşması için 'aleniyet' şarttır. Üste veya amire hakaret suçunun oluşması bakımından aleniyet şart olmamakla birlikte, AsCK m.85/3 bakımından eylemin aleni olarak işlendiği kabul edilebilecektir. Bu durum üste hakaret suçunun nitelikli bir hali olarak kabul edilmektedir.

³⁶ ARTUK Mehmet Emin, '*Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301)*', s.229, Erişim tarihi: 25.07.2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-321>; Benzer görüş için bkz. SANCAR Türkan Yalçın, '*Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini*' Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m.159/1-Yeni TCK m.301/1-2), 2.Baskı, Ankara 2006, s.126.

³⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.233.

TCK m.301 hükmü ile korunan hukuki yarar, devletin organ ve kuvvetlerinin sahip oldukları bütünlüğünün prestiji, saygınlığı ve otoritesi olarak açıklanmaktadır.³⁸ Doktrindeki görüşlerde ve uygulamada, bu hukuki yararın zedelenmesi, diğer bir anlatımla suçun oluşabilmesi için, devletin askerî teşkilatının bir bütün olarak hedef alınması gerekir.³⁹ Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, failin '*Bu ordunun anasını avradını s. k. edeyim. Bütün subaylar ve astsubayların anasını avradını s. k. edeyim*' şeklindeki sözlerinin, tüm asker kişilere açık bir mahalde ve birden fazla asker kişilerin önünde işlenmiş olması nedeniyle olayda aleniyet unsuru da gerçekleştiğinden, devletin asker kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçunu oluşturduğunu açıklamıştır.⁴⁰

AsCK m.85'te hakarete uğrayan TSK'nın bütünü olmayıp sadece belli bir üst ya da asttır. Doktrinde, Sancar tarafından yapılan bir açıklamaya göre, Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanlarının tahkir ve tezyif edilmesi bu kişilerin şahıslarını aşip bütüne yönelmedikçe, TCK m.301 kapsamında değil, 5237 sayılı TCK'da bu eylemlerin artık karşılığı olan 125'nci madde kapsamında değerlendirilmelidir.⁴¹ Kanaatimizce bu açıklama, failin sivil bir şahıs olması şartıyla doğrudur. Eğer bu eylemin faili asker bir kişi ise ve failin hakaret ettiği şahıslar üstü veya amiri ise bu durumda bu eylemin AsCK m.85 kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, *mektupta geçen '...herifler anlayışlı, ibn....'* sözünün, '*...bu a... koyduğumun askerliği elbet bir gün bitecek..*' sözü ile birlikte ele alındığı ve mektuptaki ifadeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suç oluşturan eylemin Devletin askerî kuvvetlerine matuf olmadığı ve münhasıran birliğindeki üst ve subayları hedef aldığından üste hakaret suçunu oluşturacağı açıklanmıştır.⁴²

Yine Askerî Yargıtay bir başka kararında, sanığın dışarıdan postaya verip adres yetersizliği nedeniyle iade edilen suça konu mektubunun komutanı tarafından açılıp okunmasının, haberleşme hürriyetini ihlâl etmediğinden, hukuka aykırı delil niteliğinde olmadığını, mektupta dile getirilen aşağılayıcı sözlerin, ordunun bütünlüğüne ve manevî şahsiyetine yönelik

³⁸ SANCAR s.126.

³⁹ ARTUK s.229; Benzer görüş için bkz. SANCAR s.126.

⁴⁰ As.Yrg.Drl.Krl., 18.11.1982 tarih ve 234/232 sayılı karar, ARTUK, s.229; Benzer kararlar için bkz. Ask.Yrg.3.D. 13.7.1971, 307/312, SANCAR, s.129; As.Yrg.2D., 28.6.1962, E.1812 K.1645, ÖZBAKAN, s.204.

⁴¹ Benzer açıklamalar için bkz. SANCAR, s.130-131.

⁴² As.Yar.4D., 31.05.1988, 1988/348-345 E-K., AsYKD, S.7, Y.1990, s.114-115.

olmaması nazara alındığında üste hakaret olarak vasıflandırılmasının isabetli olduğu ifade edilmiştir.⁴³

⁴³ ‘...Balıkesir Orduvinde askerlik hizmetini ifa eden sanığın, 12.5.2002 tarihinde amcasının oğluna bir mektup yazıp 13.5.2002 günü mektubu postaneden gönderdiği, adres yetersizliği nedeniyle mektubun Orduvine iade edildiği, ilgililerce açılıp okunan mektupta ‘...subay astsubayların sülâlesini doyuruyoruz, bedavadan yiyip içiyorlar aldıkları maaş yetmiyormuş gibi kaldıkları evler yedikleri şeyler beleş...’ cümlesinin tespit edildiği dosya kapsamından anlaşılmıştır. Kurulumuzca uyusmazlık konusunun incelenmesine geçilmeden önce, sanığın iade edilen mektubunun orduevi görevlilerince açılıp okunmasının haberleşme hürriyetini ihlâl edip etmediği, dolayısıyla söz konusu mektubun hukuka aykırı delil niteliği taşıyıp taşımadığı konusu irdelenmiştir. Anayasanın 22 nci maddesi ‘Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.....istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir’ şeklinde olup, yine Anayasanın 13 üncü maddesi ‘temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini’ öngörmektedir. 5584 sayılı Posta Kanununun 22/A maddesi ‘Askerî okullar, öksüz yatılı okulları ve darüşşafaka öğrencileri ile onbaşıya kadar (onbaşı dahil) asker ve jandarma eratının gönderecekleri 100 grama kadar ağırlıktaki yurt içi adı mektup ve kartlarla aile ve akrabaları tarafından sözü geçen öğrenci ve erata gönderilecek aynı ağırlığa kadar olan adı mektup ve kartlar.....Tam ücretin binde beşi nispetinde ücrete tabi tutulur. Bu tenzilâtli ücretler her beş yılda bir PTT İdaresince tutulacak istatistiklerle tespit edilir ve yıllık miktarları her yıl başında ilgili bakanlıklar bütçelerinden ödenir.’ düzenlemesini içermektedir. Aynı Kanunun 40 uncu maddesinde ‘posta maddeleri içine konulamayacak şeyler’, 41 inci maddesinde de ‘posta ile gönderilmesi yasak maddeler’ sayılmış; 44 ve 45 inci maddelerinde yasak maddelere çıkış ve varış yerlerinde uygulanacak işlemler düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; posta merkezleri, içlerinde yasak maddeler bulunduğu zannolunan posta maddelerinin açılıp içlerinin gösterilmesini isteme yetkisini haizdir. Posta Kanununun 17 nci maddesinde; ‘Subaylarla erlerin adlarına gelen bütüin maddeler ve paralar, Ulaştırma ve Millî Savunma Bakanlıkları arasında kararlaştırılan esaslar dairesinde verilir.’ hükmü, ayrıca 66 ncı maddesinde, ‘Taşınan postalar PTT İdaresinin yetkili memurlarından başka hiçbir kimse tarafından alıkonulamaz, açılmaz ve yoklanamaz.’ hükmü yer almaktadır.2.9.1965 tarih ve 12090 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olan Ordu Mensupları Adlarına Gönderilecek Posta Maddeleriyle Havalelerin Postaneler-den Alınma ve Sahiplerine Verilme Tazvını Gösterir Yönetmelik hükümleri uyarınca; ordu mensupları adlarına gönderilen taahhütlü posta maddeleri, küçük paketler, havaleler, koliler, değerli mektup ve kutular ile bunların ihbarnameleri postanelerden mutemetler vasıtasıyla alınmaktadır. TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 178 inci maddesi; ‘Yasak edilmiş evrak ve risalelerin ve propaganda vasıtalarının veya askerlik için zararlı görülen şeylerin kışla, konak ve ordugâhlara sokulmaması ve şüpheli şahısların askerlerle temas ettirilmemesi’ görevini komutanlara tevdi etmiştir. Aynı Yönetmeliğın 86 ncı maddesinin (i) bendi; ‘Sır saklamak: Asker, her yerde düşmanın casusları bulunacağını ve kendisini dinlemekte olduklarını kabul edip vazife ve hizmete ait hususlarda hiç bir kimseye sır vermemelidir. Ötede beride askerliğe ve kışla ve müesseseye hayatına ait sözler sarf etmemelidir. Hiç bir husus için bir yerde atıp tutmamalı, herhangi bir şeyi büyüterek ve ekleyerek yayıp dağıtmaktan sakınmalı, hiç bir YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

C. ASKERİ CEZA KANUNUNDA ASTLIK - ÜSTLÜK MÜNASEBETLERİNİ ZEDELEMeye, AMİR VEYA KOMUTANLARA KARŞI GÜVEN HİSSİNİ YOK ETMEYE MATUF OLARAK ALENEN TAHKİR VEYA TEZYİF EDİCİ FİİL VE HAREKETTE BULUNMAK SUÇU (AsCK m.95/4)

AsCK m.95/4'te, astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuf olarak alenen tahkir veya tezyif edici fiil ve harekette bulunulması eylemi failin altı aydan üç seneye kadar hapsolunmasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, suçun sadece asker kişiler tarafından değil, aynı zamanda siviller tarafından da işlenebilmesi mümkündür. Yine bu suçun oluşması için aleniyet şarttır.

zaman doğruluktan ayrılmamalıdır.” biçimindedir. Bu mevcut hükümler birlikte değerlendirildiğinde; TSK'nın kendine özgü yapısı, iç disiplini ve işlevine nazaran, yasa koyucunun, yasadada yer alan haberleşme hürriyetinin özüne dokunmayacak ve TSK'nın özel durumunu gözeterek şekilde, bu hakkın kullanımını düzenlemeye çalıştığı görülmektedir. Posta Kanunu uyarınca indirimden yararlanana onbaşı ve erlerin mektup ve kartlarının, yasadada aranılan şartlarda olup olmadığının, keza, posta ile gönderilmesi yasak olan şeylerin gönderilip gönderilmediğinin denetlenmesi açısından ilgili komutanların, PTT idaresinin yetkili memurları gibi hareket edebilmelerine imkân tanınmıştır. Bu nedenle, Posta Kanununun 44 ve 45 inci maddeleri uyarınca birlik komutanı, er mektuplarının açık olarak verilmesini isteyip içlerini kontrol edebilir. Ayrıca, istihbarata karşı koyma düşüncesiyle yapılan denetimlerin, söz konusu anayasal hakkın özüne dokunmadığı ve müdahalenin, sadece hakkın kullanımını düzenlemekle yetindiği sürece hukuka aykırılık teşkil etmediği de açıktır. Nitekim, Askerî Yargıtay 3 üncü D.nin 14.9.1995/596-593, 30.6.1987/383-360, 2 nci D.nin 20.9.1989/466-453 ve 4 üncü D.nin 30.4.1975/78-99 sayılı kararları da bu yönde olup; benzer bir konu olan, kışla ve karargâhlarda cep telefonu bulundurup kullanmanın yasaklanmasına dair emrin, anayasaya aykırılık arz etmeyen hizmete ilişkin bir emir olduğu hususu Askerî Yargıtayın kararlarında istikrar kazanmıştır. Bu itibarla, sanığın, adres yetersizliği sebebiyle geri dönen mektubunun Orduevi görevlilerince açılıp kontrol edilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Diğer taraftan; sanığın eyleminin TCK'nın 159 uncu maddesinde düzenlenmiş olan “devletin askerî kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek” suçuna vücut verip vermediği hususu tartışılmış; iddia konusu sözlerin aşağılayıcı olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, sanığın askerlik hizmetini ifa ettiği Balıkesir Orduevinde gördüklerini ve yaşadıklarını yorumlayarak ve sadece bu garnizonda çalışan rütbelileri hedef alarak bu sözleri sarf ettiği, ordunun bütünlüğüne ve manevî şahsiyetine yönelik hakaretinin söz konusu olmayıp, kastının, belirli bir garnizonda görev yapan rütbelileri küçük düşürmekten ibaret olduğu; kaldı ki, TCK'nın 159 uncu maddesinde düzenlenmiş suçun kurucu unsurlarından olan “aleniyet” unsurunun somut olayda oluşmadığı düşüncesiyle, sanığın eyleminin üste hakaret suçunu oluşturduğunun kabulünde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı kanısına varılmıştır. ...’ (As.Yar.Drl.Krl., 04.12.2003, 2003/104-105 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004).

Bu suç tipi ile korunmak istenen hukuki yarar ise, TSK'nın disiplini, emir komuta zinciri ast ve üst arasındaki kuvvetli bağıdır.⁴⁴ Suçun düzenlendiği maddede bu suçtan dolayı fail hakkında, kovuşturma başlatılabilmesi için Milli Savunma Bakanı (MSB)'nin izni gerekmektedir (AsCK m.95/6).

AsCK m.95/4'deki suçun oluşması için failin tahkir veya tezyif edici fiilinin astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuf olarak (yönelik olarak) işlenmesi özel kastı gerekmektedir.⁴⁵ Diğer bir anlatımla hakaret suçunun varlığı için aranan 'mağdurun belirlenmesi şartı', AsCK m.95/4 gibi özel bir tahkir suçu söz konusu olduğunda, tahkirin kime yöneldiğinin yani matufiyetinin saptanması şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶ Bu ayırımın ortaya konulabilmesi için failin kastının kime yöneldiğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Kanaatimizce bu husus aleniyet şartı dışında, bu suç tipi ile AsCK m.85'i birbirinden ayıran en önemli noktadır. Zira failin tahkir veya tezyif eyleminin doğrudan hedefi ya da kastı, amir veya üstünü yönelikse artık amir veya üste hakaret suçundan bahsedilmesi gerekecektir.

Askerî Yargıtay'ın bir kararı kanaatimizce konunun açıklanması açısından önemlidir:⁴⁷ Batman Hava Meydan K'lığının yıllık denetlemesini yapmak üzere gelen denetleme Heyet Başkanı Korgeneral, Batman Hava Meydan K.lığı personelinin elini sıkarken sıra sanığa gelince, sanığın, '*Hava Kuvvetlerimizde iki orgeneral varken bir hava korgeneralin komutan olarak atanması Türk Ordusunun ananelerine ve tarihine yakışmaz. Siz de komutan adına burada denetlemede bulunduğunuz için elinizi sıkmayacağım şeklinde cevap vermesi*' olayında failin eyleminin tahkir ve tezyif edici kabul edilerek AsCK m.95/4'teki suçun oluştuğuna karar vermiştir. Ancak burada failin tahkir edici fiilinin hedefi doğrudan Komutan olmayıp, failin kastı, Komutana hakaret eylemi üzerinden astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuftur. Yine suçun oluşması için aleniyet şartı da bulunduğundan bu karar kanaatimizce de yerindedir.

⁴⁴ KOÇ Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askerî Ceza Kanunu TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat Notlu Açıklamalı Örnekli, 21.Baskı, Ankara, 2014, s.555.

⁴⁵ KOÇ, s.555.

⁴⁶ ERMAN/ÖZEK, s.257.

⁴⁷ As.Yrg.Drl.Krl., 20.10.1977, E.73, K.75, ÇELEN, s.407.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

D. AMİR VEYA ÜSTE SAYGISIZLIK EYLEMİ (Mülga AsCK m.82/1, 477 Sayılı DMK m.47)

AsCK m.82'nin 22/3/2000 tarih ve 4551 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 1'nci fıkrada hükmünde, hizmette veya hizmete müteallik işlerde amir veya üste saygısızlık eylemleri kısa hapis cezasını gerektiren askeri bir kabahat olarak düzenlenmişti. Maddenin 2'nci fıkrasında ise, bu kabahatin failin silahlı iken veya toplu erat karşısında ya da kavli veya fiili tehdit yoluyla işlenmesi hali ise askeri bir suçtu.

Daha sonra 4551 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, maddenin 1'nci fıkrası AsCK m.82 metninden çıkarılarak, 477 sayılı DMK'nın, 'Amir ve üste saygısızlık' başlıklı 47'nci maddesinde, 'Hizmette veya hizmete ilişkin hallerde amire ve üste zorunlu olduğu saygıyı göstermeyen veya uyardı saygı duruşu ile kabul edip dinlemeyenler, bir aya kadar oda veya göz hapsi ile cezalandırılırlar.' şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Ancak 31/1/2013 tarih ve 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun kabulü ile birlikte 477 sayılı Kanun artık savaş zamanında uygulanacaktır. Barış zamanında ise, üste veya amire saygısızlık eylemleri, bu eylemin hizmet halinde işlenip işlenmemesine göre 6413 sayılı Kanunda farklı şekilde disiplin cezaları öngörülen bir disiplinsizlik olarak düzenlenmiştir.⁴⁸

⁴⁸ 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununda, 'Uyarma cezasını gerektiren disiplinsizlikler' başlıklı 15'nci maddenin 1 (c) bendi şöyledir: 'Hizmet dışındayken amir veya üste saygısızlık: Hizmet dışında, bilinen ve tanınan amir veya üstlere karşı saygısızlık teşkil edebilecek fiillerde bulunmaktır'. Kınama cezasını gerektiren disiplinsizlikler: Madde 16/(1) Kınama cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: '(a) Amir veya üste nezaketsizlik: Hizmette veya hizmete ilişkin hâllerde amir veya üste karşı saygısızlık teşkil edecek nitelikte olmayan ancak askeri nezaket, protokol ve terbiye kurallarına aykırılık teşkil eden fiillerde bulunmaktır. Askeri nezaket, protokol ve terbiye kurallarının astlara veya maiyete önceden ilan veya tebliğ olunması veya bu disiplinsizliği yapan kişinin makam ve rütbesi itibarıyla bu kuralları biliyor olması gerektiğinin objektif olarak kabul görmesi hâlinde disiplin cezası verilebilir'; Hizmette kısmi süreli devam cezasını gerektiren disiplinsizlikler: Madde 17/(1) 'Hizmete kısmi süreli devam cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: a) Üste saygısızlık: Hizmette veya hizmete ilişkin hâllerde üste gösterilmesi gereken saygıyı kasıtlı olarak göstermemek veya yetkili olduğu durumlarda üstün yapmış olduğu ikaz, tenkit veya muahzeye saygı ile kabul edip dinlememektir'; Aylıktan kesme cezasını gerektiren disiplinsizlikler: Madde 18 / (1) 'Aylıktan kesme cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: '(a) Amire saygısızlık: Hizmette veya hizmete ilişkin hâllerde amire gösterilmesi gereken saygıyı kasıtlı olarak göstermemek veya amirin yapmış olduğu ikaz, tenkit veya muahzeye saygı ile kabul etmemektir'; Hizmet yerini terk etmeme cezasını gerektiren disiplinsizlikler: Madde 19 / (1) 'Hizmet yerini terk etmeme cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: (ğ) Hoşnutsuzluk yaratmak: Çalıştığı mesai ortamında söz veya fiilleri ile hizmetin yerine getirilmesini olumsuz yönde etkilemektir'.

AsCK m.85 bakımından, ast tarafından yapılan hakaretin üst veya amirin şeref ve onurunu zedelemesi gerekir. Ancak astın eylemi hakaret boyutuna ulaşmamışsa bu davranışın 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu hükümlerine göre, üste saygısızlık olarak kabulü mümkündür.

477 sayılı DMK'nın barış zamanında yürürlükte olduğu dönemde sanığın eyleminin AsCK m.85 ya da DMK m.47'ye göre mi cezalandırılacağı Askeri Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur. Örneğin, Askeri Yargıtay kararlarına göre, *'Somut olayda kendisinin de içtimaya çağrıldığını sanarak mağdur onbaşıya tepki göstermek niyetinde olan sanık erin 'Şaban gibi ne bağıriyorsun' şeklindeki cümlesinde geçen 'Şaban' sözünü argo anlamında kullandığını kabul mümkün olmayıp bu söz kaba bir konuşma biçimi olarak sanığın sözleri arasında yer al(dığı), ifade edilme biçimi itibariyle hiçbir şekilde mağdurun saf, aptal, kolayca kandırılabilir olduğunu vurgulamak için kullanıl(dığı), bu nedenle söyleniş yer ve biçimi itibariyle mağdurun namus, şöhret, onur ve haysiyetine dokunacak bir yönü bulunmayan bu sözden dolayı sanığın eyleminin üste hakaret olarak kabulünde isabet görülme(diği)⁴⁹; 'Sen benim rütbemi tanıımıyorsun, sen buranın horozu musun'⁵⁰; 'Ben piyadeyim, orgenerallere kafa tutmuş insanım, kimseden korkmam, tanıdıklarım çok, albayı da generali de hallederim'⁵¹; 'Siz komutan olabilirsiniz ama lider olamazsınız'⁵² şeklindeki*

⁴⁹ As.Yar.1D., 9.4.2003, 2003/365-363 E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.223-225.

⁵⁰ As.Yar.1D., 30.10.2002, 2002/1016-1008 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.257-258.

⁵¹ *"Halletmek" kelimesinin kullanıldığı yere göre küfür anlamı taşıdığı gibi, çözümlemek, sorunu ortadan kaldırmak anlamına da geldiğini değerlendirmiştir. Özellikle sanığın tüm tartışmalardan sonra "...tanıdıklarım çok, albayı da generali de hallederim" demiş olmasına göre, başına bir iş geldiğinde bunun altından kalkabileceğini, tanıdıkları sayesinde albaydan da generalden de gelecek olan ve kendisi için sorun olacak hallerin üstesinden geleceğini ifade etmek istediği şeklinde değerlendirilmiştir.* (As.Yar.DK., 25.10.2001, 2001/86-88 E-K., As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.196-197).

⁵² *'...(S)anık, olay gecesi halini soran amiri ile konuşurken, eşinin sezeryanla doğum yapmasına rağmen izine gönderilmediğini, eşini ve çocuğunu göremediğini, 15.10.1997 tarihinden beri izin için oyalandığını, amirinin, daha önceki tarihlerde, sanığın dolabının dağınık, çamaşırının kirli olduğunu söylemiş olması nedeniyle de, Misafirhanedeki çamaşır makinesinin bozuk olduğunu, çamaşırlarını düzenli yıkayamadığını, moralmen çok kötü durumda olduğunu, amirinin askerlerle ilgilenmediğini söylemiş, böyle bir ortamda amirine "Siz komutan olabilirsiniz ama lider olamazsınız" sözünü sarf etmiştir. Ayrıca, sanığın amiri ile konuşurken ona "Siz" diye hitap etmesi, amirinin komutanlık hak ve sıfatını teslim ederken, insani davranışlar, askerî adap, disiplin, yönetim ve otorite bakımından emsalleri arasında temayüz eden, nitelik ve vasıfları bakımından öne çıkmış az sayıdaki önder kişi anlamına gelen "Lider"liği amirine yakıştırmaması, herkesin lider olması beklenemeyeceği için amirinin lider olamayacağı astlarının yanında söylemesi, askerî terbiye ve saygı sınırını aşan bir davranış olmakla beraber, sarf edilen bu sözün;* YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

sözler, söylendiği ortam sanığın olay öncesi ve sonrası davranışları ve açıklamaları dikkate alındığında, üste/amire saygısızlık niteliğinde kabul edilmiştir.

Doktrindeki görüşlerde, beddua niteliğindeki eylemlerin sövme niteliğinde bir hakaret olmadığı açıklanmaktadır.⁵³ Askeri Yargıtay bir kararında, *'Bu ne terbiyesizlik, görmüyor musun ifade alıyoruz... Ben böyle terbiyesizlik görmedim, Allah belânızı vermesin'* şeklindeki hitabına, sanığın *'Allah senin belânı versin'*⁵⁴ şeklinde karşılık vermesinin üste/amire hakaret

muhabatını aşağılayıcı, namus, şeref ve haysiyetini zedeleyici bir yönü bulunmadığından, Dairenin, sanığın eyleminin amire saygısızlık suçuna vücut vermesi nedeniyle mahkemeye tesis edilen görevsizlik hükmünün onanmasına ilişkin olan kararı isabetli bulunmuş ve bu itibarla Başsavcılık itirazının oybirliği ile reddi cihetine gidilmiştir.' (As.Yar.DK., 30.09.1999, 1999/184-169 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.218-219).

⁵³ Sanığın kızının yargılandığı davasında mahkumiyetine karar verilmesi üzerine adliye koridorunda söylediği *'Allah belasını versin, nasıl böyle karar verir'* şeklindeki ifadesi, müştekinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp ağır eleştiri ve beddua niteliğinde olması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarını oluşturmaz. (4.CD., 27.5.2014, 2012/37501, 2014/18744, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.496).

⁵⁴ *'...Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 115 nci maddesi anlamında mağdur J.Kd.Yzb. Z.B.'nin ast'ı konumunda olduğu tartışmasız olan sanık Sivil Memur A.Ç.'nin Başsavcılıkça Amire Hakaret suçunu oluşturduğu ileri sürülen "Allah belânı versin" sözünün, tek başına değerlendirildiğinde hakaret niteliği taşımadığı tartışmasız olup, genel olarak üst veya âmirin asta söylediği sözlerin hakaret teşkil etmesi hâlinde, bu sözün ast tarafından üste veya amire aynen iade edilmesinin yerleşik uygulamalara göre üst veya amire hakaret suçunu teşkil ettiği ve keza Başsavcılık Tebliğnamesinde belirtildiği üzere, bir fiilin veya sözün hakaret teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi yapılırken, içinde bulunulan ortam ve şartların dikkate alınması gerektiği pek tabiidir.Bu bağlamda somut olaya dönüldüğünde, Daire'nin, eylemin Amire Saygısızlık suçunu oluşturduğuna ilişkin bozma ilâmında açıklandığı üzere, sanığın amiri konumundaki Mağdur Yzb. Z.B.'nin, sanığın Astsb. H.Ş.'yi (içeride Yzb. Z.B.'nin olduğunu fark etmeden) "Hüsametlin Bey haydi gelmiyormusun" diye çağırması üzerine Yzb. Z.B.'nin "... Bu ne saygısızlık" diyerek kapıyı çarpmak suretiyle kapat-ması karşısında, sanığın Harekat ve Asayiş Şube İdari İşleri odasında bulunduğu sırada yanına gelen ve "Ne söyleyeceksen şimdi söyle" diyen Yzb. Z.B.e'ye karşı askerî disiplin ve terbiye ile bağdaşmayan hareketlerde bulunup "Sen ne diyorsun yahu, ben seni görmedim yav" tarzında sözler sarf ederek saygısızlıkta bulunmasından sonra kendisini odasına çağıran Yzb. Z.B.'nin kendisine bu davranışının sebebini sorduğunda, yine askerî disiplin ve terbiye dışı davranışlarla "Ben sana saygısızlık yapmadım, sadece H.Ş. Başçavuş'a bir şey sordum, senin odada olduğunu görmedim" dedikten sonra Yzb. Z.B.'nin sanığı odasından kovup arkasından "Ben böyle terbiyesizlik görmedim. Allah belânızı vermesin" şeklinde bağırması üzerine, 1956 Nizip doğumlu olup, tanık anlatımlarına göre diğer üstleriyle de yüksek sesle, senli benli konuşan, cahilce tavırları ve konuşmaları olduğu anlaşılan sanığın, Yzb. Z.B.'nin kendisini terbiyesizlikle itham edip, arkasından hakaret olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan "Allah belânızı vermesin" sözüne karşılık olarak sarf ettiği ve yine niteliği itibarıyla*

suçunu oluşturmadığını ancak bu eylemin, üste saygısızlık niteliğinde bir disiplin suçu olduğunu açıklamıştır.

IV. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Genel hakaret suçunda suçla korunan hukuksal değer, kişilerin şerefi, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı ve saygınlığıdır.⁵⁵ Şeref kavramı, kişinin hem iç hem de dış değerlerini korumaktadır. Herkes, korunan bu değerlere saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.⁵⁶

AsCK m.85 söz konusu olduğunda, suçun mağduru olan üst veya amirin hakaret gibi saldırılara karşı şeref, haysiyet ve namusunun korunmasını isteme hakkına sahip olmalıdır. Aynı şekilde üst veya amirin, astına karşı olan hakaret eyleminde, astın da bir insan olarak eşit şekilde şeref ve onurunun korunmasını isteme hakkına sahip olması gerekmektedir. Zira şeref onur gibi kavramlar tüm insanlık için ortak değerlerdir. Bu nedenle üst/amir tarafından asta hakaret eylemleri de AsCK'da bu konuda özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden TCK'nın genel hakaret suçları ile koruma altındadır. Ancak Askeri Yargıtay bu konudaki kararı bu görüşümüz ile örtüşmemektedir. Karar şöyledir⁵⁷: AsCK'nın 'Askerî itaat ve inkiyadı Bozan suçlar' başlıklı beşinci faslında yer alan 85'nci maddesi ile amir ve üstlerin şeref, namus ve haysiyetlerinin korunması yanında askerî menfaatlerin ve disiplinin korunmasının da amaçlandığı açıktır. Nitekim, asta hakaret eylemi, bu kadar vahim görülmemiş ve disiplin suçu olarak

hakaret olarak kabulü mümkün olmayan "Allah senin belânı versin" şeklindeki sözün, Amiri olan Yzb. Z.B.'nin âmirlik otoritesini, makam ve şöhretini zedelediği, askerî kural ve terbiyeye, örf ve âdete aykırı olduğu bir gerçek ise de, sanığın söz konusu ortam ve şartlarda sarf ettiği bu sözün; mahiyetinde, bir ölçüde âmirin otoritesinin, makam ve şöhretinin zedelenme sonucu da bulunan "Âmire Saygısızlık" suçunu oluşturduğu, ancak söz konusu söz ve davranışların Yzb. Z.B.'nin namusuna, vakar ve haysiyetine ve kişiliğine saldırı niteliğinde olmadığı için eylemin Âmire Hakaret suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Esasen hiç bir Âmire Saygısızlık suçu yoktur ki, yapılan saygısızlık sonucunda âmirin o yerde bulunanlar nazarında âmirlik otoritesi, makam ve nüfuzu zedelenmiş olmasın. Aksinin kabulü hâlinde, yani Âmire Saygısızlık suçunun astların yanında işlenmesi hâlinde, normalde, mahiyeti itibarıyla hakaret teşkil etmeyen ve ancak saygısızlık olarak kabul edilebilen bir fülün Âmire Hakaret olarak kabulü gibi bir sonuca ulaşılır ki, bu husus ceza hukuku ve ceza adaleti ile bağdaşmaz.' (As.Yar.DK., 15.6.2000 tarih 2000/117-119 E-K., As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.203-206).

⁵⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.485-486.

⁵⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.235.

⁵⁷ Bu açıklamalar için bkz. As.Yar.DK., 20.05.1999, 1999/87-109 E-K., As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.212-213, Benzer açıklama için bkz. As.Yar.DK., 25.12.2003, 2003/128-118 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.216-220.

nitelendirilmiştir. Kanaatimizce yukarıda da açıkladığımız gibi asta hakaret eylemi disiplin suçu olarak düzenlenmişse de aynı eylemin TCK bakımından cezalandırılmasında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Bu nedenle bu karara katılmak mümkün değildir.

Askeri Yargıtay'ın da açıkladığı gibi AsCK m.85'le korunan hukuki yarar sadece amir veya üstün şeref ve onuru ile de sınırlı değildir. Amir veya üst, asta emretme yetkisine sahip olan kişilerdir. Bu kişilere hakaret edilmesi halinde bu eylem, diğer astlar nazarında da amir/üste gösterilmesi gereken otoriteyi, askeri disiplini ve askeri itaat yükümlülüğünü zayıflatacaktır.⁵⁸ Bu nedenle askerlik düzeninin ast ve üst arasında bulunması gereken otorite ve bağlılığın korunması ve disiplin ihtiyacı bakımından bu tür eylemlerin cezalandırılmasını gerektirmektedir.⁵⁹ Ayrıca hizmet halinde ya da hizmete müteallik işlerden dolayı amire hakaret edilmesi, askeri disiplin yanında askeri hizmet veya görevin de aksamaya tehlikesini doğurabilecektir.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURU

1. Suçun Konusu / Mağdur

Suçun konusunu, hareket eylemine uğrayan kişi oluşturmaktadır. AsCK m.85 bakımından bu kişi, failin ya amiri ya da üstüdür. Bu suç tipinde suçun konusu ile mağduru örtüşmektedir. Ancak her suç tipi bakımından suçun konusu ile mağdurunun aynı olduğu gibi bir genelleme yapılması doğru olmayacaktır. Suçun faili ile mağduru eşit rütbe ve konumdaysa ya da fail suçun mağdurunun üstü veya amiri olduğunu bilmiyorsa daha önce de açıklandığı gibi TCK'nın genel hakaret suçundan dolayı failin cezalandırılması gerekecektir (AsCK m.107). Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁶⁰

⁵⁸ DEĞİRMENÇİ, s.335.

⁵⁹ ÖZBAKAN, s.199.

⁶⁰ 'Sanığın, kendisinden 5 yıl önce Türk Silahlı Kuvvetlerine intisap eden Vard.Uzm.Çvş. E.A.ile arasında, ASCK'nın 13'üncü maddesinin öngördüğü biçimde ast-üst veya amir-maiyet ilişkisi olmadığından; sanığın kendisine eşit konumdaki mağdura karşı gerçekleştirdiği iddia edilen eylemlerinin, üst veya amire hakaret ya da üst veya amire mukavemet kapsamında değerlendirilmesine yasal imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle, sanığın isnat konusu eylemlerinin, 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'nın konuyla ilgili olan ve lehe düzenlemeler içeren hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir...' (As.Yar.DK., 27.10.2005, 2005/84-88 E-K., As.Yar.Der., S.19, Y.2006, s.201-202).

AsCK m.85 hükmündeki, amir veya üstün tanımı için 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'na bakılmalıdır. Nitekim bu Kanuna göre; '*Amir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek salâhiyetini haiz kimsedir (211 SK. m.9). Üst tabiri ise, rütbe veya kıdem büyüklüğünü göstermektedir (211 SK. m.10).*' şeklinde açıklanmıştır.

AsCK'nın '*Askeri karakol ve nöbetçi ve devriyeye taarruz edenlerin cezaları*' başlıklı 106'ncı maddesine göre, '*Askeri karakola, nöbetçiye ve devriyeye hakaret eden veya bunları dinlemeyen veya bunlara mukavemette bulunan yahut fiilen taarruz eden bu suçları amire karşı yapmış sayılır ve öylece cezalandırılır.*' hükmü yer almaktadır. Madde hükmünde geçen, askeri karakol, nöbetçi, devriye kavramları ise, AsCK'nın '*Nöbetçi, karakol, devriyenin tarifi*' başlıklı 15'nci maddesinde⁶¹ açıklanmaktadır.

AsCK m.106'dan açıkça anlaşılacağı üzere, hakaret eyleminin mağdurunun askeri karakol, nöbetçi veya devriye olması durumda, suçun fail, sayılan bu kişilerden daha üst rütbede ya da bu kişilerin amiri bile olsa, eylemi AsCK m.106'ya göre amire hakaret suçu (AsCK m.85) olarak kabul edilecektir.

Kanun koyucu burada, faille mağdur arasında astlık-üstlük nüfuzundan çok, askeri karakol, nöbetçi ve devriye hizmetini yerine getiren mağduru faile göre ast rütbede olsa bile yerine getirdiği nöbet, karakol ya da devriye hizmeti nedeniyle failden daha üst rütbede kabul etmiştir. Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁶² Ancak askeri karakol, nöbetçi ve devriyenin AsCK m.106'nın sağladığı bu ayrıcalıklı durumdan yararlanabilmesi için, yerine getirdiği görevini kötüye kullanmaması gerekecektir. Aksi takdirde bu hizmetin sınırlarının aşılması ya da faile karşı bir suç işlemesi halinde bu ayrıcalıktan yararlanması mümkün değildir.

Amire ve üste hakaret suçunda, amirlik ve üstlük suçun kanuni unsurudur. Bu nedenle ceza uygulaması bakımından âmir veya üst arasında

⁶¹ AsCK m.15 hükmü şöyledir: '*1-Bu kanunun tatbikatında nöbetçi hizada ve seferde emniyet, muhafaza, disiplin, tarassut maksatlarıyla silahlı olarak bir yere konulan ve muayyen bir talimatı bulunan tek veya çift askerdir. 2-Karakol hizada ve seferde aynı maksatlarla konulan ve bir amir emrinde bulunan silahlı bir kısım askerdir.3-Devriye hizada ve seferde aynı maksatlarla muayyen bir muntakada seyyar olarak vazife yapan bir veya daha ziyade silahlı askerdir.*'

⁶² '267 nci dönem mezunu mağdur Asteğmen ile 269 uncu dönem mezunu sanık Asteğmen arasında astlık-üstlük münasebeti bulunmamakla birlikte, mağdur Asteğmen Karakol Komutanı olup, Tim Komutanı olan sanık Asteğmenin amiri konumundadır. Bu itibarla Karakol Komutanı Asteğmenin hizmetle ilgili talimatlarına kıyarak ona hakaret eden sanığın eylemi, hizmete ilişkin bir muameleden dolayı amire hakaret suçunu oluşturur.' (As.Yar.3D., 3.6.2003, 2003/693-690 E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.227-229).

farklılık suçun nitelikli unsuru olarak cezanın tespitinde göz önüne alınamayacaktır. Askeri Yargıtay'da bir kararında, 'teğmen ile tümamiral arasında farklılık bahis konusu edilemeyeceğinden, mahkemece bu hususun yani 'hakaretin Türk Silahlı Kuvvetleri içinde tümamiral rütbesine ulaşmış olan bir üste ve komutana karşı işlenmiş olmasının' takdiri şiddet sebebi olarak kabulünün hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁶³ Kanaatimizce bu karar bu suçla korunan karma hukuki yararlarından biri olan mağdurun şeref, haysiyet ve onurunun korunması bakımından yerindedir. Çünkü burada insan onurunun rütbe veya makama göre takdiri şiddet sebebi yapılması kabul edilemez. Ancak bu suçun koruduğu hukuki yarar sadece amir ve üstlerin şeref, namus ve haysiyeti değil, aynı zamanda askerî menfaat ve disiplinin de korunmasıdır. Mağdurun temsil ettiği rütbe ya da makamın büyüklüğüne göre hakaret eyleminin askerî disiplin ve menfaati daha fazla tehlikeye soktuğu düşünülebilir. Bu noktadan bakıldığında, cezanın belirlenmesinde, 'suçun konusunun önemi ya da meydana gelen tehlikenin ağırlığı (TCK m.61/1 d-e)' gibi kriterlerle failin cezasında alt sınırdan uzaklaşabileceği değerlendirilmektedir.

2. Fail

Amir veya üste hakaret suçü astlık-üstlük münasebetlerini bozucu askerî suçlardan biridir. Askerî suçların en önemli özelliklerinden biri çoğu askerî suçun failinin asker kişi olmasıdır. Amir veya üste hakaret suçü da sadece asker kişiler tarafından işlenebilir. Yine bu suçta, failin asker kişi olması dışında, ayrıca failin rütbe ya da makam olarak mağdurun astı olması, diğer bir anlatımla da mağdurun failin üstü veya amiri olması gerekmektedir. Suçun sadece askerler tarafından işlenmesi ve bu asker kişinin mağdurun astı olması gibi özellikler göz önüne alındığında özgü bir suç olduğu söylenebilecektir.

TSK İç Hizmet Kanunu'nun 14'ncü maddesinde, '*Ast; amirlerine mutlak itaate mecburken, üstlerine de kanunların ve nizamların gösterdiği durumlarda itaat edecek kişi*' olarak açıklanmıştır (211 SK.m.14). Bu açıklamaya göre ast olmak; maiyet olmayı ya da üstlerine göre daha alt rütbe ve kıdemde olmayı gerektirmektedir. Nitekim TSK İç Hizmet Kanunu'nda amirin emri altındakiler 'maiyet' (211 SK. m.9); üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimse ise 'ast' (211 SK. m.10) olarak tanımlanmıştır.

⁶³ As. Yar.4D., 23.6.1987, 1987/423-401 E-K., As. YKD.,1990, S.6, s.230.

Hakaret suçunun asker kişi failinin, mağdurla eşit rütbede olması halinde, TCK'daki genel hakaret suçundan dolayı fail cezalandırılacaktır. Eğer fail, mağdurun üstü veya amiri ise AsCK'da asta hakaret gibi bir suç düzenlenmediğinden fail yine TCK'nın genel hükümlerine göre cezalandırılmalıdır. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun disiplin hükümlerinden dolayı da faile ayrıca disiplin cezası da verilmesi mümkündür.

4550 sayılı Kanun'la AsCK m.3'teki asker kişi tanımı da genişletilerek TSK ve MSB kadrolarında görevli devlet memurlarının da bazı askeri suçları işleyebilecekleri kabul edilmiştir. Böylece yapılan bu değişiklik, daha önceden rütbe ve kıdemleri göz önünde bulundurularak, yalnızca subay, astsubay, askerî öğrenci, uzman erbaş ve diğer erat hakkında uygulanan askeri suçlardan bazılarının, askerî şahıslar kapsamına alınan devlet memurları için de uygulanabilmesi imkânı doğurmuştur. Çünkü devlet memurları için, emrinde çalıştığı askerî personel amir konumundadır. Bu uygulamayla TSK ve MSB kadrolarında görevli sivil personel amire hakaret suçunun (AsCK m.85) faili olabilecektir.⁶⁴ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, *'Görevli olduğu askerlik şubesine gece vakti alkollü olarak gelen sanık sivil memurun nöbetçi astsubay tarafından ikaz edilmesi üzerine aralarında hizmet ilişkisi kurulduğundan, sanığın astsubaya yönelik hakaret ve fiilî taarruz eylemleri amire hakaret ve amire fiilen taarruz suçlarını' oluşturacağını açıklamıştır.*⁶⁵

Üste veya amire hakaret suçunun faili ile mağdurları arasında astlık-üstlük münasebetleri dışında, aynı zamanda, karı- koca, yakın akrabalık, baba -oğul, anne- kız ilişkisi gibi Medeni Kanun kapsamında aile hukukundan kaynaklanan ilişkilerin bulunması mümkündür. Aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunan karı kocanın birbirlerine hakaret etmesi halinde failin AsCK m.85'e göre mi cezalandırılacağı tartışılabilir.

Askeri Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında şu açıklamalarda bulunmuştur⁶⁶: *'Suç tarihinde evli olan ve biri diğerinden kıdemli olan sanık Albayların resmi mesai ve Askerî mahal dışında, Askerî konumlarına bağlı olmaksızın, Askerî hizmet ile hiçbir ilgisi olmayan ve tümüyle evli olmalarının yarattığı statüden kaynaklanan sebeplerle birbirlerine karşı işledikleri iddia olunan eylemlerin astlık-üstlük ilişkileri içinde değil 765 sayılı TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde (5237 sayılı YTCK'nın lehe*

⁶⁴ 4551 sayılı Kanun muhalefet gerekçesine bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm>, Erişim Tarihi: 13.11.2019.

⁶⁵ As.Yar.1D., 21.01.2004, 2004/13-30 E-K., As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.167-170.

⁶⁶ As. Yrg.Drl.Krl., 15.12.2005, 117/111, DEĞİRMENCİ, s.437.

olan düzenlemeleri de dikkate alınarak) değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Aksi yönde değerlendirmenin, eşlerden birisine diğerinin zararına olacak şekilde ayrıcalıklı bir korunma ve ilişki üstünlüğü sağlayacağı, böyle bir durumun ise eşler arasında eşitliği öngören Anayasa kuralına, Medeni Kanun'un 'aile' ile ilgili düzenlemelerine ve evrensel değerlere uygun düşmeyeceği açıktır.' Askeri Yargıtay bu kararına göre, aralarında hizmet ilişkisi dışında ast-üst eşler arasında AsCK hükümlerinin uygulanamayacaktır. Bu karara göre, fiilin hizmet hâlinde veya hizmet gereklerinden doğmadıkça, asker kişi olan karı- koca arasında hakaret eylemi TCK'nın genel hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Burada kanaatimizce askeri hizmet söz konusu olduğunda askeri disiplin ve askeri hizmetin önemi nedeniyle, astlık-üstlük ilişkisinin, aile hukukundan doğan ilişkinin önüne geçmesi söz konudur.

Yine doktrinde 'dolaylı hakaret' adı verilen uygulamanın AsCK m.85 açısından da geçerli olup olmadığı burada tartışılmalıdır. Eşlerden birisine, evlilik dışı ilişki önerilmesi, çocuğun gayri meşru bir ilişki sonucu meydana geldiğinin iddia edilmesi, gibi belirli bir kişiye yapılan hakaret başka bir kişiyi de tahkir edebilecektir. Dolaylı hakaret adı verilen bu tür durumlarda, fail bir fiille birden kişiye karşı hakaret etmiş sayılmaktadır.⁶⁷ Ancak çok yakın akrabalarla (usul, fûru ve kardeşler) eşler hakkında dolayısıyla hakaretin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁶⁸ Bu örneklerde olduğu gibi, asker kişi failin, üst veya amirinin eşini ya da çocuğunu doğrudan hedef alan tahkir eylemi aynı zamanda üst veya amirinin de tahkir edilmesine yol açıyorsa, kanaatimizce failin eşi ya da çocuğa karşı hakaret eylemi TCK m.125, bundan dolaylı olarak etkilenen üst veya amirine karşı olan eyleminin ise AsCK m.85 kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim Askeri Yargıtay bir kararlarında, '*Sanığın (Ben bu kadınları Kayseri genelevinden tanıyorum) şeklindeki sözleri, astsubayın hanımına ve baldızına karşı madde tayini suretiyle hakaret suçunu teşkil ederse de 8AsCK m.85/2), hakaretin dolayısıyla kocasına intikalinde madde vasfını kaybettiğinden suç adiyen üste hakaret (AsCK m.85/1) olur.*' açıklamasında bulunmuştur.⁶⁹

Sırf askeri suçlardan olan üste hakaret suçunun oluşumu için sanığın suç tarihinde askerliğe elverişli olması gerekmektedir. Askeri Yargıtay bu nedenle, sağlık safahatı bakımından askerliğe elverişsizlik ihtimali yüksek

⁶⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.463.

⁶⁸ ERMAN/ÖZEK, s.276.

⁶⁹ As.Yrg.2.D.13.4.1966 E.403 K.309, ÖZBAKAN, s.203.

olan suç failleri hakkında bu noksanlık giderilmeden verilen kararların noksan soruşturma nedeniyle bozulmasına karar vermiştir.⁷⁰

3. Fiil

Üste veya amire hakaret suçu; sövmek (AsCK m.85/1) veya madde-i mahsusa tayini yani somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle (AsCK m.85/2) suretiyle işlenebilir. Kanun koyucu TCK'da düzenlenen hakaret suçunda failin bu eylemleri arasında ceza miktarları bakımından herhangi bir fark görmemiştir (TCK m.125/1). Oysa ki, AsCK m.85/2'ye göre, amir veya üste karşı madde-i mahsusa tayini suretiyle hakaret edilmesi suçun cezasını artıran nitelikli bir haldir.

Yine TCK m.125'te gıyapta hakaret eyleminin oluşması için fiilin üç kişiyle ihtilat etmesi gerekirken AsCK m.85'te gıyapta hakaret edilmesi halinde bu eylemin tek bir kişiye ulaşması suçun oluşması bakımından yeterli kabul edilmiştir.

Suçun oluşabilmesi için, isnat edilen fiil, olgu veya sövmenin amir veya üstün, onur, şeref ve saygınlığını objektif olarak rencide edebilecek nitelikte olması yeterlidir. Yoksa suç tipinde mutlaka mağdurun bu eylem neticesinde rencide olması gibi bir netice aranmamaktadır. Bu yönüyle genel hakaret suçu soyut bir tehlike suçudur. Yine hakaret suçu eylem yapılıp yapılmaz tamamlandığından ani bir suç tipidir.⁷¹ Genel hakaret suçu bakımından yapılan bu açıklamalar AsCK m.85 açısından da geçerlidir. Ayrıca bu suçta eylemin askerî itaat veya disiplini zedelemiş olmasına da gerek yoktur. Bu yönleriyle suç soyut bir tehlike suçudur.⁷²

Sövme fiilinde, somut bir fiil veya olgu isnat edilmeden hakaret suçu işlenmektedir. Sövme eylemi bir kimse hakkındaki olumsuz değer yargısının belirtilmesidir. Sövme eylemi küfür etmede olduğu gibi sözlü bir biçimde işlenebileceği gibi, el-kol hareketi yapmak, yüzüne doğru

⁷⁰ Askeri Yargıtay'ın bu açıklamalardan sonra olayla ilgili kararı şöyledir: '*...Sanığın, Erzurum Asker Hastanesinde alınan ifadesinde de, on yedi yaşından beri epilepsi hastası olduğunu, Erzurum/Pasinler Devlet Hastanesinde tedavisinin devam ettiğini beyan ettiği görülmektedir. Bu belgeler ve beyanlar karşısında; Pasinler Devlet Hastanesinden, sanığın, epilepsi rahatsızlığı nedeniyle yapılan muayene ve tedavisiyle ilgili bütün kayıtların getirtilerek; keza, kendisinden de sorulmak suretiyle, bu rahatsızlığı ve tedavisiyle ilgili başkaca bilgi ve belgeler varsa, bunların da tamamının temin edilerek; suç tarihlerinde nörolojik yönden askerliğe elverişli olup olmadığının tespit ettirilmesi gerekirken, bu noksanlıkların giderilmemesi, ...noksan soruşturma yönünden*' bozmayı gerektirmiştir.' (As.Yar.DK., 29.12.2011, 2011/127-126 E-K., TSK Net).

⁷¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.496-497.

⁷² DEĞİRMENCİ, S.343.

tükürmek, cinsel organını sallamak gibi eylemlerle de gerçekleşebilir.⁷³ Nitekim Askeri Yargıtay da bir kararında, savunmasını yapması için verilen yazılı emri komutanlık odasında okuduktan sonra amirine sinirlenip görevli polis memurları ve astsubaylar huzurunda makam ve şerefine gölge düşürmek için gözü önünde yırtıp çöp sepetine atan sanığın bu eylemini üste veya amire hakaret suçu(AsCK m.85/1) olarak kabul etmiştir.⁷⁴

Yargıtay kararlarına göre, kamu görevlisine rüşvet teklif etmek gibi eylemlerle de hakaret suçu gerçekleşebilir.⁷⁵ Asker kişinin asker kişiye rüşvet teklif etmesinde, rüşvet teklif edenin ast rütbede olması halinde kanaatimizce bu eylemin, AsCK m.85 kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Söz ve yazı ile oluşan hakaretlerde, failin fikrini açık bir biçimde ya da ima yoluyla (örtülü hakaret) hatta mizah şeklinde ifade etmesinin suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.⁷⁶ Ayrıca hakaret suçunun oluşması için mutlaka bir fiil isnadı şart olmayıp; şaşılık, topallık, kamburluk, kellik gibi fiziksel kusurlara ilişkin bir vasıflandırma ile de bu suçun işlenmesi mümkündür.⁷⁷

Askeri Yargıtay kararlarında, 'Şerefsiz'⁷⁸; 'Pişkin'⁷⁹; 'Puşt'⁸⁰; 'Manyak'⁸¹; 'Allahsız'⁸², 'Serseri herif'⁸³; 'Lan'⁸⁴; 'S....tir'⁸⁵;

⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.467.

⁷⁴ 2.D. 24.11.1982 E:784 K:768, As.YKD., S.1, Y.1984, s.6

⁷⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.467.

⁷⁶ ERMAN/ÖZEK, s.277.

⁷⁷ Nitekim Askeri Yargıtay bu açıklamalardan sonra bir kararında; *'...Onbaşı rütbesinde bulunan mağdurun, ast ve üstleri ile bir arada bulunduğu bir ortamda, astı konumunda bulunan sanık tarafından "Şaşı, şaşı" diye çağırılması ile üstlük nüfuzunun aşağılandığının, rencide edildiğinin kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Mağdurun fiziksel kusuru ile ilgili bu sözlere duyduğu tepki ve daha önce de kendisine uyarıda bulunduğunu söylemesi karşısında, bu sözlerin şaka maksatlı olarak söylendiğinin kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle sanığın bu yöndeki temyizinde haklılık görülmemiştir.'* (As.Yar.ID., 22.07.2010, 2010/1862-1852 E-K., As.Yar.Der., S.24, Y.2011, s.43-45).

⁷⁸ As.Yar.DK., 29.12.2011, 2011/127-126 E-K., TSK Net.

⁷⁹ *'...Sanığın yazılı savunmasında amirine hitaben sarf ettiği "geçen 4 gün içerisinde o disiplinsizlik olayının nedenim daha sağlıklı değerlendirebileceğinizi umardım. Ama nerede, siz ve de Destek Komutanımız eşine az rastlanır bir pişkinlik örneği veriyorsunuz, teşekkür ederim" şeklindeki hitabıyla üst ve amirini sağlıklı bir değerlendirme yapmama itham ettikten sonra, pişkinlik örneği verdiğini ve bu pişkinliğine eşine az rastlanır nitelikte olduğunu belirtmek suretiyle yakınma ve hürmetsizlikte bulunma hudutlarını aşır muhatabını tahkir ve tezyif etmeye yönelik olduğu ve bu kasıtlı söylendiği anlaşılmaktadır.'* (As.Yrg.Drl.Krl., 14.5.1987, E.104 K.93, ÖZBAKAN, s.207).

⁸⁰ As.Yrg.2D., 22.9.1950, E.1649, K.2145, ÖZBAKAN, s.204.

‘Saçmalama’⁸⁶; ‘Siz isterseniz bizi sinkaf edersiniz’⁸⁷; ‘Senin kirli çamaşırlarını dökeceğim’⁸⁸; ‘Böyle komutanlık olmaz, sen komutanlık yapmıyorsun, sen Allah mısın... hamama gidiyorum, istersen seni de götürüyüm’⁸⁹; ‘Sen kimsin ki benden su istiyorsun, ben bu güne kadar babama dahi su vermedim. Sen değil asteğmen, albay dahi olsan sana su getirmem. Ben bu güne kadar albaya dahi su vermedim’⁹⁰; ‘Böyle bir komutanın emri altında çalışmaktan hicap duyarım’⁹¹; ‘Sinkaf ederim böyle işi, 35 yaşındaki adam, 20 yaşındaki adama teknil verir mi’⁹²; ‘Sen kimsin ki bize karışyorsun, senin yaşın kaç’⁹³; ‘Al bunu nerene sokarsan sok, eşek oğlu eşek, senin a... koyacağım’⁹⁴; ‘Binbaşı yemeğe geldi mi var, yatmaya geldi mi var, ama işe geldi mi ara ki bulasın’⁹⁵ sözlerinin, söylendiği ortam, oluşma koşulları vb. dikkate alınarak üste veya âmire hakaret suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir.

⁸¹ “Manyak” sözcüğü bizatihi tahkir ve tezyif edici nitelikte olup, hakaret suçunun unsurlarını muhtevidir. Sanığın Askerlik Daire Başkanı olan albay tarafından imzalanıp gönderilmiş bulunan emri okuması akabinde “bizim daireden manyak manyak emirler geliyor” dediği kesin bir biçimde subuta erdiğine ve sübuta eren duruma göre matufiyeti belli olan bu sözlerin sanığın âmiri olan Askerlik Dairesi Başkanına yönelik olduğunda şüphe bulunmadığına göre, âmire hakaret suçu teşekkül etmiştir.’ (As.Yar.3D., 14.06.1988, 1988/417-400 E-K., As.Yar.Der., S.7, Y.1990, s.114).

⁸² 4.D. 22.03.1977 E:95 K:97, As.YKD., S.1, Y.1984, s.5-6.

⁸³ 2.D. 13.02.1980 E:67 K:62, As.YKD., S.1, Y.1984, s.6.

⁸⁴ ‘“Aslı “ulan” olan, ancak halk dilinde “lan” olarak da kullanılan kelimenin, Meydan Larus’da, vefasızlık, samimiyetsizlik, nankörlük, beddua, lanetleme anlamına geldiği açıklanmaktadır. Sanık P.Er M.U.’nun eğitim esnasında takım komutanı olan ve eğitim yaptıran Atğm.D.K’nin “gel buraya lan” şeklinde seslenmesi üzerine “...gelmiyorum lan” demek suretiyle amiri konumunda bulunan üstünü küçük düşürdüğü, aşağıladığı, amirinin vakar ve haysiyetine tecavüzde bulunduğu tartışmasızdır...” (As.Yar.DK., 26.4.2001, 2001/44-43 E-K., As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.194-195).

⁸⁵ As.Yar.DK., 19.02.1998, 1998/22-30 E-K., As.Yar.Der., S.12, Y.2000, C.1, s.519-527.

⁸⁶ As.Yrg.2. D., 2.12.1987 E. 729 K. 718, ÖZBAKAN, s.206.

⁸⁷ As.Yar.5.D., 27.10.1987 E. 665 K. 652, As.YKD., S.6, Y.1990, s.232.

⁸⁸ As.Yar.5.D., 23.12.1987 E. 823 K. 808, As.YKD., S.6, Y.1990, s.232.

⁸⁹ As.Yrg.5.D. 17.6.1987 E. 332 K. 364, ÖZBAKAN, s.206.

⁹⁰ As.Yar.DK., 10.03.1988, 1988/45-24 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.111.

⁹¹ As.Yar.2D. 16.9.1987 E. 464 K. 455, As.YKD., S.6, Y.1990, s.233.

⁹² As.Yar.4D., 15.03.1988, 1988/210-194 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.114.

⁹³ As.Yar.DK., 20.05.1999, 1999/87-109 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.212-213.

⁹⁴ As.Yar.DK., 22.6.2000, 2000/123-124 E-K., As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.207-209.

⁹⁵ As.Yar. Drl.Krl., 6.6.1991, E.100 K.96, As.YKD.,1993, S.10, s.18.

4. Nitelikli Haller

a. Suçun Hizmet Esnasında veya Hizmete Müteallik Bir Muameleden Dolayı İşlenmesi (AsCK m.85/1)

AsCK'nın 85/1'nci maddesinin ilk cümlesinde suçun basit düzenleniş şekline ilişkin açıklamadan sonra 'ile' cümlesinden sonra devam eden halinde '*hakaret hizmet esnasında yahut hizmete müteallik bir muameleden dolayı vuku bulursa*' faile daha fazla ceza verilmesine ilişkin suçun nitelikli haline yer verilmiştir.

Hizmet esnasında üste hakaret suçunun oluşumu için, mağdurun hizmet hâlinde bulunduğu bir esnada hakarete maruz kalması yeterlidir.⁹⁶

Hizmete müteallik muameleden dolayı amir veya üste hakaret suçunda ise, Askeri Yargıtay kararlarına göre, taraflar arasında hizmet ilişkisinin veya hizmet halinin doğması, yapılmasına başlanılan veya yapılan işlemin hizmet gereği olarak yapılmış olması, ayrıca failin de, özellikle bu işleme başlamış olması veya başlanmış olmasından dolayı hakarete bulunulması gibi şartlar aranmaktadır. Yine AsCK'nın 85/1'nci maddesinde yer alan hizmet esnasında yapılan hakaret eyleminde, olay bittiğinde hizmet hali sona erdiği halde, hizmete müteallik muameleden dolayı yapılan hakarete, bu durum süre ile kayıtlı olmaksızın diğer bir anlatımla bu işlem nedeniyle yapılan hakaret eylemi ne zaman yapılırsa yapılsın (bir hafta, bir yıl gibi) hakaret suçunun bu nitelikli halinin oluşacağı kabul edilmektedir.⁹⁷

Hizmete müteallik bir muameleden dolayı üstüne hakaret eden sanığın artık hizmet halinde olmasının bir önemi yoktur. Zira sanığın hakaret suçunu '*hizmete müteallik bir muameleden dolayı*' işlemesi halinde artık kendisinin hizmet halinde olması aranmayacaktır. Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında bu açıklamalardan sonra, '*Gecenin geç saatlerinde hastanede yatmakta olan bir yakınını ziyaret etmesine müsaade etmeyen hastane nöbetçi amirini sırf bu yüzden hakaret eden sanık astsubayın eyleminin hizmete müteallik bir muameleden neşet ettiği gözetilmeden adiyen üste hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi(nin)*' hukuka aykırı olduğunu açıklamıştır.⁹⁸

⁹⁶ Bu nedenle sadece üste fiilen taarruz suçuyla ilgili olarak verilen Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu(İBK)'nun 2.3.1969 tarih ve 1969/4-4 sayılı kararının üste hakaret suçu açısından geçerliliği bulunmadığı açıklanmıştır. Bu açıklama için bkz As.Yar.DK., 9.10.2003, 2003/76-76 E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.234-236.

⁹⁷ Bu açıklamalar için bkz. As.Yar.2D., 26.06.1969 tarih 1969/343-339 EK; As.Yar.DK., 21.04.1994 tarih 1994/48- 48 E-K; As.Yar.DK., 26.12.1996 tarih 1996/194-191 E-K., BAL, s.85/1.

⁹⁸ As.Yar. 5D., 16.7.1986, 1986/168-156 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.231.

Ast amirlerine mutlak itaate mecburken, üstlerine de kanunların ve nizamların gösterdiği durumlarda itaat etmek zorunda olan kişidir (211 SK. m.14). Nitekim TSK İç Hizmet Kanunu amirler dışında her üstün, disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve bu durumda astına emir vermeye yetkili ve görevli kılınmıştır (211 SK. m.24). Bu durumda üstün verdiği emir bir hizmet emri olarak kabul edilmekte ve bu emri yerine getirmeyen kişi, uygulamada emre itaatsizlikte ısrar suçundan (AsCK m.87/1) cezalandırılmaktadır.⁹⁹ Sanığın, kendisini disiplinsiz hareketlerinden dolayı uyararak esas duruşa geçmesini emreden üstüne karşı emri yerine getirmemek eylemi dışında ayrıca bu nedenle hakaret etmesi de mümkündür. Bu durumda, failin bu eylemi suçun nitelikli hakli olan, 'hizmete ilişkin bir muameleden dolayı' üste hakaret suçu olarak vasıflandırılacaktır.¹⁰⁰

Askeri Yargıtay kararlarında; *'Amiri durumunda olan askerlik şubesi başkan vekilinin, yerinde bulamaması sebebi ile nerede olduğunu soran aynı şubede görevli sanık sivil memurun, amirinin bu sorusuna karşı elini masaya vurarak 'yeter senden çektiğim ulan, sen de memursun ben de, ne yapacaksan yap'*¹⁰¹ sözü ; *'Yoklama almak üzere koğuşa gelen nöbetçi subayına, yatması hususunda yaptığı müdahaleye kızarak hakaret eden sanık teğmenin hakaret teşkil eden sözleri'*¹⁰²; *'Şubeye rütbeli bir şahsın atanması halinde boşaltmak kaydıyla tahsis ettiği lojmanın tahliyesi işlemi dolayısıyla Şube Başkan Vekiline hakaret eden sanığın eylemi'*¹⁰³; *'Mıntıka temizliğine iştirak etmemesini bölük komutanına bildireceğini söyleyen nöbetçi çavuşuna sırf bu hareketinden dolayı kızarak hakaret eden sanığın eylemi'*¹⁰⁴; *'Sanığın, disiplinsizliği nedeniyle âmiri tarafından kendisine verilen yedi günlük oda hapsi cezasını nerede çekeceğini sorduğu âmirinden cevap alması üzerine yüksek sesle 'emredersiniz' dedikten sonra daha alçak sesle 'senin a...g...sk. edeyim'*¹⁰⁵ şeklindeki sözü; *'Askerlik Şubesine ait lojmanda şartlı surette oturmakta olan sivil memur M.U.'ya 20.5.1985 günü Şb. Bşk. V. Atğm. tarafından lojmandan çıkması bildirildiğinde, asteğmene*

⁹⁹ *'Disiplini ihlal eden bir askerî şahsın işbu fiili sebebiyle üstü bulunan bir askerî şahıs tarafından yetkili makama daveti, bir hizmet emri olup, bu davete icabet etmemek emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder.'* (As.Yrg. 4.D. 15.6.1971 E.274 K.271, ÖZBAKAN, s.210).

¹⁰⁰ Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 21.04.1994 tarih 1994/48-48 E-K., BAL, s.85/7.

¹⁰¹ As.Yar 5D., 24.9.1986, 1986/192-173 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.231.

¹⁰² As.Yar 5D., 1.10.1986, 1986/214-186 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.231.

¹⁰³ As.Yar. 1D., 18.11.1987, 1987/693-681 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.231-232.

¹⁰⁴ As.Yar.DK., 01.12.1988, 1988/186-153 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.112.

¹⁰⁵ As.Yar.1D., 30.03.1988, 1988/299-291 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.112.

hitaben 'ben sizin lafınızla lojmandan çıkmam, iş de yapmam, sen ne biçim âmirsin hıyar herif'¹⁰⁶ şeklindeki sözleri; 'Sanığın, bir gün evvel bir ere hakaret ettiğini duyan ilk sicil âmiri üsteğmenin imzalayarak verdiği belge ile savunmasını istemesi üzerine, sanığın, kendi el yazısıyla bu belgenin altına yazdığı savunmasında; 'Bazı üstlerin erlerin yedi ecdadına küfür ettiği, bir kurmay yüzbaşının tekme tokat ve küfürle karışık bir eri dövdüğü tespit edilen bir ortamda s....git demenin suç olarak ileri sürülmesi, bu savunmayı hazırlayanı ancak komik duruma düşürür, bu aksaklıklar savunmayı hazırlayanın bilgisizliğini ortaya koymaktadır, bu işlemler ehil birine yaptırılmalıdır'¹⁰⁷ şeklindeki sözlerin; hizmete ilişkin işlem niteliğinde olan, nöbet yazma hizmetinden kaynaklandığı anlaşılan hakaretin¹⁰⁸; 'Devriye nöbetçi çavuşu olan mağdurun, garaj nöbetçisinin nöbet sırasında içki içtiğini tespit ederek yetkililere bildirmesi yaptığı görevin gereği olup, arkadaşının şikâyet edilmesine sinirlenerek mağdura hakaret içeren sözler sarf eden sanığın eyleminin'¹⁰⁹; Sanığın, kendisinden savunma isteyen amirine, sırf savunmasını almak istemesi sebebiyle hakaret eylemlerinin¹¹⁰, hizmete müteallik muameleden dolayı hakaret suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir.

Buna karşılık, Askeri Yargıtay kararlarında; Futbol maçı esnasında işlenen sanık astsubayın üsteğmene yönelik hakaret eyleminde¹¹¹; Sanığın lokantada yemek yediği sırada, karşısında oturan, kimliği belli olmayan şahsa karşı '...anasına koyduğumun komutanları, yemekhaneler boşken, yağmur, çamurda, dışarıda eğitim yaptırıyorlar.' şeklinde askerlik görevini yaptığı yerdeki amir veya üstlerine yönelik sözleri¹¹²; Rahatsızlığı nedeniyle eğitimden muaf tutulan sanığın, mağdur Tğm.nin keyfilige kaçan ceza eğitimi yaptırması nedeniyle hakaret eylemlerinin¹¹³, AsCK'nın 85/1'nci

¹⁰⁶ As.Yar.1D., 23.11.1988, 1988/711-702 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.113.

¹⁰⁷ As.Yar.2D., 30.03.1988, 1988/292-269 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.114.

¹⁰⁸ As.Yar.1D., 25.1.2006, 2006/67-66 E-K., As.Yar.Der., S.20, Y.2007.

¹⁰⁹ As.Yar.4D., 25.3.2003, 2003/313-308 E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.221-222.

¹¹⁰ As.Yar.DK., 28.3.2002, 2002/28-28 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.248-251.

¹¹¹ As.Yar.4D., 30.6.1987, 1987/448-426 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.233.

¹¹² As.Yar.DK., 17.1.2002 tarih 2002/7-7 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.244-247.

¹¹³ Askeri Yargıtay, 'Mağdurun hizmet ilişkisinin eğitim yaptırdığı eratla olduğu, yoksa sanıkla bir hizmet ilişkisinin bulunmadığı, zira bilindiği gibi sanığın rahatsızlığı nedeniyle mağdur tarafından eğitimden yani askerî hizmetten muaf tutulduğu ve ağaç altına istirahate gönderildiği, istirahatli olan kişiye askerî hizmet verilmemesinin tabii olduğu bir an için istirahatli olan sanığa Atatürk İlke ve İnkılaplarına Erin Ders Kitabından okuyup öğrenmesi için görev verildiği ve bu münasebetle sanık ile mağdur arasında hizmet ilişkisi

fıkrasının birinci cümlesindeki basit hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir.

Üst veya amire hakaret suçunun hizmet esnasında yahut hizmete müteallik bir muameleden dolayı oluştuğunun kabulü için, üst veya amirin astına karşı hizmet ilişkisini ortadan kaldıracak haksız bir eyleminin bulunmaması (astını dövmek, küfür etmek ya da keyfi davranışlarda bulunmak vb.) gerekmektedir. Haksız bir eylem üzerine amir veya üste hakaret edilmesi halinde, hizmet hali ortadan kalkacağından AsCK m.85/1'deki basit hakaret suçuna göre failin cezalandırılması gerekecektir. Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹¹⁴ Ayrıca bu durum mağdur lehine haksız tahrik indiriminden de yararlanmayı gerektirebilir. Bu konu ileride kusurluluk bahsinde açıklanacaktır.

Yine burada açıklanması gereken bir başka nokta, yukarıda açıklanan AsCK m.106 bakımından mağdurun amir gibi korunduğu hallerde failin hizmet esnasında işlenen hakaret suçunun faili olup olamayacağı hususudur. AsCK m.106 bakımından mağdurun amir sayılabilmesi için, 'hizmet esnasında' olgusu arandığından, bu olgunun ayrıca amire hakaret suçunun nitelikli hâli olan hizmet esnasında işlendiğinin kabulü için ikinci kere esas

tesis edildiği kabul edilse dahi mağdurun, sanığın verilen süre içinde Atatürk İlke ve İnkılapları konusunu öğrenememesi üzerine sanığın belinden rahatsızlığını bile bile, hastalığını dikkate almadan O'na ceza verecek ve sıhhatini bozacak şekilde sürünme ve koşu cezası vererek işi keyfiliğe döktüğü andan itibaren sanıkla olan hizmet ilişkisi ortadan kalkacağı için olayda "Hizmet esnasında" unsurunun ve keza hakaretin hizmete ilişkin muameleden dolayı olma unsurunun gerçekleşmediği(ne) karar verilmiştir.' (As.Yar.DK., 14.10.1999, 1999/191-179 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.220-222).

¹¹⁴ Bu açıklama için bkz. As.Yar.4D., 20.01.1970 tarih 1970/31- 27 E-K., As.Yar.DK., 28.09.1989 tarih 1989/203 - 201 EK; As.Yar.3D., 12.01.2000 tarih 2000/3-1 E-K., As.Yar.3D., 8.05.2001 tarih 2001/390 - 369 E-K., BAL, s.85/8 ; '*...Oluş şekli yukarıda açıklanan olayda, sanığın üstü olan ve Bölük Nöb.Çavuşu görevini ifa eden mağdur Çvş.C.U.'un yetki hudutlarını aşarak "burayı boşaltın lan" demesiyle "Hizmet hali" dışına çıktığı, astı bulunan sanığa karşı küfürlü konuştuğu, böylece "Hizmet hali" dışına çıktığından ve müsnet üste hakaret suçunu "Hizmet Esnasında" işlediği söylenemeyeceğinden, sanığın üstü durumundaki Çvş.C.U.'a karşı sarf ettiği tanık beyanları ile sabit olan "seni s...m" şeklindeki hakaret teşkil eden sözleri ile ASCK'nın 85/1'nci maddesinin (1)'nci cümlesinde düzenlenen "Üste Hakaret" suçunu işlediği ve sanığın amiri olmadığı halde sanığın bu eyleminin üste hakaretin nitelikli hali olan "Hizmet Esnasında Üste ve Amire Hakaret" suçu olarak vasıflandırılıp buna göre cezalandırılması yoluna gidilmesi isabetsiz bulunduğundan sanığın bu eylemine ilişkin mahkumiyet hükmünün suç vasfının tayinindeki isabetsizlikten dolayı bozulması gerekmektedir.'* (As.Yar.2D., 06.07.2005, 2005/ 742-745 E-K., As.Yar.Der., S.19, s.195-197).
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

alınması mümkün değildir. Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹¹⁵

Yine TSK İç Hizmet Kanunu'nun 115'nci maddesine göre, TSK ve MSB kadrolarında görevli sivil personelin amirine karşı işlediği suçlarda, amir veya personelin hizmet hâlinde olması veya fiilin hizmet gereklerinden doğması ön şarttır. Yukarıda AsCK m.106 da olduğu gibi sivil personelin AsCK m.85'in faili olarak kabulü için hizmet olgusu arandığından, bu olgunun ayrıca amire hakaret suçunun nitelikli hâli olan hizmet esnasında da işlendiğinin kabulü için ikinci kere esas alınması mümkün değildir. Nitekim

¹¹⁵ As.Yar.4D., 21.4.2003, 2003/400-397 E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.225-226; 'Sanık ile mağdur J.Er A.S.'nin hem rütbe oldukları, 25.9.2004 tarihinde J.Er A.S.'nin bölük nöbetçi onbaşı olup, nöbetçi onbaşılığı hizmetinin 24 saat esası üzerine düzenlendiği ve saat 9.00 dan ertesi gün 9.00'a kadar sürdüğü, Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin "Nöbetçi onbaşlarının görevleri" başlıklı 396'ncı maddesi uyarınca düzenlenen görevleri kapsamında 26.9.2004 tarihinde 3.00 ilâ 6.00 saatleri arasında 1 Numaralı Nizamiye Nöbetçisi olan sanığı nöbet hizmeti için uyandırmaya çalıştığı, söz konusu yetkilerinin kullanıldığı hâllerde amir konumunda bulunduğu, ancak sanığın nöbet için kalkmak istemeyerek nöbetçi onbaşı A.S.A.'ya hitaben "kitabını s.k. lan, g... başın oynuyor" ve "seni s.k. edeceğim, sen de i...leştin, şerefsiz" şeklindeki sözleri sarf ettiği, sanığın inkarı hilafına yeminli dinlenen tanık anlatımları ile sabit olup, hizmete müteallik bir muameleden dolayı ASCK'nın 85/1'inci maddesinin ikinci cümlesi uyarınca mahkûmiyete hükmedilmiş ise de; Nöbetçi onbaşılığı, ASCK'nın 15 ve 106'ncı maddeleri kapsamında kabul edilen bir nöbet hizmeti değildir. Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin 396'ncı maddesinde nöbetçi onbaşılığı bölükte mevcut onbaşı olmadığı takdirde liyakatli erler arasında tutulacağı belirtilip, 11 madde halinde nöbetçi onbaşının görevleri açıklanmıştır. Olayımızda, J.Er A.S.'nin Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin 396'ncı maddesi uyarınca aynı rütbede bulunan sanık erin amiri sıfatını kazanmış bulunması, o gün kendisine verilen "bölük nöbetçi onbaşılığı" hizmeti ve bu hizmetin kazandırdığı "bölük nöbetçi onbaşı" sıfatından dolayıdır. Bu hükümler, bu hizmet nedeniyle onu eşidi rütbedeki erlere karşı "amir" konumuna getirmiştir ve onlara karşı korunmuştur. Bu bakımdan Nöbetçi Onbaşının ifa ettiği bu görev sırasında ikinci defa (hizmete müteallik işlemlerle ilgili olarak) kanunun korunmasından istifade etmesi kanunun amacına uygun düşmediğinden, ASCK'nın 85/1'inci maddesinin birinci cümlesi yerine ikinci cümlesinden mahkûmiyetine hükmedilmesi kanuna aykırı görülerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir.' (As.Yar.4D., 19.07.2005, 2005/872-871 E-K., As.Yar.Der., S.19, s.198-200). 'Olayda Çavuş A.E'nin İç Hizmet Yönetmeliği m.399/1 uyarınca sanık Çavuş'un amiri durumuna geldiğini, nöbetçi çavuşunun ifa ettiği bu görev nedeniyle ASCK m.106 gereğince amir sıfatına sahip olduğunu, bu nedenle, ikinci defa hizmete müteallik işlemlerle ilgili olarak kanunun korunmasından istifade etmesi olanaksız olduğundan,' fail hakkında ASCK m.85/1'in 2'nci cümlesinin uygulanamaz. (As.Yar.DK., 27.05.1999, 1999/126-113 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.215; .Ancak Askeri Yargıtay'ın daha sonraki bir kararında bu konuda aksi yönde bir karar vermiştir bkz. As.Yar.Drl.Krl., 20.01.2011, 2011/4-4 E-K., As.Yar.Der., S.25, Y.2012, s.107-112.

Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹¹⁶ Örneğin, sivil personelin amire hakaret suçunda, bu suçun oluşması için suçun amire karşı hizmet halinde işlenmesi zorunlu olduğundan, failin AsCK m.85/1'in ilk cümlesindeki suçun basit halini göre cezalandırılması gerekecektir.

b. Suçun Madde-i Mahsusa Tayini İle İşlenmesi (AsCK m.85/2)

Suçun madde-i mahsusa tayini ya da somut bir fiil veya olgu isnat edilerek işlenmesi, AsCK m.85/'de üste veya amire hakaret suçunun cezasını artıran nitelikli bir hali olarak öngörülmüştür. Somut bir fiil veya olgu isnadında, isnat olunan hususun belirli olması şarttır. Örneğin, hırsız şeklindeki ifade tek başına bir fiil veya olgu içermediğinden sövmek eylemi şeklinde değerlendirilmelidir. Öte yandan isnadın bir fiile, olaya ilişkin olması gerekir.¹¹⁷

Askeri Yargıtay bir kararında, '*Sanığın, Atğm....'ın eşinin kuaför er... ile öpüştüğüne dair havadis yayması ve dedikodu yapması, AsCK. nun 85/2 nci maddesinde yazılı 'madde-i mahsusa isnadı' suretiyle hakaret suçunu' oluşturacağını açıklamıştır.*¹¹⁸

c. Umuma Teşhir Olunmuş Yazı, Resim Veya Sair Neşir Yoluyla veya Resmi Makamlara Verilip Üzerinde İşlem Yapılan Evrak İle Hakaret (AsCK m.85/3)

Umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir yoluyla veya resmi makamlara verilip üzerinde işlem yapılan evrak ile hakaret, AsCK m.85/3'te suçun nitelikli hali olarak kabul edilmektedir. Madde hükmünde geçen teşhirden maksat, ifşadır. Teşhir, yazıyı, resim vb. şeyleri çoğunluğun farkına varacağı bir hale getirmektir. Böyle bir yazı tek bir kişi tarafından fark edildiği anda suç tamam olur.¹¹⁹

Askeri Yargıtay bir kararında, sırf askeri savcıya bilgi vermeyi amaçlayan özel mektubun 'üzerinde muamele cereyan etmiş evrak' sayılamayacağını açıklamıştır.¹²⁰

¹¹⁶ Bu açıklama için bkz. As. Yar. DK., 5.6.2003, 2003/57-56 E-K., As. Yar. Der., 2004, S.16, s.230-233.

¹¹⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.485-486.

¹¹⁸ As. Yar. 1.D. 2.11.1988 E: 675, K: 677, As. YKD., S.7, Y.1990, s.113.

¹¹⁹ TAŞKIN, Rıfat, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1941, s.157.

¹²⁰ '*...Sanıklar tarafından müştereken imzalandıktan sonra askeri savcılığa gönderilen 6 sahifeden ibaret yazım, içeriğinde herhangi bir istem olmadığından bunun bir dilekçe ve özellikle de şikâyet dilekçesi yahutta herhangi bir muameleyi öngören dilekçe mahiyetinde kabulü mümkün olmayıp, taburda daha önce cereyan etmiş bir olay hakkında askeri savcıya bilgi vermeyi amaçlayan özel bir yazı, bir mektup niteliğinde bulunmasına, söz konusu mektubun sanıkların istek ve iradeleri dışında askeri savcı tarafından hiç bir işleme tabi tutulmayarak askeri mahkemeye gönderilmiş olmasının da mektuba "üzerinde muamele YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

B. MANEVİ UNSUR

Amir veya üste hakaret suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suç tipinde failin amacından bahsedilmemiştir. Bu nedenle failin hangi saikle hareket ettiğinin suçun oluşumunda herhangi bir etkisi yoktur. Yine bu suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür.¹²¹ Ancak Askeri Yargıtay'ın bu suçun manevi unsurunun genel kast mı yoksa özel kast mı olduğu konusunda çelişik kararları bulunmaktadır.

Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında suçun genel kastla işlenebileceğini açıklamasına rağmen, *'Üstün ismi kullanılarak kendisine yapılan aşırılığa kaçmış şaka sırasında sanığın üstünün ismini zikrederek sarf ettiği küfürlü sözler, hakaret kastı bulunmadığından üste hakaret suçunu'* oluşturmayacağını açıklamıştır.¹²² Yine ileride içtima bahsinde açıklanacağı

cereyan etmiş evrak" niteliğini kazandırmayacağına binaen sanıklara yüklenen suçun As. C.K. nun 85/3 ncü fıkrasına değil, 85/1 nci fıkrasına mümas olduğu gözetilmeden ceza tayini kanuna aykırıdır...' (As.Yar. DK., 14.5.1987, 1987/104-93 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.229-230).

¹²¹ DEĞİRMENCİ, s.347.

¹²² *'...Hakaret suçunun maddî unsuru, her ne şekilde olursa olsun bir kimsenin şerefine, namusuna, şöhretine, haysiyetine ve vakarına gerçekleştirilen kasıtlı ve haksız tecavüzleri içermektedir.Bu suçun manevî unsuru ise kasıttır. Eylemin kasıtlı olarak işlenip işlenmediği suçun unsurlarının oluşumu bakımından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla kastın var olup olmadığının belirlenmesi için olayın tümünün değerlendirilmesi gerekmektedir.Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 2.5.1969 gün ve E.41, K.40 sayılı kararında da belirtildiği gibi, söylenen sözlerin hakaret olup olmadığı belirlenir iken, bu sözlerin hangi koşullar altında söylendiğinin, failin ve mağdurun içinde buldukları durum, hakarete ilişkin sözlerin hangi nedenle söylendiği hususlarının dikkate alınması gerekmektedir.Olayımızda, sanığın koğuştan saatinde çıkmaması nedeniyle Y.B. Astsubaydan azar işittiği; onun tarafından yakalandığı, ondan oldukça çekindiği bu durumu bilen arkadaşları tarafından zaman zaman kendisine şaka mahiyetinde "Y.B. Astsubay geliyor" denilerek onun korkmasına, telaşlanmasına yol açıldığı, bu sözlerin onunla alay edilme konusu hâline getirildiği, durum bu vaziyette iken yine olay günü, sanığın beş-altı arkadaşı ile oturduğu sırada, sanığın arkadaşlarından birinin yine "Y.B. Astsubayın geldiğini" söylemesi üzerine sanığın da kendisine şaka yapıldığını düşünerek "Y.B. Astsubayı sinkaf edeyim" şeklinde söz söylediği, bu sözlerin kendisine şaka yapan arkadaşına doğru söylendiği, ancak o sırada tesadüfen içeri giren mağdur tarafından duyulduğu ve tutanak tutulduğu göz önüne alındığında; sanığın arkadaşları tarafından kendisine yapılan şakalar nedeniyle, bu tür bir sözü sarf ettiği, Y.B. Astsubayı kast ederek ona hakaret etmediği, ... mahkûmiyet hükmünü tesis edilmesinin kanuna aykırı olduğu, dolayısıyla hükmün bozulması gerektiği sonucuna varılmıştır.'* (As.Yar.1D., 09.06.2004, 2004/629-627 E-K., As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.291-292); Askeri Yargıtay'ın benzer bir başka kararı şöyledir: *'Denizli 11.P.Tug.K.lığı emrinde olup Ağustos 2005 döneminde kanuni izne ayrılmış olan sanığın Karpuzkaldıran Kampında rahatsızlanan eşi Nermin ve kızı Bengül'ün kamp revirinde ve 23.08.2005 tarihinde Denizli Asker Hastanesi Dahiliye Polikliniğinde yapılan muayenelerinde verilen*
YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

üzere, Askeri Yargıtay, failin amir veya üstü tehdit suçu (AsCK m.82/2) dışında, üste veya amire hakaret ettiğinin de kabulü için ayrıca tahkir kastı gibi özel bir amacının bulunması gerektiğine karar vermiştir.

Askeri Yargıtay genel kastla hareket edilmesini yeterli bulduğu diğer kararlarında konu ile ilgili şu açıklamalarda bulunmaktadır: Hakaret suçunun oluşması için, salt vakar ve haysiyete tecavüz niteliğindeki sözlerin sarf edilmesi yeterli değildir. Ayrıca bu sözlerin mağdurun şeref ve haysiyetini zedelemek özel kastı ile söylenmiş olması gerektiği kabul edilmekte ise de, bu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Zira, her ne kadar eylemin suç teşkil edip etmeyeceği değerlendirilirken, sözün söylendiği yere, zamana, koşullara, söyleniş sebebine, failin ve mağdur durumlarına bakılacağına kuşku bulunmamakla beraber, hakaret suçu genel kasıt altında işlenebilen şekli bir suç niteliğindedir. Bu suçun işlenmesinde ‘özel kast’ aranmaz.¹²³

Söylenen sözlerin hakaret teşkil edip etmediğinin saptanması için, bu sözlerin hangi ortamda ve hangi koşullar içerisinde söylendiğinin, failin ve

ilaçlara rağmen iyileşemedikleri, bunun üzerine 27.08.2005 günü Denizli’de özel bir poliklinikte muayene oldukları, sanığın önerilen ilaçları reçete ettirmek üzere 29.08.2005 günü öğleye doğru Denizli Asker Hastanesi Danışma Hekimliğine başvurduğu, Danışma Hekimi olan mağdur Tbp.Ütgm.G.Ö.’in ise hastaları görüp muayene etmeden anılan ilaçları reçete edemeyeceğini bildirdiği, her ikisi arasında gerginlik yaşandığı, ancak boyut kazanmadan sanığın Askeri Hastaneden ayrıldığı, aynı gün öğleden sonra sanığın yanında eşi ve kızı olduğu halde danışma hekimliğine geldikleri, mağdur hekimin “saat 15:45, muayene olacaksınız kulak burun boğaz polikliniğine sevk edeyim” dediği, bunun üzerine sanığın eşi ve kızının mağdura serzenişte buldukları, mağdurun “dikkatli konuşun, ben bir üsteğmenim ve askeri doktorum” dediği, sanığın bu durum karşısında kimliğini çıkartıp “kimsen kimsin, ben de 30 yıllık astsubayım, Rus askeri miyim, lanet olsun hepinize” şeklinde bağırduğu ve eliyle masaya vurduğu, bu esnada sanığın eşinin bayılıp yere düştüğü, acil servise kaldırılıp tıbbi müdahalede bulunduğu toplanan kanıtlardan anlaşılmaktadır...Hakaret suçunda suç kastının belirlenmesi önem kazanmaktadır. Sergilenen eylemin veya söylenen sözlerin hakaret olup olmadığı saptanırken bu eylem ya da sözlerin hangi şartlar altında cereyan ettiği, failin ve mağdurun içinde buldukları durum ile hakaret teşkil ettiği ileri sürülen sözlerin sarf edilme sebebinin irdelenmesi gerekir. Kastın, olayın bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu ortaya konulması zorunludur.... Bu sözlerde hakaret boyutuna varacak nitelikte bir içerik bulunmadığı gibi yukarıda cereyan şekli belirtilen ortamda sanığın bu sözleri mağduru küçültmek ve tahkir etmek amacı ve kastı altında da söylediğini kabul etmek olanaklı değildir...Fakat sanığın bu eylemi, ASCK’nın 85/1 nci maddesi anlamında üste hakaret suçunu oluşturmakla beraber askeri kurallara ve terbiyeye, örf ve adete de uygun düşmediği açık olup saygısızlık boyutunda kalmıştır.’ (As.Yar.2D., 27.06.2007, tarih 2007/1131-1116 E-K., As.Yar.Der., S.21, s.116-119).

¹²³Bkz. As.Yar.DK., 26.4.2001, 2001/44-43 E-K., As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.194-195.

mağdurun durumlarının dikkate alınması gerekir. Zira failin kastı, ancak olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde ortaya çıkarılabilir. Nitekim, Askerî Yargıtay içtihatlarında bu çerçevede yapılan değerlendirmeler sonucu, sarf edilen sözlerin, 'üstün vakar ve haysiyetini kırıcı nitelikte olması', 'üstün kişiliğini ve askerî şöhretini küçük görmek amacını taşıması' gibi hallerde, saygısızlık hudutlarının aşıldığı ve üste hakaret suçunun oluştuğu kabul edilmektedir (Örneğin, As.Yrg.Drl.Krl.nun 18.4.1985/90-83 ve 10.3.1988/45-24 tarih ve sayılı kararları).¹²⁴

Askeri Yargıtay, 'Sanığın ağabeyine yazdığı, ancak göndermeden bölük komutanı tarafından ele geçen mektubunda, komutanı hakkında hakareti içeren cümleler kullandığı ve bu hususun kendisi tarafından da kabul edildiği bir vakta ise de, söz konusu mektubun sanığın kendi iradesi ile elden çıkıp başka bir şahsın bilgisine ulaşmadan, henüz kendisinde ve şahsi tasarruf alanı içinde iken rızası dışında elinden alınarak okunmasında'¹²⁵; 'Sanığın, kendisine ait ajandanın, olay tarihine ve devamına ait sahifelerine, kendisine özel bilgileri ve o andaki ortamını içeren günlük niteliğinde yazı yazdığı ve yazı içerisinde Bl.Astsb. için kullandığı sözcüklerin, hakaret içerdiğinde kuşku bulunmamakla birlikte, kontrol sırasında, nöbetini talimata uygun tutmadığını belirleyen Nöb.Astsubayın, sanığın vermek istemediği, bazı sahifelerini kopartmaya yeltendiği bu defteri, sanıktan iradesi dışında aldığı ve okumak suretiyle bundan haberdar olduğu olayda; sanığın, özelinde sakladığı defterinin, ilgili sahifelerini yok etmesi olanaklı iken, iradesi dışında elinden alınmasıyla, içeriğine ulaşılmasında'¹²⁶ failin suç kastı ile hareket etmediğinden dolayı üste veya amire hakaret suçunun oluşmadığına karar verilmiştir.

¹²⁴ Bu açıklamalar için bkz. As.Yar.DK., 20.05.1999, 1999/87-109 E-K, As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.212-213; '...Deniz Ordonat Merkezî Komutanı Alb. Ö.F.S.'ye, üstü Dz.Bnb. A.T. ve amiri Dz.Bnb. S.B.'yi kast ederek, " O puşt, hırsız binbaşının adamı olduğu için sizi buraya getirdim, özür dilerim" dediği ve bu suretle amire hakaret ve üste hakaret suçlarını işlediği iddia edilen sanığın, inkâra yönelik istikrarlı savunmaları, tanıkların ve mağdurların ifadeleri arasındaki çelişkiler, Alb. Ö.F.S.'nin olayın tek görgü tanığı oluşu, suç tarihinden kısa bir süre önce, sanık tarafından, tanık Ö.F.S. ve mağdurları soruşturmaya tâbi kılacak şekilde ihbar ve şikâyette bulunulmuş ve askerî savcılıkça soruşturmaya başlanılmış olması, Ö.F.S.'nin olaydan sonraki davranışları, (Sanık hakkında soruşturma başlatmaması ve sanıkla yemek yemesi) birlikte gözetildiğinde; sanık hakkındaki beraat hükümlerinin onanmasına ilişkin Daire ilâmında herhangi bir isabetsizlik yoktur.' (As.Yar.DK., 20.4.2006, 2006/105-97 E-K., As.Yar.Der., S.20, Y.2007).

¹²⁵ As.Yar. 5D., 16.9.1987, 1987/507-495 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.232-233.

¹²⁶ As.Yar.DK., 9.2.2006, 2006/32-32 E-K., As.Yar.Der., S.20, Y.2007.

Yine Askeri Yargıtay, ‘*Bölükte erlerin top oynamasına engel olduğundan ve şişmanlığından dolayı bölük erbaş ve erleri arasında (Top Gazi) lakabıyla anılan mağdur astsubay hakkında takılan bu isim, adeta bir alışkanlık halini aldığından, sanık er’in bir arkadaşına yazdığı mektupta mağdurdan bu ad ile*’ bahsedilmesinde¹²⁷; ‘*Üstün ismi kullanılarak kendisine yapılan aşırılığa kaçmış şaka sırasında sanığın üstünün ismini zikrederek sarf ettiği küfürlü sözlerin(de)*’¹²⁸; ‘*Sanığın OHAL bölgesinden eğitim birliğindeki arkadaşına yazdığı mektupta burada ‘Bnb.yı, bile s...mize takmıyoruz’ dediği, sanığın, Tb.a yeni katıldığı için o güne kadar yüzünü bile görmediği Tb.K.nı olarak görevli olan P.Bnb. Ö.Y.a hakaret etmesi*’¹²⁹ eyleminde failin üste veya amire hakaret kastının bulunmadığına karar vermiştir.

Tehevvürle söylenen sözler, failin hakaret kastını kaldırmaz.¹³⁰ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, sanık astsubayın olay günü çocuğunun hasta olduğunu öğrenmesi üzerine gemi 2. komutanından izin alıp evine gitmek maksadıyla mesai dahilinde personelin çıkışının yasaklandığı kapıdan çıkmak istemesi üzerine bekçi tarafından bu kapıdan çıkışın idare müdürü

¹²⁷ As.Yar.ID., 23.12.1987, 1987/779-771 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.232.

¹²⁸ As.Yar.ID., 9.6.2004, 2004/629-627 E-K., As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.291-292.

¹²⁹ ‘*..Daire ilâmında da isabetli olarak belirtildiği gibi argo bir dil kullanarak, tabura yeni katıldığı için o güne kadar yüzünü bile görmediği binbaşıya (iddianamede mektupta geçen binbaşı sözcüğü ile sanığın Tb.K.nı olarak görevli olan P.Bnb.O.Y.’ın kastedildiği iddia edilmektedir) hakaret etmesi için izah edilebilir hiç bir neden bulunmamaktadır. Sanık bu sözcüklerle OHAL Bölgesindeki görev yerinde sanki her türlü askerî disiplin şartlarından uzak, bildiğini okur ve yapar, tam yetkili bir şekilde hareket ettiklerini açıklamakta, mektup yazdığı arkadaşına karşı bu şekilde övünmektedir. Hakaret oluşturduğu iddia olunan sözler iki sayfalık mektubun bir yerine etraflıca düşünülmeden yerleştirilmiş sözler izlenimi vermektedir. Sanıkta amirini veya üstünü küçük düşürmek, onun şeref ve haysiyeti ile oynamak kast ve saikinin bulunduğunu söylemek açıklanan durum karşısında mümkün değildir. Bu nedenlerle sanık hakkındaki amire hakaret suçundan tesis edilen mahkûmiyet hükmünü müsnet suçun kanuni unsurları itibari ile (Manevi unsur-kast) oluşmadığı ve sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği görüşü ile esastan bozan daire kararında isabetsizlik görülmediğinden, Başsavcılığın suçun oluştuğuna, dairenin bozma kararının kaldırılması gerektiğine ilişkin itirazının reddine oybirliği ile karar verilmiştir.’* (As.Yar.DK., 07.10.1999, 1999/194-174 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.223-224).

¹³⁰ Askeri Yargıtay bir başka kararında, ‘*...üste hakaret suçunun manevî unsuru olan “kast unsuru”nun gerçekleşmediği, söylenen sözlerin tehevvüren söylenen söz de olmadığı, zira tehevvüren söylenen sözlerde dahi suç kastının olabileceği kanaatiyle, sanık hakkında suç unsurlarının oluşmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi gerekir iken mahkûmiyet hükmü tesis edilmesinin kanuna aykırı olduğu, dolayısıyla hükmün bozulması gerektiği sonucuna’ varmıştır.’* (As.Yar.ID., 09.06.2004, 2004/629-627 E-K., As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.291-292).

albay tarafından yasaklandığının bildirilmesi akabinde ‘S..ktirme idare müdürünü de albayını da’ dediği maddi bir vakıa olarak sabit olup mahalli mahkemece; bekçinin ikazına sınırlanan sanık tarafından tehevürle söylenen sözlerde hakaret kastının bulunmadığı görüşü ile verilen beraat kararına karşı haklı olarak, bu görüş ve düşüncenin kabulü halinde tehevüre kapılan herkese kızgınlık ve öfke ile karşısında bulunan şahsa hakaret etme hak ve yetkisi tanınmış olur ki, hukuken buna cevaz bulunmadığına karar verilmiştir.¹³¹ Buna karşılık Askeri Yargıtay bir başka kararında; ‘Eş ve kızının hastalıkları nedeniyle Özel bir sağlık kuruluşunun önerdiği ilâçları askerî tabibe yazdırmak isteyen sanığın, hasta olan aile fertlerini hastaneye getirmesine rağmen isteğinin kabul edilmeyişine sınırlanarak sarf ettiği sözlerde üste hakaret kastı bulunmayıp, bu sözlerin içinde bulunduğu telâş, üzüntü ve stres sebebiyle söylendiğinin kabulü’¹³² gerektiğine karar vermiştir.¹³³

Suçun oluşumu için failin suç tipindeki unsurları bilerek isteyerek suç işlemesi yeterlidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, öncelikle bu suçun oluşumu için failin hakaret ettiği kişinin amir veya üstü olduğunu bilmesi, kastının bu bilgiyi de kapsamaması gerekir. Aksi halde failin bu eylemi genel hakaret suçu (TCK m.125) kapsamında değerlendirilecektir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hakaret suçu bakımından en çok karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedeni hakkın kullanılması kapsamında ‘İddia ve savunma dokunulmazlığı’ dır. Nitekim bu husus TCK m.128’de, ‘Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar

¹³¹ As.Yar.4D., 14.7.1987, 1987/466 -443 E-K., As.YKD.,1990, S.6, s.231.

¹³² As.Yar.2D., 27.6.2007, 2007/1131-1116 E-K., As.Yar.Der., S.21, Y.2008, s.116-119.

¹³³ Askeri Yargıtay’ın bir başka kararı şöyledir: ‘Hamile olan eşini Asker Hastanesi Doğum Kliniğine yatıran astsubay sanığın, salonda beklediği sırada, bu bölgenin temizliğinden sorumlu Devlet Memuru H.M.E.’nin temizlik yapacağını söyleyerek kendisinden aşağıya inmesini istemesi sanığın da inmek istememesi üzerine çıkan tartışma kendisini odasına çağıran Baştabip Dz.Tbp.Alb. A.T.’ye, ‘O kim oluyor ki benim aşağı inmemi söylüyor, o zaman eriniz de gelsin bana emir versin’ şeklinde cevap verdiği ve odadan çıkarken de yüksek sesle, ‘Bu Hastanenin de doktorların da Allah belasını versin’ dediği sabit olup sanığın askerî hastanede görevli doktorların tamamına ya da bir bölümüne karşı şeref ve haysiyet kırıcı fiil işleme iradesiyle hareket etmemiş ve sadece kapıldığı anlık öfke sonucu muhataplarının gelecekte kötü duruma düşmesi temennisini içeren sözler söylemiş olması nedeniyle, saygısızlıktan öte geçmeyen eyleminin üste hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi(nin) mümkün’ değildir. (As.Yar. DK., 23.10.2008, 2008/168-168 E-K., As.Yar.Der., 2009, S.22).

kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez.' hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir. Bu nedenle sanığın, savunma sınırlarını aşmadan, savunmasına hizmet edecek ve hakkındaki davanın sonucunu etkileyecek biçimde kullandığı ifadelerin savunma hakkı kapsamında kabulü gerekmektedir.¹³⁴

¹³⁴ ‘...Sanık Kur.Yb.E.E.’nin, bu davaya ilişkin duruşmalarda iddianamede kendisine yöneltilen suçlamalara karşı, cevaplarını mahkemeye yazılı olarak hazırlayıp sunduğu, 9 Aralık 1996 tarihli dilekçesinde üstü olan Dz.Kur.Kd.Alb. H.H.’yi kastederek kullandığı; “...benim de tam aksine Alb. H.H.’nin ve benzerlerinin ruh sağlığı hakkında şüphem vardır... Alb.H.H. tarafından sağlık muayene fişinden bahsedilerek şahsımın rahatsız olduğu iddia edilmektedir. Tüm gayretini kullanarak, sık sık yalana başvurarak beni kötülemeye çalışan komodorun son çare olarak sağlık fişime sarıldığı görülmektedir...Komodorun şahsımla ilgili olarak manevra usullerini bilmediğimi açıklayan ifadeleri de haksızlık ve yalan doludur...Komodorun ifadesinde şahsımın “ben âmiral eşleri eğlenecek diye subay eşleri yardımlaşma davetiyesi almaya mecbur değilim” şeklinde bir cümle kullandığım, Komodorun birçok kez başvurduğu yalanlarından bir tanesidir.” şeklindeki ifadeleri ile 10 Ekim 1997 tarihli esasa ilişkin yazılı savunmasında yer alan “...yapılan eylemler âmirlik kavramı ile bağdaştırılamaz. Bu tür eylemler, ya bir husumetin, ya gemiden topyekun intikam alma duygusunun ya da bir ruh hastalığının neticesi olabilir. Yüzlerce insanı yaz günü İskenderun sığağında susuz bırakmak başka nasıl izah edilebilir ki” şeklindeki sözleri ile ilgili olarak Dz.Kur.Alb. H.H. tarafından kendisine hakaret edildiği iddiası ile sanık hakkında şikayette bulunulduğu, Komutanlıkça sanık hakkında verilen soruşturma emri üzerine yapılan soruşturma sonunda müteselsilen üste hakaret suçundan AsCK.nun 85 ve T.C.K.nun 80 nci maddeleri gereğince cezalandırılması istemi ile kamu davası açıldığı, Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Mahkemesinde yapılan yargılaması sonunda adı geçen mahkemenin 27.1.1999 gün ve 1999/129-18 sayılı kararı ile, sanığın suç teşkil ettiği iddia olunan sözleri savunma maksadı ile söylediği, savunma sınırlarını aşmadığı, üste hakaret kastı ile davranmadığı görüşü ile unsurları itibarı ile oluşmayan suçtan beraetine karar verildiği, hükmün Komutan ve Askerî Savcı tarafından suçun oluştuğu belirtilerek, sanık aleyhine temyiz edilmesi üzerine 3’ncü Dairenin 26.10.1999 gün ve 1999/635-634 sayılı kararı ile müsnet suçun oluştuğu görüşü ile sübut (esas) noktasından bozulduğu, Yerel Mahkemenin bozma üzerine yeniden yaptığı yargılama sonunda 14.12.1999 gün ve 1999/1058-608 sayılı kararı ile beraete ilişkin eski hükmünde direnilmesine karar verildiği, bu hükmün de yine Komutan ve Askerî Savcı tarafından, sanık aleyhine temyiz edildiği, Tebliğnamede de hükmün bozulması yolunda görüş bildirildiği anlaşılmakla; Temyizen yapılan incelemede;a) Sanığın daha önce hakkında açılan kamu davası ile ilgili yargılama sırasında sorgusu tespit edilirken kendi el yazısı ile yazdığı içeriği yukarıda açıklanan 9 Aralık 1996 tarihli dilekçeyi mahkemeye verdiği ve dilekçenin kendisine ait olduğunu mahkeme huzurunda kabul ettiği, b) Aynı dava ile ilgili olarak Askerî Savcı tarafından verilen Esas Hakkındaki Mütalâaya karşı savunması tespit olunurken içeriği yukarıda açıklanan 10 Ekim 1997 tarihli dilekçeyi savunma maksadı ile mahkemeye verdiği, hususlarında herhangi bir uyuşmazlık YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

Nitekim Askeri Yargıtay kararlarında, ‘Sanığın ifade tutanağında geçen ve üstü olan bayan subaya karşı söylendiği ileri sürülen "bir dışının istekleri" şeklindeki söz, mağdur ile aralarında daha önce geçen olay

bulunmamakta, sanık da 9.12.1996 ve 10.10.1997 tarihli sorgu tespiti sırasında ve savunma maksadı ile verilen dilekçelerin kendisine ait olduğunu ve kendisi tarafından verildiğini kabul etmektedir.Sanık tarafından mahkemeye verildiği anlaşılan bu iki ayrı dilekçede kullanılan sözlerin savunma ile ilgisi olup olmadığı, bu sözler kullanılırken savunma sınırlarının aşılp aşılmadığı, sanığın suç işleme kastı ile hareket edip etmediği ve kullanılan sözlerin suç teşkil edip etmediği meselesine gelince;1) Sanığın kullandığı sözlerin savunma ile ilgili olup-olmaması ve savunmaya hizmet edip-etmemesi hususu:Sanık Dz.Kur.Alb. Ş.E.E. (suç tarihinde Yb.) hakkında Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Savcılığının 24.4.1998 gün ve 1998/619-103 sayılı iddianamesi ile (Dz.Kur.Alb. H.H. ile beraber), kamu davası açıldığında sanığın sorgusunun tespiti sırasında mahkemeye sunduğu dava konusu dilekçede söz konusu ettiği ve açıkladığı bazı hususlar ile ilgili olarak sanık hakkında kamu davası açılmadığı anlaşılmakta ise de; (76) sahifelik bu iddianamede sanığın sorgusunda cevap verdiği bu hususların da Askerî Savcı tarafından irdelendiği anlaşıldığından, sanığın kamu davasına konu olmamış, ancak iddianamede irdelenmiş olan bu hususlara cevap vermesinin savunması ile ilgili olduğu, sanığın yaptığı savunma sırasında kullandığı bu sözcüklerin savunmasına hizmet ettiği (yarar sağladığı), davanın yazgısını (sonucunu) belirlemede etkili olduğu sonucuna varılmıştır. 2) Savunma hakkı ile ilgili sınırların aşılp aşılmadığı hususu: Sanık dilekçesinde kamu davasına konu olmamış, ancak iddianamede irdelenen ve iddianame metnine yazılan hususlara (kamu davası açılmamış olan ancak iddianamede irdelenmiş olan bazı hususlara) cevap verdiğinden savunma hakkını sadece iddialara ve hakkındaki irdelemelere karşı cevap vermek şeklinde kullanmış, dolayısıyla savunma amacı dışına çıkmamıştır. 3) Sanığın suç işleme kasdı ile hareket edip etmediği hususu: Sanık iddianamede irdelenen ve dava konusu olan olaylarla ilgili olarak savunma yapmıştır. sanığın sorgu ve savunması sırasında kullandığı (Dilekçesinde yazdığı) sözler ile hakkındaki iddia arasında mantıksal bağ vardır. Bu nedenle burada sanığın suç işleme kastından değil “Savunma hakkını kullanmasından” söz edilebilir. Sanık hakaret teşkil ettiği iddia olunan bu savunmasını yaparken hem “sanık” durumunda, hem de bazı konularda “İddia sahibi” durumundadır. sanık ile ilgili kast değerlendirilmesi yapılırken, doğal olarak bu hususun da göz önünde bulundurulması gerekir. Olaya bu açıdan bakıldığında sanığın suç işleme kastı ile hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.4) Sanığın kullandığı (Dilekçesinde yazdığı) sözlerin suç teşkil edip etmediği hususu: Sanığın, Anayasadan ve yasalardan kaynaklanan savunma hakkını, savunma sınırlarını aşmadan, savunmasına hizmet edecek ve hakkındaki davanın sonucunu etkileyebilecek şekilde lehine olarak kullanması “kutsal” savunma hakkı ile ilgili olup, sanığın burada kullandığı savunma hakkı karşımıza suçun oluşmasını önleyen “Hukuka Uygunluk Sebebi” olarak çıkmaktadır.Bu nedenle, sanık hakkında 4.10.1996 gün ve 1996/497-234 sayılı iddianame ile açılan dava ve mahiyeti ile sanığın dilekçelerinde kullandığı sözcükler ve dosya münderecatu birlikte değerlendirildiğinde, sanığa müsten eylemin yukarıda açıklanan nedenlerle suç teşkil etmediği, Yerel Mahkemece direnilerek tesis edilen beraate ilişkin hükümde isabet bulunduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.’ (As.Yar.DK., 17.2.2000, 2000/62-48 E-K., As. Yar.Der., S.14, Y.2002, s.198-202).

nedeniyle, bağlı olduğu komutanlıkça hakkında yapılan işlemleri eleştirirken ve kendisine yapılan uygulamaya bir tepki olarak söylendiği, hakaret kastının bulunmadığı, savunma sınırları içinde kaldığı' ¹³⁵ ; 'Sanığın, savunma olarak yazdığı 'Adil değilsiniz, size güvenmiyorum, çünkü siz emir vermeyi bilmiyor veya böyle kasten davranıyorsunuz. Yapacağım vazifenin nasıl yapılacağına kanunun bana verdiği yetkiye dayanarak ancak ben karar verebilirim'¹³⁶ şeklindeki sözlerin savunma hakkı kapsamında kabulü gerektiğinden, amir ve üste hakaret suçunun oluşmayacağına karar verilmiştir.

Sanığın savunma hakkı kapsamında söylediği sözler hakaret suçu olarak kabul edilemese de, savunma hakkının sınırlarını aşan sözlerin hakaret suçunu oluşturması mümkündür. Nitekim Askeri Yargıtay, 'Sanığın, memuriyet nüfuzunu kötüye kullanmak suçundan dolayı yargılandığı sırada mahkemece tanık olarak dinlenen üstünün ifadesine karşı ne diyeceği sorulduğunda (kendisi komplocu biridir, birinci sicil üstü tarafından verilen sicili incelendiğinde bu durum anlaşılacaktır, tanık yalan söylüyor) şeklinde cevaplandırması'¹³⁷ ; 'Verdiği savunma dilekçesinde; "mensup olduğu askeri birliği kurtarılmış bölge, amiri binbaşığı da kurtarılmış bölge içinde kendi icat ettiği kanunları uygulayan bir çete mensubu" gibi gösterilmesi (nin)'¹³⁸ hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması nedeniyle üste hakaret suçunu oluşturacağına karar vermiştir.

Hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması halinde bu eyleminin bir disiplinsizlik olarak kabulü de mümkündür. Nitekim Askeri Yargıtay, 'Sanığın amirine verdiği yazılı savunmasında "Dedikodu yapılmayacak diyorsunuz asıl dedikoduyu siz yapıyorsunuz." şeklindeki beyanları, savunma hudutlarını aşmakla birlikte, amirin haysiyetini kırıcı ve küçük düşürücü nitelikte olmadığından amire hakaret suçunun unsurlarını taşıma(dığı), sanığın eyleminin 477 sayılı Kanununun 47 nci maddesindeki amire saygısızlık disiplin suçunu oluşturduğuna"¹³⁹ karar vermiştir.

Resmi makamlara verilen şikayetnamelerde, hak arama özgürlüğü çerçevesinde ihbarda bulunulmak isteniyorsa, bu hakkın sınırları aşılmadığı sürece evrak içeriğindeki sözlerden dolayı kişinin hakaret suçundan bahsedilemeyecektir¹⁴⁰. Askeri mevzuatta şikayet hakkının ne şekilde

¹³⁵ As.Yar.DK., 26.12.2002, 2002/105-105 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.254-256.

¹³⁶ As.Yar.DK., 21.10.1999, 1999/182-187 E-K. As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.216.

¹³⁷ As.Yar.1D., 09.11.1988, 1988/681-675 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.113.

¹³⁸ As.Yar.4D., 15.03.1988, 1988/198-183 E-K., As.YKD., S.7, Y.1990, s.114.

¹³⁹ As.Yar.2D., 15.10.2003, 2003/101-100.E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.237.

¹⁴⁰ DEĞİRMENCİ, s.347.

kullanılabileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁴¹ Şikâyet hakkı astların şikâyet hakkını kullanırken, bir suç işlemleri veya bir disiplin tecavüzünde bulunmaları ayrıca cezalandırılmalarını gerektirmektedir (211 SK. m.29). Nitekim AsCK'nın 'Yalan yere ve usulsüz şikâyet edenlerin cezaları' başlıklı AsCK m.84/1'nci fıkrasında, doğru olmadığını bildiği iddialarla şikâyette bulunması bir suç olarak kabul edilmektedir. Şikâyet hakkının yalan olması dışında, ayrıca hakaret içermesi halinde, failin AsCK m.85'ten dolayı da cezalandırılması mümkündür. Askeri Yargıtay bir kararında, 'Karargah ve Bölük Komutanı olarak görev yaparken kendisine 1'nci sicil amiri tarafından haksızlık yapıldığı düşüncesinde olan ve bu kanaatini somut bir takım olaylarla destekleyen sanığın, amiri hakkında verdiği iki şikâyet dilekçesinde, sarf ettiği 'kindar, suç uyduran, astının zarar görmesi için kasti hareketler yapan kişi' şeklindeki ifadelerinin, somut olay yönünden şikâyet kastıyla sarf edilen amirine hakaret kastıyla yapılmamış ifadeler olduğu(nun)' açıklanmıştır.¹⁴²

VI. KUSURLULUK

Amir ve üste hakaret suçunun amir veya üstün haksız bir fiiline tepki olarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda failin kusurluluğu azaltan bir sebep olarak haksız tahrike ilişkin indirim nedeninden yararlanması mümkündür. Nitekim Askeri Yargıtay, üstün olayın başlangıcındaki sanığı küçük düşürücü sözleri nedeniyle gerçekleşen hakaret eyleminde¹⁴³; 'Rahatsızlığı nedeniyle eğitimden muaf tutulan sanığın, mağdur Tğm.nin keyfilige kaçan ceza eğitimi yaptırması üzerine ona hakaretinde'¹⁴⁴;

¹⁴¹ Bkz. DURAN Gökhan Yaşar, 'Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs 2019, S.142, s.59-92, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-142-1842>, Erişim Tarihi: 17.11.2019.

¹⁴² As.Yar.2D., 01.12.2011, 2011/111-110 E-K., As.Yar.Der., 2012, S.25, s.113-114.

¹⁴³ '...Olay günü olan 31.7.2000 tarihinde Takım Komutanı olan P.Atğm.D.K'nin bölüğe eğitim yaptırdığı sırada eğitime katılan sanık P.Er M.U'nun yere çöktüğünü görmesi üzerine, "neden çöküyorsun ayağa kalk" diye uyardığı, sanığın kalkmaması üzerine "gel lan buraya" diye bağırarak, sanığın el kol hareketleri yaparak "gelmiyorum lan" diye bağırarak cevap verdiği, mağdur Atğm.D.K'nin sanığı tekrar yanına çağırması üzerine de davaya konu yapılmamakla beraber "bağırma lan" şeklinde cevap verdiği, dosya kapsamıyla maddi olgu olarak kesinlik kazanmaktadır.' (As.Yar.DK., 26.4.2001, 2001/44-43 E-K., As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.194-195).

¹⁴⁴ 'Olay günü hastaneden yeni gel(en) (sanığın) ve rahatsızlığı devam ettiği için bizzat mağdur tarafından eğitimden muaf tutulup ağaç altında istirahat etmesi uygun görüldüğü halde, sanığa ceza eğitimi olarak belinde rahatsız olduğunu bile bile ona eza verecek ve sıhhatini bozacak şekilde sürünme cezası vermesi ve arkasından koşturması haksız ve keyfi bir davranış olduğu için mağdurun sanığa karşı olan bu hareketlerinin sanık

mağdurun kendisine 'burayı boşaltın lan' şeklinde sözler sarf etmesi nedeniyle, sanığın üste veya amire hakaret eyleminde,¹⁴⁵ haksız tahrik hükmünden yararlandırılması gerektiğine karar verilmiştir.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

A. TEŞEBBÜS

Amir veya üste hakaret sırf hareket suçudur.¹⁴⁶ Neticesi harekete bitişik bir suçta, teşebbüs ancak failin eylemi parçalara ayrılabilirse söz konusu olacaktır.¹⁴⁷ Örneğin, hakaret suçu neticesi harekete bitişik bir suç olmakla birlikte fail mektup ile hakaret eyleminde bulunmuş ancak bu mektup postaya verilmeden, failin egemenlik alanında iken ele geçmişe suç oluşmayacaktır. Nitekim Askeri Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹⁴⁸ Ancak mektubun postaya verildiği halde mağdurun ulaşmaması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilir.¹⁴⁹

B. İŞTİRAK

Amir veya üste hakaret suçu astlık-üstlük münasebetlerine aykırı hareketlerin cezalandırıldığı özgü bir suç tipidir. Bu suçun faillerinin asker

lehine haksız tahrik oluşturduğuna ...' (As.Yar.DK., 14.10.1999, 1999/191-179 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.220-222).

¹⁴⁵ As.Yar.2D., 06.07.2005, 2005/ 742-745 E-K., As.Yar.Der., S.19, s.195-197.

¹⁴⁶ As.Yrg.Drl.Krl., 9.6.2003, 54/51, DEĞİRMENCİ, s.352.

¹⁴⁷ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.642; DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.Baskı, Ankara 2017, s.485.

¹⁴⁸ 'AsCK'nın 85'inci maddesinde düzenlenen üste hakaret suçunun sübutu için, hakaret oluşturan söz veya bu sözleri içeren yazının kişinin ihtiyarı ve iradesi ile muhatabının veya başka bir şahsın bilgisine ulaşması veya ulaşabilme imkanının doğmuş olması gerekmektedir. Henüz sanığın şahsi tasarruf alanında bulunduğu sırada ve her an vazgeçilip imha edilebilecek durumda iken, arzu ve iradesi dışında elinden alınarak yazının içeriğinin öğrenilmesi halinde suçun oluştuğunun kabulüne imkan yoktur.' (As.Yrg.1.D., 14.12.2012, 4/4, DEĞİRMENCİ, s.352); '...(S)anığın mektuba yazmış olduğu 'köpekler', 'yavşak komünistler', 'kansızlar' gibi sözcüklerin amirlerinin ve üstlerinin şeref ve haysiyetlerini zedeleyici, onları küçük düşüren ve aşağılayan nitelikte sözler olduğu, mektubun postaya verilmesi suretiyle sanığın iradesi ile şahsi tasarruf alanından çıktığı, adının M.Ş. olduğunu ifade eden bir şahsın eline geçtiği, adı geçen tarafından Han İlçe Jandarma K'lığına gönderildiği ve aleniyet kazandığı, bu şekilde yüklenen suçun unsurları yönünden oluştuğu gözetilmeden kurulan beraat hükmü yasaya aykırı görülmüştür.' (As.Yrg.1.D., 12.1.2005, E.2005/5, K.2005/4, ÇELEN, s.381); 'Mektupla yapılan hakaretin suç teşkil edebilmesi için sözkonusu mektubun ya alenen okunması veya mektubun sanığın irade ve ihtiyarı ile aleniyete intikal ettirilmesi gerekli olup, bölük komutanı tarafından sanığın elinden zorla alınarak açıp okunan mektupta bu suçun unsurları yoktur.' (As.Yrg.Drl.Krl., 7.11.1991, E.145 K.139, As.YKD, S.10, Y.1993, s.19)

¹⁴⁹ DEĞİRMENCİ, s.352.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

kişi olmaları dışında, failin ayrıca mağdurdan ast rütbede olması da aranmaktadır. Bu nedenle suçun müşterek faili olabilmek için mağdura göre, daha ast rütbede olmak veya mahiyet olmak gerekmektedir.¹⁵⁰

Bunun dışında özgü suçlara bağlılık kuralına göre (TCK m.40/2) sadece azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilmesi her zaman mümkündür.

C. İÇTİMA

5237 sayılı TCK'nın 43/2'nci maddesi gereğince, bir fiille birden fazla üste hakaret edilmesi durumunda, sadece bir suçun mevcut olduğu kabul edilmeli ve bir cezaya hükmolunmalı; ancak, verilecek ceza zincirleme suç için öngörülen oranda artırılmalıdır. Bu nedenle birden çok üste karşı, bir anda, çoğul bir ifadeyle sarf edilen ve hakaret teşkil eden sözler müteselsilen üste hakaret suçunu oluşturacaktır.¹⁵¹

Askeri Yargıtay bir kararında, “*İnceleme konusu maddî vakıada; üstünün kendisini astlarının yanında ikaz etmesine kızan sanığın, öncelikle tepkisini "Tutanak tut, git şikâyet et."demek suretiyle saygısızca ortaya koyduğu, akabinde "Terbiyesizlik etme!" sözüne muhatap olunca, yine aynı haleti ruhiye içerisinde, "Terbiyesiz sensin!" sözünü sarf ettiği, ilk ikaz edilişinden itibaren niyetinin, kendisini astının yanında küçük düşürdüğüne inandığı üstünü, aynı şekilde astlarının yanında küçük düşürmek olduğu, saygısızlıkla başlayan hareketlerinin üstüne hakaretle sona erdiği ve bu nedenle geçitli (müterakki) suçun unsurlarının gerçekleştiği görülmüş; sanığın tek bir üste hakaret suçundan sorumlu tutulması gerektiği kabul olunmuştur.*”¹⁵²

Sanığın, birden çok amir ve üstü hakkında, her birini ayrı ayrı anarak ve hedef olarak gıyaplarında küfürlü sözler söylemesi mağdur adedince ‘amir ve üste hakaret’ suçunu oluşturur. Burada teselsül hükümleri uygulanmaz. Nitekim Askeri Yargıtay, “*Sanığın, bir arkadaşı ile konuşurken alay, tabur ve batarya komutanları hakkında, her birini ayrı ayrı anıp küfürlü sözler söylemesinin üç ayrı üste hakaret suçunu oluşturacağına*” karar vermiştir.¹⁵³

Yine Askeri Yargıtay bir başka kararında da benzer şekilde, sanığın, üstü olan J.Üçvş. M.Ş. ve Uzm.J.Çvş. Z.Ç.'ye yönelik olarak sarf ettiği ‘Sizi s.k.

¹⁵⁰ DEĞİRMENCI, s.353.

¹⁵¹ As.Yar.DK., 14.05.1998 tarih 1998/71 – 71 EK; YCGK., 04.05.1987 tarih 9/127-253 E-K., BAL, s.85/6.

¹⁵² As.Yar.DK., 30.10.2003, 2003/85-88 E-K., As.Yar.Der., 2004, S.16, s.238-240.

¹⁵³ As.Yar.4D., 17.11.1999, 1999/763–760 E-K., BAL, s.85/3.

ederim, siz kimsiniz lan' şeklindeki sözlerinin iki ayrı üste hakaret suçunu oluşturacağını açıklamıştır.¹⁵⁴

Üstün sözlü veya kavli olarak tehdide maruz kalması, AsCK m.82/2'de askeri bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suça ilişkin eylemin amir veya üste hakaret suçu ile birlikte görülmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Askeri Yargıtay yerleşik kararlarında iki suçun birlikte görüldüğü hallerde ne şekilde karar verileceği şöyle açıklanmaktadır: '*...Üstün sözlü veya kavli olarak tehdide maruz kaldığı pek çok durumda, aynı zamanda üst veya amirin meslekî onurunu zedeleyen bir saldırıda söz konusudur. Üstü sözlü tehdit cürmünün biri meslekî onuru korumak, diğeri iç huzur ve güvenliği sağlamaktan ibaret, birbiriyle yakın ilişki içerisinde bulunan iki ayrı hukukî yararı himaye ettiği kanun metninden anlaşılmaktadır. Üstü tehdit suçunun birden fazla hukukî yararı korumayı hedeflemesi nedeniyle; üste saygısızlık sınırları içerisinde kalan hareketlerin tehdit teşkil eden eylem dışına çıkarılarak ayrıca müeyyideye tâbi tutulması (mülga 765 sayılı) TCK'nın 78 inci maddesinin ihlâlüne sebebiyet verebilecektir. Bu anlamda, üstü tehdit eyleminin işlenebilmesi için üste saygısızlık teşkil eden bir takım davranış biçimlerinin icrasına ihtiyaç vardır. Gerek eylemin işleniş biçimine özgü ayrıntılar gerek failin dış aleme yansıyan hâl ve davranış tarzından ayrıca tahkir kastıyla hareket edildiğinin açıkça anlaşılabilmesi durumunda, bu nitelikteki eylemlerin üstü tehdit suretiyle hürmetsizlik suçunu oluşturacağı yerleşik Askerî Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir.'*¹⁵⁵ Askeri Yargıtay'ın bu kararına göre,

¹⁵⁴ As.Yar.3D., 31.10.2007, 2007/2235-2218 E-K., As.Yar.Der., S.21, Y.2008, s.120-124.

¹⁵⁵ '*...Çavuş rütbesi taşıyan sanığın nizamiyede sıraya girmesini isteyen ve hemen ardından kendisini diğer askerlerin yanında göğsünden ittiren mağdur Asteğmene karşı söylediği "Sen kim oluyorsun da bana karışyorsun. Sen bana dokunamazsın."* şeklindeki sözlerinin sarf edilmiş maksadının içeriye girmesinin engellenmesine yönelik tepkiyi ihtiva ettiği açıktır. Sanığın bu müdahaleden memnun kalmadığını ifade etmekten başka bir maksat taşımayan ve üste saygısızlık kapsamında değerlendirilmesi gereken bu eylemin amirin vakar ve haysiyetine yönelik bir tecavüz niteliğinde olmadığı aşîkârdır. Konuya eylemin işlenmesine neden olan psikolojik süreç açısından bakıldığında ise, sanığın "Sen kim oluyorsun da bana karışyorsun. Sen bana dokunamazsın." şeklindeki sözlerini ilerleyen süreçte yönelteceği tehdit eyleminin etkinlik ve inandırıcılığını pekiştirmek maksadıyla sarf etmiş olabileceği de dikkat çekmektedir. Sanık; üste saygısızlık teşkil eden sözlerini söylemesinin hemen ardından, hafiften ağıra doğru giden bir eylem süreci içerisinde "Sana gününü göstereceğim." şeklinde sözler sarf ederek üstü kavli tehdit suretiyle hürmetsizlik suçunu işlemiştir. Bu itibarla atılı eylemlerin ASCK'nın suç tarihinde yürürlükte olan 82/2 nci maddesindeki kavli tehdit suretiyle üste hürmetsizlik suçunu oluşturduğu yönündeki Daire kararında herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden, mahkûmiyet hükümlerinin onanması YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

AsCK m.82/2 dışında AsCK m.85'in oluşumu için ayrıca hakaret kastı ile hareket edilmesi gibi failde özel bir amaç aranmıştır.

Yine Askeri Yargıtay bir başka kararında, '*Sanığın üstüne karşı sarf ettiği "düşmez kalkmaz bir Allah, ben de senin açığını yakalayacağım" şeklindeki sözlerin, mağdurda ciddî bir korku ve kaygı yaratacak düzeyde olmamasından ötürü üstü tehdit suçu oluşmaz, eylem üste saygısızlık*' kapsamında olduğu kabul edilmiştir.¹⁵⁶

VIII. YAPTIRIM

AsCK m.85/1'nci fıkrasının ilk cümlesinde, amir veya üste hakaret suçunun basit düzenlenişine üç aydan bir seneye kadar, ikinci cümlesinde suçun nitelikli haline ise altı aydan üç seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Yine hakaretin bir madde-i mahsusa tayini ile meydana gelmiş olması halinde, fail altı aydan beş seneye kadar hapis ile (AsCK m.85/2); hakaret umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir vasıtalarıyla veya resmi makamlara verilip de üzerine muamele cereyan etmiş evrak ile yapılmış ise fail bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Bu suçun faili olan subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, TSK'dan çıkarma cezası da verilecektir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarılması zorunludur. Bu konuda hakime takdir hakkı bırakılmamıştır (AsCK m.30).

926 sayılı TSK Personel Kanununun 65'nci maddesine göre, amir veya üste hakaret suçu da dahil olmak üzere bazı askeri suçlardan dolayı haklarında kamu davası açılanlara ilişkin iddianameler, kabulünü müteakip mahkeme tarafından sanığın mensubu bulunduğu kuvvet komutanlığına ve Milli Savunma Bakanlığına gönderilerek ilgili kuvvet komutanlığının teklifi üzerine veya resen Milli Savunma Bakanlığı tarafından sanık hakkında açığa alınma işlemi tesis edilebilecektir.¹⁵⁷

talebini içeren Başsavcılık itirazının reddine karar verilmiştir.' (As.Yar.DK., 25.12.2003, 2003/128-118 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.216-220).

¹⁵⁶ As.Yar.2D., 24.03.2004, 2004/442-432 E-K., As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.288.

¹⁵⁷ 926 Sayılı TSK Personel Kanunu m.65 hükmü şöyledir: '*Açığa alınan veya tutuklanan subay ve askeri memurlar hakkında aşağıdaki esaslara göre işlem yapılır: a) (Değişik: 20/11/2017-KHK-696/20 md. Aynen kabul: 1/2/2018-7079/19 md.) Haklarında taksirli suçlar hariç bir suçtan kamu davası açılanlara ilişkin iddianameler, kabulünü müteakip mahkeme tarafından sanığın mensubu bulunduğu kuvvet komutanlığına ve Milli Savunma*

YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere asker kişiler hakkında kesinleşen ölüm, ağır hapis ya da bir seneden fazla hapis cezası bulunması halinde TSK'dan çıkarılmaları gerekecektir (AsCK m.30/A). Yine failin şeref ve haysiyeti kırıcı suçlardan dolayı da mahkumiyetleri halinde asıl ceza ile birlikte TSK'dan çıkarılacaklardır.(AsCK m.30/B). Askeri Yargıtay kararlarına göre, sarkıntılık, amir veya üste hakaret suçları gibi suçlar, şeref ve haysiyet kırıcı suçlardan olup bu suçtan hükümlülük halinde failin TSK'dan çıkarılma cezalandırılması gerekmektedir.¹⁵⁸

TSK'dan çıkarılma cezasının askerî rütbe ve memuriyetlerin kaybı ile tekrar TSK'ya kabul edilmeme gibi sonuçları bulunmaktadır (AsCK m.31). Yine bazı özel kanunlarda amir veya üste hakaret suçundan dolayı mahkumiyet TSK'lerine alınmamayı gerektirmektedir. Örneğin 4678 sayılı 'Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'a göre, sözleşmeli subay olabilmek için firar, amir veya üste fiilen taarruz, emre itaatsizlikte ısrar, üste hakaret, mukavemet, fesat ve isyan suçlarından mahkum olmamak gerekir (4678 SK. m.4/3 (e)).

Adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kısa süreli hapis cezaları¹⁵⁹; 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı 'Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu' hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında TCK'nın 50'nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenek yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi mümkündür. Ancak sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükümlü netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması durumunda verilen kısa süreli

Bakanlığına gönderilir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis, taksirli suçlar hariç olmak üzere beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan veya yüz kırtarıcı bir suçtan yahut emre itaatsizlikte ısrar, üste veya amire fiilen taarruz, üste veya amire hakaret, mukavemet suçlarından dolayı haklarında kamu davası açılanlar, ilgili kuvvet komutanlığının teklifi üzerine veya resen Milli Savunma Bakanlığı tarafından açığa alınabilirler. Milli Savunma Bakanlığınca askeri suçlar yönünden resen açığa alma işlemi tesis edilmeden önce fiilin işleniş şekli, niteliği ve disiplini ihlal derecesi bakımından açığa alınmayı gerektirip gerektirmediği hak-kindaki görüşü ilgili kuvvet komutanlığından sorulabilir. b) (Değişik: 26/3/1982 - 2642/10 md.) (a) bendi gereğince açığa çıkarılanlar yapmakta oldukları görevden alıkonulurlar ve kendilerine başka görev verilmez.'

¹⁵⁸ As.Yar.2D., 12.11.2003, 2003/1128-1114 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.78-79.

¹⁵⁹ Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır (TCK m.49/2).

hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün değildir (AsCK Ek m.8/1). AsCK m.85 sırf askeri suçtur. Bu nedenle bu suçtan dolayı fail hakkında verilecek netice cezaya göre seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceğine karar verilecektir.

1076 Sayılı Kanun hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında verilen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılacaktır (AsCK Ek m.8/2).

AsCK'nın Ek 8'nci maddesine 24/11/2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun'la eklenen son fıkra hükmüne göre, sırf askerî suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askerî suçlar hakkında, ön ödeme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Yine bu suç sırf askeri suç olduğundan AsCK'da sırf askeri suçlara özgü bazı özel durumlar AsCK m.85 açısından da geçerlidir. Nitekim, sırf askerî suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması, ya da failin daha önce sırf askerî bir suçtan dolayı mahkûm olması durumunda hallerinde cezası ertelenemeyecektir (AsCK m.47).

IX. USUL HÜKÜMLERİ

16 Nisan 2017'de gerçekleşen halk oylaması sonucunda, Anayasa (AY)'nın 145'nci maddesinde yer alan askeri mahkemeler ve 156'nci maddesinde yer alan Askeri Yargıtay ve 157'nci maddesinde düzenlenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Yine 6771 sayılı Kanunla AY'nın 142'nci maddesine getirilen ek ikinci fıkra hükmü ile de askeri yargı sadece disiplin mahkemesi ve savaş zamanında askeri mahkeme ile sınırlandırılmıştır. Askerî mahkemeler kaldırıldığından artık bu mahkemelerin görevine giren davalar adliye mahkemelerinde görülecektir. Yetki açısından genel yetki kuralı gereği suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır (CMK m.12/1). Bu mahkemelerin hangileri olduğu Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) Birinci Dairesi'nin 31/05/2017 tarih ve 831 nolu kararı belirlenmiştir¹⁶⁰.

¹⁶⁰Bu belirlemeye göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren dosyalara, tek ağır ceza mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkemenin, birden fazla ağır ceza mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı Ağır Ceza Mahkemesi görevlidir. Asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda, iki veya daha fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde 3 numaralı asliye ceza mahkemesi görevli olacaktır (Bkz.<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/06/20170603-16.pdf>, 19.12.2018).

Amir veya üste hakaret suçunun (AsCK m.85) cezasının üst sınırı 10 yıldan daha az süreli hapis cezasını gerektirdiğinden, bu suçtan yargılama yapmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır.

Yapılan yargılama sırasında suç vasfının basit üste hakaret suçundan (AsCK m.85/1) nitelikli hakaret suçuna dönüşmesi ihtimali ortaya çıktığında (Örneğin, hizmet esnasında hakaret gibi) mahkemenin sanığa ek savunma hakkı tanınması gerekecektir. Aksi durum sanığın savunma hakkının kısıtlanması anlamındadır.¹⁶¹ Sanığın hakaret içeren sözleri söyleyip söylemediği kuşkulu kaldığında ‘Şüpheden sanık yararlanır ilkesi’ gereği beraat kararı verilmelidir.¹⁶² Sanığın üste hakaret eyleminin suçun nitelikli halini oluşturduğu konusunda kesin bir delil yoksa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği suçun basit haline göre ceza verilmesi uygun olacaktır.¹⁶³

Sırf askerî bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi durumunda, fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi, fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi (ASYUK Ek m.4/A, B, C, D) hallerinde 5271 sayılı CMK’nın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri uygulanamayacaktır (AsYUK Ek m.4).

TCK’da kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret eylemi hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıyken (TCK m.131/1), askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir (AsCK m.48/A). Ancak daha önce açıkladığımız gibi, eşit rütbedeki asker kişilerin birbirine hakareti ya da failin mağdurun üstü veya amiri olduğunu bilmediği hallerde, TCK’nın genel hakaret hükümleri uygulanacağından, asker kişinin eşidi rütbedeki asker kişiye görevinden dolayı hakaret etmedikçe, hakaret suçu şikayete tabi olduğundan, mağdurun şikayeti aranacaktır (TCK m.131/1).¹⁶⁴

Burada yeri geldiği için belirtilmelidir ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 253/1, 2 maddesi gereğince şikayete tabi olan hakaret gibi suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilmeksizin dava açılmayacak ya da yargılama yapılamayacaktır. AsCK m.85 şikayete tabi

¹⁶¹ Bu konuda bkz. As.Yrg.1.D., 12.1.2000, E.2000/19, K.2000/15, ÇELEN, s.380.

¹⁶² Bu konuda bkz. As.Yrg.Drl.Krl.K., 19.4.2012, E.2012/45, K.2012/51, ÇELEN, s.382; Benzer karar için bkz. As.Yar.Drl.Krl., 18.12.2014, 2014/107-105 E-K., As.Yar.Der., S.28, Y.2015, s.58-64.

¹⁶³ As.Yar.Drl.Krl., 06.03.2014, 2014/10-13 E-K., As.Yar.Der., S.28, Y.2015, s.54-57.

¹⁶⁴ Benzer açıklama TAŞKIN, s.157.

bir suç olmadığından ve AsCK'da da bu suçla ilgili uzlaştırma yapılabileceği ayrıca açıklanmadığından uzlaştırma kurumu bu suç tipinde bir ceza muhakemesi engeli olmayacaktır.

CMK'nın 'Kamu davasını açmada takdir yetkisi' başlıklı 171'nci maddesinde 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı yasa ile 2 fıkrası, 'Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören veya şüpheli, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.' şeklinde değiştirilmiştir. AsCK m.85/1'nci fıkrasına göre bu suçun cezası 3 seneye kadar hapis cezasıdır.

Ancak 7188 sayılı Kanunla 171'nci maddeye eklenen 6'ncı fıkrada, 'Bu madde hükümlerinin 'kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar', hakkında uygulanmaz (CMK m.171/6 (b)). Bu bend hükmüne göre, AsCK m.85/1'den dolayı Cumhuriyet Savcısının kamu davasının açılmasını erteleme yetkisi bulunmamaktadır.

CMK'nın 7188 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen 251'nci maddesinin 1'nci fıkrası ile suçun cezasının üst sınırı esas alınarak basit yargılama usulü getirilmiştir. Bu hükme göre, Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir. AsCK m.85/1'nci fıkrasında 3 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden basit yargılama usulünün uygulanması mümkün değildir.

SONUÇ

1. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 'Kınama cezasını gerektiren disiplinsizlikler' başlıklı 16/1 (c) bendinde, 'Küfürlü konuşmak: Aynı rütbe veya kıdemdeki arkadaşlarına veya astlarına karşı, terbiye ve adaba uygun olmayan sözlerle konuşmaktır.' Bu hükme göre, asta sövmek, Kanunda sadece bir disiplinsiz eylemi olarak öngörülmüş olması failin bu eyleminden dolayı ayrıca hakkında adli takibat yapılmasına engel değildir. Nitekim bu husus 6413 sayılı Kanunun 5'nci maddesinde açıklanmıştır. Üst veya amirin, astlarına ya da maiyetlerine hakaret içeren eylemlerin, sadece bir disiplinsizlik olarak kabulü mümkün değildir.

AsCK'da astlık-üstlük münasebetlerinden kaynaklanan suçlar arasında genelde karşılıklı bir suç düzenlemesine yer verilmektedir. Örneğin, Üste

veya amire fiilen taarruz suçuna(AsCK m.91) karşılık olarak Asta müessir fiil suçu (AsCK m.117) düzenlenmiştir. AsCK'da Amir veya üste hakaret suçunun (AsCK m.85) bir karşılığı olarak 'Asta hakaret suçu' gibi bir suç düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenle de astına hakaret eden üst veya amirin eylemi TCK'nın genel hakaret suçuna göre cezalandırılmayı gerektirecektir. Oysa ki, tıpkı AsCK m.85'deki gibi, asta hakaret edilmesi eyleminde de, sadece astın onur ve şerefine korunması değil, ordunun da askeri disiplin ihtiyacının da korunması gibi karma bir hukuki değer korunması gerekmektedir. Bu nedenle de böyle bir suç tipine AsCK'da ayrı bir madde başlığı altında yer verilmesi uygun olacaktır.

Yine AsCK'nın 117'nci maddesinde ise; *'Madununu kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelde bulunulmasına müsamaha eden amir veya mafevk(in)'* eylemlerinin cezalandırılmasına ilişkin asta müessir fiil suçu düzenlenmiştir. Bu madde hükmü, madununa (astına) hakaret eden üst veya amirin eylemini içermemektedir. Kanaatimizce asta hakaret eylemine bu maddenin bir fıkrası olarak yer verilmesi ve madde başlığının bu eylemi de içerecek şekilde düzenlenmesi de mümkündür. Böyle bir düzenlemeye yer verilmesi durumunda, artık düzenlenen astlarına küfürlü konuşmak disiplinsizliğinin de 6413 sayılı 16/1 (c) bendinden çıkarılması uygun olacaktır.

2. AsCK m.85/2'nci fıkra hükmünde, mülga 765 sayılı TCK'daki ayrımın korunduğu, ve madde-i mahsusa tayini ile hakaret suçunun AsCK m.85/1'e göre suçun cezasını artıran nitelikli hal olarak düzenlenmesine devam edildiği anlaşılmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 125'nci madde düzenlemesinde olduğu gibi, AsCK m.85/1 ile 85/2 arasındaki bu ayrıma son verilerek yeni TCK'ya uyum sağlanması daha adil olacaktır.

3. Askeri Yargıtay kararlarına göre, aralarında hizmet ilişkisi dışında ast-üst eşler arasında AsCK hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Bu karara göre astlık-üstlük münasebetlerinden doğan suçlar bakımından evli bir eşin suçun faili olabilmesi için, fiilin hizmet hâlinde veya hizmet gereklerinden doğması gerekmektedir. Aksi halde TCK'nın genel hükümleri uygulanacaktır. Astlık-üstlük münasebetlerinden doğan askeri suçlar sadece evli eşler için arasında değil, baba ya da anne ile çocuklar, kardeşler arasında da söz konusu olabilir. Askeri Yargıtay kararlarında çözüme kavuşturulan bu konunun kanunda düzenlenmesi kanunilik ilkesine daha uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK** Mehmet Emin, ‘*Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301)*’, Erişim tarihi: 25.07.2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-321>.
- AYDIN** Hüseyin, ‘*Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*’, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s.109, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-aydin.pdf>, Erişim tarihi: 04.09.2019.
- BAL** Kemal, Askerî Yargı ile İlgili İçtihatlar (Askerî Yargıtay Dergisi Ekidir), Ankara Genelkurmay Basımevi, 2002.
- CENTEL** Nur/**ZAFER** Hamide/**ÇAKMUT** Özlem Yenerer, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 4.Bası, İstanbul 2017.
- DEĞİRMENCİ** Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2016.
- DEMİRAĞ** Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- DEMİRBAŞ** Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.Baskı, Ankara 2017.
- DÖNMEZER** Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Baskı, İstanbul 1990.
- DURAN** Gökhan Yaşar, ‘*Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Fiilen Taarruz Suçu (AsCK m.91)*’, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:9, S.24, Nisan 2014, s.181-235.
- DURAN** Gökhan Yaşar, ‘*Askerî Ceza Hukukunda Asta Müessir Fiil Suçu (AsCK m.117)*’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.113, Temmuz-Ağustos 2014, s.217-282. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1402>, Erişim tarihi: 17.11.2019.
- DURAN** Gökhan Yaşar, ‘*Askerî Ceza Hukukunda Üstü veya Amiri Tehdit Suçu (AsCK m.82)*’, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2015, s.71-121.
- DURAN** Gökhan Yaşar, ‘*Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)*’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs 2019, S.142, s.59-92, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-142-1842>, Erişim tarihi: 17.11.2019.
- ERMAN** Sahir/ **ÖZEK** Çetin, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- GÜLSEREN** Fehmi Şener, ‘*Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı*’ s. 32, <http://euljss.eul.edu.tr/euljss/si513.pdf>, Erişim tarihi: 25.08.2019.

- KOCA** Mahmut/**ÜZÜLMEZ** İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- KOÇ** Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askerî Ceza Kanunu TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat Notlu Açıklamalı Örnekle, 21.Baskı, Ankara, 2014, s.555.
- ÖZBAKAN** Hulusi, İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990.
- ÖZBEK** Veli Özer/**DOĞAN** Koray/**BACAKSIZ** Pınar/**TEPE** İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2016.
- ÖZGENÇ** İzzet, TCK'nu Gazi Şerhi, Ankara 2006.
- SANCAR** Türkan Yalçın, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m.159/1-Yeni TCK m.301/1-2), 2.Baskı, Ankara 2006.
- TEZCAN** Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**ÖNOK** R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.

**¶ İNTERNET BAĞIMLILIĞI EKSENİNDE BAZI HUKUKİ
MESELELER VE KANUNLAR İHTİLAFI SORUNU**
(SOME LEGAL ISSUES ON THE AXIS OF INTERNET ADDICTION AND PROBLEM
OF CONFLICT OF LAWS)

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Esenyel Hanaz * **

ÖZ

Günümüzde yeni bir bağımlılık türü olarak ortaya çıkan internet ve özellikle oyun bağımlılığının, bireylerin fiil ehliyeti üzerindeki etkisi tartışılmaktadır. Oyun bağımlılığının Dünya Sağlık Örgütü tarafından bir hastalık olarak sınıflandırılması, bu tartışmaları şiddetlendirecektir. İnternet ortamında oynanan özellikle Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları kapsamında ortaya çıkan, oyun üreticileri ve oyuncuların fikri mülkiyet hakları, sanal mülkiyet hakları, aralarındaki sözleşmenin mahiyeti ve geçerliliği konularındaki hukuki sorunlarla ilgili olarak da kesin bir çözüm oluşturulmuş değildir. İnternet ortamında sunulan bir içeriğe dünyanın her yerinden erişilebilmesi sonucu birden fazla zarar yerinin ortaya çıkması, bazı hallerde fiil yerinin tespit edilememesi, bu alanda yürürlükteki kanunlar ihtilafı kurallarının da gözden geçirilmesini gerektirmektedir. İnternetle bağlantılı haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde, geleneksel kuralların bu alanda yeterli olmadığı ve internete özgü özel bağlama kuralları tasarlanmasının gerektiğini savunan ve mevcut kuralların yeterli olduğu, ayrıca özel kural oluşturmaya gerek bulunmadığını ileri süren iki görüş mevcuttur. Geleneksel haksız fiillerden farklı özellikteki internetle bağlantılı haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk, Türk hukukunda MÖHUK m.34 kapsamında belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: , İnternet bağımlılığı, oyun bağımlılığı, haksız fiil, devletler özel hukuku, kanunlar ihtilafı, akit dışı borç ilişkileri, sorumluluk, fiil ehliyeti, Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları (ÇKORYO)

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 01.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 08.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 19.01.2020. Onaylanma tarihi: 22.01.2020.

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3804-6736

Eser Atf Şekli: Fatma Esenyel Hanaz, “İnternet Bağımlılığı Ekseninde Bazı Hukuki Meseleler ve Kanunlar İhtilafı Sorunu”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.179-215.

ABSTRACT

Nowadays, new addiction types as internet addiction and game disorder have emerged and their effects on the legal capacity of men are controversial. The classification of gaming disorder as a disease by the World Health Organization will exacerbate these discussions. There are more legal problems which need legal remedies, emerged around the Massively Multiplayer Online Role-Playing Games (MMORPG) such as intellectual property rights and virtual property rights of both game producers and players, the nature and the validity of the contract between them. Due to an internet content which is accessible throughout the world, damage occurs in more than one places and in some cases, it is so hard or almost impossible to determine the place of wrong. For that reasons, it is suggested to revise the conflict of laws rules in force which is related with this area. There are two suggestions in determining the law applicable to the liability arising from torts. First, it's argued that traditional rules are insufficient to regulate internet based torts so internet-specific law should be created. As for the other opinion, it is suggested that, for all kind of torts existing rules are sufficient to be applied and there is no need to create custom rules for internet. The law applicable to the liability arising from internet based torts is determined within the scope of art.34 of MÖHUK in Turkish law.

Key Words: Internet addiction, gaming disorder, torts, private international law, conflict of laws, non-contractual obligations, liability, legal capacity, Massively Multiplayer Online Role-Playing Games (MMORPG).

I. İnternet Bağımlılığı ve Hukuki Sorumluluk

A. Yeni Bir Bağımlılık Türü Olarak İnternet ya da Teknoloji Bağımlılığı

1. İnternet Bağımlılığı

İnternetle birlikte hayatımıza giren yeni medya ve sosyal medya, geleneksel medyaya nazaran çok daha etkili bir biçimde bireysel ve toplumsal hayatı dönüştürmekte, çoğu zaman kontrolsüz ve öngörülemez şekilde kişilerin hayatını etkilemektedir. Kısa süreli suni gündemlerin hedefi, kahramanı ya da anti kahramanı olan kişiler, dijital hıza ayak uydurmaya çalışırken bağımlılık geliştirmekte, bu durumun etkilerini değerlendirebilme yetisini kaybederek adeta sürece teslim olmaktadır. Bu durum kişilerin ruhsal sağlıkları üzerinde farklı derecelerde olumsuz etkilere neden olmaktadır.

İnternet bağımlılığının sanal ortamda ilişki kurma bağımlılığı, siberseks bağımlılığı, çevrimiçi kumar bağımlılığı, sosyal medya bağımlılığı, oyun bağımlılığı gibi farklı türlerinden bahsedilmektedir.¹ Amerikan Psikiyatri Birliği (APA) tarafından geliştirilmiş mental bozuklukları sınıflandırma sistemi (DSM) kriterleri uyarınca bağımlılık, önceden sadece kimyasal madde kullanımı olarak tanımlanırken, günümüzde madde kullanımı ve bağımlılık bozuklukları olarak ifade edilmektedir (DSM 5)². Şimdilik, sadece kumar oynama bozukluğu madde kullanımıyla ilgili olmayan bağımlılık bozukluğu olarak kabul edilerek, teknolojik ya da dijital bağımlılık halen bir hastalık olarak tanımlanmasa da,³ internet bağımlılığı, akıllı telefon bağımlılığı, oyun bağımlılığı gibi bağımlılık türlerinin yakın gelecekte bu kategoride değerlendirileceği öngörülmektedir.⁴ DSM kriterleri arasında yer verilmese de, bireylerde ruhsal çöküş boyutunda travmatik tepkilere neden olabildiği ifade edilen Nomofobi (no mobilephone phobia/nomophobia - akıllı telefonsuz kalma korkusu), Netlessfobi (internetsiz kalma korkusu (netlessphobia) ve FoMO (Gelişmeleri Kaçırma Korkusu - Fear of Missing Out) isimleri verilen rahatsızlıklar ve benzerleri, dijital hastalıklara örnek olarak verilerek,⁵ dijital bağımlılığın, dijital hastalıklara neden olduğu ileri sürülmektedir.

¹<https://www.addictioncenter.com/drugs/internet-addiction/> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

²Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-5) - Ruhsal Bozuklukların Tanımsal ve Sayısal El Kitabı. DSM mental bozuklukları sınıflandırma sistemi Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından ilk kez 1952 yılında yayımlanmıştır. <http://hiperaktivite.info/dsm-psikiyatrik-siniflandirma-sisteminde-yer-alan-tanilarin-listesi-icerik329.html> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

³İnternet bağımlılığının DSM-5'e yeni bir psikiyatrik bozukluk olarak dahil edilmesini garanti altına almak için yeterli ampirik araştırmanın bulunmadığına karar verilmiştir. Billieux ,Joel, Jory Deleuze, Mark D. Griffiths, and Daria J. Kuss: The textbook of addiction treatment: International perspectives, Chapter: Internet gaming addiction: The case of Massively Multiplayer Online Role-Playing Games, Publisher: Springer, Editors: N. El-Gabaly, G. Carrà, M. Galanter, pp.1515-1525, s.1516. https://www.researchgate.net/publication/271510904_Internet_Gaming_Addiction_The_Case_of_Massively_Multiplayer_Online_Role-Playing_Games (Erişim Tarihi: 12.10.2019)

⁴Serdar Yıldırım ve Ahmet Nesimi Kişioğlu, Teknolojinin Getirdiği Yeni Hastalıklar: Nomofobi, Netlessfobi, FoMO, **SDÜ Tıp Fak Dergisi** 2018:25(4):473-480. s.476. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/586019>) (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

⁵Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, Kişioğlu, Erdem, Haluk ve Ufuk Türen, Gökdeniz Kalkın: “Mobil Telefon Yoksunluğu Korkusu (Nomofobi) Yayılımı: Türkiye’den Üniversite Öğrencileri ve Kamu Çalışanları Örneklemi” **Bilişim Teknolojileri Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, Ocak 2017.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından geliştirilmiş ve Avrupa'da kullanılan resmi sınıflandırma sistemi olan Hastalıkların Uluslararası Sınıflaması'nın (ICD)⁶ on birinci versiyonunda da, genel olarak internet bağımlılığına bağımlılık bozukluğu olarak yer verilmemiştir; ancak 2018'de son güncellemeleriyle açıklanan ICD-11'de çevrimiçi ve çevrimdışı oyun bağımlılığı ve tehlikeli oyunlar hastalık olarak tanımlanmıştır.⁷ Kişilerin kontrolsüz şekilde oyuna zaman ayırması ve oyuna verilen önceliğin diğer faaliyetlerine nazaran giderek artış göstermesi, hayatın çeşitli alanlarında yüksek derecede bozulmalara neden olacak ciddiyette devam eden davranış şeklinin kontrol sağlanamayarak sürdürülmesi oyun bozukluğu ya da oyun bağımlılığı (gaming disorder) olarak tanımlanmaktadır.⁸

Çin Halk Cumhuriyeti genel olarak internet bağımlılığını 2008 yılında klinik bir bozukluk olarak kabul eden ilk ülkedir. İnternet bağımlılığının "elektronik afyon" veya "elektronik eroin" olarak adlandırıldığı ülkede, bu bağımlılıkla mücadele amacıyla, en büyük risk grubunu oluşturan ergenlerin internet kullanımında günlük oyun zamanını üç saate kadar sınırlamak ve kullanıcıların çevrimiçi video oyunlarında kimliğini belirlemek gibi çeşitli politikalar yürürlüğe konulmuştur. Güney Kore'de internet bağımlılığı ulusal kriz olarak değerlendirilmekte ve en ciddi sosyal sorunlardan biri olarak görülmektedir.⁹ Çevrimiçi oyun bağımlısı bir annenin üç yaşındaki oğlunu öldürmesi, çevrimiçi çocuk yetiştirme oyunları bağımlısı bir çiftin kendi küçük kızlarını yetersiz beslenme nedeniyle ölüme terk etmesi, on beş yaşındaki bir gencin çevrimiçi oyunlar oynamasına izin vermediği için annesini öldürüp ardından intihar etmesi, bir internet bağımlısının şiddet

⁶International Classification of Diseases. ICD-11, 2018'de son güncellemeleriyle açıklanmış ve Mayıs 2019'da üye devletlerin kabulü için Dünya Sağlık Örgütü'nün karar organı Dünya Sağlık Meclisi'ne sunulmuştur. 1 Ocak 2022 Tarihinden itibaren değişiklikler yürürlükte olacaktır.

⁷<https://ab-ilan.com/dunya-saglik-orgutu-online-oyun-bagimlilikini-ruh-sagligi-problemi-olarak-ilan-etti/>
(Erişim Tarihi: 10.10.2019)

⁸<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f1448597234> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

⁹Güney Kore'nin çok katılımcılı online rol yapma oyunlarının (ÇKORYO) anavatanı olduğu söylenmektedir. Güney Kore'nin, dünyada ÇKORYO'ların en çok oynandığı ülke olduğu ve her yaş grubundan insan tarafından bu oyunların oynandığı ifade edilmektedir. Gözde MODOĞLU, **Dijital Oyunların Ceza Hukuku ve 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Erişim Engelleme Kararları Açısından Değerlendirmesi**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.6.

içeren oyunlar oynadıktan sonra kız kardeşini bıçaklaması, bir diğer bağımlının bir kişiyi öldürüp yedi kişiyi yaralaması ve benzeri olayların, internet bağımlılığından kaynaklandığı değerlendirilmiştir.

Güney Kore hükümetinin tedbirleri kapsamında, dünyadaki ilk internet önleme merkezi kurulmuş, en şiddetli bağımlı gençlerin tamamen devlet tarafından tedavi edildiği internetten kurtarma okulları açılmıştır. 2007’de yaklaşık yüz hastanede sürdürülen tedavi programlarının yanı sıra, yüz kırk tane internet bağımlılığı danışma merkezi kurulmuştur. Bu merkezlerde gerçekleştirilen çeşitli terapi ve etkinliklerle gençlerin dikkat ve ilgileri internet dışındaki odaklara kaydırılmaya çalışılmaktadır. 2011’de uygulanmaya başlanan ve Cinderella yasası olarak da bilinen yasa ile on altı yaşından küçük çocukların gece yarısından sabah altıya kadar çevrimiçi oyunlar oynamaları yasaklanmıştır.¹⁰

Çin ve Güney Kore yanında ABD ve Tayvan da internet bağımlılığını ulusal bir problem olarak tanımlamışlardır.¹¹ Türkiye’de internet bağımlılığı bir hastalık olarak kabul edilmemekle birlikte, anksiyete bozukluğu ve depresyon gibi eş tanımlı durumlar olarak kodlanarak, bazı kamu hastanelerinde ve özel hastanelerde internet bağımlılığı poliklinikleri açılmıştır.¹² Dünyada öldüren oyun olarak bilinen “Mavi Balina”, “Momo” gibi oyunların, Türkiye’deki bazı intihar vakalarının sorumlusu olarak değerlendirilmesi ve bu tür oyunların yayılması üzerine, konuyla ilgili araştırmalar yapmak ve gerekli önlemleri almak üzere, 2019 yılı başlarında Bilişim Teknolojileri Bağımlılığı Araştırma Komisyonu kurulmuştur.¹³

Genel olarak internet bağımlılığı, henüz bir hastalık olarak tanımlanmış olmasa da, zararlı sonuçlara neden olduğu açıktır. Dünya Sağlık Örgütü çevrimiçi ve çevrimdışı oyun bağımlılığı ile tehlikeli oyunları hastalık olarak tanımlamış olması nedeniyle, çalışmamızda internet bağımlılığının türlerinden biri olan oyun bağımlılığına odaklanılacaktır. Oyun bağımlılığı konusunda yapılan araştırmalarda, destek ve tedaviye ihtiyaç duyan internet bağımlılarının çoğunun, dünya çapında oynanan en popüler oyunlar olan Massively Multiplayer Online Role-Playing Games (MMORPG) veya Çok

¹⁰https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_addiction_disorder(Erişim Tarihi: 21.09.2019)

¹¹<https://www.tbmm.gov.tr> > bakirkoy_ruh_ve_sinir_hastaliklari_hastanesi (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

¹²<https://www.haberturk.com/ekonomi/teknoloji/haber/718177-3-ayda-70-internet-bagimlisi> (Erişim Tarihi: 11.10.2019); <http://www.milliyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/internet-bagimliliği-kamu-hastanelerinde-tedavi-edilecek-10233302> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

¹³<https://meclishaber.tbmm.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.10.2019)

Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları (ÇKORYO) oynayan kişilerden oluştuğu belirtilmektedir.¹⁴ Bu çerçevede, genel internet kullanımı ile diğer oyunlardan farklılık gösteren ve ciddi bir ekonomiye sahip, bu oyunlara ilişkin bazı hukuki sorunlardan bahsedilecektir.

2. Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları (ÇKORYO)

Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları (ÇKORYO), oyuncuların¹⁵, sanal dünyada kendilerini temsil edecek, görsel özelliklerini, cinsiyet, meslek ve diğer karakteristik özelliklerini belirledikleri bir avatar¹⁶ oluşturarak, avaturları aracılığıyla sanal dünyadaki yaşam alanında her türlü insani faaliyeti yapabildikleri oyunlardır.

Oyunun özellikleri, oyuncunun kişiselleştirdiği ve bir yaşam tarzı belirleyebildiği avaturları aracılığı ile katıldığı bir oyuna saatlerini harcamasına ve oluşturduğu karakteri daha az kurgusal ve daha fazla gerçek hissetmesine yol açmaktadır.¹⁷ ÇKORYO'nun binlerce kullanıcının aynı anda sanal dünyada olmasına, aynı mekanı paylaşan kullanıcıların birbiriyle etkileşime girmesine imkan sağlaması, onu diğer oyunlardan ayıran temel özelliklerdendir. İkinci önemli özellik, oyuncu çevrimdışı olduğunda da, birbiriyle etkileşime girebilecek diğer oyuncuların oyunu ilerletebilmesi, başka bir deyişle oyuncunun çıkması ile oyunun sona ermemesi, ondan bağımsız olarak var olmaya devam etmesi, yani sürekliliğidir.¹⁸ Bu özellikleri nedeniyle ÇKORYO kısaca, kalıcı bir sanal dünyada çok sayıda oyuncunun birbiriyle etkileşime girdiği bir tür rol yapma oyunu olarak tanımlanabilmektedir. Üçüncü önemli özellik, oyuncularına yazılı sohbetle veya sesli olarak birbirleriyle kolayca iletişim kurma ve sosyalleşme imkanı sağlayan çoğu ÇKORYO'nun, oyuncuların lonca veya klanlar oluşturarak

¹⁴Dünyada ÇKORYO oyuncularının sayısının yirmi milyon olduğu tahmin edilmektedir. Billieux, Deleuze, Griffiths, Kuss, s.1516-1517.

¹⁵ÇKORYO'ların klasik anlamda oyunun çok ötesine geçerek her açıdan gerçek dünya ile kesiştiği, dolayısıyla ÇKORYO'larda oynayan kişilere oyuncu demenin pek yerinde olmadığı, bu kişilerin kullanıcı (user) veya katılımcı (participant) olarak adlandırıldığı yönünde bkz. Gemalmaz, H. Burak. **Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük**. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s.19.

¹⁶Avatar, sanal dünyaya katılan kişinin dijital temsilcisi ya da yansıması olarak tanımlanabilir. Detaylı bilgi için bkz. Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.47 vd.

¹⁷Denizci Nazlıgül, Baş, Akyüz, Yorulmaz, s.15'de anılan Young.

¹⁸Fiziksel dünyanın insanları uyurken de devamlılığını sürdürmesi gibi, kullanıcılar olmadan çevrimiçi oyunlar da devam etmektedir. K. Barker, 'MMORPGing - The Legalities of Game Play', **European Journal for Law and Technology**, Vol. 3, No. 1, 2012, s.3; Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.17.

bir araya gelmelerini teşvik etmesidir. Oyunun gereği olarak ortaya çıkan ve ekip çalışması gerektiren, oyuncuların bir kısmının diğerlerini zarar görmekten koruması veya onlara verilen hasarın iyileştirilmesi ya da düşmanlara zarar verilmesi gibi roller, oyuncuların birlikler oluşturmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁹

ÇKORYO'ların münhasıran rol yapma ve gündelik yaşam taklidi niteliğinde olmak üzere temel iki türü mevcuttur.²⁰ Türlerin özelliklerine göre, oyuncular belirli görevleri yerine getirerek, bir rakibi yenerek ya da sanal dünyadaki özel bir yeri keşfederek yeni özellikler, oyunda kullanılacak özel bir silah, altın ve elmas gibi kıymetli objeler veya yeni güçler kazanabildikleri gibi, savaşçı, büyücü, pilot ve benzeri belirli bir uzmanlık alanını seçerek, seçtikleri alanda yetenek puanları kazanarak uzmanlık seviyelerini yükseltebilmektedirler.²¹

Bu oyunların özellikleri olarak sayılan kalıcı bir dünyanın varlığı, oyunda yükselme ve güçlendirme sistemi ile sosyal etkileşim özelliklerinin, oyuncuların bağımlılıklarını güçlendiren yapısal özellikler olduğu ileri sürülmektedir. ÇKORYO oyuncularının, diğer oyunları oynayanlara nazaran oynamaya çok daha fazla zaman ayırdıkları ve daha fazla sigara, daha az hareket ve kötü uyku kalitesine sahip oldukları belirtilmektedir.²² Bir ÇKORYO'nun geliştirilmesi için ciddi miktarlarda para ve zaman harcama gerekliliği bulunması nedeniyle, ÇKORYO'ların büyük çoğunluğu şirketler tarafından üretilmektedir.²³ Bu oyunların bir kısmı ücret karşılığı oynanabilirken, bir kısmı ücretsiz olarak oynanabilmektedir. World of Warcraft, Second Life, Metin2, Guild Wars, Everquest, Eve Online, Ultima Online ÇKORYO'ya örnek olarak sayılabilir.

¹⁹Her birliğin, loncanın kendi kuralları vardır ve bir lonca ya da klana dahil olmak isteyen kullanıcıların, karakterlerinin bu birliğin gerekliliklerine uygun olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. ÇKORYO'larda kurulan ilişkilerin, oyun dışında bir araya gelen arkadaşlar veya ortaklar arasındaki ilişkiler kadar yoğun olabileceği ve oyuncular arasındaki bu ilişkilerin işbirliği ve güven unsurlarını içerdiği belirtilmektedir. https://en.wikipedia.org/wiki/Massively_multiplayer_online_role-playing_game (Erişim Tarihi: 05.10.2019); <https://www.techopedia.com/definition/1919/massively-multiplayer-online-role-playing-game-mmorpg> (Erişim Tarihi: 05.10.2019)

²⁰Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.22.

²¹Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.23.

²²Billieux, Deleuze, Griffiths, Kuss, s.1518.

²³Daha az sayıda olsa da, bir şirkete bağlı olmadan geliştirilen ÇKORYO'lar da mevcuttur. Billieux, Deleuze, Griffiths, Kuss, s.1518; https://en.wikipedia.org/wiki/Massively_multiplayer_online_role-playing_game#cite_note-Yee_PDF-10 (Erişim Tarihi: 12.10.2019);

3. Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunlarıyla İlgili Bazı Hukuki Sorunlar

Son yıllarda ÇKORYO'ların geliştirilmesinde de popüleritesinde de bir patlama yaşandığı, bu alanın artık sadece sınırlı bir tüketici grubuna hitap eden bir pazar olmaktan çıkıp, popüler eğlencenin ana biçimine dönüşmüş olduğu belirtilmektedir. Milyonlarca aboneye sahip olabilen oyunların dünya çapında oluşturdukları pazar, yıllık gelir bakımından sinema endüstrisini geçmiş durumdadır.²⁴ ÇKORYO'ların cezbedici niteliğine çok uluslu şirketlerin de kayıtsız kalmadıkları, Vivendi, Sony ve Microsoft gibi şirketlerin bu pazara el attıkları ifade edilmektedir.²⁵

Bu alanda ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar, oyunların yazılımları ve oyuncuların oyunlarda oluşturdukları tiplerle bağlamında fikri mülkiyet hukuku, taraflar arasındaki ilişkileri yöneten sözleşmeler bağlamında sözleşmeler hukuku, oyuncuların oyun içinde elde ettikleri sanal mülkiyet hakkı bağlamında eşya hukuku ve oyun bağımlılığının bir hastalık türü olarak kabul edilmesinden hareketle, oyuncuların oyun nedeniyle kendilerine veya bir başkasına zarar verebilmeleri bağlamında haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirilebilir.

Şirketlerin, kurgulayıp geliştirdikleri dijital oyunların ve konumuz kapsamında ÇKORYO'ların üzerinde fikri mülkiyet hakkına sahip oldukları genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu oyunların fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde bağımsız olarak korunacak birden fazla hususu bünyelerinde barındırmaları nedeniyle hangi eser türü olarak korunacakları konusu tartışmalıdır. Bilgisayar programları, FSEK m.2/1 uyarınca ilim ve edebiyat

²⁴ World of Warcraft (WoW) adlı oyunu geliştiren Blizzard şirketinin 2007 itibarıyla yıllık toplam gelirinin 1.2 Milyar Dolar olduğu, Second Life oyununda oyuncular arası hukuki işlemlerin hacminin 2009 itibarıyla 567 Milyon Dolara ulaştığı belirtilmekte, 2007 itibarıyla, sanal dünyalardaki sanal eşyaların toplam değerinin 20 Milyar Doları bulduğu tahmin edilmekte ve buna göre bir oyun karakterinin (avatar) ortalama piyasa fiyatının 868 Dolara tekabül ettiği saptanmaktadır. Gemalmaz, H.Burak: "Sanal Mülkiyet" **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.194-200, s.196; 2001 yılında gerçekleştirilen bir araştırmada Everquest adlı ÇKORYO'nun gelirinin, Bulgaristan'ın yıllık gelirinden daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Modoğlu, s.3.

²⁵ Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.27; Türkiye'de de ilk kez, InGame Group ve Ay Yapım'ın iş birliğiyle dizi ve oyun sektörü bir araya getirilmiş, Türk yapımı "Zula" oyunu ve televizyon dizisi "Çukur" ortak bir milyon üzerinde kullanıcının dahil olduğu Zula'ya, Türkiye dışında farklı ülkelerde de takip edilen Çukur dizisinin iki karakteri dahil edilmiştir. <https://webrazzi.com/2019/10/02/cukur-dizisi-mmofps-oyunu-zula-ile-is-birligi-yapti/> (Erişim Tarihi: 26.10.2019)

eseri olarak korunmaktadır.²⁶ Bilgisayar programlarının yazı ile ifade edilen, belli bir sonuca ulaşmak amacıyla yaratılmış olma niteliği karşısında, bilgisayar oyunlarının bu özelliklerden fazlasını taşıması, ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilmelerine engeldir. Oyunlar eğlence amacıyla oluşturulurlar ve teknik bir sonuca ulaşma amaçları yoktur. Bilgisayar oyunlarının, sadece yazı ve dil ile ifade edilmeyip, grafik, görüntü, senaryo, oyun karakterleri ve ses gibi unsurlara sahip olması; oyuncunun tercihleri ve çabasına göre senaryo ve karakterin özelliklerinin değişmesi, oyunların interaktif olması gibi özellikler²⁷, oyunların farklı şekilde nitelendirilmesini gerektirmektedir. Oyunda kullanılan müziğin musiki eserleri (FSEK m.3), oyuncuların oyunlarda kendi hususiyetlerini katarak yarattıkları avatarların güzel sanat eseri türlerinden tiplleme (FSEK m.8), oyunda yer alan grafiklerin güzel sanat eseri türlerinden grafik (FSEK m.6) kapsamında korunması kanaatimizce mümkündür.²⁸ Yabancı doktrin ve içtihatlar, bilgisayar oyunlarının multimedya eser kapsamında korunabileceği değerlendirilmektedir. Türk Hukuk düzeninde sınırlı sayı prensibine göre

²⁶ FSEK m.2/1 uyarınca, herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları, eser olarak kabul edilmektedir. Bilgisayar programlarının hukuki korunmasının hangi hukuk dalı ile temin edileceği hakkındaki tartışmalarda, bilgisayar programı üzerindeki hakkın sözleşme, patent veya fikri hukuk kapsamında korunmasına ilişkin görüşler ileri sürülmüş; gelişmiş ülkelerdeki baskın eğilimler doğrultusunda hakkın fikri hukuk kapsamında korunması kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bilgisayar programlarının patent hukuku ile korunması kapsamında güçlü bir eğilim bulunduğu ve bazı hukuk sistemlerinin buna imkan sağladığı, ancak patentlenebilir bir buluşun daha yüksek standartlara sahip olması gerekliliği nedeniyle bu yola başvurunun pek fazla tercih edilmediği de ifade edilmektedir. Şener Dalyan. **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.45.

²⁷ Taylan Kılıç. **Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.89-90.

²⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin Nova kararında, mahkeme, genel olarak oyunlarda yer alan grafiksel detayların ve görüntü karelerinin grafik veya sanat eseri olarak korunabileceğini tespit etmiştir. (Supreme court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from the High Court of Justice, Nova Productions Limited V. Mazooma Games Limited and Bell Fruit Games Limited Case No: A3/2006/0205, 14.04.2007. <https://www.ip4all.co.uk/wp-content/uploads/novaproductionsltdv.mazoomagam.esltd>); Güzel sanat eserinin kapsamı ve güzel sanat eserinin başlıca unsuru olarak yaratımın estetik değere sahip olması konusunda Yargıtay kararları ve değerlendirmeleri için bkz. Kılıç, s.109 ve s.109, dn.241-242'e anılan Yargıtay 11. HD 13.5.2014 tarihli ve 2014/1006 E, 2014/9150 K sayılı kararı ile Yargıtay 11 HD. 27.6.2013 tarihli ve 2011/10680 E; 2013/13444 K sayılı kararı.

düzenlenmiş FSEK kapsamında multimedya eser düzenlemesine yer verilmediğinden oyunların bu kapsamda korunması mümkün değildir.²⁹

Dijital oyunların görsel işitsel eser olarak değerlendirilebileceği, FSEK’te henüz görsel işitsel eserlerin tanımlanmadığı ve görsel işitsel esere yer veren tek düzenleme olan, fonogramın tanımlandığı FSEK m. 1/B,f³⁰ ile görsel işitsel eserler ve sinema eseri arasında bağlantı kurulmuş olduğu, buradan hareketle dijital oyunların sinema eseri kapsamında değerlendirilebileceği değerlendirilmektedir.³¹

Diğer yandan, oyuncuların oluşturdukları ve ünlenen avatarların karakter ticaretine (character merchandising)³² konu olabilmesi, görsel işitsel medya alanında ün kazanan tiplerin oyun karakteri olarak oyunlara dahil edilmesi ve benzeri konular ayrıca ele alınması gereken hukuki meselelerdir. Belirtilen konularda, fikri mülkiyet hakkı kapsamında koruma bahşedilmesi halinde kümülatif olarak, fikri mülkiyet hakkı kapsamı dışında değerlendirme yapılması halinde tek başına haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulacağını da belirtmek gerekir. Sonuç olarak, dijital oyunlarla ilgili hakların belirlenmesi ve korunması amacıyla FSEK’in gözden geçirilerek konunun uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Fikri mülkiyet hukuku bakımından yapılacak değerlendirmelerin oyuncuların haklarını da kapsayacak şekilde genişletilerek yapılması zorunludur.

Bilgisayar programları uygulamada genellikle lisans sözleşmeleri ile korunmaktadır. Dijital oyunları üreten şirketlerin oyunlar üzerinde fikri mülkiyet hakkına sahip oldukları kabul edilmekle birlikte, daha sıkı bir koruma elde edilebilmesi amacıyla, sözleşme yapma yoluna başvurulmaktadır.³³ Çevrimiçi oyunlar ve ÇKORYO son kullanıcı lisans sözleşmeleri (EULA - End User License Agreement) tarafından yönetilmektedir. Sanal dünyaya ilişkin program kodunu bu dünyaya hakim olacak şekilde kurgulayan ve sürekliliğini sağlayan şirketler, son kullanıcı lisans sözleşmeleriyle, oyundaki herhangi bir unsuru silebilme,

²⁹ Kılıç, s.128.

³⁰ FSEK m. 1/B,f: “Fonogram: Sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı... ifade eder.

³¹ Kılıç, s.130’da anılan Tosun; Karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlarla ilgili bkz. ae. S.130 vd.

³² Detaylı bilgi için bkz. https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2019)

³³ Dalyan, s.44.

değiştirebilme veya üretebilme yetkisini ellerinde tutmaktadır.³⁴ Oyun içinde oyuncuların birbirleriyle etkileşimini düzenleyen ve sözleşmeyi ihlal eden oyuncuya uygulanacak yaptırımlar hakkındaki kurallara da bu sözleşmelerde yer verilmektedir. Son kullanıcı lisans sözleşmeleri, oyun şirketlerinin tek taraflı düzenlediği ve müzakere zemini olmaksızın, oyuncuların oyuna girebilmek için şartlarını kabul etmek durumunda oldukları click-wrap sözleşmeleridir.³⁵ Bu sözleşmelerin özel hukuk bakımından geçerliliği tartışmalı olup henüz bu konuda bir görüş birliğinden bahsedilebilir olmasa da, genel olarak bu hükümlerin geçersiz olduğu yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır.³⁶ Oyun şirketleri tarafından tek yanlı hazırlanarak, oyunculara, koşulları tartışma, müzakere etme imkanı vermeksizin oyuna katılmanın şartı olarak sunulan sözleşmelerin hükümlerinin, genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi ve bu şekilde sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi haklıdır.³⁷

Sözleşmelerin geçerliliğinin kabul edilmemesinin başka bir önemli gerekçesi de, oyunların özelliğinin gereği olarak avatarlarını geliştirmek, oyunda ileri seviyelere gelebilmek adına uzun zaman, emek ve bazı hallerde para harcamak zorunda olan oyuncuların, bir bakıma oyunların devamı için zorunlu bu katkılarının yok sayılarak, sözleşmelerde, oyunlarda elde edilen sanal unsurların mülkiyetinin de şirketlere ait olduğuna dair hükümlere yer verilmesi ve ayrıca sanal unsurların hem oyun içinde hem oyun dışında devir ve intikalinin yasaklanmasıdır. Sözleşmelerin, adil bulunmayarak eleştirilen bu düzenlemesine karşın, oyuncular oyunda elde ettikleri sanal unsurları, oyun hesaplarını ve avatarlarını belirli bir bedel karşılığında,

³⁴Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.72 vd.; Bazı ÇKORYO'larda sadece son kullanıcı lisans sözleşmeleri kullanılırken bazılarında son kullanıcı lisans sözleşmeleri ile nitelik bakımından özdeş kullanma koşulları anlaşmasının (terms of use/ terms of service) da birlikte bulunabildiği görülmektedir. Bazılarında ise bu sözleşmelerinin biri veya ikisinin de eki niteliğindeki davranış kuralları (rules/code of conduct) sözleşmelerine de yer verilmektedir. İlk iki sözleşmenin ÇKORYO'yu oynamaya başlamadan önce kabul edilmesi zorunludur. Ek nitelikli davranış kuralları ise ilk sözleşmelerin kabulü ile birlikte otomatik olarak yürürlüğe girer. Ae s.76.

³⁵Barker, s.4; Genel şartların altında yer alan kabul butonuna basılarak kurulan sözleşmelere click-wrap sözleşmeler denilmektedir. Bu konuda bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003.

³⁶Modoğlu, s.66'da anılan Dülger, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

³⁷ Genel işlem koşulları hakkında bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.387.155 vd; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s.227 vd.

eBay, IGE, Yahoo ve benzeri siteler üzerinden diğer kullanıcılara satmaktadırlar.³⁸ Sözleşmelerdeki katı tutuma karşılık, bu satışlarla ilgili şirketlerin etkili bir mücadeleye girişmedikleri de görülmektedir. Yukarıda değindiğimiz gibi, oyunu üreten şirketlerin tek yanlı hazırlayarak sundukları, oyuncuların kabul etme ya da etmeme dışında bir alternatifte sahip olmaksızın onayladıkları son kullanıcı lisans sözleşmelerinin içerdikleri bu hükümler, genel işlem koşulunun özelliği olan, düzenleyen şirketler lehine ve oyuncular aleyhine sonuç verecek içeriklere sahiptirler. Kanaatimizce, oyun sahibi şirketlerin, oyunlarda elde edilen sanal unsurların oyuncular tarafından satışına müdahale etmemelerinin ya da etkili bir mücadele politikası geliştirmemelerinin ardında, bu tür ihtilafların mahkeme önüne gitmesi halinde olumlu sonuç elde edilmeyeceğinin farkında olmaları gerçeği vardır. Üstelik bu konudaki ihtilaflarla ilgili olarak, mahkeme kararları vasıtasıyla prensipler oluşturulması, şirketlerin tek taraflı ve fazla bir güçlükle karşılaşmadan oluşturdukları güçlü konumlarının kaybına neden olacaktır. Şirketlerin, oyuncular tarafından esnetilerek de olsa, son kullanıcı lisans sözleşmelerini bugünkü içerikleriyle uygulayabilmelerini, kanun koyucuların internet teknolojisinin hızını yakalayamamasına borçlu olduklarını söylemek, aşırı bir yorum olmayacaktır.

Şirketlerin oyunlar üzerindeki fikri mülkiyet hakkı, oyun, oyuncular ve oyuncuların oyun içindeki kazanımları hakkındaki hakimiyetlerine temel teşkil etmekte yetersizdir. Oyuncuların belirli miktarda bir bedel karşılığında katılımı ile oyunların sürekliliğinin sağlandığı, oyuncuların oyunun devamı sırasında harcadıkları zaman, emek ve para mukabilinde oyun içinde bir konuma ulaştıkları ve oyunla ilgili birtakım sanal değerler elde ettikleri göz önünde bulundurulduğunda, elde edilen sanal değerlerin mülkiyetinin neden oyun kurucu şirketlere ait olacağıın izahı güçtür.³⁹ Oyuncuların bedelini ödedikleri lisansın kullanımı sonucu elde ettikleri sanal unsurlar üzerinde sanal mülkiyet hakkının varlığının kabulü mantıklı bir çözümdür. Doktrinde, bir nesnenin hukuken eşya olarak nitelendirilebilmesi için gerekli unsurları içermeleri nedeniyle, sanal unsurların birer eşya olarak değerlendirilmesi ve bunlar üzerinde sahibinin (avatarın) sanal mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilmesi

³⁸Barker, s.1-4; Gemalmaz, Sanal Mülkiyet, s.111; Modoğlu, s. 12-22-66; Oyun içindeki sanal unsurların satılarak gerçek paraya çevrilebilmesi, oyunda belirli seviyeye hemen gelmek isteyen oyuncuların gerçek para ile alışveriş yapabilmesi, sanal dünyaların kendi içlerinde bir ekonomiye sahip olmalarına neden olmuştur. Ae. s.3

³⁹Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.125.

savunulmaktadır.⁴⁰ Teknoloji bağımlılığının en fazla tartışıldığı Çin, Güney Kore ve Tayvan gibi ülkelerin mahkeme kararlarında, sanal mülkiyetin kabul edildiği, sanal eşyaların başkası tarafından zorla alınmasının hırsızlık suçu olarak değerlendirildiği görülmektedir. Çin Halk Cumhuriyeti, Tayvan, Güney Kore ve Yeni Zelanda, sanal oyunlardaki eşyaların başkası tarafından zorla alınmasına ilişkin eylemleri hırsızlık suçu teşkil ettiğini kabul etmektedir.⁴¹

Son kullanıcı lisans sözleşmelerinin bu sorunları yok sayarak ve tamamen şirketler lehine olacak şekilde tasarlanarak oyunculara oyuna dahil olmanın ön koşulu olarak sunulması ve aslında oyunculara oyuna dahil olma dışında bir hak tanımaması, belirtilenler dışında da düşünülebilecek çeşitli başka sorunlara gebe dir.⁴² Çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına, bu konuda en fazla gündeme gelen sorunları sadece anmakla yetiniyoruz.⁴³ Son kullanıcı lisans sözleşmelerinin belirtilen sorunların giderilmesinde yetersiz olduğu ve oyuncuların problemlerini çözecek yeterliliğe sahip olmadığı açıktır. Sözleşmelerin sorun gidermekteki yetersizliği nedeniyle oyuncular zorunlu olarak gerçek mahkemelere başvurumaktadırlar.⁴⁴ Bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili açılmış davalar genellikle sulh ile

⁴⁰Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.125; Ceza hukuku açısından ise ÇKORYO'da elde edilen her sanal unsur bir veridir. Suçun mağduru kabul edilmek için verinin ilgilisi olmak yeterli olup sahibi olmak gerekmez. Modoğlu, s.66'da anılan Dülger.

⁴¹Kararlar için bkz. Gemalmaz, Sanal Mülkiyet.

⁴²Evlilik mal rejimine tabi sanal bir değer in, kişisel özellikler taşıyan bir avatarın akıbetinin ne olacağı, hackerler tarafından oyuna giriş hesapları kırıldığında veya oyuncunun sanal unsurlarına zarar verildiğinde, oyuncunun avatarına diğer oyuncular tarafından zarar verildiğinde şirketlerin sorumlu olup olmayacakları; şirket mallarına haciz konulması halinde oyuncuların oyunda edindikleri sanal unsurların akıbeti, gerçek hayattaki borçları nedeniyle oyuncuların maddi değere sahip sanal unsurları ile sorumlu kabul edilip edilemeyeceği, sanal unsurların miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığı ve sair hususlar bu çerçevede ele alınabilir. Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.95 vd.

⁴³Dijital oyunlarla ilgili geçmişte çok uçta olduğu ileri sürülebilecek görüşlerle bir takım tartışmalar yürütülmektedir. Gerçek dünyadaymışçasına birbirleriyle etkileşim halinde olan yüz binlerce avatarın bulunduğu sanal dünyanın kamusal alan ya da yarı kamusal alan olarak değerlendirilmesi önerilerek, sanal dünyada iktidar sahibi olan şirketlerin kullanıcılar aleyhine oluşturdukları dengenin adil şekilde kurulması için, devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında müdahalesinin gerektiği, özel alandaki eşitsizlikçi güç ilişkilerinin özünde insan hakları problemi olduğu ileri sürülmektedir. Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.153.

⁴⁴Modoğlu, s.22; Bazı örnekler için bkz. Barker, s.1'de anılan Bragg v Linden Research Inc. (487 F.Supp 2d 593 E.D. Penn) [2007]; BlackSnow Interactive v Mythic Entertainment Inc, No 02-00112 (C.D. Calif.) [2002]; Hernandez v Internet Gaming Entertainment, U.S. Dist. Ct. Southern District of Florida, Case No:07-CIV21403-COHN/SELTZER [2007].

çözümlendiğinden şimdilik konuyla ilgili prensipler oluşmuş değildir⁴⁵; ancak uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların artması mahkemelerin bu konuda tatbik edebilecekleri kurallara ihtiyaç duyacaklarını ve gecikmeksizin bu alanda birtakım prensipler oluşturulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Örneğin, dünyanın en büyük oyun pazarlarından birine sahip olan Güney Kore, çevrimiçi oyun bağlamında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar ile başa çıkmak için, sadece çevrimiçi oyunlardan doğan sorunlarla ilgilenecek özel polis gücü tahsis etmiş ve ayrıca özel bir sözleşme inceleme komitesi oluşturmuştur. Bu komite sadece çevrimiçi oyunlar ve sanal dünyada kullanılan son kullanıcı lisans sözleşmelerini ele almaktadır.⁴⁶

Dijital oyunlarla ilgili ortaya çıkabilecek bir başka sorun, ICD-11’de çevrimiçi ve çevrimdışı oyun bağımlılığı ve tehlikeli oyunların hastalık olarak tanımlandığı da göz önünde bulundurularak, oyun bağımlılığı nedeniyle meydana gelecek haksız fiil sorumluluğudur. İnternet bağımlılığı bir hastalık olarak tanımlanmış olsun ya da olmasın, bunların birey üzerindeki olumsuz etkileri bulunduğu açıktır.⁴⁷ İnternet bağımlılığının ve dijital oyunların olumsuz yönlerine odaklanılarak zararlı sonuçlardan bahsedilirken, bu sonuçların doğmasının engellenmesi için gerekli önlemlerin değerlendirilmesinde, öncelikle internet ya da oyun bağımlılarının, alkol ve uyuşturucu bağımlılarından farklı olarak teknoloji ile ilişkilerinin uygun ölçüde devam etmesi gerektiğinden, hem internetle sunulan içerikler bakımından hem bireylerin teknoloji ile kurdukları ilişki bakımından, sürdürülebilirliği sağlayacak çözümler bulunması gerektiği belirtilmelidir. Kaldı ki, dijital teknolojinin, engelli bireylerin birçok yönüyle hayata katılımlarının sağlanması, bir mülteci kampında veya cinsiyet temelli ayrımın gözetildiği bir yerde yaşayan çocukların eğitim olanağına kavuşmaları, baskıcı bir yönetimde engellenen bireylerin seslerini duyurabilmeleri, zaman ve emek tasarrufu sağlanması gibi kazanımları elbette göz ardı edilemez. Özellikle hastalık olarak tanımlanan oyun

⁴⁵Gemalmaz, Sanal Dünyalar, s.89.

⁴⁶Barker, s.2.

⁴⁷Bağımlılık gelişen bireylerde carpal tunnel sendromu, kuru gözler, baş ağrıları, sırt ağrıları, yeme sorunları, uyku sorunları, kişisel temizlikte eksiklikler, içe dönüklük, kaçınanlık gibi gibi sağlık sorunları gözlemlendiği belirtilmektedir. Denizci Nazlıgül, M., Baş, S., Akyüz, Z. & Yorulmaz, O. (2018). İnternette Oyun Oynama Bozukluğu ve Tedavi Yaklaşımları: Sistematik Bir Gözden Geçirme. *Addicta: The Turkish Journal on Addictions*, 5, 13–35, s. 16. <http://dx.doi.org/10.15805/addicta.2018.5.1.0018> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

bağımlılığının önlenmesi için, yasakçı bir zihniyetle, dijital oyunların genel olarak bağımlılık ve zarara neden oldukları ileri sürülerek tamamen yasaklanmasını savunmak, Goethe'nin 1774 yılında Genç Werther'in İzdırapları romanının piyasaya çıkmasının ardından karşılaşılan çok sayıda intihar vakası nedeniyle romanın yasaklanmasını ve sonuçlardan Goethe'nin sorumlu tutulmasını savunmakla eşdeğerdir.

Oyunların bağımlılık oluşturmamasının haksız fiil sorumluluğunda dikkate alınması, kanaatimizce oyunların, oyuncunun psikolojisini etkileyerek kendine ya da bir başkasına yönelik zarar vermeye yönlendirme özelliği taşıması halinde söz konusu olmalıdır. Belirtilen özelliği taşıyan oyunların etkisiyle bir kimsenin kendine veya bir başkasına zarar vermesi durumunda, bağımlılığın fiil ehliyeti üzerindeki etkisi değerlendirilerek, oyun üzerinde hakimiyeti olan kişinin sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmelidir. Sorun Borçlar Kanunu'nun ayırt etme gücünün geçici kaybına ilişkin 59. maddesi çerçevesinde değerlendirilmeli, oyun bağımlılığının, zarar verici eylem sırasında, ayırt etme gücünün kaybedilmesinde etkili olduğunun söylenebildiği hallerde, oyun üzerinde hakimiyeti olan kişinin; bağımlılığının etkisinin ayırt etme gücünü kaldırarak derecede yoğun olmadığı hallerde, kusur sorumluluğu esasına göre failin sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır.

Amerika'da bir oyun bağımlısının şiddet içerikli bir oyunda, sanal ortam ile gerçek hayat ortamı arasındaki farkı algılayamaz hale gelerek, oyundaki karakterin davranışını taklit etmek suretiyle gerçek hayatta bir arkadaşına zarar vermesi üzerine, oyun şirketinin haksız fiil sorumluluğunun olduğu iddiasıyla açılan davada, dava davacı aleyhine sonuçlanmıştır.⁴⁸ Kararda, oyunun Anayasa tarafından güvence altına alınmış ifade özgürlüğü kapsamında olduğu tespit edilmiştir.⁴⁹ Kuşkusuz bu kararın Amerikan

⁴⁸Wilson v. Midway Games, Inc., 198 F. Supp. 2d 167 (D. Conn. 2002) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/198/167/2513432/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019); Midway Games, Inc. tarafından geliştirilerek piyasaya sürülen dünya çapında ünlü dövüş oyunu Mortal Kombat'ta yer alan karakterlerin davranış stilleri taklit edilerek yaralama ve ölümlerle sonuçlanan saldırıların gerçekleştirilmesi üzerine, şirketin haksız fiil sorumluluğunun bulunduğu ileri sürülerek açılan davalarda, olumlu sonuç alınmamıştır.

⁴⁹Bkz. Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al., 564 U.S. 786 (2011) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/786/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019) ; Bilgisayar oyununun ifade özgürlüğü kapsamında olduğu yönünde başka bir karar için bkz. de Kılıç, s.91 dn. 210'da anılan Supreme Court (Ninth Circuit), Entertainment Merchants Association v. Brown, Governor of California,27.06.2011 tarihli ve 08-1448 sayılı kararı. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/08-1448.html>

hukukunun yüksek koruma standartlarına sahip ifade özgürlüğü anlayışı ile bağlantılı değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine de, zararlı sonuçlara karşı devletlerin tamamen hareketsiz kaldıkları söylenemez. Örneğin, yukarıda anılan davada zarar verdiği ileri sürülen dövüş oyununun bazı sürümleri, özellikle çocuk ve gençler bakımından zararlı bulunarak belirli dönemlerde Avustralya, Güney Kore, Almanya, Endonezya, Japonya ve Ukrayna gibi bazı ülkelerde yasaklanmıştır.⁵⁰ Günümüzde oyun üreticilerinin sorumlu tutulması gerektiği konusunda yerleşmiş bir anlayıştan bahsedilemese de, çok uzak olmayan bir gelecekte, bu anlayışın değişeceği, bağımlılık yapan zararlı kimyasal maddelerle ilgili yasaklayıcı ve sorumluluk öngören kuralların, bu alanda da kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

II. Kanunlar İhtilafı Sorunu

İnternet ve dijital oyunlarla bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek sözleşmesel, haksız fiil sorumluluğu, fikri mülkiyet hukuku kapsamında ya da diğer konularla ilgili sorunlar, internetin sınır tanımayan doğasına uygun olarak, çok kez yabancı unsurlu problemler olarak karşımıza çıkacaktır. İnternet ortamında gerçekleşen hukuki uyumsuzlıklardan doğan kanunlar ihtilafı meselelerinde, internete özgü hukuk kurallarına ihtiyaç bulunup bulunmadığı, eğer ihtiyaç bulunduğu kanaatine varılırsa bu kuralların ne şekilde biçimlenmesi gerektiği tartışmalıdır. İlk bölümde kabaca değindiğimiz hukuki problemlerle ilgili kanunlar ihtilafı sorunlarının, her konunun kendine özgü hususiyeti gereği, ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Konunun genişliği bu çalışmanın sınırlarını aştığından, konu sadece haksız fiil sorumluluğu bağlamında ele alınacaktır.

A. İnternetle İlgili Özel Bağlama Kuralına Gerek Bulunup Bulunmadığı

İnternet teknolojisi hayatımızı dönüştürmeye devam ederken, hukuk kurallarının bu dönüşüme ne şekilde karşılık vermesi gerektiği konusunda bir mutabakat sağlanamamış olduğu görülmektedir. Tüm dünyayı içine alan sanal dünyanın hukuki sorunlarının çözümünde, gerçek dünyada uygulanan hukuk kurallarının yeterli olup olmadığı, başka bir deyişle hakların sınır ötesi ihlallerinde başvuru geleneksel çözümlerin, internetle gerçekleşen ihlaller bakımından uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar, milletlerarası özel hukukunun bağlama kurallarının tatbiki

⁵⁰https://en.wikipedia.org/wiki/Controversies_surrounding_Mortal_Kombat#cite_note-33
(Erişim Tarihi: 25.10.2019)

alanında daha da şiddetlenirken, sınır ötesi hukuki sorunlarda, kanunlar ihtilafı hukuku en önemli çözüm araçlarından biri olmasına rağmen, bu konudaki çalışmaların internetin yarattığı sorunlarla ilgili yeterli çözümleri üretilmediği ve milletlerarası özel hukukun internetle ilgili sorunları çok yavaş bir şekilde takip ettiği ileri sürülmektedir.⁵¹

Konumuz bağlamında, internet vedijital oyunlar aracılığı ile işlenen haksız fiillerde, sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti için özel bir bağlama kuralının gerekli olup olmadığı hakkındaki görüşler, internet için ayrı kurallar belirlenmesi, mevcut kuralların internetle gerçekleşen ihlaller bakımından da uygulanması ve internetin hukuk kuralları dışında kendi protokolleri ile düzenlenmesi şeklinde çeşitlenmektedir. İnternetle ilgili görüş farklılıkları genellikle çevrimiçi dünyanın gerçek dünyanın bir uzantısı ya da gerçek dünyadan farklı bir alan olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Siber uzayın farklı bir ortam olduğunu, küresel nitelikli internetin yerel kurallarla düzenlenmesinin doğru ve yeterli olmadığını⁵² kabul eden görüş, internet aracılığıyla gerçekleşen haksız fiillerdensorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, bu alanda baskın şekilde kabul edilen ika yeri kuralının (lex loci delicti) yeterli olmayacağını, internete özgü, özel bir bağlama kuralı formüle edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, interneti düzenleyecek sui generis, bir ülkeye bağlı olmayan düzenlemeler yapılmalı ya da bu konuda mevcut hukuk düzenlerinin maddi hukukları, milletlerarası yetkiye ilişkin kuralları ve tenfiz prosedürleri arasında uyum geliştirilmelidir.⁵³ Milli hukukların harmonizasyonu, en azından günümüzde, ulaşılması çok güç bir hedef olduğundan, bu görüş uyarınca ileri sürülen diğer seçenek üzerinde daha fazla durulmaktadır.

Çeşitli ülkelerden oyuncuların yer aldığı çok katılımcılı online rol yapma oyunlarında, tartışma forumlarında veya profesyonellerin bir başka gerçek ya da tüzel kişi için çevrimiçi ortamda çalışma yürüttüğü hallerde genel olarak bir katılımcının, diğerlerinin fiziken nerede olduklarını bilme imkanı bulunmamaktadır. Bunlardan birinin çevrimiçi ortamdaki faaliyetleri

⁵¹Marketa Trimble, "Conflict of Laws Has Caught Up with Silicon Valley. Now Silicon Valley Needs to Catch Up on Conflict of Laws", 13 December 2016. <http://conflictoflaws.net/2016/conflict-of-laws-and-silicon-valley/> (Erişim Tarihi: 03.10.2019)

⁵²Jonathan Zittrain. "Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law", Cato Institute, 2003, s.8. http://ssrn.com/abstract_id=395300, (Erişim Tarihi: 20.10.2019).

⁵³Zittrain, s.8.

nedeniyle diğerine verebileceği maddi veya manevi zararlarda, gerçek dünyada olduğu gibi zararın lokalize edilmesine, aralarındaki uyuşmazlığın bir ülke hukukuna tabi tutularak yerleştirilmesine ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır. Çevrimiçi dünyanın toprakları olmayan bir devlet konsepti olarak betimlendiği bu görüş uyarınca, farklı hukuk sistemlerinin kabul ettikleri prensiplerin sanal dünyaya yansıtılması gerekli değildir. Çevrimiçi dünyayı, çevrimdışı dünyada bağlayıcı olan hukuki esaslardan bağımsızlaştırmak, aynı sanal ortamda buluşan kişilerin birbirlerinin tabi olduğu hukuk düzeninin standartlarını öngörme gereksinimi de ortadan kaldırılmaktadır. Çevrimiçi dünyanın aktörlerinin, katıldıkları sanal ortamları düzenleyen “sosyal medya platformu sözleşmesi” veya “son kullanıcı lisans sözleşmesi” gibi düzenleyici kurallara tabi olmayı seçerek herhangi bir hukuk sisteminin standartlarına bağlı olmaktan kurtulabilecekleri, uyuşmazlığın herhangi bir mahkemenin önüne götürülmesi durumunda da, mahkemenin bu sözleşme uyarınca uyuşmazlığı çözebileceği ileri sürülmektedir. Çok sayıda devletin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde, uyuşmazlığın taraflarına hukuk seçimi imkanı tanıması da bu çözüme dayanak olarak gösterilmektedir.⁵⁴

Sosyal medya platformu sözleşmesi, son kullanıcı lisans sözleşmesi ve benzeri düzenleyici kurallar, ortak yönlere sahip olmakla birlikte, tüm dünyada ortak kullanılan metinler değildirler. Bu kuralların, sadece ait oldukları sanal ortamı regüle ederek belirli ölçüde denetim sağlayabilecekleri ve gerekli yaptırımların öngörülmesinde mahkemelerden daha hızlı hareket edebilecekleri, dolayısıyla, ancak zarar veren ve mağdurun aynı platformda oldukları hallerde işlerlik kazanabilecekleri söylenebilir. Bu sözleşmeler, genellikle, katılımcıların hakları yeterli düzeyde korunmadan tek taraflı hazırlandıklarından, ortaya çıkan sorunlara cevap vermekte yetersiz kalmaktadırlar. Tarafların haklarının sözleşmede dengeli şekilde korunmuş olduğu varsayımında da, sözleşmede hüküm bulunmayan bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında, bu uyuşmazlığın hangi hukuka göre çözümleneceği sorunu cevaplandırılmış değildir. Bu çözümün kabul görmesini engelleyen bir başka önemli neden, böyle bir uygulamanın devletlerin bu alanda egemenlik haklarından kaynaklanan yasama yetkilerinin, bir anlamda özel kuruluşlara devredilmesi anlamına gelmesidir.

⁵⁴Alex Mills, “The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in ‘Facebookistan’?”, **Journal of Media Law**, Vol.7, Issue 1, 2015, pp. 1-35, s.29 vd.

<https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/394296249.pdf>,

(Erişim Tarihi:

15.10.2019).

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

Bu sonucun kabul görmesi mümkün değildir.⁵⁵ Bu konuyla ilgili çok boyutlu sorunların ciddiyetine uygun şekilde, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve yeknesaklaştırılması amacıyla uluslararası kuruluşlarının izlediği yol takip edilerek, örnek kanunlar, kanun koyma kılavuzları oluşturulması veya konuya ilişkin uluslararası sözleşmeler düzenlenmesi çözüm olarak düşünülebilir; ancak, çalışmanın başlarında da değinildiği üzere, şimdilik sadece belirli ülkelerde mesele ciddi bir sorun olarak ele alınmaktadır. Devletlerin, daha yüksek bir ilgi ve kaygı düzeyiyle, bu konuda hukuk politikaları geliştirmeleri gerektiği açıktır.

Kanaatimizce, aynı ya da benzer fiilleri işleyen insanların kullandıkları araca göre farklı kurallara tabi olmaları sonucu, internet ortamı fiziki dünyadaki kurallara karşı adeta bir koruma kalkanı fonksiyonu ifa eder hale gelebilir ki kanaatimizce bu adil olmayan sonuç da kabul edilebilir değildir. İnternetle bağlantılı haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku belirlemek üzere özel bağlama kuralına gerek bulunmadığını savunan görüş, mevcut teknolojik gelişmeleri kapsayacak şekilde özel kanunlar ihtilafı kuralı geliştirilmesi halinde, teknolojinin hızı karşısında, özel olarak tasarlanacak kuralların da kısa sürede yetersiz kalacağını haklı olarak ileri sürer. Şu da gözden kaçırılmamalıdır ki, saldırıların kaynağı ya da nedenisanal dünya olsa da, saldırının kurgulanması da zararlı sonuçları gerçek dünyada gerçekleşmektedir.⁵⁶ Geleneksel çözümlerin internetle bağlantılı haksız fiillere de uygulanabilir olduğu savunan görüş uyarınca, çözüm internet yoluyla gerçekleşecek ihlalleri de kapsayacak, kısa, teknoloji karşısında tarafsız ancak teknolojik gelişmelere uygulanabilir esneklikte bağlama kuralı tasarlanmasıdır; internetle ilgili özel bir bağlama kuralı formüle edilmesi gerekli değildir.⁵⁷

B. Türk Hukukunda İnternet Bağımlılığı Nedeniyle İşlenen Haksız Fiillerde Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Haksız fiillerle ilgili İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu'ndan (IPRG) esinlenilerek oluşturulmuş MÖHUK sisteminde, haksız fiiller alanında genel hüküm niteliğindeki 34. madde yanında, özel nitelik taşıyan bazı haksız fiillere uygulanacak hukuk ayrı birer madde ile

⁵⁵Mills, s.32 vd.

⁵⁶Zittrain, s.8.

⁵⁷Gilles Cuniberti, "Von Hein on Rome II and Defamation", 19 July 2010. <http://conflictflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation>, (Erişim Tarihi: 28.10.201)

düzenlenmiştir.⁵⁸ 5718 sayılı MÖHUK'un 35. maddesi ile kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, 36. maddesi ile imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, 37. maddesi ile haksız rekabet ve 38. maddesi ile rekabetin engellenmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmektedir. Belirtilen dört özel haksız fiil türü dışında kalan ve MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmeyen diğer haksız fiiller bakımından, 34. maddede yer alan haksız fiillere ilişkin genel kural uygulanacaktır.⁵⁹

Yukarıda da değinildiği gibi, MÖHUK m.34, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm niteliğindeki, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluğa ilişkin 35. madde, basın, radyo, televizyon ve internet gibi kitle iletişim araçları ile kişilik haklarının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁰ Buna göre, haksız fiil sonucu malvarlığı zararı⁶¹ doğması veya haksız fiil niteliğindeki kişilik hakkı ihlalinin kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleşmesi halinde 34. madde, kitle iletişim araçları kullanılarak kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde ise 35. madde uygulanacaktır. İnternetle bağlantılı haksız

⁵⁸Her iki hukukta yer alan özel hükümlerin içerikleri birbiriyle oldukça benzerdir. Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017, s.444 vd.; Bilgin Tiryakioğlu: “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk,” **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.211; Sibel Özel: “Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu: İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, Ae. s.225; Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü de benzer bir sistematige sahiptir. (Regulation (EC) No 864/2007 of European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), OJ, L 199/40). Tüzükte, imalatçının sorumluluğu (m.5), haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemler (m.6), çevre zararları (m.7), fikri mülkiyet haklarının ihlali (m.8), endüstriyel eylem (m.9), sebepsiz zenginleşme (m.10), vekaletsiz iş görme (m.11) ve sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusur (m.12) özel olarak düzenlenmiştir.

⁵⁹Tiryakioğlu, 212.

⁶⁰Çelikel, Erdem, s.446; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, Beta Vedat Kitapçılık, 2018, s.308-314; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2009, s.434.

⁶¹Haksız fiilin yöneldiği varlığın türüne göre yapılan ayırım uyarınca, haksız fiil zarar gören kişinin malvarlığına yönelmişse malvarlığı, şahısvarlığına yönelmişse şahısvarlığı zararı doğar. Kılıçoğlu, s.387.

fiillerden doğan malvarlığı zararlarından sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde 34. maddenin uygulanmasında bir tereddüt bulunmasa da, şahısvarlığına yönelik saldırılarda, yani kişilik hakkının ihlali nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumluluğa uygulanacak hukuk bakımından konuya daha dikkatli yaklaşılmalıdır. İnternet bağımlılığı nedeniyle işlenen haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde, özel haksız fiil tipleri kapsamında değerlendirilebilecek bir bağlama konusundan söz edilmediğinden haksız fiillerle ilgili kanunlar ihtilafı kuralının (m.34), saldırıda internetin araç olarak kullanılmasından dolayı kişilik haklarının ihlalinde sorumlulukla ilgili kanunlar ihtilafı kuralının (m.35) uygulanması düşünülebilir. İnternet içeriklerine internet erişimi olan herkes tarafından erişilebilmesi ve özellikle hastalık olarak tanımlanan oyun bağımlılığıyla ilgili, oyunların teorik olarak herkese yönelik olarak yayınlanması 35. maddenin uygulanmasını destekler görünse de, bu konuda bir sonuca varılmadan evvel maddenin amacının yakından incelenmesi gerekmektedir.

Haksız fiillerde zarar yeri, hukuki değeri olan bir varlığın doğrudan ihlal edildiği yer veya hakkın konusu olan varlığın bulunduğu yer ya da hukuken korunması gereken menfaatin ihlali nedeniyle sonucun ortaya çıktığı yer olarak ifade edilmektedir.⁶² Kitle iletişim araçlarının yaygın etkili olması ve özellikle internetin dünya çapında etki alanına sahip olması, mesafeli haksız fiillerde Türk hukukunda da uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak kabul edilen zarar yeri kriterinin⁶³ uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Kişilik hakkını ihlal eden içeriğin internet ortamında yayınlanmasıyla, bu içerik aynı anda belirsiz sayıda alıcıya ulaşacak ya da teorik olarak internet bağlantısı olan her yerde yayın gerçekleşecektir. İnternet yayınlarında, içeriğe erişilmesi ile kişilik hakkının ihlali gerçekleştiğinden, zarar yeri, içeriğin bilgisayara indirildiği veya alındığı,

⁶²Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, MHMÖH Bülteni, Yıl 22, S.2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.986; Maddi hukuk yönünden, haksız bir fiil ve zararlı sonuçları haksız fiilin meydana gelmesi için gerekli unsurlardan olduğundan, fiilin işlendiği yer ile sonuçların meydana geldiği yer arasında bir fark olmadığı, bağlama kuralının belirlenmesi sırasında hangi unsura ağırlık verileceği ve kuralın ne şekilde oluşturulacağına önem kazandığı yönünde bkz. Tekinalp, s.431

⁶³Aynı yönde bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunun (IPRG)m.133/2 ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü m.4.

başka bir deyişle içeriğe erişilen yerdir.⁶⁴ Şahıs varlığı hakkı niteliğinde olan kişilik hakkının ihlal edilmesi neticesinde hem maddi hem manevi zarar meydana gelebilecekse de⁶⁵, yayın yoluyla ihlallerde kişilik hakkı kapsamındaki manevi kişisel değerler ihlal edilmekte ve neticesinde de genellikle manevi zarar ortaya çıkmaktadır. Manevi zarar bölünemez nitelikte olduğundan, manevi zararın nerede lokalize edileceği sorunu ortaya çıkar.⁶⁶ Esasen kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesindeki zorluk, teorik olarak dünyanın her yerinde, belirli yöntemlerle zarar yeri daraltıldığında da birden fazla yerde zarara neden olan haksız fiillerde, manevi zararın nerede lokalize edilmesi gerektiğinden kaynaklanmaktadır. Buraya kadar izah edilen hususlar, aynı zamanda, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesi için neden özel bir bağlama kuralına ihtiyaç duyulduğunun gerekçesini teşkil etmektedir.

Gerek MÖHUK'un 35.⁶⁷ gerekse İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu'nun 139. maddesinin⁶⁸, kitle iletişim araçları ile manevi kişisel

⁶⁴Mills, s.17; Dünyanın herhangi bir yerinden internete erişilebilir olması, her yerin zarar yeri olarak kabulüne imkan vermez. Zarar yerinin tespitinde belirleyici olan içeriğin erişilebilir olması değil, Erişimin gerçekleşmesidir. Uyanık Çavuşoğlu, s.987.

⁶⁵Kılıçoğlu, s.387.

⁶⁶Mills, s.21.

⁶⁷ MÖHUK m.35 – (1) Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre;

a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,

b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya

c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır.

(2) Kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tâbidir.

(3) Maddenin birinci fıkrası, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.

⁶⁸ IPRG m.139 - (1) Kişilik haklarının basın, radyo, televizyon ve diğer kitle iletişim araçlarından birini içerecek şekilde medya ile ihlalinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre:

a) Failin o devlette zarar verici sonucun gerçekleşeceğini öngörmüş olması koşuluyla zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku,

b) Failin iş yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

değerlerin ihlalinden doğacak sorumluluğa uygulanacak hukuku belirlemek üzere tasarlandığı kanaatindeyiz. Haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralı yerine kişilik hakkına ilişkin bağlama kuralının uygulanması için, her iki hukukta da, belirsiz sayıda alıcıya yönelik yayın yapılması, bu yayının belirsiz sayıda kişi tarafından alınması ya da yayına erişilmesi ile zararın doğması ortak olarak aranan koşullardır. Başka bir deyişle, yayın nedeniyle doğan zarardan sorumluluğa MÖHUK m.34 yerine 35. maddenin uygulanmasını sağlayan husus, içeriğe mağdur dışındaki üçüncü kişilerin erişmesidir. Bağlama kurallarında, düzeltme ve cevap hakkına yer verilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir.⁶⁹ Açıklamalarımızı bir örnekle desteklersek, bir kimse hakkında, o kimsenin şeref ve haysiyetine saldırı teşkil eden içeriğe sahip bir yazının internet yoluyla yayınlanması halinde, bu içeriğin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesiyle, kişilik hakkına saldırılan kimse zarar görecektir. Şeref ve haysiyetine saldırılan kişinin tanındığı, itibara sahip olduğu yerlerde, zararın meydana geldiği kabul edilecektir. İnternet ve oyun bağımlılığı nedeniyle meydana gelen zararda ise aynı özellik söz konusu olmayacaktır. Mesela, bir oyun bağımlısının, oyun içinde aldığı bir talimat ya da oyunda canlandırdığı karakterin etkisi ile kendi kendine veya bir başkasına bedensel zarar vermesinde, üçüncü kişileri ilgilendiren ya da meydana gelen zararda üçüncü kişilerin etki faktörü oluşturacağı bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili özel bağlama kuralı tasarlanmasını gerektiren nedenler, maddi kişisel değerlerin ihlali bakımından geçerli değildir.

C. MÖHUK m.34 Uyarınca Yetkili Hukuk

1. Uygulanacak Hukukun Fiil Yerine Göre Belirlenmesi

Haksız fiillerden doğan kanunlar ihtilaflarında, uyuşmazlığı yönetecek hukukun belirlenmesinde, çeşitli hukuk düzenlerinin farklı şekilde formüle edilmiş bağlama kurallarını tercih edilebildiği görülmekle birlikte, bu alanda

c) Failin o devlette zarar verici sonucun gerçekleşeceğini öngörmüş olması koşuluyla zarar yeri hukukuna tabi olur.

(2) Cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran yayının gerçekleştiği ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tabidir

(3) Birinci paragraf, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel verilere erişim hakkının kullanılmasının engellenmesi yolu ile kişilik hakları ihlallerine de uygulanır

⁶⁹MÖHUK m.35/2; IPRG art.139/2; Roma II Tüzüğü hazırlık çalışmaları sırasında Komisyon ve Parlamento tarafından hazırlanan metinlerde de düzeltme ve cevap hakkına yer verilmiştir.

geleneksel nitelik kazanmış kural olarak, haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunun (lex loci delicti commissi) uygulanmasının baskın şekilde benimsendiği görülmektedir.⁷⁰ Haksız fiilin gerçekleştiği yer, haksız fiilin, fiil ve zarar unsurlarının gerçekleştiği yeri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.⁷¹ Haksız fiilin, fiil ve zarar unsurlarının aynı yerde gerçekleştiği hallerde, bağlama noktası olarak fiil ya da zarar yerinin benimsenmesi bir önem taşımazken, bu yerlerin farklı olması durumunda, uygulanacak hukuk seçilecek bağlama noktasına göre farklılaşacağından, durum değişir. Mesafeli haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde, bazı ülkelerin bağlama kurallarında fiil unsuruna ağırlık verilerek, bağlama noktasının fiilin işlendiği yer olarak tercih edildiği, bazılarında ise zarar unsuruna ağırlık verilerek, bağlama noktasının zarar yeri olarak belirlendiği görülmektedir.⁷²

MÖHUK m.34'ün birinci fıkrasında, fiil unsuruna ağırlık verilerek, haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olduğu belirtilmiştir. Haksız fiillerden doğan sorumluluğa fiil yeri hukukunun uygulanması, failin eylemini gerçekleştirdiği yerdeki kuralları göz önünde bulundurarak hareket ettiği ve doğacak sonuçlardan da bu kurallar çerçevesinde sorumlu olması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Fiil yeri belirli bir yer olduğundan, tespitinin kolay olması kuralın tercih edilmesinin önemli nedenlerinden biridir. Fiil yeri hukukunun uygulanmasıyla, hem failin ve mağdurun hakları haksız fiil ile düzeni bozulan toplumun hukukuna tabi olmakta hem de bu şekilde hem kurallarına riayet edilmeyen yerin kamu düzeni korunmaktadır.⁷³

İnternet bağımlılığı ya da Dünya Sağlık Örgütü tarafından hastalık olarak tanımlanması nedeniyle sorumluluk temeli olarak kabul edilmesi daha yüksek ihtimal olan oyun bağımlılığı nedeniyle bir kimsenin kendine ya da bir başkasına zarar vermesi durumunda, öncelikle haksız fiilin işlendiği yerin neresi olduğu belirlenmelidir. Oyun bağımlılığı nedeniyle haksız fiilin

⁷⁰ Çelikel, Erdem, s.444; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s.429.

⁷¹ Tekinalp, Bağlama Kuralları, s.431.

⁷² Bazı hukuk düzenleri, her iki unsura da bağlama kuralında yer verebilmektedir. Haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili, farklı hukuk sistemlerinde benimsenmiş bağlama kuralları için bkz. Fatma Esenyel Hanaz, **Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s.386 vd.

⁷³ Erdoğan Göger, "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1965 - 1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4, s.468; Tekinalp, s.432; Turgut Turhan, **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralları**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1989, s.156.

iki şekilde işlenebileceği düşünülebilir. Birinci halde, haksız fiil, bağımlılık ve psikolojik baskı nedeniyle kişinin kendi kendine zarar vermesiyle sonuçlanan sürecin sorumlusu olarak, oyun üzerinde hakimiyet sahibi olan kişinin fiiliyle gerçekleşirken; diğ erinde, maruz kaldığı psikolojik baskı ve oluşan bağımlılık nedeniyle bir başkasına zarar veren kişinin yani oyuncunun fiili ile gerçekleşmektedir. İkinci halde, zararlı eylem de sonuç da fiziki dünyada gerçekleştiğ inden, fiil yerinin tespitinde bir zorluk yoktur. Oyunu sunan kişinin sorumluluğ una gidilebilecek türde bir oyunun etkisiyle, örneğ in, oyun içindeki bir süreçte aldığı talimatla, en yakın arkadaşını öldüren ya da yaralayan bir kimsenin, bu eylemleri nerede gerçekleştirdiğ i kolayca tespit edilebilir ve fiil yeri hukuku yetkili hukuk olarak uyuşmazlığı yönetir. Oyuncunun kendi kendine zarar vermesiyle sonuçlanan ilk senaryoda ise aynı kolaylıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu sefer, oyun üzerinde hakimiyeti olan kişinin fiil yerinin neresi olduğ unun belirlenmesi gerekmektedir.

İnternetle bağlantılı haksız fiillerde, fiil yerinin neresi olduğ u konusundaki tartışmalarda, genellikle içeriğ in yüklendiğ i yer veya yüklenen verilerin okunmaya hazır tutulduğ u sunucunun (server) bulunduğ u yerin fiil yeri olduğ u görüşleri ileri sürülmektedir. Sunucunun fiziksel konumunun içeriğ i yükleyen kişi tarafından her zaman bilinebilir olmaması ve bu yerin tesadüfi bir yer olabilmesi gerekçeleriyle, sunucunun bulunduğ u yer genellikle fiil yeri olarak kabul edilmemektedir. Oyun ya da farklı içeriklerin kullanıcılar tarafından erişilebilir hale gelmesi, içeriğ in ilgili sunucunun sabit diskine yüklenmesi ve hafızaya aktarma işlemi ile gerçekleştiğ inden⁷⁴, bu yüklemenin yapılması ve yapılacağı yer konusunda fail yani oyunu sunan kişi belirleyici olduğ undan, içeriğ in yüklendiğ i yer (upload) fiil yeri olarak kabul edilmektedir.⁷⁵

Fiilin işlendiğ i yer hukukunun uygulanması, bulunduğ u yerdeki hukuk kurallarını dikkate alarak eylemlerine karar veren fail bakımından elverişli olmakla birlikte, failin, eylemlerinin sonuçlarının bulunduğ u yer dışındaki diğ er ülkelerde de sonuç doğ urabileceğ ini öngörebildiğ i hallerde, mağdur bakımından adil bir bağlama noktası değildir.⁷⁶ Zararın başka bir yerde gerçekleşeceğ inin fail tarafından öngörülebildiğ i hallerde de uygulanacak hukukun fiil yerine göre belirlenmesi, failin kendisi için en elverişli hukuki imkanlara sahip ülkede eylemlerini gerçekleştirip

⁷⁴Uyanık Çavuşoğ lu, s.978.

⁷⁵Uyanık Çavuşoğ lu, s.977.

⁷⁶Turhan, s.157.

sorumluğunusınırlandırmasıya da ortadan kaldırması sonucunu doğurabileceğinden, davacının menfaatlerini dikkate almayan fiil yeri hukukunun uygulanması adil ve uygun değildir.⁷⁷ İnternet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle işlenen haksız fiilden doğan zararın dünyanın herhangi bir yerinde ortaya çıkması mümkün olduğundan, uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre belirlenmesi, sadece failin menfaatini koruyan bir anlayışı yansıtmaktadır. Bununla birlikte, 34. maddenin bu hükmü, fiil yeri ile zarar yerinin aynı yer olması halinde uygulanmak üzere öngörüldüğünden, internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle işlenen haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, fiil yeri kriterinin teorik olarak tatbiki mümkün olsa da, pratik uygulaması ile çok sık karşılaşılmayacağı söylenebilir.

2. Uygulanacak Hukukun Zarar Yerine Göre Belirlenmesi

Mesafeli haksız fiillere ilişkin düzenleme içeren MÖHUK m.34/2'de, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukukunun (lex loci damni) uygulanacağı öngörülmüştür.

Seyahat ve turizm imkanlarındaki gelişmeler ile iletişim ve medya alanındaki teknolojik dönüşümün örnek olarak sayılabileceği, uygulamadaki şartların esaslı şekilde değiştiği alanlarda, haksız fiilden doğan sorumluluğa fiil yeri hukukunun uygulanması, rastlantısal şekilde oluşan bağlama noktasına göre, olayla gevşek bir ilişki içinde bulunan bir hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi sonucunu doğurabilmektedir. Haksız fiiller alanında uygulanacak hukukun belirlenmesinde baskın şekilde kabul edilen fiil yeri kriterinin sakıncalarını gidermek amacıyla, kuralı yumuşatacak bazı feri bağlama noktaları kabul edilmiştir.⁷⁸ Zarar yeri de başlangıçta feri bağlama noktası olarak uygulanırken, günümüzde mesafeli haksız fiiller alanında, fiil yeri kriteri yerine uygulanmak üzere genel olarak benimsenen kural haline gelmiştir.⁷⁹

Hukuka aykırı bir eylem neticesinde zarar doğmadığı hallerde haksız fiilden söz edilemeyeceğinden, zarar unsurunun haksız fiilin en önemli unsuru olması, mesafeli haksız fiillerde, fiil yeri hukukunun mağdurun

⁷⁷ Esenye Hanaz, s.392.

⁷⁸ Göger, s.471; Günseli Öztekin Gelgel, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s.92.

⁷⁹ MÖHUK m.34/2; İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu (IPRG) m.133; 864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü m.4 *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

menfaatlerini göz ardı etmesi ve mağdurun zarar gördüğü yer hukukunun uygulanmasını sağlayarak, haksız fiil sonucu zarar görenin menfaati aleyhine bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi gerekçeleriyle, sorumluluk hukukunun mağdurun korunması yönünde gösterdiği eğilimlere uygun olarak, mesafeli haksız fiillerde uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yerinin esas alınması savunulmaktadır.⁸⁰ İnternet yoluyla işlenen haksız fiillerde fiil yeri bazı hallerde tespit edilemezken zarar yerinin belirlenebilmesi ve özellikle fiziksel zararlarda zarar yerinin kolayca belirlenebilmesi karşısında, uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine göre belirlenmesinin hukuki belirliliği arttırdığı gerekçesiyle de zarar yeri kriterinin uygulanması savunulmaktadır.⁸¹

Zarar yeri, hukuken korunan menfaatin zarara uğradığı yer ya da işlenen fiilin sonucunun meydana geldiği yerdir. Zarar yerinin belirlenmesinde, haksız fiil sonucu zarar görenin maruz kaldığı tüm zararlar değil, sadece doğrudan zararlar dikkate alınır. Buna göre, zarar yeri, hukuken korunması gereken asıl menfaatin ihlal edildiği, hukuka aykırı bir saldırının doğrudan sonucunun gerçekleştiği yer, yani sonuç yeridir.⁸² (A) ülkesindeki fabrika atıklarının nehre karışarak komşu (B) ülkesinin tarım alanlarındaki ürünlere zarar vermesi halinde, (B) ülkesi; (X) ülkesinden (Z) ülkesine varmak üzere hareket eden trendeki yolculardan birinin diğerini (V) ülkesinde yaralaması sonucu, yaralanan yolcunun (Y) ülkesinde ölmesi halinde (Y) ülkesi; (U) ülkesinde yüklenen zararlı bir oyunun tesiri ile bulunduğu (D) ülkesinde kişinin kendi bacağına bıçak saplaması halinde (D) ülkesi; (U) ülkesinde yüklenen zararlı bir oyunun tesiri ile bulunduğu (D) ülkesinde, kişinin aynı yerde bulunan arkadaşını yaralaması ve (E) ülkesinde tanımadığı bir kimseyi öldürmesi halinde (D) ve (E) ülkeleri, zarar yeridir.⁸³

Yukarıda değinildiği gibi, oyun bağımlılığı nedeniyle kişinin kendisine zarar vermesi veya bir başkasına zarar vermesi söz konusu olabilmektedir. Birinci halde, oyunu sunan kişi fail ve oyuncu mağdur konumunda iken, ikinci halde oyuncunun kendisi fail, üçüncü kişi mağdur konumundadır. Kanaatimizce, özellikle hastalık türü olarak kabul edilen oyun

⁸⁰Tekinalp, s.432; Peter Stone: “The Rome II Regulation On Choice Of Law In Tort”, **Ankara Law Review**, Vol.4, No.2, 2007, s.112;Turhan, s.170, 173.

⁸¹Öztekin Gelgel, s.98; Stone, s.112.

⁸²Turhan, s.170-171; Roma II Tüzüğü'nde de açıkça zarar yerinin doğrudan zarar yeri olduğu belirtilmiştir. Kural doğrudan zararların gerçekleştiği yerin esas alınması şeklinde olmakla birlikte, kuşkusuz, bağlama kuralı, zarar yerinin doğrudan ve dolaylı zararları kapsayacağı şekilde tasarlanmışsa, zarar yeri buna göre belirlenecektir.

⁸³Çelikel, Erdem, s.447; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s.311; Tekinalp, s.432.

bağımlılığında, kişilerin psikolojisini etki altına alarak, oyuncunun kendisine veya bir başkasına zarar vermesi için yönlendirmek üzere tasarlanan oyunların, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilecek şekilde zararlı içeriğe sahip olduğunun kabul edilmesi halinde, oyun üzerinde hakimiyeti olan kişinin, oyuncunun kendine verdiği zarardan tek başına, oyuncunun etki altında kalarak bir başkasına verdiği zarardan oyuncu ile birlikte hukuki sorumluluğu olmalıdır. Kişinin kendine zarar vermesi halinde, kişinin bulunduğu yer zarar yeridir. Bir oyuncunun, oyun tarafından kendisine verilen görev gereği başka bir ülkede bulunan bir oyuncuyu veya oyunla ilgili olmayan bir kimseyi öldürmesi veya yaralaması halinde ya da birden fazla kişiye yönelik zararlı eylemde bulunması halinde, uygulanacak hukukun tespitinde esas alınacak zarar yerinin ne şekilde belirleneceği sorun oluşturur. Bu durumda her bir zarar yerinin ayrı ayrı dikkate alınması ve uyuşmazlığa birden fazla hukukun uygulanması söz konusu olabilir.

Bir kimseye kurşun atarak, taş atarak, zehirleyerek verilen zararlarda, failin de mağdurun da buldukları yerler belirli ya da belirlenebilir olduğundan zarar yerinin tespiti kolay iken internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlarda, fail bakımından mağdurun yeri her zaman belirli ya da belirlenebilir olmadığından zarar yerinin tespiti ya da öngörülebilmesi de zordur. Bu anlamda, internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlarda uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine göre tespitinde, dünyanın her yerinden oyuna erişimin mümkün olması ve zarar yerinin öngörülemeyen tesadüfi bir yer olması yönleriyle, internet yayınlarıyla meydana gelen manevi zararlar bakımından ortaya çıkan sorunlara benzer sorunlar söz konusu olur. Bir Japon şirket tarafından Japonya'da yüklenen bir dövüş ve işkence yapma oyununa, dünyanın her yerinde bulunan kişiler oyuncu olarak katılabilecekler, bu oyundaki karakterleri taklit ederek buldukları yerde veya farklı bir yerde kendilerine ya da başkalarına zarar verebileceklerdir.

İnternet yayınlarıyla kişilik hakkının ihlali nedeniyle maruz kalınan manevi zararlarda, zarar yeri, içeriğin bilgisayara indirildiği, başka bir deyişle içeriğe erişilen yer olarak kabul edilir.⁸⁴ Erişimin gerçekleştiği her yeri zarar yeri olarak kabul etmek, dünyadaki herhangi bir yerin zarar yeri olarak kabul edilmesi şeklinde makul olmayan, kabul edilemez bir sonuç doğuracağından, zarar yeri olarak kabul edilebilecek yerlerin daraltılması

⁸⁴Mills, s.17; Dünyanın herhangi bir yerinden internete erişilebilir olması, her yerin zarar yeri olarak kabulüne imkan vermez. Zarar yerinin tespitinde belirleyici olan içeriğin erişilebilir olması değil, Erişimin gerçekleşmesidir. Uyanık Çavuşoğlu, s.98.

için uygulamada hedefleme testi denilen bir yöntem uygulanmaktadır. Bu yöntem uygulanarak, içeriğin yer aldığı web sitesinin dili ve güncelliği, yapısı, websitesi üzerinden satış yapılıyorsa ödeme gerçekleştirmek için kullanılan para birimi, satılan ürünlerin teslim edileceği yerler, içeriğin yer aldığı makalenin konusunun bağlantılı olduğu yer, içeriğin güncelliği ve dili gibi bazı kriterler kullanılarak zarar yeri olabilecek yerlerin daraltılmasına çalışılmaktadır.⁸⁵ Mağdurun korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğu yerlerin tespiti de, zarar yerlerinin daraltılmasını sağlamaktadır.

Manevi zararların lokalize edilememesi ve internetin dünyanın her yerinden erişilebilir olmasının meydana getirdiği sorunlarla kabaca yukarıda izah edildiği şekilde çözüm bulunmaya çalışılmaktadır; ancak internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlarda, zarar yeri olabilecek yerlerin manevi zararlarda kullanılan yöntemlerle daraltılması pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca, oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlarda, zarar verici olayın, erişimin gerçekleşmesinden sonraki aşamada meydana gelmesi de buna engeldir. Oyunlara sadece belirli ülkelerde erişim sağlanması veya kullanıcıların belirli bilgilerinin alınarak veya belirli bir bedel karşılığında oyuna katılmanın söz konusu olduğu hallerde, fail açısından zararın meydana gelebileceği yerlerin öngörülebilir hale geldiği söylenebilir. Bununla beraber, tüm oyunlara katılımın belirli ön koşullara bağlı olmaması ve zararın öngörülebilirlik sağlanan yerlerden başka yerlerde meydana gelme ihtimali bulunması nedenleriyle, oyun bağımlılığından doğan zararlardan sorumluluğa uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine göre belirlenmesinin, zarar yeri kriterinin fail ile mağdurun menfaatlerini dengelemekte yetersiz kalması nedeniyle pek uygun olmadığı söylenebilir.

MÖHUK'un 34. maddesinin, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacağını düzenlerken, zarar yeri hukukunun uygulanmasını, failin bu yerde zararın meydana gelebileceğini öngörmesi

⁸⁵Lenka Karbanová: “Lex Locı DamniInfecti - Applicability To Non-Contractual Obligations In Cyberspace in the Jurisprudence Of French Courts”,**Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol. 5:1, 2011, s.52, dn.5'te yer verilen Courd'appel de Paris, 4ème chambre, section A, 26 April 2006, Fernard S., Normalu/Acet.

http://mujlt.law.muni.cz/storage/1327951050_sb_05-karbanova.pdf, (Erişim Tarihi: 12.10.2019); İnternet üzerinde işlenen haksız fiillerde, fail hukuka aykırı içeriğe dünyanın herhangi bir yerinden ulaşabileceğini ve zarar doğabileceğini peşinen bildiğinden, uygulanacak hukukun fail tarafından önceden bilinmemesini, hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanması açısından sorun olarak görmeyen görüş için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s.986.

koşuluna bağlamamış olması, mağdurun menfaatlerinin ön plana alınarak hükmün tasarlandığını düşündürmektedir. Zarar yeri kriterinin öngörülebilirlik koşuluyla sınırlandırılması, uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine göre belirlendiği hallerde, fail ile mağdurun menfaatlerini dengeleyen bir enstrüman işlevi görür.⁸⁶ Kanununun 34. maddesinde öngörülebilirlik koşuluna yer verilmemesi, geleneksel haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti bakımından, maddenin taraflar arasındaki dengeyi sağlayacak enstrümandan yoksun olduğu şeklinde yorumlanabilir. İnternetle bağlantılı haksız fiiller bağlamında, internet içeriği belirli bir lokasyonu hedeflemedikçe, öngörülebilirliğin sağlanmasının pek mümkün olabileceği kanaatinde değiliz. Bununla birlikte, internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlar, zarar yerini mağdurun doğrudan zarara maruz kaldığı herhangi bir yer olarak kabul etmek, zarar yerinin dünyadaki herhangi bir yer olabileceği anlamına geleceğinden, zarar yerinin tespitinde kullanılmak üzere ek kriterler belirlenmesi zorunludur. Aksi halde, internet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlar, uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine belirlenmesinin uygun olmayacağını belirtmek gerekir.

3. Uygulanacak Hukukun Daha Sıkı İlişki Kriterine Göre Belirlenmesi

Kanunlar ihtilafı kuralları, düzenledikleri hayat ilişkisiyle en sıkı ilişkili hukuka bağlanmayı sağlayacak bağlama noktalarını içerecek şekilde tasarlanmakla birlikte, bazı hallerde kuralın katı şekilde uygulanması, olayla fazla bağlantısı olmayan bir hukukun uyuşmazlığı yönetmesi sonucunu doğurabileceğinden, çağdaş devletler özel hukuku anlayışına uygun şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarında istisna kurallarına yer verilmektedir.⁸⁷ Daha sıkı ilişki kriteri de, haksız fiiller alanında uygulanacak hukukun katı şekilde fiil yeri kriterine göre belirlenmesinden doğabilecek sakıncalara karşı öngörülmüş, feri bağlama noktalarından biridir.⁸⁸

⁸⁶Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation; Türk hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda hükmün esin kaynağını teşkil eden IPRG m.133, zarar yeri hukukunun uygulanmasını, failin zararın o ülkede ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda olması koşuluna bağlı tutmuştur (IPRG m.133/2). Fiil ve zarar yerlerinin farklı olduğu hallerde, fail zararın o yerde ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda olmadığında, uyuşmazlığa yine fiil yeri hukuku uygulanacaktır.

⁸⁷Çelikel, Erdem, s.447.

⁸⁸Öztekin Gelgel, s.92.

MÖHUK'un 34. maddesinin üçüncü fıkrası ile haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde, fiil yeri veya zarar yeri hukuku yerine, daha sıkı ilişkili hukuka üstünlük tanınarak, bu hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Kuralda, fiil ve zarar yerine nazaran daha sıkı ilişkili hukukun hangi bağlantılara göre belirleneceğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁸⁹ 34. madde uyarınca uygulanacak hukuk belirlenirken, fiil ve zarar yeri hukuklarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi yetkili mahkemenin takdirine bırakılmaktadır; ancak, daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olması halinde, hakim, takdir hakkı olmaksızın bu hukuku uygulayacaktır.⁹⁰ İnternetle bağlantılı haksız fiillerde, zarar yeri, her zaman olmasa da, zarar görenin mutad meskeni veya yerleşim yeri ile örtüşebilmektedir.⁹¹ Belirtilen türde bir kesişme varsa daha sıkı ilişkinin mevcut olduğu tespit edilebileceği gibi, haksız fiilin tarafları arasında önceden mevcut belirli bir hukuki veya fiili ilişkinin bulunması, haksız fiilin işlendiği zamanda veya dava sırasında tarafların müşterek mutad meskenlerinin bulunması, tarafların müşterek milli hukuklarının bulunması gibi haller de dikkate alınabilir.⁹² İnternet ya da oyun bağımlılığı nedeniyle doğan zararlarda, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, uygulanacak hukukun daha sıkı ilişki kriterine göre belirlenmesinin, fiil ve zarar yeri kriterlerine göre daha uygun olacağı söylenebilir.

4. Tarafların Uygulanacak Hukuku Seçme İmkânı

Haksız fiillerle ilgili 34. maddenin beşinci ve son fıkrasında, haksız fiilin meydana gelmesinden sonraki zaman diliminde ve açıkça olmak şartlarıyla, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmiştir. Taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmesi, her iki taraf bakımından da uyuşmazlığın tabi olacağı hukukla ilgili belirlilik sağlamaktadır.

⁸⁹Daha sıkı ilişki kriterine yer veren bazı bağlama kurallarında, MÖHUK m.34/3. fıkrasında olduğu gibi, ne zaman daha sıkı ilişkinin mevcudiyetinin kabul edileceğine ilişkin herhangi bir kriter yer verilmezken, bazılarında taraflar arasında önceden mevcut bir ilişki bulunması veya tarafların müşterek mutad meskeni bulunması gibi daha sıkı ilişki oluşturacak bağlantıların neler olduğu örneklerle açıklanabilmektedir. Esenyel Hanaz, s.536.

⁹⁰Çelikel, Erdem, s.448.

⁹¹Uyanık Çavuşoğlu, s.984.

⁹²Esenyel Hanaz, s.538 vd.; 34. maddede, hakim tarafından, taktiren, daha sıkı ilişkili hukuka bağlantıyı sağlayacağı belirlenmesi halinde uygulanabilecek, tarafların menfaatlerini dengeleyebilecek bir bağlama noktası olan müşterek mutad mesken kriterine yer verilmemesi eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilerek belirlenmesi imkanının, forumun hukuku ile uyumsuz uygulamalara neden olabileceği ifade edilmekle birlikte, doktrinde, haksız fiil gerçekleştiikten sonra tarafların uygulanacak hukuku seçmelerini önlemeyi haklı gösterecek hiçbir neden olmadığı savunulmaktadır.⁹³ Diğer yandan, doktrindeki başka bir görüş uyarınca, yabancılik unsuru taşıyan bir haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra, bu haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda mutabık kalabilecek tarafların, haksız fiilin maddi hukuka ait sonuçları üzerinde de mutabakata vararak uyuşmazlığı sona erdirebilecekleri, dolayısıyla bu hükmün uygulanma ihtimalinin pek yüksek olmadığı ifade edilmektedir.⁹⁴ Bir yönüyle bu değerlendirme son derece haklı olsa da, Türk mahkemelerinde dava açılıp da, objektif bağlama kuralına göre uyuşmazlığın Türk hukukuna tabi olmayacağı hallerde, taraflara Türk hukukunun uygulanmasını seçme imkanı sağlaması birçok karmaşayı ortadan kaldıracabileceğinden, böyle bir hükme yer verilmesi son derece faydalıdır.⁹⁵

SONUÇ

Günümüzde internet ve özellikle oyun bağımlılığının zararlı etkileri kabul edilmekle birlikte, bu bağımlılığının ayırt etme gücünü ortadan kaldıracabileceği ve sorumluluğun içeriği sunan kişiye yükletilebileceği, tartışmasız şekilde kabul edilen bir sonuç değildir. Her ne kadar bu konuda çekimser davranılsa da, özellikle oyun bağımlılığının hastalık olarak kabul edilmesinin, bu konuda bir dönüm noktası oluşturacağı kanaatindeyiz. İnternet ya da oyun bağımlılığının, geleneksel anlayışların dışında bir yöntemle zararlı etkilere neden olması, hem bağımlılıkla ilgili geleneksel anlayışımızı hem de konuyu kapsayabilecek maddi hukuk hükümleri ile kanunlar ihtilafı kurallarını gözden geçirmemiz gerektiğini göstermektedir.

İnternet bağımlılığı ve özellikle artık bir bağımlılık türü olarak kabul edilen oyun bağımlılığıyla ilgili devletlerin geliştirmesi gereken politikalar,

⁹³Krvavac, s.116.

⁹⁴Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe,s.309, dn.487.

⁹⁵İsviçre hukukunda, hukuk seçimi konusunda zaman bakımından getirilen sınırlama, seçilebilecek hukuk bakımından da öngörülmüştür. Taraflar, zarara neden olan olayın gerçekleşmesinden sonra, İsviçre hukukunun uygulanmasına karar verebilme konusunda, sınırlı hukuk seçimi imkanına sahiptir. (IPRG m.132); Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesi uyarınca, taraflar uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra veya aralarında bir ticari ilişki bulunması kaydıyla uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, serbestçe müzakere etmek şartıyla, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçebilirler.

oyunlar bağlamında ortaya çıkan fikri mülkiyet hukuku kapsamındaki sorunlar, son kullanıcı lisans sözleşmelerinin kapsamı, yeterliliği ve geçerliliği hakkındaki sorunların her bir başlı başına ele alınması, incelenmesi gereken hukuki meselelerdir. Bu çalışmada esasen, değinilen sorunların çözümünün belirlenmesi iddiasından uzak bir biçimde, bu sorunlara ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmış, internet ve özellikle oyun bağımlılığının haksız fiile neden olması ile bu bağımlılık nedeniyle işlenen haksız fiillerle ilgili kanunlar ihtilafı sorunundan bahsedilmiştir.

Oyun bağımlılığı nedeniyle bir oyuncunun, bir haksız fiilin hem mağduru hem de faili olabileceği; oyuncunun, oyunun etkisiyle kendine verdiği zararlar bakımından oyunu sunan kişinin fail, oyuncunun mağdur konumunda olduğu; oyuncunun, oyun nedeniyle maruz kaldığı psikolojik baskı ve bağımlılığı sonucu bir başkasına zarar vermesi halinde, bu kez haksız fiili işleyen kişi konumunda olacağı, bu durumda da oyunu sunan kişinin doğan sorumluluğu paylaşmasının veya tazminat ödeyen oyuncu ile bir rücu ilişkisi içinde olması gerektiği düşünülmektedir. Konuyla ilgili açık yasal düzenlemeler yapılmamış, genel olarak bahsedilen sorunların hangi yasal çerçevede ele alınması gerektiği konusunda mutabakata varılamamış ve henüz vardığımız sonuçları yansıtan bir mahkeme kararı tespit edilememiş olsa da, oyunların psikolojik ve sosyolojik etkileri, ekonomik değerleri ile katılımcı sayısı göz önünde bulundurulduğunda, konunun kaçınılmaz olarak ciddi bir biçimde düzenlenmesi ve oyun üreten şirketler ile oyuncuların hak ve sorumluluklarının uygun şekilde belirlenmesi gerektiği açıktır.

İnternetin doğası gereği her yerde aynı anda bulunabilmesi ve internet teknolojisinin üretimlerinin özellikle belirli ülkelerden dünyaya pazarlanması, internet ve oyun bağımlılığı ekseninde ortaya çıkabilecek sorunların genellikle yabancı unsurlu olması sonucunu doğurmaktadır. Haksız fiilin işlenmesinde, oyunu sunan bakımından, internetin araç olarak kullanılması neticesinde zarar meydana gelmesi nedeniyle, MÖHUK'un 35. maddesinin uygulanabilir olduğunun düşünülebileceği; ancak Kanunun 35. maddesinin uygulanması için gerekli, belirsiz sayıda alıcıya yönelik yayın yapılması, bu yayının belirsiz sayıda kişi tarafından alınması ya da yayına erişilmesi ile zararın doğması koşullarının bulunmaması gerekçeleriyle, MÖHUK'un 35. maddesi yerine 34. maddesinin tatbiki ile uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. İnternetle bağlantılı haksız fiillerden ya da başka bir deyişle, maddi kişisel değerlerin ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun Kanunun 34. maddesine göre belirlenmesi de sorunsuz değildir. Geleneksel haksız fiiller bakımından

yeterli ve kapsamlı olan kural, kanaatimizce internetle bağlantılı haksız fiiller bakımından sorunludur. Genel olarak, internetle bağlantılı haksız fiillerde uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre belirlenmesi, bu yerin rastlantısal bir yer olabilmesi ve mağdurun menfaatlerini dikkate almaması nedenleriyle; zarar yeri kriterine göre belirlenmesi, zarar yeri olarak ortaya çıkan yerin failin öngörme koşuluna bağlı olmaksızın herhangi bir yer olabilmesi, öngörme koşuluna yer verilse de zararın gerçekleşebileceği yerlerin bu şekilde daraltılmasının pek mümkün olmaması ve failin menfaatlerini dikkate almaması nedenleriyle sıkıntılıdır. Somut uyuşmazlığın niteliğine göre, MÖHUK m.34'e göre, internetle bağlantılı haksız fiillerde uygulanacak hukukun, daha sıkı ilişkili hukuk kriteri uyarınca belirlenmesi bazı hallerde çözüm olabileceksede, bu konuda mahkeme kararları yol gösterici olacaktır.

KAYNAKÇA

- Barker, K., 'MMORPGing - The Legalities of Game Play', **European Journal for Law and Technology**, Vol. 3, No. 1, 2012.
- Billieux, Joel, Jory Deleuze, Mark D. Griffiths, and Daria J. Kuss: The textbook of addiction treatment: International perspectives, Chapter: Internet gaming addiction: The case of Massively Multiplayer Online Role-Playing Games, Publisher: Springer, Editors: N. El-Gabaly, G. Carrà, M. Galanter, pp.1515-1525, https://www.researchgate.net/publication/271510904_Internet_Gaming_Addiction_The_Case_of_Massively_Multiplayer_Online_Role-Playing_Games (Erişim Tarihi: 12.10.2019)
- Cuniberti, Gilles: "Von Hein on Rome II and Defamation", 19 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation>, (Erişim Tarihi: 28.10.2019)
- Çelikel, Aysel, B. Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017.
- Dalyan, Şener. **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Erdem, Haluk ve Ufuk Türen, Gökdeniz Kalkın: "Mobil Telefon Yoksunluğu Korkusu (Nomofobi) Yayılımı: Türkiye'den Üniversite Öğrencileri ve Kamu Çalışanları Örnekleme" **Bilişim Teknolojileri Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, Ocak 2017.
- Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

- Esenyel Hanaz, Fatma. **Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk**. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- Gemalmaz, H. Burak. **Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük**. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s.19. (Kıs:Sanal Dünyalar)
- Gemalmaz, H.Burak: “Sanal Mülkiyet” **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.194-200.
- Göğer, Erdoğan: “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabii Olduğu Kanun”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1965 - 1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4.
- Karbanová, Lenka: “Lex Locı Damni Infecti - Applicability To Non-Contractual Obligations In Cyberspace in the Jurisprudence Of French Courts”, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol. 5:1, 2011, s.52, dn.5’te yer verilen Courd’appel de Paris, 4ème chambre, section A, 26 April 2006, Fernard S., Normalu/Acet.
http://muajt.law.muni.cz/storage/1327951050_sb_05-karbanova.pdf, (Erişim Tarihi: 12.10.2019)
- Kılıç, Taylan. **Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Mills, Alex. “The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in ‘Facebookistan?’”, **Journal of Media Law**, Vol.7, Issue 1, 2015, pp. 1-35, s.29 vd.
<https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/394296249.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2019)
- Modoğlu, Gözde. **Dijital Oyunların Ceza Hukuku ve 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Erişim Engelleme Kararları Açısından Değerlendirmesi**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.
1. Özdemir Kocasakal, Hatice. **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003.
- Özel, Sibel: “Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu: İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin**

- Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Öztekin Gelgel, Günseli: **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.
- Stone, Peter: “The Rome II Regulation On Choice Of Law In Tort”, **Ankara Law Review**, Vol.4, No.2, 2007.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, Beta Vedat Kitapçılık, 2018.
- Tekinalp, Gülören: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2009.
- Tiryakioğlu, Bilgin: “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk,” **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Trimble, Marketa. “Conflict of Laws Has Caught Up with Silicon Valley. Now Silicon Valley Needs to Catch Up on Conflict of Laws”, 13 December 2016.
<http://conflictoflaws.net/2016/conflict-of-laws-and-silicon-valley/> (Erişim Tarihi: 03.10.2019)
- Turhan, Turgut: **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1989.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, MHMÖH Bülteni, Yıl 22, S.2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 967-997.
- Yıldırım, Serdar ve Ahmet Nesimi Kışioğlu: Teknolojinin Getirdiği Yeni Hastalıklar: Nomofobi, Netlessfobi, FoMO, **SDÜ Tıp Fak Dergisi** 2018:25(4):473-480. s.476. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/586019> (Erişim Tarihi: 10.10.2019))
- Zittrain, Jonathan: “Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law”, Cato Institute, 2003. (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract_id=395300, (Erişim Tarihi: 20.10.2019)
<https://ab-ilan.com/dunya-saglik-orgutu-online-oyun-bagimlilikini-ruh-sagligi-problemi-olarak-ilan-etti/> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

- <https://www.addictioncenter.com/drugs/internet-addiction/> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)
- https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_addiction_disorder(Erişim Tarihi: 21.09.2019)
- https://en.wikipedia.org/wiki/Massively_multiplayer_online_role-playing_game
(Erişim Tarihi: 05.10.2019)
- <https://www.haberturk.com/ekonomi/teknoloji/haber/718177-3-ayda-70-internet-bagimlisi> (Erişim Tarihi: 11.10.2019);
<http://www.milliyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/internet-bagimliliği-kamu-hastanelerinde-tedavi-edilecek-10233302> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)
- <http://hiperaktivite.info/dsm-psikiyatrik-siniflandirma-sisteminde-yer-alan-tanilarin-listesi-icerik329.html> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)
- <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f1448597234>
(Erişim Tarihi: 10.10.2019)
- <https://meclishaber.tbmm.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.10.2019)
- https://www.tbmm.gov.tr/bakirkoy_ruh_ve_sinir_hastaliklari_hastanesi
(Erişim Tarihi: 10.10.2019)
- <https://www.techopedia.com/definition/1919/massively-multiplayer-online-role-playing-game-mmorpg> (Erişim Tarihi: 05.10.2019)
- <https://webrazzi.com/2019/10/02/cukur-dizisi-mmofps-oyunu-zula-ile-is-birligi-yapti/>
(Erişim Tarihi: 26.10.2019)
- https://en.wikipedia.org/wiki/Massively_multiplayer_online_role-playing_game#cite_note-Yee_PDF-10 (Erişim Tarihi: 12.10.2019)
- https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf
(Erişim Tarihi: 20.10.2019)

**# 1982 ANAYASASI KAPSAMINDA SOSYAL DEVLET VE
ÇALIŞMA HAKKI**
(SOCIAL STATE AND THE RIGHT TO WORK UNDER THE CONSTITUTION OF
THE REPUBLIC OF TURKEY (1982))

Arş. Gör. Meriç Karagözler * **

ÖZ

Bilindiği gibi, sosyal devletin başlıca özelliklerinden biri sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesidir. Çalışma hakkı da özellikle devlete getirdiği yükümlülüklerle, bu müdahalenin örneklerinden birini oluşturmaktadır. Ayrıca sosyal hak niteliğindeki bu hak, “insan onurunun korunması” örneğinde olduğu gibi, sosyal devletin amaçlarına hizmet etmektedir. Sosyal devlet ile çalışma hakkı arasında yakın bir ilişki vardır. Nitekim 1982 Anayasası da 2. maddeyle sosyal devlet ilkesini benimsemiş, 49. maddeyle de çalışma hakkını herkes için güvence altına almıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında ise bu ikisi arasındaki ilişkinin yeterince ele alınmadığı gözlemlenmektedir.

***Anahtar Kelimeler :** Sosyal Devlet, İnsan Hakları, Sosyal Haklar, Çalışma Hakkı, 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi.*

ABSTRACT

As it is known, one of the basic characteristics of the social state is its intervention in social and economic life. The right to work is an example of this intervention, especially with its obligations imposed on states. As a social right, it also serves the aims of the social state, like “protection of human dignity.” There is a close relation between the social state and the right to work. Thus the Constitution of the Republic of Turkey (1982) proclaims the principle of social state with article 2 and with article 49, it guarantees the right to work for everyone. However it is observed that, the relation between these two is not adequately addressed in the decisions of Turkish Constitutional Court.

Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.11.2019. İlk hakem raporu tarihi: 4.12.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 03.01.2020. Onaylanma Tarihi: 08.01.2020.

* Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5773-1483

Eser Atıf Şekli: Meriç Karagözler, “1982 Anayasası Kapsamında Sosyal Devlet Ve Çalışma Hakkı”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.217-258.

Keywords : *Social State, Human Rights, Social Rights, The Right to Work, The Constitution of the Republic of Turkey (1982), Turkish Constitutional Court.*

Giriş

Bu çalışmanın temel amacı, gerek bölgesel ve uluslararası düzeydeki belgelerde gerekse anayasalarda yaygın bir şekilde düzenlenip güvence altına alınan çalışma hakkının sosyal devlet ilkesi ile ilişkisini ve bu ilişkinin 1982 Anayasası'ndaki yansımalarını incelemektir.

Çalışmamızda öncelikle sosyal devlet ilkesinin anlam ve amaçları üzerinde durulacak, ardından sosyal haklar hakkında genel bilgi verilerek sosyal hak niteliğindeki çalışma hakkının sosyal devletteki yeri açıklanmaya çalışılacaktır. Konunun teorik çerçevesi bu şekilde çizildikten sonra ise 1982 Anayasası'nın sosyal devlet ve çalışma hakkını düzenleyen hükümleri değerlendirilecektir.

Son olarak, Türk Anayasa Mahkemesi'nin sosyal devlet anlayışı ile çalışma hakkını nasıl yorumladığı, sosyal devlet-çalışma hakkı ilişkisinin Anayasa Mahkemesi kararlarında ne ölçüde yer aldığı, örnek kararlar eşliğinde irdelenecektir.

Öte yandan bireysel ve kolektif yönleri bulunan çalışma hakkı, yalnızca "bireysel çalışma hakkı" çerçevesinde ele alınacak olup çalışma ve sosyal güvenlik haklarının aracı hakları ya da güvenceleri olarak nitelendirilen grev hakkı, sendika özgürlüğü gibi toplu sosyal haklar¹, incelememizin kapsamı dışındadır.

¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", ss. 15-34, içinde **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yay., İstanbul, 2012, (Sosyal Haklar), s. 17; Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'ne (ESKHK) göre; çalışma hakkı, hem herkese ait olan bireysel bir hak hem de kolektif bir haktır. Bu hak, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ESKHS) 6. maddesiyle genel olarak düzenlenmiş, 7. maddede herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından, özellikle güvenli çalışma koşullarından, faydalanma hakkına yer verilerek hakkın bireysel yönü açıkça geliştirilmiştir. Çalışma hakkının kolektif yönü ise herkesin sendika kurma ve dilediği sendikaya girme ve sendikaların özgürce faaliyette bulunma hakkına ilişkin 8. madde ile düzenlenmiştir. Bkz. ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 2 ve par. 6. Kolektif haklarla ilgili kapsamlı bir çalışma için İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yay., Diyarbakır, 1989.

I. SOSYAL DEVLET

A. Sosyal Devlet Kavramı

Bugüne kadar “sosyal devlet” kavramının birçok farklı tanımı yapılmış olmakla birlikte *Tanör*’ün de işaret ettiği gibi, bu tanımlardan büyük bir kısmı, sosyal devletin amaçlarından yola çıkmaktadır². Bir görüşe göre; sosyal devlet, kısaca, “sosyal adalet ilkesine dayanan devlet” anlamına gelmektedir. “Her sosyal tabaka ve gruba, onlara ait olan hakları tanıyan bir dağılım ilkesi” şeklinde tanımlanan sosyal adaletin amacı ise özellikle, bireylerin ekonomik ve kültürel yaşama imkânlarının belirli bir standarda uygun surette sağlanmasıdır³. *Özbudun* ise sosyal devletin, sosyal adalet ilkesine indirgenemeyecek kadar kapsamlı bir kavram olduğunu dikkate alarak “sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü devlet” şeklinde bir tanım getirmiştir⁴. Genellikle kullanılan başka bir tanıma göre, sosyal devlet, “vatandaşların sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı ödev bilen devlet”tir⁵.

Ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, sosyal devlet, liberal devlet sisteminden farklı bir anlayışı yansıtmaktadır. Şöyle ki jandarma devlet⁶ ya da liberal devlet sisteminde devlet, esas itibarıyla koruyucu bir kurum olarak tasarlanmıştır. Buna göre; negatif özgürlük anlayışına uygun bir biçimde,

² Söz konusu tanımlar ve eleştirisi için bkz. Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yay., İstanbul, 1978, ss. 107-108.

³ Bkz. A. Ülkü Azrak, “Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi”, **İÜHF**, Cilt: 27, Sayı: 1-4, 1961, s. 209. Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da sosyal devletin sosyal adaleti sağlama yükümlülüğüne dikkat çekilmektedir. Bkz. Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 14, 1997, s. 99.

⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017 Anayasa değişikliklerine göre gözden geçirilmiş 19. Basım, Yetkin Yay., Ankara, 2019, s. 141.

⁵ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Gerçek Yay., İstanbul, 1997, (Anayasanın Anlamı), s. 154. Sosyal devletin bu tanımı, batıdaki refah devleti (*welfare state*) anlayışıyla paralellik gösterse de Türkiye gibi henüz sermaye birikimini tamamlayamamış devletler bakımından yeterli değildir. Çünkü ulusal gelirin iyi ve adil bir şekilde paylaşılabilmesi için öncelikle sermaye birikimi ve hızlı kalkınmayı sağlayacak ekonomik politikalar benimsenmelidir. Başka bir deyişle, bu devletlerin hedefi, “sosyal adalet içinde hızlı kalkınmayı gerçekleştirmek” olmalı, ekonomik kalkınma ve sosyal haklar birlikte gerçekleştirilmelidir (Soysal, *Anayasanın Anlamı*, s. 154; Ayferi Göze, **Sosyal Devlet Sistemi**, İÜHF Yay., İstanbul, 1976, (Sosyal Devlet), s. 123, dn. 173).

⁶ Liberal devletle aynı anlamda kullanılan jandarma devlet, “egemenlik gücüne dayanarak sadece asayiş, savunma ve adalet hizmetlerini yerine getiren, serbest ekonomik düzenin koruyuculuğunu yapan devlet” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Tıpkı 22. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2018, s. 165.

devletin kendisi hak ve özgürlüklere müdahale etmekten kaçınmalı, ayrıca bireylerin de kendi aralarındaki hak ihlallerini önlemelidir. Bunun için de devletin görev alanı, iç ve dış güvenliği, adaleti ve düzeni sağlamakla sınırlı olmalıdır. Ekonomik, sosyal ve kültürel faaliyetler ise tümüyle bireylerin yetki ve iktidar alanında kalmalıdır⁷.

Zamanla, “kanun önünde eşitlik” ilkesini yeterli gören liberal devlet sistemi içinde toplumsal ve ekonomik sorunlarla gerektiği gibi mücadele edilemeyeceği anlaşılmış ve sosyal devlet sistemi kabul edilmeye başlanmıştır. Bu durum, eşitlik anlayışında önemli bir değişikliği beraberinde getirerek “kanun önünde eşitlik” ilkesinden “fırsat eşitliği” ilkesine geçilmesine neden olmuştur⁸. Öte yandan sosyal devlet, siyasi iktidarın tüm ulusa ait olduğu ilkesini benimsemesi ve bireyi amaç edinmesi gibi birçok bakımdan liberal devlet sistemiyle benzeşmektedir. Hatta bu yönüyle sosyal devlet, “liberal devletin yirminci yüzyılın ikinci yarısında kendi içinde gerçekleştirdiği bir aşama” olarak nitelendirilmektedir⁹. Sosyal devlet, sanayi toplumuna geçişle birlikte ortaya çıkan, devlet ve sanayi toplumu arasındaki karşıtlık temelinde gelişen bir kavramdır. Nasıl ki hukuk devleti kavramı, bir burjuva devriminin ürünü ise sosyal devlet kavramı da Sanayi Devrimi’nin bir ürünüdür¹⁰.

Sosyal devletin ayırt edici özelliği, sanayi çağının gerektirdiği “sosyal müdahaleler devleti” olmasıdır. Burjuva toplumunun aksine, sanayi toplumu, devlet müdahalesine ihtiyaç duymaktadır. Bu doğrultuda liberal hukuk devleti, bazı istisnai durumlar dışında, devlet müdahalesini reddetmekte, toplumun devlete karşı korunmasını hedeflemektedir. Sosyal devlet ise toplumsal ilişkileri biçimlendirmenin olağan bir aracı olarak,

⁷ Göze, Sosyal Devlet, s. 9; Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, ss. 410-411; Özbudun, s. 138. Öte yandan, uygulamada liberal devlet sistemi dâhil olmak üzere, tüm devlet sistemlerinde siyasi iktidarın ekonomik hayata müdahalelerde bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Ancak liberal devletin ekonomik hayata müdahale etmesi kurumsallaşmamış, ekonomik hayat, özü itibarıyla bireylerin faaliyet alanı olarak kabul edilmiştir. Bkz. Göze, Sosyal Devlet, s. 9.

⁸ Bu süreç hakkında Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yay., İstanbul, 1978; Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, 6. Basım, Beta Yay., İstanbul, 2010, (Liberal), s. 42 vd. Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yay., Ankara, 1993, s. 49 vd.

⁹ Göze, Liberal, s. 203; aynı yönde Tanör, s. 107.

¹⁰ Ernst Rudolf Huber, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, çev. Tuğrul Ansay, **AÜHFD**, Cilt: 27, Sayı: 3, 1970, s. 34. Tanör ise sosyal devletin, Sanayi Devrimi’nden ya da sanayi toplumu ile devlet arasındaki zıtlıktan kaynaklandığı görüşünü eleştirerek sosyal eşitsizliklere duyulan tepkinin, bu kavramın ortaya çıkmasındaki rolüne dikkat çekmiştir. Bkz. Tanör, s. 108.

devlet müdahalesini önermektedir. Burada sözü edilen müdahalelerle, daha ziyade zayıf sınıfların ve grupların korunması amaçlanmaktadır¹¹.

Sosyal devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahale etme nedenlerini anlayabilmek için onun amaçlarını bilmek gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, sosyal devletin başlıca amaçlarından biri, insan onurunun korunmasıdır¹². Ayrıca sosyal devlet, insan onurunun korunması amacıyla sosyal adaleti sağlamaya çalışmaktadır¹³. Özetle, bu sistemde sosyal adaleti ve sosyal barışı sağlamak için devlet müdahalesi, meşru ve gerekli görülmektedir¹⁴.

Sosyal devlet sisteminde devlet, bireylerin beden ve ruh sağlığı içinde ve insan onuruna yakışır biçimde yaşayabilmelerini sağlamakla yükümlü kılınmakta, sosyal devlet ilkesini benimseyen anayasalarda da bu yönde düzenlemeler getirilmektedir¹⁵. Bununla birlikte 1982 Anayasası (md. 2;

¹¹ Bkz. Huber, ss. 35, 37.

¹² “*İnsan Haysiyeti*” kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.” Anayasa Mahkemesi, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.6.1966, R.G. 27.6.1967/12632. Yüksek Mahkeme, yakın tarihli kararlarında da aynı tanımlı benimsemektedir. Buna göre; “*İnsan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını anlatır.*” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2012/7, K. 2012/102, K.T. 5.7.2012, R.G. 6.10.2012/28433. İnsan onuru, 1982 Anayasası’nın 176. maddesi yoluyla Anayasa metnine dâhil edilen Başlangıç kısmında yer almıştır. Buna göre; her Türk vatandaşı, onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir (Başlangıç kısmı, par. 6). Ayrıca Anayasa’nın 5. maddesinin gerekçesinde de “ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirmek”, sosyal devletin görevi kabul edilmiştir. Böylelikle devlete, hukuk devleti ve sosyal devlet olmanın bir gereği sayılan insan onurunu koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Bkz. Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999, ss. 106-107.

¹³ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/40, K. 2012/158, K.T. 18.10.2012, R.G. 12.5.2013/28645; E. 2012/87, K. 2014/41, K.T. 27.2.2014, R.G. 26.7.2014/29072. Ayrıca bkz. Göze, Sosyal Devlet, s. 126.

¹⁴ Özbudun, s. 138. “...*Hukuk devletinin niteliklerinden biri de ‘sosyal hukuk devleti’dir. Sosyal hukuk devleti, vatandaşlarına asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder.*” Anayasa Mahkemesi, E. 2012/40, K. 2012/158, K.T. 18.10.2012, R.G. 12.5.2013/28645.

¹⁵ Göze, Sosyal Devlet, s. 139; Gören, s. 100. Örneğin, Alman Anayasası’nın 1. maddesi, insan onurunun korunmasını düzenlemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre; “*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.*” Alman Anayasası’nın Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi

md. 4) ve Alman Anayasası (md. 20/1; md. 79/3) gibi bazı anayasalar, sosyal devlet niteliğini anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında düzenlemektedir¹⁶.

B. Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar

Liberal devletten sosyal devlet anlayışına geçişin temelinde Sanayi Devrimi'nin olduğunu ifade etmiştik. Şöyle ki Sanayi Devrimi'ni izleyen yıllarda uzun çalışma süreleri ve diğer ağır çalışma koşulları, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile kabul edilen hakların yetersizliğini göstermiştir. Devletin kişiyi kendi kaderine terk ettiği liberal devlet sisteminde bu haklar, herkese tanınmış olsa da gerçekte yalnızca maddi bakımdan güçlü olan bir azınlık tarafından kullanılabilmiştir. Toplumun çoğunluğu ise kâğıt üstünde sahip olduğu bu haklardan gerektiği gibi yararlanamamıştır. Klasik hakların kişiyi özgür kılmaya yetmediği anlaşılınca, 19. yüzyılın ikinci yarısında yoğunlaşan mücadelelerin de etkisiyle çalışma hakkı, eğitim hakkı ve sağlık hakkı gibi sosyal haklar kabul edilmeye başlanmıştır. Böylece yoksul kesim dâhil herkesin, insan haklarından tam ve eşit bir biçimde yararlanması amaçlanmıştır. Bunun için de devletin birtakım hizmet ve edimlerde bulunması, mali kaynaklarını kullanarak tedbirler alması gerekmiştir¹⁷.

Sosyal haklar ile sosyal devlet ilkesinin anayasalar tarafından düzenlenmesi, esasen, İkinci Dünya Savaşı sonrasında hız kazanmış ve yaygınlaşmıştır. Bu dönemde 1946 Fransız Anayasası, 1947 İtalyan Anayasası ve 1949 Alman Bonn Anayasası, sosyal haklara dayanan sosyal devlet ilkesini benimsemişlerdir. Daha sonraki yıllarda ise 1961 Türk Anayasası, 1975 Yunan Anayasası, 1976 Portekiz Anayasası ve 1978 İspanya Anayasası, sosyal devlet ilkesini temel almışlardır¹⁸.

Bununla birlikte İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki bazı anayasalarda da sosyal devletin ve sosyal hakların izleri görülmektedir. 1793 ve 1848 Fransız Anayasaları, bunlardan bazılarıdır. 1793 Fransız Anayasası'nda yer

için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, (14.10.2019).

¹⁶ Sosyal devlete ek olarak, insan onuru ve temel haklar, demokrasi, federalizm, anayasanın bağlayıcılığı ve direnme hakkı da Alman Anayasası'ndaki değişmezlik listesine dâhildir. Bkz. Erdoğan, s. 57.

¹⁷ Kapani, ss. 49-52; Akad, Mehmet, Vural Dinçkol, Bihterin ve Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 12. Basım, Der Yay. İstanbul, 2016, ss. 285-286. Ayrıca bkz. Fevzi Demir, **İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması)**, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İzmir, 1981, (Çalışma Hakkı İlkesi), s. 34 vd.

¹⁸ Orhan Aldıkaçtı, "Sosyal Devlet", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 14, 1997, s. 80. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

alan ikinci İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde bazı sosyal haklar düzenlenmiş, ayrıca topluma, işsizlere iş bulma görevi yüklenmiştir. Buna göre; *“Kamu yardımları kutsal bir borçtur. Toplum, çalışabileceklere iş bulmak, çalışamayacak durumda olanlara da yaşama imkânları vermek suretiyle yoksul vatandaşların geçimlerini sağlamak zorundadır.”* (md. 21) Benzer şekilde 1848 Fransız Anayasası'na göre; *“...Devlet, kardeşçe bir yardım anlayışı içinde, yoksul yurttaşların hayatlarını sağlamak amacıyla, elinden geldiğince iş bulmaya çalışacak, ailesi olmayan ve çalışamayacak durumda bulunanların da yardımına koşacaktır.”* (Başlangıç bölümü, md. 8) Aynı Anayasa'nın 13. maddesinde ise parasız ilköğretim, mesleki eğitim, yardım ve kredi müesseselerinin kurulmasını teşvik gibi yollarla çalışmanın ve çalışanların korunacağı ifade edilmiştir. Bunlardan başka, 1917 Meksika Birleşik Devletleri Anayasası ve 1919 Alman Cumhuriyeti Weimar Anayasası'nda da bazı sosyal haklara yer verilmiştir. Örneğin, Meksika Anayasası'nda çalışan kadın ve çocukların korunması ve çalışma şartlarının düzenlenmesi (md. 123/2, 3, 5) ve dinlenme hakkına (md. 123/4) ilişkin hükümler vardır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında hazırlanan Weimar Anayasası ise sosyal devlet sistemini daha net bir biçimde benimsemiştir. Özellikle *“Ekonomik hayat, adalet esaslarına göre ve herkese insanlığa yaraşır bir yaşama tarzı sağlayacak şekilde düzenlenir.”* şeklindeki hüküm, bu açıdan önemlidir (md. 151). Weimar Anayasası'nı örnek alarak hazırlanan başlıca anayasalar ise 1920 Estonya, 1921 Yugoslavya, 1921 Polonya, 1923 Romanya ve 1931 İspanya Anayasası'dır¹⁹.

Sosyal hakların nasıl tanımlanması gerektiği ve bu hakların ayırt edici özellikleri konusunda ise pozitif hukuk düzenlemelerinden yola çıkılarak bir sonuç elde edilememektedir²⁰. Doktrinde sosyal hakların niteliğine ilişkin olarak farklı ölçütler geliştirilmiştir²¹. Bunlardan teknik ölçüte göre; sosyal haklar, olumlu/pozitif edim gerektiren haklardır. Devlete “dokunmama” veya “karışmama” görevi getiren klasik haklardan farklı olarak, hak sahibine devletten bir edimde bulunmasını isteme yetkisi veren bu haklar, “isteme hakları” şeklinde de adlandırılmaktadır²². Ancak uluslararası insan hakları hukukunda ve anayasalarda “sosyal hak” kategorisinde değerlendirildiği hâlde, grev hakkı gibi bazı hakların olumlu edim gerektirmediği ifade edilmektedir. Ayrıca bu durumun tersine, klasik hakların “devletin olumlu edimini gerektirmeyen haklar” şeklinde

¹⁹ Kapani, ss. 53-56; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 269.

²⁰ Tanör, s. 11.

²¹ Tanör, s. 13 vd.

²² Tanör, ss. 14-15; Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 157.

tanımlanması da gerçeği yansıtmamaktadır. 20. yüzyılda dahi klasik haklar, devletin olumsuz tutumla yetinebileceği haklar olarak değerlendirilmemiş ve anayasalarda bu yönde hükümler getirilmiştir. Örneğin, 1961 Anayasası'nın 10. maddesinin 2. fıkrası²³ ve bu hükmeye kaynaklık eden 1947 İtalyan Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrasında²⁴ devlete olumlu görevler yüklenmiştir²⁵.

Günümüzde özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakların hemen hemen tümü için pozitif yükümlülükler doktrinini uygulaması karşısında teknik ölçüt, geçerliliğini yitirmeye devam etmektedir²⁶. İnsan hakları teorisinin geldiği noktada ister klasik ister sosyal hak olsun tüm hakların, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler getirdiği kabul edilmektedir²⁷. Bu durumda “grev hakkı gibi bazı sosyal hakların olumlu edim gerektirmediği” önermesi doğru sayılamaz. Dolayısıyla “olumlu edim gerektiren sosyal haklar” ve “olumlu edim gerektirmeyen sosyal haklar” ayrımı yerine, çalışma hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı gibi bazı hakların “olumlu edimlerin ağır bastığı sosyal haklar” şeklinde nitelendirilmesi daha isabetli görünmektedir. Hatta bizim de katıldığımız görüşe göre, bu tür sosyal haklar, olumlu edim gerektirmenin ötesinde olumlu edime muhtaçlardır. Çünkü bu hakların

²³ “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır, insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.” Bkz. Suna Kili ve A. Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze**, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1985, s. 173.

²⁴ “Vatandaşların özgürlük ve eşitliğini fiilen sınırlayan, beşeri kişiliğinin tam gelişmesine ve bütün işçilerin ülkenin siyasî, ekonomik ve sosyal örgütlenmesine etkin katılımına engel oluşturan ekonomik ve sosyal nitelikteki engellerin kaldırılması Cumhuriyetin görevidir.” İtalyan Anayasası'nın Adalet Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, (14.10.2019).

²⁵ Tanör, ss. 17-22.

²⁶ Bu haklardan bazıları; yaşam hakkı (md. 2), işkence ve kötü muamele yasağı (md. 3), kişi güvenliği hakkı (md. 5), adil yargılanma hakkı (md. 6), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (md. 8) ve ifade özgürlüğüdür (md. 10). Bkz. Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 71 vd., içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İncoğlu), 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2013.

²⁷ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara, 1995, s. 43; aynı yönde Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 20, 2003, s. 268.

hayata geçirilmesindeki tek aktör olan devletin eylemsizliği, bu hakların doğmamasına neden olacaktır²⁸.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, sosyal devlet, liberal devletin ileri bir aşaması olarak değerlendirilmektedir. Her iki devlet sistemine göre de birey, toplumun ve devletin kaynağı ve amacıdır²⁹. Aynı zamanda liberal devletin iç ve dış güvenliği, adaleti ve düzeni sağlama görevlerine sosyal devlet de sahiptir. Çünkü bunlar, benimsenen devlet sistemi ne olursa olsun tüm siyasi iktidarların gerçekleştirmekle yükümlü oldukları hizmetlerdir³⁰.

Sosyal devlet, liberal devletin görevlerine ek olarak, sosyal ve ekonomik hayatı şekillendirmeyi de üstlendiği için bireylere sosyal hakların tanınması, olmazsa olmaz bir zorunluluktur. Sosyal hakların tanınmadığı bir sistemde “herkese insan onuruna yakışır asgari bir yaşam düzeyi sağlama amacı”na ulaşmak olanaklı değildir³¹. Dolayısıyla liberal devlet sistemi ile sosyal devlet sistemi arasındaki en temel farklardan biri de bu alanda karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki sosyal devlette liberal devletin hak ve özgürlük anlayışı korunmakla birlikte klasik hak ve özgürlükler, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerle tamamlanmaktadır³². Hatta bir devletin “sosyal devlet” olma derecesini belirleyen unsurun, anayasada düzenlenen sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilme derecesi olduğu ifade edilmektedir³³.

²⁸ Bkz. Tanör, s. 331; Barış Bahçeci, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Hakların Sınırlandırılma Rejimine Etkisi”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., İstanbul, 2004, ss. 185-186.

²⁹ Göze, Liberal, ss. 203-204. Esasen insanın başlı başına bir değer taşıdığı fikri, İlkçağ Stoa Okulu’na kadar dayandırılabilir. Bkz. Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2015, (Siyasal Düşünceler), ss. 61-65.

³⁰ Göze, Sosyal Devlet, s. 91.

³¹ Bkz. Nihat Bulut, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?”, **AÜHFD**, Cilt: 52, Sayı: 2, 2003, s. 176.

³² Göze, Liberal, s. 203; Göze, Sosyal Devlet, s. 111. 1961 Anayasası’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere ilişkin genel gerekçesinde de bu hususa dikkat çekilmiştir. Buna göre; “Batı demokrasisi, hürriyetçi yollarla daha fazla hürriyet elde etme rejimidir. Çağımızın karmaşık sosyal ve iktisadî dünyası içinde daha fazla hürriyet ise iktisadî ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak, bunların maddî ve manevî varlıklarını geliştirme şartlarını hazırlamak ve bunlara klasik kişi hak ve hürriyetleri yanında iktisadî ve sosyal haklar tanımakla kabildir. Zamanımızın demokratik devleti bu ödevde sahiptir. Devlet hayatı içinde, bu himayenin ve hizmetlerin sağlanmasını, bu alandaki engellerin kaldırılmasını istemek de sosyal bir haktır.” Bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf>, (14.10.2019).

³³ Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 155.

Bazı karşıt görüşler bulunmakla birlikte³⁴ doktrindeki hâkim görüş ve uluslararası insan hakları hukuku belgelerindeki düzenlemeler, “insan haklarının bölünmez bütünlüğü ve karşılıklı bağımlılığı ilkesi”nin kabul edilmesi yönündedir³⁵. “Hürriyetin monizmi” kavramı ile de ifade edilen hürriyetin/özgürlüğün çeşitli yönleriyle bir bütün olması, her bir hakkın, diğerleriyle tamamlanmadıkça tam bir hürriyetten söz edilememesi demektir³⁶. Tarihsel gerçeklerin de gösterdiği gibi, sosyal haklarla tamamlanmayan kişisel ve siyasal haklar, yetersiz kalmaktadır. Bu çerçevede, barınacak bir konutu bulunmayan kişinin konut dokunulmazlığına ya da eğitim olanaklarından yoksun bırakılmış kişinin düşünce özgürlüğüne sahip olması, bu duruma örnektir³⁷.

Sosyal hakların insan hakkı sayılamayacağı görüşündeki yazarlar, bu tür hakların geniş mali kaynaklar gerektirdiğini ve dolayısıyla evrensel olmadıklarını ileri sürmektedir. Buna karşı geliştirilen temel argüman ise hem birinci hem ikinci kuşak hakların gerçekleştirilmesinin devlete büyük mali külfetler yükleyebileceğidir. Esasen çoğu zaman, çalışma hakkının ve diğer sosyal hakların gerçekleştirilmesi sorununun kökeninde mali kaynakların yetersizliği değil, kaynakların dağılımındaki dengesizlik bulunmaktadır. Örneğin, hak temelli bir yaklaşımla kaynak kullanımındaki öncelik sıralaması değiştirildiğinde, çalışma hakkından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde büyük aşama kaydetmek mümkündür³⁸.

Sonuç olarak, liberal devlet gibi bireyin mutluluğu ile maddi ve manevi gelişmesini amaçlayan sosyal devlet, bu amaçlara ulaşmak için farklı araçları tercih etmektedir. Çünkü devletin sosyal ve ekonomik hayat karşısındaki pasif tutumu, başka bir deyişle, bu alana karışmaması, bireyin mutluluğunu ve özgürlüğünü sağlamaya yetmemiştir. İşte bu gerçekten yola çıkan sosyal devlet de liberal devletin aksine müdahaleci bir yaklaşım benimsemiş, bireye gelişmesi için gerekli koşulları hazırlama

³⁴ Örneğin, *Erdoğan*, devletin faaliyet alanını genişleten sosyal hakların uygulanmasıyla birlikte mülkiyet hakkı gibi klasik hakların zedeleneceğini ileri sürmektedir. Bkz. Erdoğan, ss. 70, 415.

³⁵ Aralarında *Ayn Rand* ve *Friedrich A. Hayek*'in de bulunduğu bazı yazarların, sosyal hakların insan hakkı olma niteliğine yönelttikleri eleştiriler için bkz. Erdoğan, ss. 182-188; Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, içinde **İnsan Hakları**, (Haz. Korkut Tankuter), Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2000, ss. 13-44, (İnsan Hakları), s. 32 vd.

³⁶ Kapani, ss. 6-7.

³⁷ Kapani, s. 51; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 293.

³⁸ Bkz. Donnelly s. 42; Uygun, Küreselleşme, ss. 268-269.

yükümlülüğünü üstlenmiştir. Sosyal haklar da bu yaklaşımın vazgeçilmez bir parçasıdır³⁹.

II. SOSYAL DEVLET VE ÇALIŞMA HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Sosyal devlet ve çalışma hakkı arasındaki ilişkiyi açıklamadan önce çalışma hakkıyla ilgili kısaca bilgi verelim. Çalışma hakkının temel özelliklerinden biri, bu hakkın kullanılmasının, hak öznesinin dışında oluşan bazı etmenlere bağlı olmasıdır. Başka bir anlatımla, ancak iş ve çalışma olanağı varsa kişi, bu özgürlüğünden yararlanabilir⁴⁰. Bu özellik, çalışma hakkının kullanılmasında devletin üstlendiği yükümlülüklerin ön plana çıktığını göstermektedir.

Çalışma hakkı, öncelikle, herkesin bir işe sahip olma/bir işi elde etme hakkı olduğunu ifade etmektedir⁴¹. Çalışma hakkının özü, olmazsa olmaz koşulu da budur⁴². Bu yönüyle bu hak, daha çok yoksul ya da emeğinden başka geliri olmayanları yakından ilgilendirmektedir⁴³. Öte yandan yaygın kanının aksine, hakkın normatif içeriği, bir iş sahibi olma ile sınırlı değildir. Başka bir deyişle, çalışma hakkı, “iş hakkı” olarak algılanmamalıdır⁴⁴. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin, çalışma hakkını düzenleyen ESKHS’nin 6. maddesine ilişkin 18 sayılı Genel Yorumu’nda da “çalışma hakkının, mutlak ve koşulsuz olarak bir iş sahibi olma hakkı şeklinde anlaşılması gerektiği” ifade edilmiştir⁴⁵.

³⁹ Göze, Sosyal Devlet, ss. 135-136; Kapani, ss. 51-52.

⁴⁰ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 17.

⁴¹ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 17; Erdoğan Teziç, “Anayasa Hukuku İçinde Çalışma Hayatına İlişkin Temel Haklar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1982 Yılı Konferansları**, İÜHF Yay., İstanbul, 1982, s. 29; Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, On iki Levha Yay., İstanbul, 2009, (Sosyal Haklar), s. 133.

⁴² Bulut, Sosyal Haklar, s. 133.

⁴³ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2018, s. 197.

⁴⁴ Krzysztof Drzewicki, “The Right to Work and Rights in Work”, içinde **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Eide, Asbjorn, Catarina Krause ve Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, s. 181. Yazar, “iş hakkı”nı (*the right to employment*) “dar anlamda çalışma hakkı” (*the right to work sensu stricto*) şeklinde nitelendirmektedir.

⁴⁵ ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 6. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından 24.11.2005 tarihinde kabul edilen 18 sayılı Genel Yorum için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=en, (14.10.2019). Anılan Genel Yorum’un Türkçe çevirisi için bkz. **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)**

Bununla birlikte çalışma hakkı, onu tamamlayan diğer haklarla bir bütün olarak görülmelidir. Bu bağlamda iş güvenliği hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, çalışma sürelerinin uygun ölçülerde tutulmasını isteme hakkı, çalışan çocuk, kadın ya da gençlerin özel olarak korunmasıyla ilgili haklar, adil ücret hakkı, ücretli tatil ve dinlenme hakkı, boş zaman bulabilme hakkı; yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılmayı isteme hakkı; sosyal güvenlik hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, çalışma hakkının tamamlayıcısıdır⁴⁶. Bir görüşe göre, İngilizce'deki “*decent work*” kavramının karşılığı olarak kullanılan “düzgün iş” ya da “insana yakışır iş”, çalışma hakkının niteliksel boyutunu ifade etmektedir. Şöyle ki çalışma hakkını inceleyen bazı yazarlar, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin konuyla ilgili hükümleri doğrultusunda bu hakkı, niceliksel ve niteliksel olmak üzere iki temel unsura ayırmayı tercih etmişlerdir. Belirli bir işin “insana yakışır iş” ya da “onurlu bir iş” şeklinde nitelendirilmesi, çalışma hakkının niteliksel boyutunu oluşturmaktadır. Bu nitelendirmede ücret, çalışma saatleri, çalışma koşulları, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı gibi ölçütler kullanılmaktadır. Niceliksel unsur ise “iş arayan herkes için yeterli sayıda işin mevcut olması” yani “tam istihdamın sağlanması” şeklindeki temel gerekliliğe işaret etmektedir⁴⁷.

Sosyal devlet, liberal devletin ekonomik temellerini yani kapitalizmi bazı düzeltmelerle sürdürmekte⁴⁸ olduğundan, çalışma ilişkilerinin bu sistemde önemli rolü vardır. Öte yandan sosyal devletin amacı, yalnızca işçilerin çalışma koşullarını iyileştirmek değil, kapitalist düzen içerisinde güçsüz durumda bulunan tüm sosyal tabakaların sosyal ve ekonomik şartlarını düzeltmektir⁴⁹. Bu doğrultuda sosyal haklar da “çalışanlara özgü haklar”dan

İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, (Der. Lema Uyar), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2006, ss. 324-344.

⁴⁶ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 18.

⁴⁷ Jeremy Sarkin ve Mark Koenig, “Developing the Right to Work: Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy”, **Human Rights Quarterly**, Cilt: 33, Sayı: 1, 2011, s. 9; Manuel Couret Branco, **The Right to Work and the Political Economy of Human Rights** 6 (Universidade de Evora, Departamento de Economia, Working Paper Series No. 2006/08), s. 5; Philip Harvey, “Right to Work and Basic Income Guarantees: Competing or Complementary Goals?”, **Rutgers Journal of Law and Urban Policy**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2005, s. 21. Ayrıca bkz. ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 7-8.

⁴⁸ Tanör, s. 107.

⁴⁹ Azrak, s. 213.

ibaret değildir⁵⁰. Zira yalnızca çalışanları ilgilendiren grev, sendika, dinlenme gibi hakların yanı sıra herkese tanınan konut hakkı ve eğitim hakkı gibi hakların da sosyal hak olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu noktada “çalışanlara özgü haklar” ile “çalışma hakkı”nın aynı anlama gelmediğini ve çalışma hakkının herkese tanınan bir hak olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Çalışma hakkını düzenleyen bölgesel ve evrensel düzeydeki insan hakları belgeleri ile anayasalar, bu hakkı “herkes”e tanımaktadır⁵¹.

Doktrinde⁵² ve uluslararası insan hakları hukukundaki ilgili düzenlemelerde sosyal haklar arasında sayılan çalışma hakkı, bu özelliğiyle sosyal devletin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Bu hakkın tanınması, sosyal devletin, “bireyin mutluluğu ve özgürlüğü için maddi koşulları hazırlama” görevinin en somut örneklerinden biridir. Ancak hiç kuşkusuz, anayasalarla bu hakkın düzenlenmesi tek başına yeterli değildir. Sosyal devlet sistemini benimsediğini iddia eden her devletin çalışma hakkından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi şarttır. Söz konusu yükümlülüklerin nelerden ibaret olduğu ise uluslararası hukuk ışığında tespit edilmelidir. Özellikle bu hakkı geniş bir biçimde ele alan Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 6. maddesi ve bu maddeyle ilgili ayrıntılı açıklamalar içeren Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin 18 sayılı Genel Yorumu, bu konuda Taraf Devletlere yol göstermektedir. Anılan Genel Yorum’da başlıca şu konular ele alınmıştır: Çalışma hakkının normatif içeriği, özellik gösteren bazı hak özneleri bakımından dikkat edilmesi gereken hususlar, Taraf Devletler ve Taraf Devletler dışındaki aktörlerin bu haktan kaynaklanan yükümlülükleri, yükümlülüklerin hangi durumlarda ihlal edilmiş sayılacağı ve hakkın ulusal düzeyde uygulanması. Çalışma hakkının, yargı kararları ve doktrinde yeterince ele alınmadığı düşünüldüğünde, 18 sayılı Genel Yorum, özellikle kanun koyucu ve

⁵⁰ Göze, Sosyal Devlet, s. 115; *Colliard ve Burdeau*’nun aksi yöndeki görüşleri için bkz. Göze, Sosyal Devlet, ss. 112-115.

⁵¹ Örneğin, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 23, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme md. 6, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı md. 15, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokol (San Salvador Protokolü) md. 6, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı md. 1.

⁵² Örneğin, Göze, Siyasal Düşünceler, s. 411; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 197; Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 17 vd.; Tanör, s. 101; Aldıkaçtı, s. 84; Uygun, İnsan Hakları, s. 24; Bulut, Sosyal Haklar, s. 131 vd.

kanunları uygulamakla yükümlü olan idare ve mahkemeler açısından oldukça önemli bir fonksiyon üstlenmektedir.

Çalışma hakkının tarihsel gelişimi, “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar” başlığında değindiğimiz sosyal hakların pozitif hukuk tarafından tanınma süreciyle örtüşmektedir. Sosyal devlet anlayışının kabulü neticesinde çalışma hakkı da anayasalara girmeye başlamıştır. Bununla birlikte bağımsız bir iş hukukunun doğuşu da bu süreçte gerçekleşmiştir⁵³.

Yaşanan acı tecrübeler sonrasında, çalışma özgürlüğünün tek başına yeterli olmadığı ve bu özgürlüğün çalışma hakkı ile tamamlanması gerektiği ortaya çıkmıştır. Şöyle ki çalışma özgürlüğünün 19. yy. Avrupası’nda ve bu arada Türkiye’de de sınırsız bir sözleşme özgürlüğü şeklinde yorumlanması nedeniyle, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan işçilerin aleyhine pek çok olumsuz sonuç meydana gelmiştir. Örneğin, Almanya ve Fransa’da işçilerin, işverenlerin tek taraflı olarak kendilerine dayattığı koşullarda çalışmak zorunda kalması, zamanla toplumsal huzursuzluklara neden olmuştur. İşsizlik, yoksulluk, ağır çalışma koşulları ve düşük ücretler gibi sorunlar gitgide büyümüş, sonuç olarak çalışma ilişkilerine devlet müdahalesinin gerekliliği anlaşılmıştır. İlk müdahale örnekleri ise 19. yüzyıldan itibaren hemen hemen tüm ülkelerde kadın ve çocukların çalıştırılmaları ve özel iş bulma bürolarına ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler olmuştur⁵⁴.

Günümüzün toplumsal ve ekonomik koşullarında belli bir gelire sahip olmaksızın sosyal devlet ilkesi ile amaçlanan “insan onuruna yakışır bir hayat” sürdürmenin olanaksızlığı ortadadır. Bu nedenle de insan hakları hukukunda çalışma hakkının asli unsuru olan “çalışma” ile kastedilen, bir ekonomik faaliyet olarak, kişinin, kendisi ve ailesinin geçimini sağlamaya yetecek bir gelir karşılığında yaptığı işlerdir. Kazanç getirici olmayan faaliyetler, insanın maddi varlığının güvence altına alınmasını sağlamayacağı için “çalışma” kavramı içinde değerlendirilemez. Dolayısıyla çalışma hakkı, kişinin kendi yetenekleri kapsamında, ücret karşılığında çalışması yani mesleki ve kazanç getirici faaliyetleri şeklinde

⁵³ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s. 34 vd.; Fevzi Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Petrol-İş Yay. 119, İstanbul, 13-14 Kasım 2014, ss. 131-156, (Çalışma Hakkı Kavramı), s. 152. Çalışma hakkının yasal ve anayasal düzeyde ilk kez tanındığı karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz. Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s. 42 vd.

⁵⁴ Demir, Çalışma Hakkı Kavramı, ss. 131-132.
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

anlaşılmalıdır⁵⁵. Çalışma hakkının bu şekilde tanımlanması, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Anayasası'nın anayasal değerdeki eki olan 1944 Philadelphia Bildirisi'nde (Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Amaç ve Hedefleri ile ilgili Bildiri) yer alan “emeğin ticari bir meta/mal olmadığı” ilkesinin bir gereğidir⁵⁶. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesi ve bu maddeyi yorumlayan 18 sayılı Genel Yorum da çalışma hakkını aynı şekilde ele almıştır⁵⁷. Kısaca bir tanım yapmak gerekirse, “Çalışma hakkı, herkesin çalışarak yaşamını sürdürebileceği gerekli kaynaklara sahip olma hakkı”dır⁵⁸.

Çalışma hakkının geçim sağlama aracı olması, adil ücret hakkı ile arasındaki yakın ilişkiyi de işaret etmektedir (Any. md. 55)⁵⁹. 1982 Anayasası'nın 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “çalışanların hayat seviyesini yükseltme yükümlülüğü”ne sahip olan devlet, bunu yerine getirebilmek için makul bir asgari ücret miktarı belirlemelidir⁶⁰. Gerçekten

⁵⁵ Marita Körner, **Das Internationale Menschenrecht auf Arbeit: Völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland**, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin, 2004, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_das_internationale_menschenrecht_auf_arbeit_01.pdf, aktaran Mustafa Kılıçoğlu, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt 2, Beta Yay., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 1209.

⁵⁶ Bkz. ILO Declaration of Philadelphia (Declaration concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/--ro-bangkok/---ilo-islamabad/documents/policy/wcms_142941.pdf, (14.10.2019). Philadelphia Bildirisi'nin ILO Ankara Ofisi tarafından yapılan Türkçe çevirisi için https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm, (14.10.2019).

⁵⁷ “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği işte çalışarak geçimini sağlaması olanağına sahip olması hakkı dâhil olmak üzere, çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkı korumak için gerekli önlemleri alacaklardır.” (ESKHS md. 6/1) Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası Sistemler**, 2. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2011, s. 26. “...Düzenli iş, 7. maddede belirtildiği üzere çalışanların ve ailelerinin geçimlerini sağlamalarına olanak tanıyacak kazancı sağlayan iştir.” (ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 7)

⁵⁸ C. A. Colliard, **Libertés Publiques**, Dalloz, Paris, 1978, s. 694'ten aktaran Demir, Çalışma Hakkı Kavramı, s. 146.

⁵⁹ **Ücrette adalet sağlanması**

Madde 55 – Ücret emeğin karşılığıdır.

Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.

(Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/21 md.) Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.

⁶⁰ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 19.

de çalışma hakkıyla yakından bağlantılı olan adil ücret hakkı, insan onuruna yakışır bir hayat sürdürmenin başlıca koşullarındandır. Devlet, adil ücret hakkından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, çalışanların yoksulluktan kurtulmaları amacına da hizmet etmiş olacaktır. İkinci Dünya Savaşı sırasında henüz sosyal devlet ilkesi anayasal düzeyde yaygınlaşmamışken, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Franklin Roosevelt, 6 Ocak 1941 tarihinde Kongre'ye sunduğu mesajında “insanların yoksulluktan kurtulmalarının, sosyal refahın ilk ve temel şartı sayıldığını” açıkça belirtmiştir⁶¹. Bu bağlamda sosyal devlet, öncelikle, yoksulluğu önlemelidir⁶². Yoksul bir insan için barınma, beslenme, sağlık ve çalışma hakkı gibi sosyal haklar, klasik haklar kadar önemlidir⁶³.

Öte yandan geleneksel anlamıyla çalışma, yalnızca geçim sağlama aracı, başka bir deyişle ekonomik olarak yaşamı sürdürebilmenin bir aracı olarak görülmekteyken, bu dar bakış açısı, 20. yüzyılın başlangıcıyla birlikte daha küresel bir yöne doğru evrilerek çalışma koşulları, sosyal adalet ve evrensel barış ilkeleri arasında karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi olduğu kabul edilmiştir. Modern yaklaşımların, çalışma kavramını insani bir değer, sosyal ihtiyaç, kendini gerçekleştirmenin ve kişiliği geliştirmenin bir aracı olarak geliştirmesi, olumlu bir değişime işaret etmektedir⁶⁴. İşte çalışma hakkı, bu işlevleriyle de sosyal devletin amaçlarından olan insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir. *Donnelly*, çalışma hakkı ile insan onuru arasındaki ilişkiyi, ifade özgürlüğü örneğinden yola çıkarak şu şekilde açıklamıştır: “Bir kimsenin serbestçe konuşabilmesi ama çalışmaması ve böylece devlete bağımlı olması, işi olmakla beraber kendi duygu ve düşüncelerini ifade edemeyen bir kişinin durumundan daha önemsiz bir aşağılanma değildir.”⁶⁵ Çalışma hakkının, insan onurunun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu ve herkesin insan onuruna yaraşır bir hayat sürebilmek için bu hakka sahip olması gerektiği, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından da ifade edilmiştir⁶⁶.

⁶¹ Göze, Sosyal Devlet, ss. 88-89.

⁶² Azrak, s. 217. Yoksulluğun bir insan hakları sorunu olarak ele alınması hakkında Naz Çavuşoğlu, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi”, içinde **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, (Ed. Yasemin Özdek), TODAİE Yay., Ankara, 2002, ss. 474-475.

⁶³ Uygun, Küreselleşme, s. 270.

⁶⁴ Drzewicki, s. 169.

⁶⁵ Donnelly, s. 45.

⁶⁶ “...Çalışma hakkı, çalışılan iş özgürce seçildiği ve kabul edildiği sürece, bireyin kendisinin ve ailesinin yaşamlarını sürdürmelerine, gelişmelerine ve toplumda tanınmalarına katkıda bulunur.” (ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 1).
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

Bilindiği gibi sosyal devlet, liberal devletin aksine bireyi tek başına, soyut bir varlık olarak ele almamakta, onun diğer bireylerle ve içinde yaşadığı toplumla ilişkilerini göz önünde bulundurmaktadır. Çalışma hakkının, geçim sağlama aracı olmanın ötesinde kişinin sosyalleşmesine de katkı sağlaması, sosyal devletin bu yaklaşımıyla örtüşmektedir. Nitekim bu husus, doktrin ve mahkeme kararlarında da ifade edilmektedir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Ek Protokolleri'nde düzenlenmeyen çalışma hakkını, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel hayata saygı hakkı kapsamında “kişinin diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkı” bağlamında koruma altına alabilmektedir⁶⁷. Ayrıca geçinebilmek için çalışmanın önemini kabul eden Mahkeme, 1981 yılında verdiği ünlü *Young, James ve Webster/Birleşik Krallık*⁶⁸ kararında bu hususa dikkat çekmiştir. Dernek kurma özgürlüğünün (AİHS 11. md) ihlal edildiğine karar verilen bu başvuruda AİHM, işten çıkarılmanın “geçim kaynağının kaybı” anlamına da geldiğini belirtmiş ve daha yeni tarihli kararlarında aynı yaklaşımını sürdürmüştür⁶⁹.

Huber'e göre; sosyal devletin temel değerleri, geniş bağımlı kütlelerin çıkarı için yaşayabilme güvenliği, tam istihdam ve çalışma gücünün korunmasıdır⁷⁰. Sosyal devlet, sanayi toplumunun ortaya çıkardığı bir devlet

⁶⁷ *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, Başvuru No: 55480/00; 59330/00, K.T. 27.7.2004. Anılan kararda başvuruculara 10 yıl boyunca uygulanan özel sektörün çeşitli branşlarında iş başvurusunda bulunma yasağı, Mahkemece, AİHS 8. maddeyle bağlantılı olarak AİHS 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlali kararı verilmesine neden olmuştur. Bununla birlikte AİHM, *Niemietz/Almanya* kararından bu yana, “özel hayat” kavramının tüketici bir tanımını yapmaktan kaçınmakta, özel hayata saygının, “diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkı”nı da belli bir dereceye kadar içermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Niemietz/Almanya*, Başvuru No: 13710/88, K.T. 16.12.1992, par. 29; aynı yönde *Pretty/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 2346/02, K.T. 29.4.2002, par. 61. Özel hayata saygı hakkı dolayısıyla çalışma hakkının korunduğu diğer bazı kararlar için *Campagnano/İtalya*, Başvuru No: 77955/01, K.T. 23.3.2006, par. 53-54, 66; *Bigaeva/Yunanistan*, Başvuru No: 26713/05, K.T. 28.5.2009; *Mateescu/Romanya*, Başvuru No: 1944/10, K.T. 14.1.2014, par. 20, 32-33.

⁶⁸ *Young, James ve Webster/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7601/76; 7806/77, K.T. 13.8.1981.

⁶⁹ Virginia Mantouvalou, “The Protection of the Right to Work Through the European Convention on Human Rights”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cilt: 16, Ocak 2014, ss. 322-323. Bkz. *Young, James ve Webster/Birleşik Krallık*, par. 55; *Sorensen ve Rasmussen/Danimarka*, Başvuru No: 52562/99; 52620/99, K.T. 11.1.2006.

⁷⁰ Azrak da aynı yönde görüş belirterek çalışma gücünün korunmasını, sosyal devletin koruyucu işlevi çerçevesinde, ilk sırada ele almıştır. Bkz. Azrak, ss. 213-215.

sistemi olduğundan, koruma alanı da bu toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Sanayi toplumunda varoluşun başlıca ön koşulları ise yaşama ve hürriyetin yanı sıra varolma güvenliği, iş sahibi olma güvenliği, bir gelire sahip olabilme güvenliği ve tam olarak çalışmaya yetenekli çalışma gücüdür. Bu koşulların sağlanmasında devlete görev düşmektedir. Sosyal devlet, “yaşayabilme güvenliği, tam istihdamın gerçekleştirilmesi ve korunması ile çalışma gücünün korunması” şeklindeki temel görevlerini, kanun koyma, idare ve yargısal uygulama ile yerine getirecektir⁷¹.

Klasik liberal devlet anlayışına tamamen yabancı olan “çalışma gücünün korunması” konusu, birçok anayasada benzer ifadelerle düzenlenmiştir. Bu anayasal düzenlemelere uygun bir biçimde, İş Kanunlarına işçiler lehine, çalışma gücünün korunması amacını taşıyan emredici hükümler konulması, devletin çalışma hayatına müdahalesinin başlıca örneklerindedir. Bu kanunlara egemen olan ilke, yukarıda da değindiğimiz “emeğin ticari bir meta/mal olmadığı” ilkesidir⁷².

Ayrıca sosyal devlet, gerektiğinde, yaşayabilmenin, tam istihdamın ve çalışma gücünün teminat altına alınması için hukuk devletinin benimsediği temel değerler arasında olan hürriyet ve mülkiyete artan bir devlet müdahalesini talep etmektedir⁷³. Örneğin, işverenin sözleşme özgürlüğü, bu bağlamda sınırlandırılabilir. Devlet, emredici hukuk kuralları yoluyla, işverenlerin yalnızca kendi menfaatlerini gözeten çalışma koşullarını işçilere dayatmasını engellemektedir⁷⁴.

Sosyal devlet ile çalışma hakkı arasındaki ilişki, sosyal yardım alanında da gözlemlenmektedir. Şöyle ki sosyal devletin yükümlülüklerinden biri sosyal yardım yükümlülüğüdür. Böylelikle devlet, sanayi çağında toplumsal durumdan kaynaklanan özel sosyal zararları, önleyici tedbirler⁷⁵ ile engellemek, iyileştirici tedbirler ile gidermek veya hafifletici tedbirler ile azaltmak yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Öte yandan sosyal devlet, hiçbir zaman salt bir “sosyal yardım devleti” olamaz. Sosyal yardım, sosyal ihtimam ve sosyal tatmin, sosyal devletin yalnızca araçlarıdır. Sosyal devletin asıl amacı ve ruhu ise özellikle sanayi toplumunda, sanayi çağının tehditlerine karşı bireyin kişiliğinin korunmasıdır⁷⁶. İşte çalışma hakkı da

⁷¹ Huber, ss. 36-38.

⁷² Azrak, ss. 213-215.

⁷³ Huber, s. 46.

⁷⁴ Bkz. Gören, ss. 96-97.

⁷⁵ Buradaki “tedbir” kelimesi, “devletin toplumsal ilişkilere biçimlendirici şekilde karışması aracı” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Huber, s. 37.

⁷⁶ Bkz. Huber, ss. 34-36, 44, 50.

çalışmanın karşılığında elde edilen gelir sayesinde, kişiyi sosyal yardıma muhtaç kalmaktan ve *Burdeau*'nun da belirttiği gibi, yaşayabilmek için başkalarının yardım ve sadakasını beklemekten korumaktadır⁷⁷.

Huber, “çalışma hakkı” kavramını kullanmaksızın, sosyal devletin bu haktan kaynaklanan bazı yükümlülüklerini sıralamıştır. Yazara göre; sosyal yardım gibi sosyal ihtimam da devletin sahip olduğu özel yükümlülük türlerinden biri olup “düzenleyici tedbirler ile bağımlı tabakaların zaruri ihtiyaçlarını teminat altına almak”, sosyal ihtimam yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Devletin istihdam alanındaki sosyal ihtimam faaliyetlerinden bazıları ise işyerlerinin sağlanması ve artırılması, iş bulmakta aracılık ve iş yaratmak, öğrenme ve işte yükselme olanaklarının geliştirilmesi, ücret politikası ve aynı zamanda orta sınıfın bütün olarak gelişmesi yönündeki tedbirlerdir⁷⁸.

Çalışma hakkının sosyal devletteki yerini kavrayabilmek için diğer siyasi sistemlerde bu hakkın tanınıp tanınmadığı konusuna da kısaca değinmekte fayda vardır. Örneğin, Marksist doktrinde kapitalist düzenin yıkılmasının ardından bir geçiş dönemi olarak öngörülen proletarya diktatörlüğünde çalışanlar, işi bırakma hakkına sahip değildi. Esasen sosyal devlet ilkesinin benimsenmesinde de sözü edilen bu sömürücü düzenin yarattığı korku, önemli rol oynamıştır⁷⁹. Uluslararası insan hakları hukukundaki düzenlemeler uyarınca, çalışma hakkının çalışma özgürlüğünü ve bu çerçevede çalışmama özgürlüğünü de kapsadığı, zorla çalıştırmanın kural olarak yasaklandığı dikkate alındığında, işi bırakma özgürlüğünün tanınmadığı bir sistemde çalışma hakkının varlığından söz edilemeyeceği ortadadır.

1936 Sovyetler Birliği Anayasası'nda ise “Çalışmayan, yiyemez.” ilkesi uyarınca, çalışabilecek durumdaki her vatandaş için çalışma, bir ödev ve onur sorunu olarak formüle edilmiştir (md. 12). Bu anayasada ayrıca, tüm vatandaşlara, gelir güvencesiyle birlikte iş sahibi olma hakkı tanınmıştır (md. 118)⁸⁰. 1977 Sovyetler Birliği Anayasası'nın 59. maddesine göre de “Hak ve özgürlüklerin kullanılması vatandaşların ödevlerini yerine

⁷⁷ Georges Burdeau, **Manuel de Droit Public, les Libertés Publiques, les Droits Sociaux**, Paris, 1948, ss. 288-289'dan aktaran Göze, Sosyal Devlet, s. 114.

⁷⁸ Huber, ss. 44-45.

⁷⁹ Aldıkaçtı, s. 83.

⁸⁰ Demir, Çalışma Hakkı Kavramı, ss. 145-146; Ülker Gürkan, “S.S.C.B. Siyasî Rejiminin Ana Hatları”, **AÜHFD**, Cilt: 21, Sayı: 1, 1964, ss. 187-188. Yazar, 1936 Sovyetler Birliği Anayasası'nın 10. bölümündeki haklar beyannamesinin aynı zamanda bir vazifeler beyannamesi olma özelliğine dikkat çekmiştir.

getirmesinden ayrılamaz.” Dolayısıyla bu sistemde, hak-ödev karşılıklılığının yerini haklarla ödevlerin kaynaştırılması almıştır. Tüm insan hakları, ödevlerin yerine getirilmesine bağlandığı için bunlar aslında insan hakkı değil, devletin Sovyet vatandaşlarına şartlı olarak tanıdığı bağışlardır⁸¹. Yine aynı anayasa ile vatandaşlara meslek, istihdam türü ve iş seçme dâhil çalışma hakkı tanınmış olup (md. 40) “çalışma ödevi” de ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; “Kendi seçtiği, toplumsal bakımdan yararlı işte dürüst çalışması ve çalışma disiplinine uyması sağlıklı her vatandaşın ödevi ve onurudur.” (md. 60)⁸². Sonuç olarak, bu iki anayasa, çalışma hakkına yer vermekle birlikte bu hakkın kapsamı, uluslararası insan hakları hukukunun ilgili düzenlemeleriyle çelişmektedir. Şöyle ki 1961 ve 1982 Anayasaları örneklerinde olduğu gibi sosyal devlet ilkesini kabul eden bazı anayasalarda çalışma hem hak hem ödev olarak düzenlenmiş olsa da çalışma ödevi, sosyalist rejimlerdeki çalışma zorunluluğundan farklı bir biçimde, yalnızca ahlaki bir nitelik taşımaktadır.

Son olarak eklemek gerekir ki küreselleşme süreci, özellikle sosyal haklar, tüketici hakları ve çevre hakkı gibi pek çok farklı hakkı olumsuz etkilemektedir. Bunlar arasında sosyal haklar, küreselleşmenin olumsuz sonuçlarından en çok etkilenen hak kategorisi olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede çalışma hakkı da bu değişimin yaşandığı haklardan biridir⁸³.

III. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE SOSYAL DEVLET VE ÇALIŞMA HAKKI

A. Sosyal Devlete İlişkin Bazı Anayasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi

1982 Anayasası'na göre; Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir (md. 2). Anayasa'nın 4. maddesi uyarınca da Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen bu madde, değiştirilemez hükümlerden biridir. Bununla birlikte Anayasada “sosyal devlet” yerine, “sosyal hukuk devleti”⁸⁴

⁸¹ Donnelly, ss. 63-65.

⁸² Donnelly, s. 63.

⁸³ Uygun, Küreselleşme, ss. 266-267. Küreselleşme ve sosyal haklar arasındaki ilişki konusu, çalışmamızın kapsamını aşacağından, bu kısa açıklamayla yetinmekteyiz.

⁸⁴ 1949 Bonn Anayasası'nda da kullanılan “sosyal hukuk devleti” ifadesi ile “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” kavramlarının bir bütün olarak ele alınması amaçlanmaktadır. Zira burjuva toplumu ile sanayi toplumu, yüzyılı aşkın bir süredir yan yana bulunarak birbirlerine etki ettiklerinden, bu iki yapının sırasıyla ortaya çıkardığı hukuk devleti ile sosyal devlet ilkelerinin anayasal düzeyde birleştirilmeleri gerekmiştir. Öte yandan gerek Bonn Anayasası gerekse 1982 Anayasası, birbiriyle çelişen bu kavramların nasıl bağdaştırılacağı konusunda açık bir düzenleme içermemektedir. Ayrıca sosyal devlet ve *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

(md. 5) ve “sosyal bir hukuk devleti” (md. 2) ifadelerinin kullanıldığı göze çarpmaktadır.

Anayasamızda sosyal devlet ilkesinin izlerini taşıyan diğer bazı düzenlemeler şunlardır⁸⁵: devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağını belirten 48. maddenin 2. fıkrası, planlamaya ilişkin 166. madde; devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alıp; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceğine ilişkin 167. maddenin 1. fıkrası...vb. Çoğunluğu 1982 Anayasası'nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümü ile dördüncü kısmın “Ekonomik Hükümler” başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan bu hükümler, sosyal devlet kavramının anlamına uygun biçimde devletin, sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalede bulunmasını düzenlemektedir.

Anayasa'nın 5. ve 17. maddeleri ise bireyin maddi ve manevi gelişmesini gerçekleştirme amacına hizmet etmeleri nedeniyle, sosyal devlet ilkesini yansıtan başlıca düzenlemelerdendir.

Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*”⁸⁶ Maddi ve

hukuk devletinin, aynı derecede önemli ve birbirlerinin ön koşulu niteliğindeki ilkeler olduğu da unutulmamalıdır. Konuya sosyal devlet özelinde yaklaşıldığında, bu devletin aynı zamanda bir hukuk devleti olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst Rudolf Huber, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, çev. Tuğrul Ansay, **AÜHFD**, Cilt: 27, Sayı: 3, 1970, ss. 27-51; Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 14, 1997, ss. 93-153. Hukuk devleti ile sosyal devletin ortak ve farklı özellikleri için bkz. Huber, s. 46 vd.

⁸⁵ Bkz. Gören, ss. 110-112.

⁸⁶ ***1. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı***

Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(...) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olup anılan düzenlemede insan onurunun korunması amaçlanmıştır⁸⁷. Aynı maddenin diğer fıkraları da devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğünü düzenlemekte, başka bir deyişle kamu otoritelerinin müdahalesini yasaklamaktadır. Ancak devlet, bu hakka ilişkin olarak, negatif yükümlülüğün yanı sıra Anayasa'nın 5. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğe de sahiptir. Bu bağlamda, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için saldırıdan koruma dışında, bu gelişimin sağlanabileceği bir toplumsal-hukuki ortamın yaratılması da gereklidir⁸⁸.

1982 Anayasası'nın genel esaslara ilişkin birinci kısmındaki 5. maddede “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

1946 Fransız Anayasası, 1947 İtalyan Anayasası ve 1961 Anayasası⁸⁹ gibi İkinci Dünya Savaşı sonrasında hazırlanan ve sosyal devlet sistemini benimseyen birçok anayasada benzer hükümlere yer verilmiştir. Zira bu tür düzenlemeler, sosyal devletin “bireye hizmet etme, onun maddi ve manevi

⁸⁷ *Turan Günana Başvurusu*, Başvuru No: 2013/3550, K.T. 19.11.2014, R.G. 7.3.2015/29288, par. 31; *Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.7.2014, R.G. 22.10.2014/29153, par. 80.

⁸⁸ Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, ss. 111-166, içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması*, (Haz. Ece Göztepe ve Mustafa Mert Alpbaz), On iki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 138.

⁸⁹ 1961 Anayasası'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır, insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.” Bu hüküm, Kurucu Meclis'te Komisyon sözcüsü tarafından şu ifadelerle savunulmuştur: “...Devlete vazife yüklüyoruz: ‘Temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek için birtakım tedbirler alacaksınız. Hatta, yalnız Anayasadaki maddelerle de kalmıyacak, bunlar için kanunlarda maniler varsa, bu manileri de kaldıracaksın. Hürriyetin şartlarını yaratacağın’ diyoruz.” Bkz. Kazım Öztürk, *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Cilt II*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1966, s. 1226.

gelişmesini sağlama” amacını yansıtmaktadır⁹⁰. 1961 Anayasası’nın 10. maddesi gibi 1982 Anayasası’nın 5. maddesi de “özgürleştirme normu” niteliğindedir. “Özgürleştirme” ya da “hürleştirme”, liberal bireyci doktrinde rastlanmayan, sosyal devletin benimsediği özgürlük anlayışını ifade eden bir kavram olup Anayasa’nın 5. maddesi, bu kavramı işaret etmektedir⁹¹. Bu hüküm uyarınca devlet, hak ve ödevleri, anayasanın “lafzı ve ruhuyla” ortaya koyduğu felsefesi doğrultusunda uygulamak zorundadır⁹².

Bu tür düzenlemelerin kaynağında ise ilk kez liberal bireyci doktrin tarafından ileri sürülen görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki insan haklarının temellerini, “tabiat hali” ve “toplum sözleşmesi” varsayımlarından yola çıkarak açıklamaya çalışan tabii hukuk doktrini, zaman içinde rasyonel düşünce tarafından reddedilince, insan haklarını temellendiren yeni fikirlere ihtiyaç duyulmuştur. 1789 Fransız Devrimi’nden sonra gelişen liberal bireyci doktrine göre; devlet, insanların ortak menfaatlerini sağlamak amacıyla, insanlar tarafından meydana getirilen bir kurumdur. Her bireyin başlıca menfaati ve birinci hakkı ise kendi maddi ve manevi varlığını, kendi öz yeteneklerini serbestçe geliştirebilmektir. Bireylere tanınan çeşitli hak ve özgürlüklerin amacı, bu gelişmeyi sağlamaktır⁹³.

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası, sosyal devlet ilkesi doğrultusunda getirilmiş pek çok hüküm içermekte, bu ilkenin somutlaştırılmasında ise kanun koyucuyu yükümlendirmektedir⁹⁴. Bu noktada 2017 Anayasa Değişikliği ile önemli ölçüde değiştirilen Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrası⁹⁵ uyarınca sosyal ve ekonomik hakların, kural olarak,

⁹⁰ Göze, Liberal, s. 204.

⁹¹ Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İÜHF Yay., İstanbul, 1984, s. 122; Özbudun, s. 140.

⁹² Bkz. Akad, ss. 126, 128.

⁹³ Bkz. Kapani, ss. 38-40.

⁹⁴ Gören, s. 115.

⁹⁵ “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” (md. 104/17). 21.1.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. R.G. 11.2.2017/29976.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de düzenlenebileceğini hatırlatmak gerekir. Anılan fıkranın “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*” şeklindeki ikinci cümlesinin karşıt anlamından varılan sonuç budur. Öte yandan, bu haklarla ilgili olarak “anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular”da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (md. 104/17, c. 3). Özetle, sosyal ve ekonomik haklar alanında, kanunla düzenleneceği açıkça ifade edilen konular dışında hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile hem kanunla düzenleme yapmak mümkündür. Ancak ortak düzenleme alanında kanunla açıkça düzenleme yapılmışsa o konuda yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır (md. 104/17, c. 4)⁹⁶. Ek olarak, sosyal ve ekonomik haklarla ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir diğer sınırı da yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilmeleridir⁹⁷.

Anayasadaki çalışma özgürlüğü (md. 48) ve çalışma hakkına (md. 49) ilişkin hükümlerde, diğer bazı sosyal haklardan farklı olarak, kanunla düzenlenecek münhasır alanlara yer verilmemiştir⁹⁸. Dolayısıyla çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkına ilişkin konularda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından, Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinden kaynaklanan herhangi bir sınırlama yoktur. Bununla birlikte çalışma hayatına ilişkin pek çok anayasa hükmünde “münhasır kanun konularına” yer verildiği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, çalışma hakkıyla yakından bağlantılı olan 50. maddenin son fıkrası uyarınca; “*Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.*” Bu durumda Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 3. cümlesi gereğince, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

⁹⁶ M. Artuk Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 75, Sayı: 3, 2017, ss. 34, 38, 40-41; Abdurrahman Eren, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, ss. 39-40, 66.

⁹⁷ Ardıçoğlu, s. 41.

⁹⁸ Örneğin, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” arasında sayılan eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevine ilişkin 42. madde ve sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasına ilişkin 56. maddede şu düzenlemeler yer almaktadır: “*Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.*” (md. 42/2) “*Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.*” (md. 56/son).

Ayrıca Anayasa'nın 119. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de sosyal ve ekonomik haklar düzenlenebilecektir. Ancak bu düzenlemeler, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla sınırlı olmalıdır⁹⁹.

Sosyal haklar ve dolayısıyla çalışma hakkını ilgilendiren başlıca anayasal düzenlemelerden bir diğeri de Anayasa'nın 65. maddesidir. "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlıklı bu maddeye göre; "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*"

Devlet, her halde sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak bu ödevlerini yerine getirme ölçüsü, mali kaynaklarının yeterliliğine bağlanmıştır¹⁰⁰. Mali kaynakların yeterliliği ölçüsü, ilk kez, 1961 Anayasası'nın 53. maddesinde şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: "*Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*" Hükmün gerekçesine göre; "*Sosyal devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevler, şüphesiz ki, onun her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmesi sonucu doğurmamalıdır. Devletin göreceği işler pek çok ise de bu vazifelerden bazıları ancak kısmen yerine getirilebilecektir. Bu vazifelerin yerine getirilmesi Devletin iktisadi gelişmesi ve mali kaynakları ile oranlı olacaktır. Mesela işsizlik sigortasının tam ölçüde gerçekleştirilmesi şüphesiz ki memleketimiz için yakın bir istikbalde beklenemez. İşte bu madde hükmü, prensip olarak tanınan sosyal ve iktisadi hakların fiilen gerçekleşmesinin realitelerle sınırlı olduğunu ifade etmektedir.*"¹⁰¹. Kanımızca bu gerekçe, anılan hükmün sosyal devlet ile ilişkisini açıklaması bakımından önemlidir. 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinde ise maddenin 2001 Anayasa Değişikliği öncesindeki ilk şeklinde yer alan "ekonomik istikrar" ifadesi ile "mali kaynakların yeterliliği" arasındaki bağlantı vurgulanarak bu hükmün, kişilere devletten sosyal ve ekonomik hakları talep etmeye yönelik subjektif bir hak vermediğine dikkat çekilmiştir. Danışma Meclisi'nin 65. madde gerekçesine göre; "*Anayasada yer alan sosyal ve ekonomik hakların Devlet tarafından*

⁹⁹ "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur."(md. 119/6)

¹⁰⁰ Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 160.

¹⁰¹ Öztürk, s. 2140.

gerçekleştirilmesi ancak malî kaynakların yeterliği ölçüsünde mümkündür. Malî kaynakların yeterliği Devletin kaynaklarını zorlamadan tabii bir sınır teşkil eder. Bu kaynakların zorlanması halinde ekonomik istikrarın bozulması mukadderdir. Ekonomik istikrarın bozulması ise, her şeyden önce Devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin aksaması sonucunu doğurur. Bundan ise, her şeyden önce bu haklardan yararlanacak olan şahıslar zarar görür. Madde, hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirilmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir.”¹⁰²

Ayrıca devlet, 65. madde uyarınca, sosyal ve ekonomik alanlardaki anayasal görevlerini yerine getirirken, “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri” gözetecektir. 2001 Anayasa Değişikliği ile bu hükümdeki “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek” ifadesi kaldırılarak yerine, “amaca uygun öncelikleri gözetme” ölçütü getirilmiştir. Doktrinde, bu değişiklikte birlikte devlete, “sosyal devletin önceliklerini gözetme” görevi yüklendiği ileri sürülmüştür¹⁰³. Öte yandan Anayasa’nın 5. maddesi kapsamında getirilen ve önemli kamusal kaynakların kullanımını gerektiren devlet ödevlerinden hangilerine öncelik tanınacağı konusundaki karar, doğrudan sosyal devlet ilkesinden çıkarılamasa da bu ilke, sorunun çözümünde yol gösterici olmaktadır¹⁰⁴.

B. Sosyal Devlet İlkesi Işığında Çalışma Hakkına İlişkin Anayasa Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Çalışma hakkı, 1982 Anayasası’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” arasında düzenlenmiştir. Anayasa’nın 49. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*” Ancak madde metninde “çalışma ödevi”nin ne anlama geldiği ve nasıl yerine getirilmesi gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yer almamaktadır¹⁰⁵. Madde gerekçesinde ise çalışma ödevinin, hukuki bir yükümlülük olarak değil, ahlaki yönü ağır

¹⁰²<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (14.10.2019).

¹⁰³ İsmet Giritli, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 19, 2002, s. 102.

¹⁰⁴ Gören, s. 140.

¹⁰⁵ Anayasa’nın hak sahibine ödev yükleyen diğer bazı maddelerinde ise ödevin kapsamı net olarak belirtilmektedir. Örneğin, Anayasa’nın 56. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*”

basan bir ödev olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre; “...Çalışmak, başlı başına ahlâkî bir vazifedir, ferdin kendisine ve toplumuna karşı olan saygısının bir sonucudur. Kişi, ancak çalışması ile toplumun diğer fertlerine ve genelde topluma yük olmaktan kurtulur.”¹⁰⁶

Anayasa'nın 49. maddesinde ifade edilen çalışma ödevi, çalışma zorunluluğu demek değildir¹⁰⁷. Herkesin çalışma ödevine sahip olması, hiç kuşkusuz, kişinin, rızasına aykırı olarak çalışmaya zorlanabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi durum, Anayasa'nın “zorla çalıştırma yasağı”nı düzenleyen 18. maddesine aykırılık oluşturmaktadır¹⁰⁸. Anayasa'nın lafzına bağlı kalarak çalışmayı hem hak hem ödev olarak kabul ettiğimizde, bunun gereğinin nasıl yerine getirileceği belirsizdir. Özgürlükçü bir rejimde olağanüstü hâl gibi istisnai durumlar dışında, kişilere çalışma ödevi getirilmesi mümkün görünmemektedir. Kaldı ki bu rejimin toplumsallık özelliğine az ya da çok yer vermesi de durumu değiştirmez. Sonuç olarak, bu konu, anayasal bir sorun oluşturmaya devam etmektedir¹⁰⁹.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” (md. 49/2)

Böylelikle devlete çalışma hakkına ilişkin olarak birçok yükümlülük getirilmiş olmaktadır. Madde gerekçesine göre; “Çalışmak, eskiden olduğu gibi hak ve ödev olarak düzenlenmiştir. Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle

106

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (14.10.2019). Bu hükmün 1961 Anayasası'ndaki karşılığı olan 42. maddenin gerekçesinde de benzer ifadeler kullanılmıştır. “...Diğer taraftan da çalışmanın herkes için bir görev olduğu ifade edilmek suretiyle vatandaşın topluma karşı önemli bir vazifesine işaret edilmiştir. Bu hükmün bilhassa ahlâkî karakteri aşîkârdır.” Bkz. Öztürk, s. 2016.

¹⁰⁷ Kenan Tunçomağ, “1982 Anayasasının İş Hukukuna İlişkin Esaslarına Genel Bakış”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1-3, 1984, s. 11.

¹⁰⁸ Zorla çalıştırma yasağı, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (md. 4) gerek 1982 Anayasası'nda (md. 18) mutlak bir yasak şeklinde düzenlenmemiştir. Ancak bu hükümlerde genel bir çalışma ödevinin öngörüldüğünden bahsetmek mümkün değildir.

¹⁰⁹ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)**, Baştan aşağı yenilenmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, ss. 279-280.

gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir...Çalışmanın bir hak olduğu noktasından hareket edilerek, Devletin çalışma imkânlarının, başka deyişle iş alanlarının dengeli gelişmesi için gerekli tedbirleri alması temel ödevleri cümlesindedir.”

Anayasa'nın 49. maddesinde 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la bazı değişiklikler yapılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasına “ve işsizleri” ibaresinin eklenmesiyle devlete, çalışanların yanı sıra işsizleri de koruma görevi verilmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamakla birlikte¹¹⁰ çalışma hakkının “sosyal devleti gerçekleştirme amacı” dikkate alındığında, işsizleri koruma görevinin açıkça madde kapsamına alınması, oldukça olumludur. İkinci fıkrada yapılan bir diğer değişiklik de “ve çalışma barışını sağlamak” ibaresinin eklenmesidir. Ayrıca “Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır.” şeklindeki son fıkra, madde metninden çıkarılmıştır.

Öte yandan sosyal devletin benimsediği fırsat eşitliği anlayışını yansıtan bir düzenleme, Anayasa'nın eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevine ilişkin 42. maddesinde yer aldığı hâlde¹¹¹, çalışma hakkıyla ilgili olarak, benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak her ne kadar 49. maddede bu yönde açık bir düzenleme olmasa da özellikle Anayasa'nın 5. maddesi, devleti, çalışma hakkını fırsat eşitliği doğrultusunda gerçekleştirmekle yükümlü kılmaktadır. Esasen fırsat eşitliğinin, tüm sosyal haklar bakımından dikkate alınması, Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen “anayasanın ruhu”nun bir gereğidir¹¹². Yukarıda da ifade edildiği üzere, 1982 Anayasası, sosyal hukuk devleti ilkesini benimsemiş ve bu ilkeyi somutlaştıran birçok düzenlemeye yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre de sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani

¹¹⁰ “Bu maddede öngörülen değişiklikte Devlete çalışanların yanı sıra işsizleri de koruma görevi verilmektedir.” Bkz.

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (14.10.2019).

¹¹¹ Özbudun, s. 140. “Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılabacak tedbirleri alır.” (md. 42/7)

¹¹² “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlettir¹¹³. Çalışma hakkı dâhil olmak üzere tüm sosyal haklardan yararlanmada fırsat eşitliğinin sağlanmasıyla güçsüzler, güçlüler karşısında korunmuş olacaktır¹¹⁴. Fırsat eşitliğini daha çok eğitim hakkı ile bağlantılı olarak ele alan Anayasa Mahkemesi'nin, çalışma hakkı ile ilgili kararlarında da bu kavramdan yararlanabileceği hatta yararlanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Yüksek Mahkeme, birçok kez devletin sosyal bir hukuk devleti olması dolayısıyla yurttaşlara tüm alanlarda fırsat eşitliği tanınmasının gerekliliğini yinelemiştir¹¹⁵.

Sosyalist devletin aksine, özel girişim/teşebbüs özgürlüğünü tanıyan sosyal devlet sisteminin bir gereği olarak Anayasa'da "çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlükleri" de güvence altına alınmıştır¹¹⁶. Anayasa'nın 48. maddesine göre; "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*"

Weimar Anayasası'nın 151. maddesinden esinlenen ve sosyal ve ekonomik hayatın düzenlenmesinde tam çalışma esasının gözetilmesini emreden 1961 Anayasası'nın 41. maddesine¹¹⁷ benzer bir hükme ise 1982 Anayasası'nda yer verilmemiştir. Ayrıca Anayasa'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında da devletin tam istihdam sağlama yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel

¹¹³ Anayasa Mahkemesi, E. 1973/38, K. 1975/23, K.T. 11, 12, 13, 14 ve 25.2.1975, R.G. 3.12.1975/15431; "...Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, R.G.11.12.1988/20016.

¹¹⁴ Bu kavramın, anayasanın sosyal haklar rejimine yansıtılması gerektiği görüşü için bkz. Hakan Sabri Çelikyay, "Yeni Anayasa Tartışmaları ve Sosyal Haklar", içinde **III. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, 25 – 26 Ekim 2011, Petrol-İş Yay., İstanbul, 2011, s. 277.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1967/41, K. 1969/57, K.T. 23, 24 ve 25.10.1969, R.G. 12.3.1971/13776; E. 1987/18, K. 1988/23, K.T. 22.6.1988, R.G. 26.11.1988/20001.

¹¹⁶ Özbudun, s. 139.

¹¹⁷ Akad, s. 26. "*İktisadî ve sosyal hayat, adâlete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir.*" (1961 Anayasası, md. 41/1)

Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme (md. 6/2)¹¹⁸ ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (md. 1/2)¹¹⁹ gibi Türkiye bakımından yürürlükte olan uluslararası sözleşmelerde Taraf Devletlere tam istihdam sağlama yükümlülüğü getirilmiştir¹²⁰. Anılan belgeler, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası¹²¹ uyarınca iç hukukta kanun hükmünde olup Türkiye de bu yükümlülüğün muhatabıdır.

¹¹⁸ “Bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla bu Sözleşmeye Taraf bir Devletçe alınacak önlemler, teknik ve mesleki rehberlik ve eğitim programlarını, bireyin temel siyasal ve ekonomik özgürlüklerini koruyan koşullar altında tam ve üretken istihdamın teminine ve düzenli/(istikrarlı) biçimde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmenin sağlanmasına yönelik politika ve teknikleri kapsayacaktır.” Bu yükümlülük, ESKHS'nin 6. maddesine ilişkin 18 sayılı Genel Yorum'da şu şekilde açıklanmıştır: “...Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İstihdam Politikası ile ilgili 122 No'lu Sözleşmesi (1964), Taraf Devletlerin tam istihdam şartlarını oluşturma yükümlülüğünü ve zorla çalışma yasağının güvence altına alınmasını vurgulayarak “tam istihdam, üretken ve özgürce seçilmiş” işten bahsetmektedir. Ancak dünyadaki milyonlarca insan açısından özgürce seçilmiş ve kabul edilmiş bir işte çalışma hakkını tam anlamıyla elde edebilmek uzak bir ihtimal olarak görülmektedir. Komite, birçok Taraf Devlet'te 6. maddenin tam anlamıyla hayata geçirilmesini engelleyen ve Taraf Devletlerin kontrolü dışındaki yapısal ve diğer engellerin varlığından haberdardır.” (ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 4) “Taraf Devletlerin temel yükümlülüğü, çalışma hakkının aşamalı olarak hayata geçirilmesinin güvence altına alınmasıdır. Bu nedenle Taraf Devletler mümkün olan en kısa süre içerisinde tam istihdamı sağlayacak tedbirler almalıdır...” (ESKHK, 18 sayılı Genel Yorum, par. 19).

¹¹⁹ “Taraflar, çalışma hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla: 1- tam istihdamı sağlamak hedefiyle, mümkün olduğunca yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyini gerçekleştirmenin ve sürdürmenin, en önde gelen amaçlarından ve sorumluluklarından birisi olduğunu kabul etmeyi;...üstlenirler.” Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, Legal Yay., İstanbul, 2011, s. 354.

¹²⁰ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilip 3.1.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından ise 23.12.2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yay., İstanbul, 2013, ss. 326-327. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ise 3.5.1996 tarihinde imzaya açılmış ve 1.7.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından 1.8.2007 tarihinden beri yürürlüktedir. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yay., İstanbul, 2013, ss. 181-182.

¹²¹ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

IV. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA SOSYAL DEVLET VE ÇALIŞMA HAKKI

İncelememizin bu kısmına kadar sıkça değinilen sosyal devlet ile çalışma hakkı arasındaki yakın ilişki, bazı Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu edilmiştir. Örneğin, itiraz yoluyla Mahkeme'nin önüne gelen bir başvuruda "Yardım Sevenler Derneği'nin merkez ve taşra atelyelerinde çalışanlarını" 1475 sayılı Mülga İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakan Kanun'un md. 5/1, (10) hükmünün, anayasadaki eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin yanı sıra Anayasa'nın 2. ve 49. maddelerini birlikte değerlendirmek suretiyle, itirazın reddine karar vermiştir. Buna göre; *"Anayasanın 2. maddesinde tanımlanan "Sosyal Hukuk Devleti" ilkesinden ne anlaşılacak gerektiğini Anayasa koyucu bu maddeye ait gerekçede açıklamıştır. Bu gerekçeye göre, Sosyal Hukuk Devleti ilkesinden devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına uyacağı ve çalışan, çalıştığı halde karşılığını yeterince alamayan ve mutlu bir yaşantıya kavuşamayan kişilere yardımcı olunacağını amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu ilke ile, devletin yürürlüğe koyduğu yasalara bağlı kalacağı vurgulanmakta, kişilerin huzur ve refahının sağlanması amaçlanmaktadır. Kişi ile toplum arasında denge kurulması, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde geçmesini sağlayıcı önlemlerin alınması da bu amaca dahildir. Anayasanın 49. maddesi de bu amacın gerçekleştirilmesi ereğiyle konulmuş diğer bir hükümdür. Bu madde ile aynı zamanda herkese, çalışma bir hak ve ödev olarak tanınmış ve devlete çalışanların korunmasıyla ilgili önlemleri almak görevi verilmiştir. Bu nedenle, sağlıklı bir sonuca varılabilmesi açısından bu iki Anayasa hükmünün birlikte göz önünde bulundurulmasında yarar vardır."*

Yüksek Mahkeme, kararın devamında sosyal devletin "yoksulları ve güçsüzleri koruma görevi"ne atıf yaparak söz konusu derneğin yardıma muhtaç kişilere iş sağlamak suretiyle, bu görevin yerine getirilmesinde devlete yardımcı olduğunun altını çizmiştir. Ayrıca bu kişilerin, çalışanların korunmasına yönelik diğer kanunların tanıdığı haklardan yararlandığını da hesaba katarak Anayasa'nın 2. ve 49. maddelerine aykırılık tespit etmemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; kamu yararına çalışan bu dernek, hem kişilere iş sağlamakta hem de elde edilen kazançla çalışmayan, muhtaç durumdaki kişilere maddi yardımda bulunmaktadır. Bu kişiler, derneğin açtığı işyerlerinde ücret karşılığında çalıştırılmakta ve kendilerine iş öğretilmektedir. Dolayısıyla bilinen anlamda işçi-işveren bulunmadığından ve derneğin faaliyetlerini sürdürebilmesi için bazı yasal yükümlülüklerden muaf tutulması gerektiğinden, dava konusu kural, "haklı

neden”e dayanmakta, bu nedenle kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin, karar gerekçesinde söz konusu derneğin vergi muafiyeti ile dernek atelyelerinde çalışanların İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmasını eş değer kabul etmesi hatalıdır. Çünkü Mahkeme’nin bizzat ifade ettiği gibi, derneğin vergi dışı bırakılmasıyla iş olanaklarının artırılması arasında bir bağlantı vardır. Ancak itiraz konusu kural uyarınca, çalışanların İş Kanunu’nun tanıdığı güvencelerden yoksun kalmasını çalışma hakkı ve sosyal devlet ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Karşı oy gerekçelerinde de belirtildiği üzere, söz konusu derneğin merkez ve taşra atelyelerinde çalışan işçiler, yardım amacıyla değil, geçimlerini sağlayabilmek amacıyla, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmaktadır. Sonuç olarak, sosyal hukuk devleti ilkesini öngören Anayasa’nın 2. maddesi ile çalışma hakkına ilişkin 49. madde birlikte değerlendirildiği halde, itirazın reddine karar verilmesi, hem bu hükümlere hem Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır¹²².

Yüksek Mahkeme, başka bir kararında 1961 Anayasası’nın çalışma hakkını düzenleyen 42. maddesinin, sosyal devlet ilkesini gerçekleştiren bir kural olduğunu belirterek şu tespitlerde bulunmuştur: “...Anayasa’nın 2. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Toplumsal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Genellikle toplum yaşamında ve özellikle sanayi toplumu olmuş ya da olma yoluna girmiş toplumların yaşamında işverenler güçlü, işçiler ise güçsüz kişiler sayılır... Anayasa’nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi ereği ile konulmuş bulunan 42. ve 48. maddeler kuralları da böyle bir koruma düşüncesine dayanmaktadır.”¹²³

Böylelikle sosyal devlete ilişkin yerleşik içtihadındaki “güçsüzleri güçlüler karşısında koruma görevi”nin nasıl anlaşılması gerektiğini de açıklamış olmaktadır. Sosyal devlet gibi onunla yakından bağlantılı olan sosyal adalet ilkesi de esas itibarıyla çalışanları korumaya yöneliktir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi’nin, sosyal adaleti, işvereni de koruyan bir

¹²² Anayasa Mahkemesi, E. 1981/13, K. 1983/8, K.T. 28.4.1983, R.G. 9.4.1984/18367. İtiraz konusu kuralın, Anayasa’nın 2., 10. ve 49. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle birçok üye, çoğunluk görüşüne katılmamışlardır.

¹²³ Anayasa Mahkemesi, E. 1972/2, K. 1972/28, K.T. 23.5.1972, R.G. 21.11.1972/14368. Aynı şekilde, 1982 Anayasası’nın 49. maddesi de sosyal devlet ilkesinin somutlaştırıldığı anayasa maddelerinden biridir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2013/24, K. 2013/133, K.T. 14.11.2013, R.G. 22.7.2014/29068.

ilke şeklinde değerlendirmesi, doktrinde haklı eleştirilere neden olmuştur. Zira sosyal adalet ilkesi, sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf durumda olanları koruma amacıyla benimsenmiştir. Mahkeme'nin bu yorumu ise sosyal adalet ilkesinin anlam ve amacına aykırı düşmektedir¹²⁴.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında “demokratik sosyal hukuk devleti” ilkesi tanımına oldukça geniş bir yer ayırmış ve bu tanımda, Anayasa'nın çalışma hakkını düzenleyen 42. maddesinden de yararlanmıştı. Buna göre; Yüksek Mahkeme'nin sosyal devlet anlayışında çalışma hakkının temel bir öneme sahip olduğu anlaşılmaktadır. *“Anayasa'nın 2. maddesinde açıklandığı gibi, Türkiye Cumhuriyeti, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan... demokratik,...sosyal bir hukuk devletidir. Demokratik sosyal hukuk devleti; insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamaları ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletili bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.”*¹²⁵

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli kararlarında da sosyal hukuk devletini benzer şekilde tanımlamaktadır: *“Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetken, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında*

¹²⁴ Mümtaz Soysal, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, AÜSBF Yay., Ankara, 1969, s. 76; Tanör, ss. 335-336; Akad, ss. 145-147. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1963/172, K. 1963/244, K. T. 21.10. 1963, R.G. 1.2.1964/11622. *“...konuyu sadece çalışanların hakları bakımından ele almak doğru değildir. Sosyal adalet ilkesinin işçi ile birlikte, işvereni ve toplumun diğer fertlerini de himayesi altında bulundurduğu...hesaba katmak gerekir.”* Kararın eşitlik ilkesi yönünden eleştirisi için bkz. Selda Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/3, ss. 70-71.

¹²⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/336, K. 1967/29, K.T. 26-27.9.1967, R.G.19.10.1968/13031; aynı yönde E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.2.1985, R.G. 26.6.1985/18793.

koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde dağıtılmasını amaç edinmiş devlettir."¹²⁶

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, bu kararda ulusal kalkınma ile sosyal adalet ilkesine de dikkat çekmiş, Anayasa'nın 49. maddesinin 2. fıkrası ile devlete getirilen yükümlülüklerden bazılarını içine alan bir sosyal hukuk devleti tanımı geliştirmiştir. Esasen Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminden bu yana, sıklıkla, sosyal devletin "çalışanları koruma" görevini hatırlatmaktadır¹²⁷.

Yukarıda değinildiği üzere, Anayasa'nın 49. maddesinin 2. fıkrası ile devlete bir dizi yükümlülük getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, çoğu kez, devletin çalışma hakkından kaynaklanan olumlu yükümlülüklerini, sosyal devlet ilkesi bağlamında yorumlamaktan kaçınmaktadır¹²⁸. Örneğin, çalışma hakkıyla ilgili olarak sıklıkla atıf yapılan bir kararında "devletin işsizliği önleme yükümlülüğü" konusunda şu tespitlerde bulunmuştur:

"Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır."¹²⁹

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bir itiraz yolu başvurusunda anayasaya aykırılık iddiasını, sosyal devlet (md. 2) ve çalışma hakkını (md. 49) birlikte değerlendirerek gerekçelendirmiştir. Söz konusu başvuruda Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "kanuna aykırı veya muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkilerine karşı hak arama yolunu kapatan" hükmünün, (md. 3/2, 5. cümle) Anayasa'nın 2., 36. ve 49.

¹²⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/31, K. 2009/109, K.T. 9.7.2009, R.G. 7.10.2009/27369.

¹²⁷ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, E. 1972/24, K. 1973/21, K.T. 8.5.1973, R.G. 31.12.1973/14759; E. 2007/31, K. 2009/109, K.T. 9.7.2009, R.G. 7.10.2009/27369. "...Çağdaş devlet anlayışı sosyal devletin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar." Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/105, K. 2016/133, K.T. 14.7.2016, R.G. 11.10.2016/29854.

¹²⁸ Bkz. Kaboğlu, Sosyal Haklar, ss. 17-18.

¹²⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1989/14, K. 1989/49, K.T. 19.12.1989, R.G. 2.3.1990/20449. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

maddelere aykırı olduğundan bahisle iptalini talep etmiştir. İtirazın reddine karar veren Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu yalnızca 2. ve 36. maddeler bakımından ele alarak çalışma hakkına ilişkin 49. maddeyi konuyla ilgisiz görmüştür. Oysa Yargıtay'ın da isabetle belirttiği gibi, çalışma hakkı olumlu edim gerektiren ve bu konuda daha çok devleti sorumluluk altına sokan bir hak niteliğindedir. İtiraz konusu hüküm ile işveren karşısında ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz durumdaki işçiyi mağdur etmeye yönelik işlemlere karşı kanun yollarının kapatılması, hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddeyle ve güçsüzleri güçlüler karşısında koruyan sosyal devlet ilkesiyle ilgili olduğu kadar, çalışma hakkıyla da yakından ilgilidir. Çünkü çalışma hakkı ve devletin bu haktan kaynaklanan yükümlülükleri ile sözü edilen muvazaalı işlemler arasında doğrudan bir bağlantı vardır¹³⁰.

Sosyal devlet ile çalışma hakkı arasındaki ilişki, vergi ödeme yükümlülüğünde de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, vergi mevzuatında düzenlenen hayat standardı esasını hem sosyal devletin vergi adaletiyle ilgili ilkesi olan “mali güce göre vergilendirme ilkesi”ne (Any. md. 73) hem de çalışma hakkına aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “*Vergi ödeme, kişiyi çalışmaktan vazgeçiren bir yakınma nedeni olmamalıdır. Tersine durumda yükümlüyü çalışmaktan alıkoyan vergiler çalışma hak ve özgürlüğünü ortadan kaldırır. Yaşadığı hayat düzeyini sağlayan açıklanabilir-kanıtlanabilir başka geliri bulunmasına karşın bu gelirlerin bir kısmını göz önüne almayan “hayat standardı esas” yükümlüleri güçleri dışında vergi ödemek bu sebeple de meslek yaşamlarına son vermek gibi bir sonuca götürür. Bu nedenle dava konusu fıkra, Anayasa’nın 49. maddesine aykırıdır.*”¹³¹

Hayat standardı esasına ilişkin başka bir kararda ise çalışma hakkına aykırılık iddiası ileri sürülmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi, konuyu Anayasa’nın 49. maddesi bakımından da inceleyerek şu tespitlerde bulunmuştur: “*Ağır vergi koşulları, kişileri, temel hak ve özgürlüklerden birini oluşturan çalışma hakkından yoksun kılacak bu tür bir yasal*

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/40, K. 2012/158, K.T. 18.10.2012, R.G. 12.5.2013/28645. Anayasa Mahkemesince iptali istenen “*İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.*” şeklindeki 4857 sayılı İş Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrasının 5. cümlesi, 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanunla şu şekilde değiştirilmiştir: “*İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.*” Ayrıca anılan fıkradaki “altı iş günü” olan itiraz süresi, “otuz iş günü” olarak değiştirilmiştir.

¹³¹ Anayasa Mahkemesi, E. 1991/7, K. 1991/43, K.T. 12.11.1991, R.G. 23.7.1992/21293.

düzenleme, hukuk devleti ilkesine ters düşer ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşmaz. Bu nedenlerle 18. madde olarak incelenen yeni düzenleme, Anayasa'nın 2., 13. ve 49. maddelerine aykırı bulunmuştur."¹³²

Anayasa Mahkemesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin mülga (c) fıkrası ile 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrasının, Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı iddiasıyla, iptali talep edilen itiraz başvurusunda şu tespitlerde bulunmuştur: "*Anayasa'nın 17. maddesi ile tanınan, herkesin yaşama ve maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 49. maddesi ile de Devlet'e verilen çalışanları koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.*"¹³³

Başka bir iptal davasında ise Anayasa Mahkemesi, Kamu İktisadî Teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarda çalışan sözleşmeli personele yönelik "*Sözleşmeli personel, bir hizmet sözleşmesi ile çalışan ve işçi statüsünde olmayan personeldir. Sözleşmeli personel toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınamaz ve bunlara toplu iş sözleşmeleriyle veya toplu iş sözleşmeleri*

¹³² "... Vergi ödeme, bir yakınma değil, yurttaşlık niteliğini dokuyan, kıvanç duyuran bir görev nedeni olmalıdır. Yükümlüyü bıkıtırıp soğutan, çalışmaktan vazgeçiren, ödeme güçlükleri ve eşitsizliklerle üzen uygulamalardan kaçınılarak malî güce uygun vergiyi saptama, modern yöntemlerle toplama olanakları, hukuk içinde ulaşılabilecek bir aşamadır... Bu durum ise; şimdiki vergilendirilmiş gelirleri ya da vergi dışı bırakılan gelirleri ile geçinemeyen ve yaşantılarını sürdürebilmek için ek gelir elde etmek veya başka amaçlarla mesleklerini yapmak isteyen serbest meslek mensupları; emekli memur, doktor, diş hekimi, mühendis, avukat, malî müşavir gibi kimseleri, ya güçleri ötesinde vergi ödemek ya da meslek yaşamlarına son vermek gibi bir seçimle karşı karşıya bırakmış olacaktır. Böylece, yeni vergi düzenlemesinin, hukuk devleti ilkesi açısından ortaya çıkardığı iki sonuçtan ilki, kimi gelirlerin kanutlanması yolunun kapatılması bir yana; gerçek belli iken varsayım dayanan bir sistem olmasıdır. Oysa; "hayat standardı esası" ve kurumun varlık nedeni, Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, gerçeğin bulunmasına yardımcı yöntem olarak kabul edilmesidir. Bu tür bir yöntemle, gerçeğe ulaşmaya, yükümlülerin gerçek kazançlarına yaklaşılmaya çalışılır. Yoksa, gerçek kazanç belli iken, bir varsayım ya da belirtiyeye değer verilemez... Sistemin ortaya çıkardığı ikinci sonuç ise, kişilerin kazanmadıkları gelirler üzerinden ağır biçimde vergilendirilmeleriyle, mesleklerinden ayrılmak zorunda bırakılmalarıdır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1989/6, K. 1989/42, K.T. 7.11.1989, R.G. 6.4.1990/20484.

¹³³ Anayasa Mahkemesi, E. 2010/46, K. 2011/60, K.T. 30.3.2011, R.G. 21.10.2011/28091. YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

emsal alınarak hiçbir aynî ve nakdî menfaat sağlanamaz.” şeklindeki 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) değişik 42. maddesinin 2. fıkrasının anayasaya aykırılık iddiasını incelerken, sosyal devlet ilkesiyle birlikte çalışma hakkından yararlanmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre;

“...sözleşmeli personelin, anılan ikinci fıkra hükmüne göre, toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınmaması, bunlara toplu iş sözleşmeleriyle veya toplu iş sözleşmeleri emsal alınarak hiçbir aynî veya nakdî yarar sağlanamaması, çalışanların sosyal güvenceleri açısından ciddi sakıncalara açık bir eksiklik...Nitekim, Yüksek Planlama Kurulu'nun 18.3.1988 günlü, 1988/40 sayılı kararıyla yürürlüğe konulan “Kamu İktisadî Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Ücretlerinin Tesbitinde Uygulanacak Usul ve Esaslar”a ekli “Tıp Sözleşme”nin 3. maddesinde yer alan ve hizmet yürüten kişinin başarı düzeyi ne olursa olsun Kurumun, sözleşmeyi yenileyip yenilememekte serbest olacağına ilişkin hüküm, duyulan kaygıları doğrulamaktadır. Oysa, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesi'nin, yerleşik kararlarına göre, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal Devlet niteliğiyle, Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesindeki “...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma...” kuralıyla, “Çalışma hakkı ve ödevi” başlığı altındaki 49. maddesinin ikinci fıkrasında vurgulanan “Devlet, ... çalışanları korumak...için gerekli tedbirleri alır.” biçimindeki uyulması zorunlu hükümlerle, KHK'nin anılan 42. maddesinin 2 numaralı fıkrasındaki çalışanların güvence eksikliğini bağdaştırmak olanağı yoktur.”¹³⁴

Buraya kadar incelediğimiz kararlardan, sınırlı da olsa, Anayasa Mahkemesi'nin sosyal devlet ile çalışma hakkı arasındaki ilişkiyi dikkate aldığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak Yüksek Mahkeme çoğunlukla, bu haktan kaynaklanan devlet yükümlülüklerini sosyal devlet ilkesi bağlamında yorumlamaktan kaçınmaktadır.

SONUÇ

Sosyal devlet, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında sıkça ele alınmış, pek çok kez tanımlanmaya çalışılmıştır. Sosyal devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruma, sosyal adaleti sağlama ve herkese, insan onuruna yakışır asgari bir hayat seviyesi sağlama gibi amaçları ön plana çıkmaktadır. Çalışma hakkı ise uluslararası insan hakları hukukunda birçok belge ile

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1988/5, K.1988/55, K.T. 22.12.1988, R.G. 25.7.1989/20232.

düzenlenen bir sosyal haktır. Bu hakkın vazgeçilmezliğini, önemini kavrayabilmek için sosyal devlet ilkesi ile olan ilişkisinin incelenmesinde fayda vardır.

Günümüzün toplumsal ve ekonomik koşullarında belli bir gelire sahip olmaksızın, sosyal devlet ilkesi ile amaçlanan “insan onuruna yakışır bir hayat” sürdürmenin olanaksızlığı ortadadır. Çalışma hakkı da yalnızca karşılığında belli bir kazanç elde edilen işleri kapsadığı için “gelir elde etme” aracı olarak ön plana çıkmaktadır. Ancak çalışma hakkı, bunun ötesinde kişiliği geliştirme ve sosyalleşmeye katkı sağlama gibi işlevleri yerine getirerek de insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir.

1982 Anayasası'nın 49. maddesinin birinci fıkrasında “çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu” ifade edildikten sonra, ikinci fıkrada devletin bu haktan kaynaklanan yükümlülükleri, genel itibariyle düzenlenmiştir. Bununla birlikte Anayasamızda sosyal devlet ilkesi doğrultusunda getirilen birçok hüküm de mevcuttur. Anayasanın bir bütün olduğu dikkate alındığında, çalışma hakkının bu hükümlerle birlikte yorumlanması gerekmektedir.

Oysaki Anayasa Mahkemesi kararlarında yalnızca sosyal devlet ile çalışma hakkı arasındaki ilişki değil, çalışma hakkının kendisi dahi yeterince yer bulamamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin, Anayasa'nın 49. maddesine aykırılık iddialarını incelediği kararlarında genellikle madde gerekçesine atıf yapmakla yetindiği gözlemlenmektedir. Kanımızca çalışma hakkının, sosyal devlet ilkesi ışığında yorumlanması ile bu hakka daha geniş bir koruma alanı sağlamak mümkün olabilir. Çalışma hakkı ve devletin bu haktan kaynaklanan yükümlülükleri konusunda, taraf olunan uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemeler ve bu sözleşmelerin denetim organlarının verdiği kararlar yol gösterici olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet, Vural Dinçkol, Bihterin ve Nihat Bulut. **Genel Kamu Hukuku**, 12. Basım, Der Yay. İstanbul, 2016.
- Akad, Mehmet. **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İÜHF Yay., İstanbul, 1984.
- Aldıkaçtı, Orhan. “Sosyal Devlet”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 14, 1997, ss. 79-85.
- Ardıçoğlu, M. Artuk. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 75, Sayı: 3, 2017, ss. 19-51.
- Azrak, A. Ülkü. “Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi”, **İÜHF**, Cilt: 27, Sayı: 1-4, Yıl: 1961, ss. 208-224.
- YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

- Bahçeci, Barış. “2001 Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Hakların Sınırlandırılma Rejimine Etkisi”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., İstanbul, 2004, ss. 175-204.
- Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, (Der. Lema Uyar), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2006.
- Boyar, Oya. “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, ss. 53-80, içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel Inceoğlu), 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2013.
- Branco, Manuel Couret. **The Right to Work and the Political Economy of Human Rights 6** (Universidade de Evora, Departamento de Economia, Working Paper Series No. 2006/08).
- Bulut, Nihat. “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?”, **AÜHFD**, Cilt: 52, Sayı: 2, 2003, ss. 173-197.
- Bulut, Nihat. **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, On iki Levha Yay., İstanbul, 2009, (Sosyal Haklar).
- Çağlar, Selda. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/3, ss. 43-86.
- Çavuşoğlu, Naz. “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi”, içinde **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, (Ed. Yasemin Özdek), TODAİE Yay., Ankara, 2002, ss. 467-475.
- Çelikyay, Hakan Sabri. “Yeni Anayasa Tartışmaları ve Sosyal Haklar”, ss. 269-287, içinde **III. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, 25 – 26 Ekim 2011, Petrol-İş Yay., İstanbul, 2011.
- Demir, Fevzi. “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Petrol-İş Yay. 119, İstanbul, 13-14 Kasım 2014, ss. 131-156, (Çalışma Hakkı Kavramı).
- Demir, Fevzi. **İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması)**, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İzmir, 1981, (Çalışma Hakkı İlkesi).
- Donnelly, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara, 1995.
- Drzewicki, Krzysztof. “The Right to Work and Rights in Work”, içinde **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Eide, Asbjorn, Catarina

- Krause ve Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, ss. 169-188.
- Erdoğan, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- Eren, Abdurrahman. “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, ss. 1-72.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, Legal Yayınları, İstanbul, 2011.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası Sistemler**, 2. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2011.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yay., İstanbul, 2013.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yay., İstanbul, 2013.
- Giritli, İsmet. “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 19, 2002, ss. 88-103.
- Gören, Zafer. “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 14, 1997, ss. 93-153.
- Göze, Ayferi. **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, 6. Basım, Beta Yay., İstanbul, 2010, (Liberal).
- Göze, Ayferi. **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2015, (Siyasal Düşünceler).
- Göze, Ayferi. **Sosyal Devlet Sistemi**, İÜHF Yay., İstanbul, 1976, (Sosyal Devlet).
- Göztepe, Ece. “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, ss. 111-166, içinde **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, (Haz. Ece Göztepe ve Mustafa Mert Albaz), On iki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- Gürkan, Ülker. “S.S.C.B. Siyasî Rejiminin Ana Hatları”, **AÜHF**, Cilt: 21, Sayı:1, 1964, ss. 155-198.
- Harvey, Philip. “Right to Work and Basic Income Guarantees: Competing or Complementary Goals?”, **Rutgers Journal of Law and Urban Policy**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2005, ss. 8-63.

- Huber, Ernst Rudolf. “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, çev. Tuğrul Ansay, **AÜHFD**, Cilt: 27, Sayı: 3, 1970, ss. 27-51.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, ss. 15-34, içinde **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yay., İstanbul, 2012, (Sosyal Haklar).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yay., Diyarbakır, 1989.
- Kapani, Münici. **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yay., Ankara, 1993.
- Kılıçoğlu, Mustafa. “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 2**, Beta Yay., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 1207-1229.
- Kili, Suna ve A. Şeref Gözübüyük. **Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze**, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1985.
- Mantouvalou, Virginia. “The Protection of the Right to Work Through the European Convention on Human Rights”, **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, Cilt: 16, Ocak 2014, ss. 313-332.
- Mumcu, Ahmet ve Elif Küzeci. **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)**, Baştan aşağı yenilenmiş 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 2017 Anayasa değişikliklerine göre gözden geçirilmiş 19. Basım, Yetkin Yay., Ankara, 2019.
- Öztürk, Kazım. **Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Cilt II**, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1966.
- Sarkin, Jeremy ve Mark Koenig. “Developing the Right to Work: Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy”, **Human Rights Quarterly**, Cilt: 33, Sayı: 1, 2011, ss. 1-42.
- Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Gerçek Yay., İstanbul, 1997, (Anayasanın Anlamı).
- Soysal, Mümtaz. **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**, AÜSBF Yay., Ankara, 1969.
- Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2018.

- Tanör, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yay., İstanbul, 1978.
- Teziç, Erdoğan. “Anayasa Hukuku İçinde Çalışma Hayatına İlişkin Temel Haklar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1982 Yılı Konferansları**, İÜHF Yay., İstanbul, 1982, ss. 27-39.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Tıpkı 22. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2018.
- Tunçomağ, Kenan. “1982 Anayasasının İş Hukukuna İlişkin Esaslarına Genel Bakış”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1-3, 1984, ss. 7-15.
- Uygun, Oktay. “İnsan Hakları Kuramı”, içinde **İnsan Hakları**, (Haz. Korkut Tankuter), Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2000, ss. 13-44, (İnsan Hakları).
- Uygun, Oktay. “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 20, 2003, ss. 250-284.

FEDERAL ALMAN ANAYASA HUKUKUNDA DİLEKÇE HAKKI

(THE RIGHT TO PETITION IN THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Tevfik Sönmez Küçük * **

ÖZ

Temel hakların kabul edilmesi sürecinde geçmişi eskiye dayanan sübjektif kamu hakkı olarak ortaya çıkan dilekçe hakkı, kişinin belirli bir konu ile ilgili dilek ya da şikâyetini kamusal mercilere yöneltmesi şeklinde tanımlanır. Bu çalışma, dilekçe hakkının Federal Alman anayasa hukuku özelinde incelenmesi konusuna özgülenmiştir. Bu bağlamda öncelikle dilekçe hakkının Federal Alman anayasa hukuku örneğinde tarihsel gelişimi ortaya konacaktır. Bu incelemeden sonra ise “dilekçe” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenecektir. Zira bir hukuki metnin “dilekçe” olarak nitelendirilmemesi durumunda dilekçe hakkının uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Dilekçe hakkının hukuki niteliği, hakkın özneleri ve yükümlüleri, hakkın konusu ve söz konusu hakkın ihlal edilmesi hâlinde başvurulabilen yargısal denetim yolları da aynı şekilde bu çalışma çerçevesinde üzerinde durulması gereken hususlardandır. Ayrıca, günümüzde özellikle Federal Meclis’e sunulmuş dilekçelerde dilekçe komisyonunun görevinin arz ettiği önem ve bu komisyonun hukuki dayanağının Federal Anayasa’da düzenlendiği göz önünde bulundurulursa, dilekçe hakkı ile komisyon arasındaki ilişkinin de tespit edilmesinde yarar vardır.

Anahtar kelimeler: Dilekçe Hakkı, Federal Alman Anayasa Hukuku, Sübjektif Kamu Hakkı, Dilekçe Komisyonu.

ABSTRACT

The right to petition, which emerged as an old subjective public right in the process of the adoption of fundamental rights, is defined as directing a person's wishes or complaints about a particular issue to public authorities.

Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 06.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 08.01.2020. Onaylanma Tarihi: 08.01.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3876-9985

Eser Atf Şekli: Tevfik Sönmez Küçük, “Federal Alman Anayasa Hukukunda Dilekçe Hakkı”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.259-286.

This study is devoted to the examination of the right to petition in the context of German Federal Constitutional Law. In this context, we will put forth the historical development of the right to petition in the example of German Federal Constitutional Law. After this verification, we will specify the things that should be understood from the concept of "petition". Because if a legal text is not considered as a petition, it is clear that the right of the petition will not be applicable. The legal characteristic of the right to petition, subjects and obligators of the right, the object of the right and judicial review methods that can be used in case of violation of this right are also issues to be considered within the framework of this study. Also, if we especially take into consideration that the legal basis of the petition commission is regulated in the Federal Constitution and the importance of the duty of this commission about the petitions submitted to the Bundestag nowadays, it is useful to determine the relationship between the right to petition and the commission.

Keywords: *The Right to Petition, German Federal Constitutional Law, Subjective Public Right, The Petition Commission.*

I. Giriş

En genel anlatımla dilekçe hakkı, kişilerin dilek veya şikâyetlerini tek başına ya da diğer kişilerle birlikte kamusal makamlara yazılı olarak sunması anlamını taşır. Bu çalışmada, dilekçe hakkı Federal Alman anayasa hukuku ölçeğinde mercek altına alınmıştır. Sübjektif kamu hakkı olarak dilekçe hakkı, Federal Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Gerçi, anılan madde tahlil edildiğinde, "dilekçe" kavramından bahsedilmediği görülür. Fakat maddenin düzenlenme biçimi göz önünde bulundurulduğunda dilekçe hakkının tanındığı tespit edilebilir. Bu bağlamda Federal Anayasa'nın 17a maddesi üzerinde özel olarak durmak gerekir. Bu hükme göre askerlik veya yedek hizmetlerle ilgili yasalar, silahlı kuvvetlerin ve yedek hizmet mensuplarının dilekçe haklarının askerlik ya da yedek hizmet görevi süresince toplu kullanılmasını sınırlayabilir¹. 17a maddesi Federal Anayasa'da "dilekçe hakkı" ifadesine açık bir şekilde yer veren tek hükümdür. Buna karşılık, dilekçe hakkının etkin bir araç olmadığı ise genel olarak kabul gören bir görüştür. Bu tespit Federal Alman hukuku bakımından da evleviyetle geçerlidir. Çalışma kapsamında ele alınacağı gibi, dilekçe hakkı, dilekçenin konusunu oluşturan istemlerin gerçekleştirilmesine ya da şikâyetlerin giderilmesine yönelik kişilere "hak"

¹ <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

tanımaz. Bununla birlikte, özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından dilekçe hakkına ilişkin olarak verilmiş karar neticesinde dilekçelerin teslim alınmasının, incelenmesinin, cevaplandırılmasının zorunlu olması nedeniyle bu hakkın uygulamada hâlâ kullanıldığı ileri sürülebilir. Nitekim Federal Meclis'e her yıl teslim edilen ortalama dilekçe sayısı doğrultusunda dilekçe hakkının önemini bütünüyle kaybetmediği en azından niceliksel olarak iddia edilebilir. 1980-2002 seneleri arasında Federal Meclis'e yıllık 16.000'nin üzerinde dilekçe ile başvurulmuş olması bu durumun bir göstergesidir². Karşılaştırmalı hukukta dilekçe hakkının tarihsel gelişim süreci nazara alındığında, Kıta Avrupası hukuku uygulamasında Federal Alman hukukunun iki asra yaklaşan geçmişi ile önemli bir örnek olduğu savunulabilir. Dilekçe hakkına, sadece Federal Anayasa'da değil, ayrıca, bazı istisnai hükümler bir kenara bırakılırsa, federe anayasalarda da yer verilmesi dilekçe hakkının gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Tüm bu esaslar ışığında söz konusu çalışma, dilekçe hakkının Federal Alman anayasa hukuku çerçevesinde incelenmesine özgülenmiştir.

II. Dilekçe Hakkı Kavramı

Dilekçe hakkını kavramsal olarak tahlil ederken bu hakkın tarihsel gelişiminin öncelikle Federal Alman hukuku özelinde ortaya konmasında yarar vardır. Bu inceleme yapıldıktan sonra hangi metinlerin "dilekçe" kavramına dâhil olduğu belirlenmelidir. Zira ortada dilekçe hakkının konusunu oluşturan "dilekçe" yoksa dilekçe hakkından bahsedilemez. Dilekçe hakkının hukuki niteliği, hakkın sùjeleri, yükümlüleri, konusu ve hak ihlaline karşı öngörülen başvuru yolları da dilekçe hakkı ekseninde ele alınması gereken konulardandır.

1. Hakkın Tarihsel Gelişimi

Dilekçe hakkının tarihsel gelişimi mercek altına alındığı zaman, bu hakkın ilk defa 1689 "Bill of Rights (Haklar Bildirisi)" ile pozitif hukukun bir parçası hâline getirildiği görülür³. Söz konusu hükümlerle Krala dilekçe

² Günter Krings, "Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG", *JuS*, 2004, s. 475. 2018 senesinde ise bu sayı 13200'dür. Alfred Katz / Gerald Sander, *Staatsrecht*, C. F. Müller Verlag, 19. Auflage, Heidelberg, 2019, Rdnr. 890, s. 481.

³ Hans H. Klein, Artikel 17, in Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band IV, C. H. Beck Verlag, 88. Lieferung, München, August 2019, Rdnr. 5; Karl-Heinz Mattern, "Dilekçe Hakkı", (Çeviren: Servet Armağan), *İÜHFMD*, Cilt 35, Sayı 1-4 (Ayrı Bası), 1969, s. 2. Haklar Bildirisi kabul edilmeden evvel, Krala sunulan *YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)*

verme hakkı tanınmış ve anılan bu faaliyet sonucunda tutuklama ve kovuşturma yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu noktada bir diğer kural, 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'na 1791 yılında eklenen Ek md. 1'de yer almaktadır. Kongre'nin anayasal görev ve yetkilerine ilişkin sınırlarının tespit edilmesini amaçlayan düzenlemeye göre Kongre, halkın, sorunlarını hükümete dilekçe vererek yöneltme hakkını ihlal edecek kanunlar yapmama yükümlülüğü altındadır⁴. Dilekçe hakkının Kıta Avrupası'na dâhil edildiği ilk örneği ise 3 Eylül 1791 tarihli Fransa Anayasası teşkil eder. Bu Anayasa'nın I. Başlığının, 3. maddesinde, kişilerin, kişisel taleplerini yetkili makamlara yazılı olarak sunma hakkının bulunduğu ifade edilmiştir⁵. Bu güvenceyi Avrupa'da 7 Şubat 1831 tarihli Belçika Anayasası md. 21 takip etmiştir. Bu hüküm gereğince herkesin, kişisel veya toplu olarak imzalanmış bir dilekçe ile idari makamlara dilek ve şikâyetlerini sunma hakkı vardır. Md. 21/2 de anayasal organların, kamu adına dilekçe sunabilme konusunda münhasır bir yetkiyi haiz olduğunu kurala bağlamıştır⁶. Dilekçe hakkının Federal Alman hukukundaki tarihsel gelişimini tahlil ederken, Belçika Anayasası md. 21'in arz ettiği önemi ayrıca vurgulamak gerekir. Zira Federal Alman hukukunda, Belçika Anayasası'nın 21. maddesinin, dilekçe hakkının kabul edilmesi aşamasında bir örnek düzenleme olarak ortaya çıktığı, anayasal uygulamanın bu hükmü esas alarak geliştiği iddia edilmiştir⁷.

28 Mart 1849 tarihli Alman İmparatorluk Anayasası md. 7, § 159, dilekçe hakkının anayasal düzeyde ele alındığı ilk düzenlemedir. Buna göre her Almanın, istek veya şikâyetini kamu mercilerine, halk temsilciliğine ve İmparatorluk Meclisi'ne yazılı olarak sunma hakkı bulunur. Anılan hak tek başına ve kooperasyonlar tarafından kullanılabilir⁸. 16 Nisan 1871 tarihli Alman İmparatorluk Anayasası md. 23 gereğince İmparatorluk Meclisi İmparatorluk sınırları dâhilinde kanun önerme ve kendisine verilen dilekçeleri Federal Konsey'e ya da İmparatorluk Başkanı'na sevk etme

dilekçeler cezai işlem konusu yapılabilmekteydi. Bkz. Fevzi Demir, "Bireysel Başvuru Yolları Hakkında", **Yasama Dergisi**, Sayı 30 (Özel Sayı), Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2015, s. 98.

⁴ [https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_2_\(1791\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_2_(1791)), Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁵ <http://www.verfassungen.eu/f/verf91-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁶ <http://www.verfassungen.eu/b/belgien31-index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁷ Martin Pagenkopf, Artikel 17, in Michael Sachs (Hrsg.), **Grundgesetz-Kommentar: 60 Jahre Grundgesetz**, C. H. Beck Verlag, 5. Auflage, München, 2009, Rdnr. 1, s. 707.

⁸ <http://www.verfassungen.de/de06-66/verfassung48-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

yetkisine sahiptir⁹. Bu madde, kişilerin, hem İmparatorluk Meclisi'ne dilekçe verme haklarını hem de Meclis'in dilekçeleri havale etme yetkisini kurala bağlamaktadır¹⁰. 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar Anayasası md. 126, bir sübjektif kamu hakkı olarak dilekçe hakkına açıkça yer vermiştir. Bu hüküm uyarınca her Alman, yetkili makamlara ya da halk temsilciliğine dilek ya da şikâyetlerini yazılı olarak sunma hakkına sahiptir. Bu hakkın tek başına veya başkalarıyla birlikte kullanılması mümkündür¹¹. Nihayet, 23 Mayıs 1949 tarihli Anayasa'nın 17. maddesi, Weimar Anayasası'ndan farklı olarak dilekçe hakkının kişiler açısından kapsamını genişleterek kabul etmiştir. Gerçekten bu hükme göre herkesin, dilek ve şikâyetlerini tek başına veya birlikte yetkili makamlara ya da halk temsilciliğine yazılı bir şekilde sunma hakkı vardır. Bu çerçevede, Federal Anayasa'da 19 Temmuz 1975 tarihinde yapılan değişiklik ile dilekçe hakkının güvence alanının yeni bir boyuta kavuştuğu savunulabilir. Bu değişiklik neticesinde Federal Anayasa'ya 45c maddesi eklenmiş ve Federal Meclis'in, Federal Anayasa'nın 17. maddesine göre kendisine iletilen dilek ve şikâyetlerle ilgilenmek için bir dilekçe komisyonu kuracağı düzenlenmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre dilekçe komisyonunun şikâyetlerle ilgili nasıl bir araştırma yapacağı ve yetkileri Federal Meclis tarafından çıkarılacak bir kanunla belirlenecektir¹². Bu hükümler ile birlikte artık dilekçe hakkının kapsamlı bir şekilde tanıdığı sonucuna varılabilir.

2. Dilekçe Kavramı

Dilekçe hakkının hukuki niteliğini ve kapsamını tespit etmeden evvel “dilekçe” kavramı ile neyin kastedildiğinin ortaya konulması gerekir. Federal Alman hukukunda dilekçenin, belirli bir amaca yönelmesi, idari makamların veya halk temsilciliğinin, dilekçeyi kaleme alan kişinin, bu dilekçeyi hangi kamusal faaliyetin yerine getirilme(me)si konusundaki dilek veya şikâyetini içerdiğini belgeden anlayabilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹³. Başka bir anlatım ile dilekçenin konusunu oluşturan dilek

⁹ <http://www.verfassungen.de/de67-18/verfassung71-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

¹⁰ Karl-Heinz Mattern, “**Dilekçe Hakkı**”, s. 4.

¹¹ <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

¹² <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

¹³ Michael Brenner, Artikel 17, in Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Franz Vahlen Verlag, Band I, München, 2005, Rdnr. 23–24, s. 1654–1655; benzer yönde bkz. Thomas Gerner, “Das Petitionsrecht nach Artikel 17 des Grundgesetzes, Eine Analyse der Tragweite des Petitionsrechts unter Berücksichtigung des zunehmenden Einflusses moderner Kommunikationsmittel, **NZS**, 2012, 850.

veya şikâyetlerin, açık ve anlaşılır olarak ifade edilmesi gerekir ki, bu sayede dilekçenin yöneltildiği makam veya halk temsilciliği, bu belge hakkında bir karar verme olanağına sahip olsun¹⁴. Dilekçe, yazılı olma dışında başka bir şekil koşuluna bağlanmamış olsa da idari mercilerin ve halk temsilciliğinin, belirli bir yönde hareket etmesini ya da etmemesini konu edinmeyen veya dilek ve şikâyetlerin somutlaştırılmadığı, salt düşünce açıklamalarını içeren belgeler “dilekçe” olarak kabul edilmemektedir¹⁵. Benzer nitelikli bir tespit, Federal Alman Ceza Kanunu tarafından suç olarak tarif edilen hakaret, tehdit, iftira gibi ifadeleri barındıran ya da hukuken imkânsız bir hususun yerine getirilmesini – örneğin idari makamdaki yargı kararının kaldırılmasının istenmesi – içeren belgeler açısından da yapılabilir¹⁶. Eğer, bu belgede, şeref ve itibara yönelik bazı hukuka aykırı ifadeler yer almaktaysa, “dilekçe” olarak tanımlanmayan bu metni hazırlayan kişinin hukuki ve cezai sorumluluğu da gündeme gelebilir¹⁷.

Federal Anayasa md. 17’de düzenlenen dilekçe hakkının konusunu teşkil eden dilekçe, ancak yazılı bir belge varsa söz konusu olabilir. Bu maddede, dilekçenin yazılı olması gerektiği hususu tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde belirtilmiştir. Burada cevaplandırılması gereken asıl soru, yazılılık şartının hangi hâllerde sağlanacağıdır. Öncelikle, “yazılı olma” ile

Dilekçede, “istek” veya “şikâyet” kelimelerinin kullanılması şart değildir. Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 43.

¹⁴ Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 849.

¹⁵ Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 19, s. 715; Hartmut Bauer, **Artikel 17**, in Horst Dreier (Hrsg.), **Grundgesetz Kommentar**, Mohr Siebeck Verlag, Band I, Tübingen, 2004, Rdnr. 25, s. 1487; Lars Bocker, **Artikel 17**, in Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.), **BeckOK Grundgesetz**, C. H. Beck Verlag, 41. Edition, München, 2019, Rdnr. 9; ayrıca bkz. Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht ...**”, s. 851.

¹⁶ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 54; Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 9, s. 711; Hartmut Bauer, **Artikel 17**, Rdnr. 29, s. 1488; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 24, s. 1655. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de 22 Nisan 1953 tarihli kararında bu sonuca ulaşmıştır. Anılan bu kararın Türkçe çevirisi ile ilgili bkz. Servet Armağan, “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Nisan 1953 Tarihli Kararı – IBVR 162/51 (Dilekçe Hakkının Kullanılması, Dilekçe ile İdari Mercilerin Münasebeti)”, **İÜHFMD**, Cilt 36, Sayı: 1–4, s. 565. Bununla birlikte ortada bir “dilekçe” bulunup bulunmadığı ile ilgili şüphe olursa, bu belgenin “dilekçe” olarak kabul edilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu yönde bkz. Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 852.

¹⁷ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 56. Başvuruda bulunulan metnin “dilekçe” olarak nitelendirilmesi şart değildir. Hans D. Jarass, **Artikel 17**, in Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, Rdnr. 3, s. 439.

anlatılmak istenen, dilekçe sahibinin dilek veya şikâyetini kâğıda aktarmasıdır. Diğer bir anlatımla kişilerin dilekçelerinin konusunu oluşturan talep veya şikâyetini sözlü sunması durumunda dilekçe hakkı kapsamına giren bir “dilekçe” kavramından artık bahsedilemez¹⁸. Ne var ki, federe düzeyde iki istisnai hükmün bulunduğu ileri sürülebilir. 25 Ekim 1993 tarihli Tüvingiya Anayasası md. 14’e göre dilekçelerin yazılı veya sözlü olarak sunulabilmesi mümkündür¹⁹. Bu durum 1 Aralık 1946 tarihli Hessen Anayasası md. 16’da ise dolaylı olarak yer almaktadır. Bu hükümde, dilekçelerin, sözlü yöneltilebileceği Tüvingiya Anayasası md. 14’te olduğu gibi açıkça düzenlenmemiş, fakat yazılılık şartı da aranmamıştır²⁰. Her iki hükmün, dilekçenin “yazılı olması” koşulu bakımından Federal Anayasa md. 17’ye aykırı olması esaslı ile ilgili olarak şu fikir ortaya atılabilir²¹: Federal Anayasa md. 142 uyarınca, Anayasa’nın 1–18. maddeleri arasındaki hakları güvence altına alan federe anayasa hükümleri Federal Anayasa md. 31 dikkate alınmaksızın yürürlükte kalır. Federal Anayasa md. 31, “federal hukukun üstünlüğü” ilkesini düzenlediğine ve md. 142 gereğince Anayasa’nın 1–18. maddeleri arasında kalan dilekçe hakkı için md. 31 uygulanmayacağına göre Federal Anayasa md. 17’ye aykırı düşen federe anayasaların geçerli olduğu ve dilekçenin yazılı olması şartından federe düzeyde vazgeçilebileceği söylenebilir²².

Dilekçenin yazılılığı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer mesele, anılan belgenin el yazısı ile oluşturulmasının zorunlu olup olmadığıdır. Federal Alman Medeni Yasası md. 126/1’de özel hukuk işlemlerinde geçerli olan “yazılı şekil” şartı tanımlanmıştır. Bu hükme göre bir belgenin yazılı olması için ya bu belgeyi tanzim eden kişinin doğrudan doğruya kendisinin imzasını içermesi ya da noter huzurunda onaylanmış olması gerekir²³. Kamu hukukunda ise bu şekilde bir tanım yapılmamıştır. Şu kadar ki, günümüzde elektronik belgelerin elektronik imza ile oluşturulması yasal düzeyde mümkün kılınmıştır. Fakat burada hâlâ elektronik imzanın gerekli olduğu göz ardı edilmemelidir. Her ne kadar,

¹⁸ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 11; Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 63.

¹⁹ <http://www.verfassungen.de/th/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

²⁰ <http://www.verfassungen.de/he/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

²¹ Bu konuda bkz. Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 61.

²² Federal Alman hukukunda kabul edilen hâkim görüş, bu dilekçelerin, Almanca yazılması gerektiğine işaret eder. Hans D. Jarass, **Artikel 17**, Rdnr. 3, s. 439; Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 15; Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 9, s. 711; aksi yönde bkz. Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 64.

²³ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

kötüye kullanımın ya da bir zararın ortaya çıkma ihtimalinin bulunmadığı hâllerde, elektronik metinlerin elektronik imza atılmasına gerek olmaksızın yazılılık koşulunu sağladığını düşünülebilirse de öğretide bir fikir, Federal Anayasa md. 17 ekseninde hazırlanan dilekçeler için bu düşüncenin geçerli olmadığına altını çizmiştir²⁴. Federal Anayasa'nın 17. maddesi, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği 23 Mayıs 1949 tarihinden bu yana hiç değiştirilmemiştir. Böylece, Anayasa yapıcının bu kuralı kaleme aldığı anda elektronik metinleri nazara almadığı sonucuna varılabilir. Burada sorun, özellikle Federal Anayasa'nın 17. maddesinin geniş yorumlanmasının mümkün olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu tür bir tespit ise normun ratio legisi saptanarak yapılabilir.

XXI. Yüzyılın başından itibaren artan internet kullanımı ve internetin sağladığı iletişim olanaklarının gelişerek yaygınlaşması idari makamlara ve halk temsilciliğine e-postalar vasıtası ile yöneltilen dilekçelerin Federal Anayasa md. 17 kapsamında sayılması görüşünü beraberinde getirmiştir²⁵. Federal Anayasa md. 17'de belirtilen yazılı olma koşulunun amacını, dilekçelerin üzerinde düşünülüp taşınılmasını sağlamak ve dilekçeler düzenlenirken belirli bir ciddiyeti tesis etmek teşkil eder²⁶. Yukarıda da işaret edildiği gibi, öğretide bir fikir, dilekçe sahibinin imzasını taşıyan beyanların, başvuruçunun dilek ve şikâyetlerinin ileri sürülmesi sürecindeki ciddiyetini ortaya koymadığını, el yazılı ya da elektronik imza ile oluşturulmuş olan bir belge bulunmadığı sürece ciddiyet şartının gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır²⁷. Buna karşılık, diğer bir düşünce, yazılılık koşulunun geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır²⁸. Buna göre dilekçelerin, özellikle el yazılı imza ile neticelendirilmesi gerekli değildir. Dilekçede, bu belgeyi düzenleyen kişinin kimlik bilgilerinin ve iletişim adresinin bulunması yeterlidir²⁹. Federal Meclis İçtüzüğü md. 110/1'in³⁰ bir gereği olarak, 8 Mart 1989 tarihinde dilekçe komisyonu tarafından dilek ve şikâyetlerin incelenmesi sürecinde kabul edilen ilkeler de bu fikri desteklemektedir. Söz konusu ilkelerin 4. maddesinde, elektronik

²⁴ Bu konuda bkz. Thomas Gerner, “Das Petitionsrecht...”, s. 848.

²⁵ Heribert Schmitz, “Einlegung einer Petition durch E-Mail?”, *NVwZ*, 2003, s. 1437.

²⁶ Hans H. Klein, *Artikel 17*, Rdnr. 61.

²⁷ Heribert Schmitz, “Einlegung einer Petition...”, s. 1438; Thomas Gerner, “Das Petitionsrecht...”, s. 849.

²⁸ Günter Krings, “Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG”, s. 476.

²⁹ Michael Brenner, *Artikel 17*, Rdnr. 26, s. 1655; Thomas Gerner, “Das Petitionsrecht...”, s. 849.

³⁰ https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

dilekçelerin, bu belgeleri tanzim eden kişilerin kimliklerini, adreslerini içermesi, internet sitesindeki formların doldurularak dilek ve şikâyetlerin sunulması durumunda yazılılık şartını sağlayacağı düzenlenmiştir³¹. Bu hükmün, Federal Meclis'e verilen dilekçeler dışında kalan dilek ve şikâyetler için de geçerli olması önerilebilir. Kaldı ki, öğretilerde, dilekçe sahibinin isim-soy isminin, iletişim bilgilerinin yazmadığı “anonim” dilekçelerin teslim alınmış olsalar bile incelenmemesi gerektiği savunulmuştur³².

3. Hakkın Hukuki Niteliği

Federal Alman Anayasası md. 17'de teminat altına alınan dilekçe hakkının bir “sübjektif kamu hakkı” olduğu konusunda tereddüt yoktur³³. Anılan bu hak, kişilere, kamusal organlardan belirli bir davranışta bulunulma(ma)sını isteme hakkı bahşeder. Diğer bir ifade ile bu hak, belirli bir karar verilirken, kararın muhatabı olan kişilerin menfaatlerinin göz önünde tutulmasını şart koşar. Bir hakkın sübjektif kamu hakkı işlevine sahip olmasının en önemli sonucunu, bu hakkın ihlal edilmesi durumunda, ihlalin sonuçlarının giderilmesinin yargısal denetim mekanizmasının işletilmesi koşullarına tabi kılınması oluşturmaktadır³⁴. Nitekim Federal Anayasa'nın

31

https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/a02_18/grundsaeetze/verfahrensgrundsaetze-260564, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020. Bununla birlikte, söz konusu açık düzenlemeye rağmen, öğretilerde, Federal Meclis Dilekçe Komisyonu'nun, hukuki güvenlik ilkesinin gereği olarak e-posta aracılığı ile dilekçe kabul etmemesi önerilmiştir. Hans Hofmann, Artikel 17, in Bruno Schmidt-Bleibtreu / Hans Hofmann / Axel Hopfauf (Hrsg.), **Grundgesetz-Kommentar**, Carl Heymanns Verlag, 11. Auflage, Köln-München, 2008, Rdnr. 6, s. 566.

³² Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 26, s. 1656; Helge Sodan, Artikel 17, in Helge Sodan (Hrsg.), **Beck'scher Kompakt-Kommentar**, C. H. Beck Verlag, München, 2009, Rdnr. 2, s. 191.

³³ Karl-Heinz Mattern, “Dilekçe Hakkı”, s. 8; Heribert Schmitz, “Einlegung einer Petition...”, s. 1437; Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 7, s. 711; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 38, s. 1659. Bir sübjektif kamu hakkı olarak dilekçe hakkından başka, yurttaşların Federal Meclis'e karşı Federal Anayasa'nın 45c maddesi çerçevesinde dilekçe komisyonu kurulması konusunda bir sübjektif kamu hakkının bulunduğu, başka bir ifade ile Federal Meclis dilekçe komisyonunu kurmazsa bu hususun Federal Meclis'ten istenebileceği, hatta bu hakkın anayasa şikâyeti ile ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Hans H. Klein, Artikel 45c, in Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz-Kommentar**, Band IV, C. H. Beck Verlag, 88. Lieferung, München, August 2019, Rdnr. 20.

³⁴ Hartmut Maurer, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, C. H. Beck Verlag, 13. Auflage, München, 2000, s. 152; bu konuda aynı yönde ayrıca bkz. Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, *YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)*

19. maddesinin 4. fıkrası, kamusal organlar tarafından sübjektif hakkı ihlal edilen kişilerin yargısal yola başvurma hakkının bulunduğunu düzenlemiştir³⁵. Federal Anayasa’da dilekçe hakkının bu niteliği açıkça hükme bağlanmış olsa da aynı hususun bazı federe anayasalar açısından geçerli olmadığı ifade edilmelidir. 21 Ekim 1947 tarihli Bremen Anayasası, 15 Aralık 1947 tarihli Saarland Anayasası, 13 Aralık 1949 Schleswig–Holstein Anayasası ve 6 Haziran 1952 tarihli Hamburg Anayasası, federe düzeyde dilekçe hakkının “sübjektif kamu hakkı” olarak ele alınmadığı anayasalar olarak ortaya çıkar³⁶. Gerçekten, Bremen Anayasası md. 105/5 uyarınca Bremen Federe Meclisi, kendisine tek başına veya birlikte sunulan dilek ya da şikâyetlerin araştırılması amacıyla bir dilekçe komisyonu kurmalıdır³⁷. Saarland Anayasası md. 78/1’de, Federe Meclis’e yöneltilmiş istek ve şikâyetler hakkında Federe Meclis karar vermediği sürece dilekçe komisyonunun yetkili olduğu düzenlenmiştir³⁸. Bu aşamada benzer hükümlere Schleswig–Holstein Anayasası md. 19’da³⁹ ve Hamburg Anayasası md. 25a’da⁴⁰ da yer verildiği görülür.

Federal Alman hukuk öğretisinde, sübjektif kamu hakkı olarak dilekçe hakkının negatif ve pozitif statü niteliğinin birlikte bulunduğu ileri sürülmüştür⁴¹. Dilekçe hakkının negatif statü mahiyeti, bu hakkın gereğinin yerine getirilmesi sürecinde devletin gölge ve müdahale etmeme yükümlülüğünün söz konusu olması anlamına gelir. Bu çerçevede Federal

Grundrechte Staatsrecht II, C.F. Müller Verlag, 28. Auflage, Heidelberg–München–Landsberg–Frechen–Hamburg, 2012, Rdnr. 1102, s. 275.

³⁵ <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

³⁶ Hartmut Bauer, “§ 117 Petitionsrecht”, in Detlef Merten / Hans–Jürgen Papier (Hrsg.), **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, C. F. Müller Verlag, Band V, Heidelberg, 2013, Rdnr. 24, s. 412.

³⁷ <http://www.verfassungen.de/hb/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

³⁸ <http://www.verfassungen.de/saar/verf47-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

³⁹ <http://www.verfassungen.de/sh/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁴⁰ <http://www.verfassungen.de/hh/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁴¹ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 80; Helge Sodan, **Artikel 17**, Rdnr. 2, s. 191; Hartmut Bauer, **Artikel 17**, Rdnr. 37, s. 1491; Reinhold Zippelius / Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, C. H. Beck Verlag, München, 2008, Rdnr. 5, s. 357; Volker Epping, **Grundrechte**, Springer Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012, Rdnr. 1006, s. 441; Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, **Grundrechte Staatsrecht II**, Rdnr. 1083, s. 270. Dilekçe hakkından vazgeçilemez. Fakat bu hak, Federal Anayasa Mahkemesi’nin kararı ile Federal Anayasa’nın 18. maddesi uyarınca kaybettirilebilir. Karl–Heinz Matern, “**Dilekçe Hakkı**”, s. 6. Temel hakların kaybettirilmesi konusu ile ilgili bkz. Oğuz Şimşek, “Federal Alman Anayasa Hukuku’nda Temel Hakların Düşürülmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 94–112.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

Anayasa md. 17, bir engelle karşılaşmadan kişilerin tek başına veya birlikte dilek ve şikâyetlerini yetkili makamlara ya da halk temsilciliğine yazılı olarak sunabilmesi anlamını taşır⁴². Dilekçe hakkının bu niteliği dışında aynı zamanda pozitif statü niteliği arz ettiği, yani kişilere, kamusal makamlardan belirli bir davranışta bulunulmasını isteme hakkı verdiği de unutulmamalıdır. Çünkü dilekçe hakkının yalnızca negatif statü niteliği esas alınır, bu hak, işlevini kaybeder⁴³. Pozitif statü mahiyetinin ilk özelliğini ise dilekçenin ilgili kurum tarafından teslim alınması teşkil etmektedir. Bu noktada altı çizilmesi gereken iki esas vardır: Birincisi, Federal Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği gibi, dilekçenin yöneltildiği makam – halk temsilciliği olmadığı müddetçe – bu dilekçeyi teslim almaya yetkili olmalıdır⁴⁴. Şu kadar ki, dilekçenin sunulduğu merci, yetkili olmasa da dilekçeyi teslim alma ve yetkili makama sevk etme yükümlülüğü altındadır⁴⁵. Bu görüşe göre dilekçenin teslim alınması mecburiyeti, bu dilekçenin yetkili makama sevk edilmesi gerekliliğini de beraberinde getirir⁴⁶. Fakat öğretilerde bir diğer görüş bir adım daha ileriye giderek, sevk yükümlülüğü kabul edilmese dahi dilekçeyi teslim almış makamın, dilekçe sahibine yetkili makamı bildirmek zorunda olduğunu belirtmiştir⁴⁷. İkincisi, dilekçenin teslim alınmasını, belirli bir miktar bedelin ilgili makama ödenmesi ve ödeme yapılmaması durumunda dilekçenin alınmaması şartına

⁴² Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 22.1; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 39, s. 1659.

⁴³ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 84; Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 477; bu yönde ayrıca bkz. Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 22.1. Günümüzde temel hakların, yalnızca devletin müdahale ve gölge etmeme yükümlülüğü altında bulunduğu bir niteliğe sahip olmayıp, aynı zamanda devlete, pozitif edimde bulunma yükümlülüğü getirdiği göz ardı edilmemelidir. Bunlar hukuki mahiyeti itibarıyla katılma hakkıdır. Rolf Schmidt / Stephanie Seidel, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Rolf Schmidt Verlag, 5. Auflage, Bremen, 2001, s. 60.

⁴⁴ Servet Armağan, “**Federal Alman Anayasa Mahkemesinin...**”, s. 564. Bu çerçevede, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 22 Nisan 1953 tarihinde verilen karar, dilekçe hakkının yurttaş ile devlet arasındaki ilişkinin tesis edilmesinde üstlendiği işlevi göstermesi açısından önem arz eder. Kees Riezebos, “Petitionsrecht in Deutschland und in den Niederlanden: Ein Ausblick auf das Europaparlament”, **ZParl**, Jg. 23, Heft 1, März 1992, s. 24.

⁴⁵ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 24. Federal Anayasa Mahkemesi de dilekçenin teslim alınması yükümlülüğüne özel olarak dikkat çekmiştir. Servet Armağan, “**Federal Alman Anayasa Mahkemesinin...**”, s. 565.

⁴⁶ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 86; Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 477.

⁴⁷ Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 11, s. 712; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 42, s. 1660.

bağlı kılmamaktır⁴⁸. Zira bu tür koşullar, kamusal makamların dilekçeyi teslim alma yükümlülüğünü ve dilekçe hakkının pozitif statü niteliğini ihlal edebilir.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre Federal Anayasa md. 17 ekseninde yetkili makam ve halk temsilciliği, bu dilekçeyi teslim almakla yetinmemeli ve aynı zamanda, dilekçe üzerinde gerekli inceleme ve araştırmayı yapmış olmalıdır⁴⁹. Böylelikle, dilekçenin teslim alınmasından sonra dilekçenin konusunu oluşturan dilek veya şikâyetin tahlil edilmesi gerektiği, bu durumun, dilekçe hakkının pozitif statü niteliğinin sonucu olduğu söylenebilir⁵⁰. Bununla birlikte, Federal Alman hukuku öğretisinde, dilekçenin sunulduğu yetkili makamın ya da halk temsilciliğinin bu dilekçe ile ilgili yaptığı inceleme konusunda yanıt verme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda bahse konu cevabın kapsamının ne şekilde olacağı hususunda bir fikir birliğinin mevcut olmadığı fark edilir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre usulüne uygun her dilekçenin olumlu ya da olumsuz bir biçimde yanıtlanması zorunludur. Öyle ki, bu cevabın, sadece dilekçenin teslim alındığına dair basit bir açıklama niteliğini taşıması, en azından dilekçenin içeriğinden haberdar olunduğunu, başvuru konusunu oluşturan istek veya şikâyetin incelenmiş olduğunu gösteren somut ifadeler içermesi beklenir⁵¹. Dilekçe ile ilgili bir araştırma yapılması gerekli olmakla beraber, bu inceleme sonucunda dilek ve şikâyetlerin kabul edilmesi yönünde bir hakkın doğmayacağı da belirtilmelidir⁵².

Bu noktada yanıtlanması gereken bir diğer soru şu şekildedir: Dilekçeler ile ilgili verilen yanıtın gerekçeli biçimde kaleme alınması zorunlu mudur? Federal Alman hukukunda bu husus tartışmalı bir nitelik arz eder. Öğretideki bir fikre göre, dilekçe hakkında verilen cevap gerekçeli olmalıdır. Bu yükümlülük Federal Anayasa'da düzenlenmese de kamusal faaliyetlerin şeffaflığı ilkesinin bir gereğidir⁵³. Bu kararın gerekçeli olması kişilerin kamusal makamlara ibraz ettikleri dilekçelerle ilgili olarak asgari

⁴⁸ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 82; Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 477.

⁴⁹ Servet Armağan, “**Federal Alman Anayasa Mahkemesinin...**”, s. 565; Federal Alman hukukunda aynı yönde ayrıca bkz. Volker Epping, **Grundrechte**, Rdnr. 1006, s. 441.

⁵⁰ Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 477.

⁵¹ Servet Armağan, “**Federal Alman Anayasa Mahkemesinin...**”, s. 565.

⁵² Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 478. Dilekçe ile ilgili yapılacak inceleme sonucunda verilecek yanıtın mutlaka yazılı olması gerekir. Hans Hofmann, **Artikel 17**, Rdnr. 14, s. 577.

⁵³ Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 851.

düzeyde araştırma yapılıp yapılmadığı konusunda bir fikir verir. Gerekçelendirme yükümlülüğünün bulunmaması hâlinde dilekçe hakkı işlevini yitirir. Nitekim federe düzeyde 27 Mayıs 1992 tarihli Saksonya Anayasası md. 35, 23 Mayıs 1993 tarihli Mecklenburg–Vorpommern Anayasası md. 10 ve 25 Ekim 1993 tarihli Tübingiya Anayasası md. 14, dilekçe sahiplerinin, kamusal makamlardan, belli bir süre içerisinde gerekçeli cevap verilmesini isteyebileceğini hükme bağlamaktadır⁵⁴. Federal düzeyde gerekçeli yanıt yükümlülüğü yalnızca Federal Meclis İçtüzüğü md. 112/3'te ele alınmıştır. Bu düzenlemeye göre dilekçe komisyonunun verdiği kararlar gerekçeli olmalıdır⁵⁵. Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararı ise aksi yöndedir. Buna göre gerekçe şartının aranması, dilekçe hakkının kullanılması sürecinde yetkili makamlar için katlanılamayacak bir iş yükünü beraberinde getirir. Bu nedenle, dilekçeler hakkında verilen yanıtlarda bu belgelerin incelendiğine ilişkin ifadelere yer verilmesi yeterlidir ve gerekçelendirme yükümlülüğü yoktur⁵⁶. Bu görüşe göre cevapların gerekçeli olması ile ilgili bir anayasal zorunluluğun bulunduğu bahsedilemez⁵⁷.

4. Hakkın Süjeleri

Federal Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin, dilekçe hakkını tek başına veya başkaları ile birlikte kullanabileceği teminat altına alınmıştır. Madde metni mercek altına alındığında, bu hakkın süjesini “herkesin” oluşturduğu görülür. “Herkes” kavramına evvela gerçek kişiler, yani Alman vatandaşları, yabancı devlet vatandaşları ve vatansızlar dâhildir⁵⁸. 23 Mayıs 1949 tarihli Federal Alman Anayasası md. 17, 28 Mart 1848 tarihli Alman İmparatorluk Anayasası md. 7 § 159'dan ve 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar Anayasası md. 23'ten ayrılmıştır. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, bu anayasal düzenlemelerde, dilekçe hakkından sadece Alman vatandaşlarının

⁵⁴ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 90.

⁵⁵ https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020. Bu aşamada bir idari işlem bulunmasa da Federal İdari Yargılama Kanunu md. 39'da düzenlenen “gerekçe” şartı, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin bütün faaliyetleri için geçerli olmalıdır. Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 90.

⁵⁶ Servet Armağan, “**Federal Alman Anayasa Mahkemesinin...**”, s. 568.

⁵⁷ Reinhold Zippelius / Thomas Württemberg, **Deutsches Staatsrecht**, Rdnr. 5, s. 357.

⁵⁸ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 1; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 32, s. 1657; Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 7, s. 709; Hartmut Bauer, **Artikel 17**, Rdnr. 18–19, s. 1484–1485. Oysa Türk hukukunda dilekçe hakkına öncelikle Türk vatandaşları sahiptir. Anayasa md. 74/1 çerçevesinde yabancı devlet vatandaşları dilekçe hakkından ancak Türkiye’de ikâmet etmek ve mütakabiliyet ilkesine uygun olmak şartıyla yararlanabilir.

yararlanabileceği kurala bağlanmış, yabancılar ve vatansızlar ise kapsam dışı tutulmuştur⁵⁹. Bu sebeple, dilekçe hakkının Federal Alman hukukundaki tarihsel gelişim süreci içerisinde Federal Alman Anayasası md. 17'nin, kişiler açısından kapsamı çerçevesinde en geniş güvence alanına sahip olan anayasal hüküm olduğunun vurgulanması gerekir. Her ne kadar Federal Anayasa'nın 17. maddesi, hakkın süjesini, Federal Almanya sınırları içerisinde ikâmet eden gerçek kişilerle sınırlandırmamış olsa da 2 Aralık 1946 tarihli Bavyera Anayasası'nın 115. maddesi bu aşamada istisnai bir hüküm olarak ortaya çıkar⁶⁰. Gerçekten de bu maddeye göre sadece Bavyera Devleti sınırları dâhilinde oturan kişiler, yetkili makamlara veya Federe Meclis'e, yazılı olarak talep ve şikâyetini iletme hakkına sahiptir. Dilekçe hakkının kullanılması belirli bir bölgede ikâmet etme koşuluna bağlı kılınmıştır⁶¹. Yukarıda da belirtildiği üzere, Federal Anayasa md. 142 gereğince, md. 31'de düzenlenen "federal hukukun üstünlüğü" prensibi dilekçe hakkı Federal Anayasa'nın 1–18. maddeleri arasında yer alan bir temel hak olduğundan burada uygulanmaz.

"Herkes" kapsamına tüzel kişiler girmekle birlikte burada bir ayrıma gidilmesinde yarar vardır. Öncelikle, Federal Anayasa md. 19/3 bağlamında bir saptamada bulunulmalıdır. Federal Anayasa'nın bu hükmüne göre temel haklar uygun düştüğü nispette Alman menşesine sahip olan tüzel kişiler açısından da uygulama alanı bulur⁶². Bu hükmün mefhumu muhalifinden şu sonucu çıkarmak mümkündür: Gerçek kişilerden farklı olarak yabancı tüzel kişilerin, bir temel hakkın, doğal olarak dilekçe hakkının da süjesi olabilmesi söz konusu değildir⁶³. Kamu tüzel kişilerinin kural olarak temel haklardan faydalanamayacağı, aksine anılan hakların yükümlüsü olabileceği kabul edilmekle beraber doğrudan temel haklarla korunan bir alanda faaliyetlerini yürüten tüzel kişiler için bu tespit geçerli olmadığı ifade edilmelidir. Örneğin bir kamu tüzel kişisi niteliğini haiz olan üniversite, Federal Anayasa md. 5'te düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğü ya da yine Federal Alman hukukunda bir kamu tüzel kişisi olarak görülen kilise, Federal Anayasa md. 4'te ele alınan din özgürlüğü ekseninde dilekçe

⁵⁹ Karl–Heinz Mattern, "Dilekçe Hakkı", s. 7.

⁶⁰ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 68.

⁶¹ <http://www.verfassungen.de/by/verf46-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁶² <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁶³ Günter Krings, "Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG", s. 475; Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 70.

hakkının süjesi olabilir⁶⁴. Ancak, bu durum, bu kamu tüzel kişilerinin aynı zamanda dilekçe hakkının yükümlüsü olduğu gerçeğini değiştirmez.

Dilekçe hakkı, tek başına veya başkalarıyla birlikte kullanılabilen bir temel haktır. Bu husus Federal Anayasa'nın 17. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Kişiler yalnızca kendilerinin değil ve ayrıca üçüncü kişilerin ya da toplumun genelinin hak ve menfaatlerinin korunması için de dilek ve şikâyetlerini yetkili makamlara veya halk temsilciliğine sunabilir⁶⁵. Dilekçe metnini kaleme alan kişi başkası namına dilek ve şikâyetlerini iletebilir ki, bu hâlde kişinin dilekçesi ile beraber geçerli bir vekâletname ibraz etmesi şarttır⁶⁶. Dilekçenin başkalarıyla birlikte verilmesi ile ya bu dilekçenin altına birden fazla kimsenin imza atması ya da birden fazla dilekçenin ayrı ayrı teslim edilmesi kastedilir⁶⁷. Toplu olarak hazırlanmış dilekçelerde, kişiler, en azından kendi imzalarını atarak belirlenebilir kılınmış olmalıdır⁶⁸. Dilekçe hakkının süjeleri ile ilgili yapılacak açıklamada, Federal Anayasa'nın 17a maddesi üzerinde özellikle durulması gerekir. Çünkü bu hüküm uyarınca askerlik veya yedek hizmetler hakkındaki yasalar, silahlı kuvvetlerin ve yedek hizmet mensuplarının dilekçe haklarının askerlik ya da yedek hizmet görevi süresince toplu bir şekilde kullanılmasını sınırlandırabilir⁶⁹. Diğer bir anlatımla askerlik veya yedek hizmet görevinde bulunan bir kimse dilek veya şikâyetlerini tek başına iletebilirken, yasa koyucu tarafından kabul edilecek bir hükümle dilekçe hakkının başka kişilerle kullanılması önlenir.

5. Hakkın Yükümlüleri

Federal Anayasa md. 17, hukuki niteliği itibariyle bir sübjektif kamu hakkı olan dilekçe hakkının yükümlüsü olarak iki farklı muhatap belirlemiştir. Bu noktada dilek ve şikâyetler, halk temsilciliğine veya yetkili makamlara yöneltmiş olmalıdır. Halk temsilciliği ile evvela Federal Meclis

⁶⁴ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 72; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 35, s. 1658; Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 7, s. 709; Hartmut Bauer, **Artikel 17**, Rdnr. 22, s. 1486; Helge Sodan, **Artikel 17**, Rdnr. 4, s. 192; kamu tüzel kişileri ile ilgili olarak aksi yönde bkz. Alfred Katz / Gerald Sander, **Staatsrecht**, Rdnr. 891, s. 492.

⁶⁵ Günter Krings, "Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG", s. 476.

⁶⁶ Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 9, s. 711; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 26, s. 1655.

⁶⁷ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 5.

⁶⁸ Hans D. Jarass, **Artikel 17**, Rdnr. 4, s. 439.

⁶⁹ <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

ve federe meclisler anlatılmak istenir⁷⁰. Zira bu iki meclis de seçimle göreve gelmiş olan halkın seçtiği milletvekillerinden oluşur. 17. maddede halk temsilciliği ifadesi kullanıldığından, Federal Konsey bu nitelikte değildir⁷¹. Federal Anayasa'nın 51. maddesinin 1. fıkrası gereğince Federal Konsey, federe hükümetlerin atayıp, görevden alabildiği üyelere teşekkül eder⁷². Söz konusu düzenlemeye göre halkın bu organın üyelerinin tayin edilmesinde doğrudan bir etkisinin bulunmadığı, bu nedenle, bir halk temsilciliğinin mevcut olmadığı savunulabilir. Benzer yönde bir tespitin, dilekçeleri teslim alma, inceleme ve cevap verme yükümlülüğü bulunmayan federal ve federe milletvekilleri veya siyasi parti grupları açısından da yapılması mümkündür⁷³. Ancak, aynı hususun, meclislerin bir alt organı konumundaki dilekçe komisyonu için geçerli olmadığı, ihtisas komisyonlarının kendilerine sunulan dilekçeyi Meclis Başkanına göndereceği, Başkanın ise bu dilekçeyi, dilekçe komisyonuna sevk edeceği ileri sürülmüştür⁷⁴. Ayrıca, halk temsilciliği geniş yorumlanarak, yerel yönetim organları – belediyeler ve bölge meclisleri – da bu kapsama dâhil edilmelidir⁷⁵. Federal Anayasa md. 17'nin lafzı tahlil edildiği zaman, “yetkili” ifadesinin yalnızca “makamlar” için kullanıldığı, halk temsilciliği kavramının başında bu nitelemenin yer almadığı görülür. Federal Alman hukukunda bu meseleye dikkat çekilmiş ve halk temsilciliğine iletilen dilekçelerin de yetki koşuluna uyması gerektiği öne sürülmüştür⁷⁶.

Federal Alman anayasa yapıcısı tarafından dilek veya şikâyetlerin yöneltilebileceği bir diğer muhatap olarak “yetkili makamlar” tespit edilmiştir. Federal İdari Yargılama Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrası uyarınca kamusal görevlerin yerine getirilmesini üstlenen her merci, bu Kanun'un uygulanması açısından “makam” kabul edilir⁷⁷. Federal Alman

⁷⁰ Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 45, s. 1661; Karl-Heinz Mattern, “**Dilekçe Hakkı**”, s. 7.

⁷¹ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 103. Fakat bu durum, Federal Konsey'in Federal Anayasa md. 17 çerçevesinde “yetkili makam” olarak değerlendirilmesine engel değildir. Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 20.

⁷² <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁷³ Hans Hofmann, **Artikel 17**, Rdnr. 13, s. 576; Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 21; Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 111; bu konuda aksi yönde bkz. Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 10, s. 712.

⁷⁴ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 112.

⁷⁵ Hartmut Bauer, **Artikel 17**, Rdnr. 30, s. 1488; Hans D. Jarass, **Artikel 17**, Rdnr. 6, s. 440.

⁷⁶ Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 476–477.

⁷⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

hukuk öğretisinde de Anayasa md. 17'nin bütün kamusal güçleri dilekçe hakkının yükümlüsü olarak öngördüğü ifade edilmiştir. Bu görüşe göre Federal Anayasa md. 1/3 gereğince temel hakların bağlayıcı etkisine tabi kamusal erkler, yani federal ve federe makamlar ile bunlara bağlı olarak kamusal faaliyetler yürüten merciler bu kapsamda sayılır⁷⁸. Hatta özel hukuk hükümlerine göre kamusal görevlerini yerine getiren idari kuruluşlar da “makam” kavramına dâhildir⁷⁹. Böylelikle, temsili organ sıfatı bulunmayan, bu nedenle, halk temsilciliği olarak değerlendirilmeyen Federal Konsey⁸⁰, federal ve federe bakanlar⁸¹, dilekçelerin sunulabileceği “makamlar” arasında yer alır. Federal Anayasa md. 17'de bahsedilen “yetkili” kavramı ile dilekçeleri teslim alma, dilekçelerin konusunu teşkil eden dilek ve şikâyetleri araştırma ve yanıtlama yükümlülüğü bulunan makamlar kastedilmekle birlikte, dilekçe hakkının pozitif statü niteliğinin gereği olarak, yetkisiz makamların kendilerine ibraz edilen dilekçeleri sevk etme zorunluluğunun bulunduğu unutulmamalıdır⁸².

Görüldüğü gibi, özellikle Anayasa md. 17'de belirtilen “yetkili makam” ifadesi öğretide geniş yorumlanmaktadır. Bu durum, uygulamada neredeyse bütün kamusal makamların dilekçe hakkının yükümlüsü olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. Bununla beraber belirli makamların bu mahiyette kabul edilmediğinin altı önemle çizilmelidir. Örneğin, Federal ve Federe Sayıştay, dilekçe hakkının kullanılabilmesi için bir makam değildir. Çünkü öğretide, hukuki niteliği itibarıyla Sayıştay'ın bağımsız bir finansal denetim organı olup, ne yasama ne de yürütme yetkisine sahip olduğu savunulmuştur⁸³. Ayrıca, yine “yetkili makam” kavramına, yargı yetkisini kullanmakta olan mahkemeler de esas olarak dâhil değildir. Bu noktada Federal Anayasa'nın 19. maddesinin 4. fıkrası işlevsel bir rol oynar. Bu düzenlemeye göre bir kamusal organ tarafından temel hakları ihlal edilen bir kişinin yargı yoluna başvurma hakkı vardır. Dolayısıyla, mahkemelere yapılacak başvurular açısından Federal Anayasa'nın bu hükmünün, md. 17 karşısında özel hüküm olduğu iddia edilebilir⁸⁴. Fakat bu tespitin,

⁷⁸ Volker Epping, **Grundrechte**, Rdnr. 1005, s. 441.

⁷⁹ Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 851; benzer yönde ayrıca bkz. Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 18; Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 99.

⁸⁰ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 20.

⁸¹ Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 46, s. 1661; Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 851.

⁸² Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 86; Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 477.

⁸³ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 19.

⁸⁴ Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 8.1.

mahkemelerin yargı kararları için anlam taşıdığı, bu nitelikte olmayan idari faaliyetleri bakımından yargı organlarının da Anayasa md. 17 ekseninde kamusal görev ve yetkileri bulunan bir “makam” olduğu göz ardı edilmemelidir⁸⁵.

6. Hakkın Konusu

Federal Anayasa md. 17’de hükme bağlanan dilekçe hakkının içeriğini, belirli bir yönde öne sürülen dilek ve şikâyetler teşkil eder. Burada evvela dilek ve şikâyet kavramları arasındaki fark üzerinde durmak gerekir. Dilek, kişilerin, yetkili makamlardan ya da halk temsilciliğinden, kamusal görevlerin yerine getirilmesi sürecinde bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını talep etmesi ya da önermesi anlamına gelir. Öğretide, kamusal faaliyetlerin iyileştirilmesine yönelik yapılan uyarılar ve hazırlanan kanun önerileri de dilek olarak değerlendirilir⁸⁶. Şikâyet kavramı ise devlet organlarının, makamların ya da diğer kurumların belirli bir davranışta bulunması veya bulunmaması hususunda ileri sürülen itiraz olarak tanımlanabilir⁸⁷. Şikâyetin kişisel niteliği öne çıkar. Şikâyet mekanizması aracılığıyla belirli bir kamusal faaliyetin yürütülmesi sürecinde kişi tarafından tespit edilen aksaklık somut olarak ortaya konulur. Fakat dilek şeklindeki bir başvuru bakımından bu esas geçerli değildir. Şikâyetin kişisel mahiyetine karşılık dilek niteliğindeki bir başvuru, bir veya birden çok kişinin kendilerini veya toplumu ilgilendiren bir meselede alınması gereken tedbirleri ve istekleri açıkladığından genel niteliklidir⁸⁸.

Dilekçe hakkının konusu ile ilgili olarak tartışmalı olan en temel hususlardan birini, bilgi ve belgelere erişim yönünde öne sürülen talebin, Federal Anayasa’nın 17. maddesi bağlamında bir “dilek” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği oluşturur. Bu sorunun kökeninde, Anayasa md. 5/1 yatar. Bu hüküm uyarınca herkesin, kamuya açık

⁸⁵ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 102.

⁸⁶ Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 850; Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 41.

⁸⁷ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 41.

⁸⁸ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 23. Bası, İstanbul, Eylül 2019, s. 288. Ayrıca, hak ihlaline karşı yargısal yola başvurmak, bir dilek veya şikâyet olarak kabul edilmez. Çünkü bu durum, Federal Anayasa md. 19/4’te özel olarak ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 851; benzer yönde ayrıca bkz. Hans Hofmann, **Artikel 17**, Rdnr. 8, s. 566. Dilekçe hakkının konusunu oluşturan dilek veya şikâyetler, yetkili makamlara veya halk temsilciliğine herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın her zaman yöneltilebilir. Dilekçe hakkının hukuki niteliği bu tür bir kısıtlamayı reddeder. Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 66.

kaynaklardan, hiçbir engelle karşılaşmadan bilgi edinme hakkı vardır⁸⁹. Federal Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre belirli bilgi ve belgelerin talep edilmesine ilişkin dilekçelerin Federal Anayasa md. 17’de düzenlenmiş olan dilekçe hakkı çerçevesinde değil, yine bu Anayasa’nın 5. maddesinde kurala bağlanan bilgi edinme hakkı ekseninde ele alınması gerekir⁹⁰. Zira burada genel bir talep söz konusu değildir, aksine belirli bir bilgi veya belge istenmektedir. Diğer bir görüş bir adım daha ileriye gitmiş ve Federal Anayasa’nın 5. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin md. 17 karşısında bir özel hüküm niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır⁹¹. Öğretide benzer bir görüş de bu dilekçelerin, salt düşünce açıklaması mahiyetinde olmadığını, kişilerin somut talep ve isteklerini içerdiğini tespit etmekle beraber, bilgi ve belgelere erişimle ilgili olan başvuruların, Federal Anayasa md. 5/1 karşısında dilekçe hakkının konusu olamayacağını belirlemiştir⁹². Öğretide ortaya atılan bu farklı görüşler bir kenara, bilgi ve belgelerin talep edilmesinin Federal Anayasa md. 17’nin kapsamında olması hak sahibi bakımından güvenceli bir durum yaratmaz. Bu tespit, özellikle Federal Anayasa md. 5/1 göz önünde bulundurulduğunda geçerlidir. Bu hâlde, dilekçeyi kaleme alan kişinin, bilgi ve belgelerin kendisine verilmesi ile ilgili bir talep hakkı bulunmamakta; kişi, yalnızca dilekçenin teslim alınarak incelenmesini, istemi hakkında bir karar verilmesini isteyebilmektedir⁹³. Başka bir anlatımla dilekçe ile ilgili yapılan araştırma neticesinde bu dilekçeyi yazan kişinin isteminin kabul edilmesi yönünde bir hak doğmaz⁹⁴. Oysa bu esas, Federal Anayasa’nın 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bilgi ve belgelere erişim hakkı için geçerli değildir.

7. Hak İhlaline Karşı Yargısal Başvuru Yolları

Usulüne uygun bir şekilde hazırlanan dilekçenin yetkili makamlar veya halk temsilciliği tarafından teslim alınmaması, incelenmemesi, araştırılmasına rağmen olumlu ya da olumsuz bir karar ile sonuçlandırılmaması hâlinde dilekçe hakkı ihlal edilmiş olur. Gerçekten, dilekçe hakkı ile ilgili gerçekleştirilen araştırma sonucunda verilen karar

⁸⁹ <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

⁹⁰ Martin Pagenkopf, **Artikel 17**, Rdnr. 19, s. 715; Karl-Heinz Mattern, “**Dilekçe Hakkı**”, s. 10.

⁹¹ Hartmut Bauer, **Artikel 17**, Rdnr. 25, s. 1487; Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 24, s. 1655.

⁹² Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 20, s. 1654.

⁹³ Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**”, s. 850.

⁹⁴ Günter Krings, “**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**”, s. 478.

Federal Anayasa md. 19/4 gereğince kamu gücüne dayanan bir işlemdir. Daha önce de belirtildiği gibi, bu hükme göre kamusal makamlar tarafından hakkı ihlal edilen kişilerin yargısal yola başvurma hakkı bulunur. Böylelikle, dilekçesi teslim alınmayan, yeterli biçimde incelenmeyen veya dilekçenin konusunu teşkil eden dilek ya da şikâyeti karara bağlanmayan kişi, Federal Anayasa md. 17'den doğan hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yargı yoluna başvurabilir. Bu başvuru yeri ise evvela idare mahkemesidir. Bu durum sadece idari makamlara değil ve ayrıca, meclislere sunulan dilekçeler bakımından da geçerlidir. Bu başvuru neticesinde idari yargıdan bu dilekçenin teslim alınması, içerik açısından araştırılması ya da somut bir karara bağlanması istenebilir⁹⁵. Fakat idare mahkemesi, kararında, dilekçenin içeriği ile ilgili bir inceleme yaparak karar veremez; özellikle dilekçenin konusu olan dilek ya da şikâyetin yerine getirilmesi yönünde bir hüküm tesis edemez⁹⁶.

Öğretide, yetkili makam veya halk temsilciliği tarafından dilekçe ile ilgili verilen teslim almama, dilekçenin içeriğini araştırmama ya da bir karara bağlamama durumuna ilişkin kararın hukuki niteliği itibarıyla bir “idari işlem” olmadığı iddia edilmiştir. Bu görüşün gerekçesi olarak ise bu kararın dış dünyada doğrudan bir hukuki sonuç doğurmaması gösterilmiştir⁹⁷. Burada bir “idari işlem” bulunmadığından öğretide “genel eda davası (allgemeine Leistungsklage)” olarak nitelendirilen bir yargısal yola başvurulabileceği ileri sürülmüştür⁹⁸. Her ne kadar, Federal İdari Yargılama Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiş olsa da bu dava yöntemi ile belirli bir davranışta bulunulması, bu davranıştan kaçınılması veya buna izin verilmesi amaçlanır⁹⁹. Söz konusu dava idari yargılama usulünde uygulama alanı bulan, iptal ve tam yargı davaları dışında kalan istisnai bir başvuru yolu olarak ortaya çıkar. İdari yargıdan sonuç alınmaması ihtimalinde olağan kanun yollarının tüketilmiş olması kaydıyla anayasa şikâyeti de işletilebilir. Nitekim bu husus, Federal Anayasa md. 93/1–4a’da açıkça kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme doğrultusunda “kamu gücü” tarafından kendi temel haklarından birinin ya da 20/4, 33, 38, 101, 103 ve 104. madde ekseninde güvence altına alınmış olan haklarının ihlal edildiğini ileri süren

⁹⁵ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 128; Lars Brocker, **Artikel 17**, Rdnr. 29; benzer yönde ayrıca bkz. Alfred Katz / Gerald Sander, **Staatsrecht**, Rdnr. 892, s. 482.

⁹⁶ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 132.

⁹⁷ Hans H. Klein, **Artikel 17**, Rdnr. 90.

⁹⁸ Michael Brenner, **Artikel 17**, Rdnr. 43, s. 1660.

⁹⁹ Wolf–Rüdiger Schenke, **Verwaltungsprozessrecht**, C. F. Müller Verlag, 12. Auflage, Heidelberg, 2009, s. 110.

herkes anayasa şikâyeti yolunu kullanabilir¹⁰⁰. Dilekçe hakkı bu nitelikte olduğu için bu hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir kişi, anayasa şikâyetine ilişkin şartlara – olağan kanun yollarının tüketilmiş olması, süresi içinde başvuru vb.¹⁰¹ – uymak koşuluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir¹⁰².

III. Dilekçe Komisyonunun İşlevi Üzerine

Federal Alman Anayasası'nda, 19 Temmuz 1975 tarihinde yapılan değişiklik ile dilekçe hakkının işlevini artıran temel bir adım atılmıştır¹⁰³. Anayasa md. 45c uyarınca Federal Meclis, Federal Anayasa md. 17 ekseninde kendine yöneltilen şikâyetleri içeren dilekçelerle ilgilenmek üzere bir dilekçe komisyonu kurar. Bu komisyonun görev ve yetkileri, federal düzeyde çıkarılan bir kanunla tespit edilir¹⁰⁴. 19 Temmuz 1975 tarihli Dilekçe Komisyonunun Yetkileri Hakkında Kanun burada yön gösterici bir niteliğe sahiptir. Anılan bu Kanun'un 1. maddesine göre dilekçe komisyonu, kendi görev alanına dâhil olan dilekçe ile ilgili karar vermeden evvel bu dilekçe ile ilgili her türlü bilgi ve belgenin kendisine verilmesini isteyebilir. Yine bu Kanun'un 3. maddesi gereğince dilekçe komisyonunun, bilgi ve belgelerin temin edilmesi yönündeki talebi, ancak bu hususların gizli tutulması yasal düzeyde hükme bağlanmışsa ya da gizlilik konusunda diğer bir zorlayıcı sebep somut olayda bulunmaktaysa reddedilebilir¹⁰⁵. Ret kararı

¹⁰⁰ <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

¹⁰¹ Rudolf Mellinghof, "Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti", **AYD**, Cilt 26, 2009, s. 41 vd.

¹⁰² Hans Hofmann, **Artikel 17**, Rdnr. 2, s. 564; Günter Krings, "**Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG**", s. 478.

¹⁰³ Federal Alman anayasa hukukunda "dilekçe komisyonu" ilk defa Federal Meclis İçtüzüğü md. 108 vd. maddelerinde düzenlenmişti. O dönem dilekçe komisyonunun idari organlar ve yurttaşlar karşısında özel yetkileri yoktu. Gerald Kretschmer, Artikel 45c, in Bruno Schmidt–Bleibtreu / Hans Hofmann / Axel Hopfauf (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, Carl Heymanns Verlag, 11. Auflage, Köln–München, 2008, Rdnr. 2, s. 1074.

¹⁰⁴ <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020. Benzer hükümlere federe düzeyde (15 Aralık 1947 tarihli Saarland Anayasası md. 78, 6 Haziran 1952 Tüvingiya Anayasası md. 25a ya da 11 Kasım 1953 tarihli Baden–Württemberg Anayasası md. 35a vb.) de yer verildiği görülür. Bkz. <http://www.verfassungen.de/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020. Bununla birlikte, Baviera'da, Hessen'de ve Aşağı Saksonya'da, dilekçe komisyonunun kurulması gerektiği ve komisyonun faaliyet ve görev alanı ile ilgili kurallar anayasal düzeyde ele alınmamıştır. Bu konuda bkz. Hartmut Bauer, "**§ 117 Petitionsrecht**", Rdnr. 25, s. 413.

¹⁰⁵ Benzer nitelikli bir düzenlemeye 18 Mayıs 1947 tarihli Renanya–Palatina Anayasası md. 90a'da yer verilmiştir. Bilgi ve belgelerin bir takım zorlayıcı koşullar sebebiyle gizli

hakkında en üst düzey yetkili federal denetim organı karar verir. Bu kararın gerekçeli olması şarttır. 4. madde uyarınca dilekçe komisyonu, dilekçeyi kaleme alan kişiyi, tanıkları ve uzmanları dinleme yetkisine sahip olup¹⁰⁶, Kanun'un 6. maddesine göre bu komisyon, her somut olay bakımından bu konuda sahip olduğu yetkilerini, bir veya birden fazla üyesine devredebilir. Başka bir anlatımla genel bir yetki devri gerçekleşmez. Kanun'un 7. maddesinde, yargısal ve idari organların dilekçe komisyonuna veya komisyon tarafından yetkilendirilmiş üye ya da üyelere kamusal görev ve yetkilerin yerine getirilmesi sırasında yardımcı olması gerektiği düzenlenmiştir¹⁰⁷.

Dilekçe komisyonuna tanınmış olan görev ve yetkiler, bu Kanun dışında Federal Meclis İçtüzüğü'nde de kurala bağlanmıştır. Federal Meclis İçtüzüğü md. 108/2 doğrultusunda Dilekçe Komisyonunun Yetkileri Hakkında Kanun'da aksi yönde bir hüküm kabul edilmediği müddetçe dilekçelerin Federal Meclis İçtüzüğü dikkate alınarak incelenmesi gerekir.

tutulması gerekiyorsa, dilekçe komisyonuna verilmesi durumunda federal devletin veya bir federe devletin zarar görmesi söz konusu olacaksa ya da üçüncü kişilerde geri dönüşü mümkün olmayan önemli bir zarar gerçekleşecekse, bilgi ve belgeler dilekçe komisyonuna teslim edilmez.

<http://www.verfassungen.de/rlp/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

¹⁰⁶ Bu kişiler dilekçe komisyonunun davetine uymazsa, dilekçe komisyonu soruşturma komisyonunun aksine zorla getirme kararı veremez. Hans H. Klein, **Artikel 45c**, Rdnr. 18; aynı yönde bkz. Bodo Pieroth, Artikel 45c, in Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, Rdnr. 2, s. 713; Gerald Kretschmer, **Artikel 45c**, Rdnr. 20, s. 1079.

¹⁰⁷ https://www.bundestag.de/ausschuesse/a02/petitionsausschuss_befugnisse-532078, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020. Benzer hükümler, federe anayasalar tarafından da kabul edilmiştir. 15 Aralık 1947 tarihli Saarland Anayasası md. 78/2 gereğince dilekçe komisyonu, federe hükümetten, üyelerinden ya da diğer bir yüksek federe organdan gerekli bilgi ve belgeleri talep edebilir veya dilekçeyi yazan ya da diğer kişileri dinleyebilir. 21 Ekim 1947 tarihli Bremen Anayasası md. 105/4'e göre de bilgi ve belgelerin dilekçe komisyonu veya bu komisyonun yetkilendirildiği üyeler ile paylaşılması gerekir, fakat ilgilinin üstün bir menfaati veya gizli tutulması için kamusal bir yarar söz konusuysa, bilgi ve belgelerin verilmesi reddedilebilir. Benzer yönde bir düzenleme 13 Mayıs 2008 tarihli Schleswig–Holstein Anayasası'nın 19. maddesinde de yer alır. 18 Mayıs 1947 tarihli Renanya–Palatina Anayasası md. 90a ise bir adım daha ileriye gitmiş ve dilekçe komisyonunun bilgi verme yükümlülüğüne tabi olanların kapsamını diğer anayasalar ile kıyaslandığında önemli bir biçimde genişletmiştir. Buna göre kamusal organlar dışında özel hukuk tüzel kişileri, federe devletlerin gözetiminde kamusal faaliyetlerde bulunmak şartıyla hak ehliyetine sahip olmayan dernekler ve gerçek kişiler de bu yükümlülüğe tabidir. <http://www.verfassungen.de/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

Meclis İÇtüzüğü'nün 109. maddesinin birinci fıkrasında, Federal Meclis Başkanı'nın, Federal Meclis'e teslim edilmiş dilekçeleri dilekçe komisyonuna sevk edeceği düzenlenmiştir. Yine bu maddenin ikinci fıkrası gereğince komisyona dilekçe veren federal milletvekilleri talep etmeleri durumunda oy hakkına sahip olmaksızın komisyon görüşmelerine katılabilir. Dilekçe komisyonu, dilek ve şikâyetlerle ilgili inceleme yaparken esas alacağı temel ilkeleri belirler ve bu ilkeleri her bir olayda kararının gerekçesini oluştururken göz önünde tutar (Md. 110/1). Dilekçeyi hazırlayan kişinin, tanık veya uzmanların dinlenmesi hâlinde ilgili Federal Hükümet üyesinin derhâl bilgilendirilmesi gerekir (Md. 110/3). Meclis İÇtüzüğü md. 112 çerçevesinde dilekçe komisyonu, incelediği dilekçelerle ilgili olan raporları “tavsiye kararı” ile birlikte her ay Federal Meclis'e gönderir. Ayrıca, dilekçe komisyonu, kendi faaliyetleri hakkında Federal Meclis'e her sene bir rapor hazırlar. Bu raporlar dağıtıldıktan üç hafta sonra görüşülür; raportörler dilerse, bu raporlar ile ilgili sözlü açıklamada bulunabilir. Siyasi parti grupları ya da milletvekillerinin yüzde beşi isterse, bu raporlar hakkında Federal Meclis Genel Kurulu'nda görüşme açılır¹⁰⁸. Dilekçenin nasıl sonuçlandırıldığı ile ilgili olarak dilekçeyi sunan kişi gerekçeli bir yazıyla bilgilendirilir¹⁰⁹.

Bu bağlamda kişilerin dilekçe hakları ile ilgili olarak Federal Meclis İÇtüzüğü md. 125'e de dikkat çekmek gerekir. Bu hüküm uyarınca Federal Meclis'in seçim dönemi sona erince tüm önergeler tamamlanmış kabul edilir. Bu husus bir karar verilmesini gerektirmeyen önergeler ve dilekçeler açısından geçerli değildir¹¹⁰. Dolayısıyla, dilekçe komisyonuna ibraz edilmiş olan bir dilekçe seçim dönemi sonlansa bile hüküm ve sonuçlarını

¹⁰⁸ Federal Meclis Genel Kurulu'nda, bu raporlarla ilgili olarak bugüne kadar görüşme açılmadığı vurgulanmalıdır. Bkz. Norbert Achterberg / Martin Schulte, Artikel 45c, in Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Franz Vahlen Verlag, Band II, München, 2005, dipnot 42, s. 1257.

¹⁰⁹ https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020. Bu aşamada dilekçe komisyonunun Federal Meclis'in bağımsız bir organı sıfatıyla en önemli parlamenter denetim araçlarından biri olduğu ifade edilmelidir. Lars Brocker, Artikel 45c, in Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.), **BeckOK Grundgesetz**, C. H. Beck Verlag, 41. Edition, München, 2019, Rdnr. 3. Federal Alman hukuk öğretisinde, dilekçe komisyonu, yerine getirdiği işlevler sebebiyle bir “erken uyarı sistemi” olarak görülmüştür. Federal Meclis, dilekçe komisyonu vasıtasıyla hukuka aykırı idari faaliyetlerden ve kanunların uygulanması sırasında yaşanan aksaklık ve tutarsızlıklardan bilgi sahibi olabilmektedir. Norbert Achterberg / Martin Schulte, **Artikel 45c**, Rdnr. 2, s. 1250.

¹¹⁰ https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

doğurmaya devam eder¹¹¹. Dilekçeler bakımından bu tür bir istisna öngörülmesi, dilekçe hakkının etkinliğini artıran bir yapı arz eder. Zira bu ihtimalde kişiler, dilekçelerini yenilemeksizin dilek ve şikâyetlerini ifade edebilirler ki, bu durum, dilekçe hakkının kullanılmasını kolaylaştırır. Dilekçe hakkının pozitif statü niteliğini güçlendiren bir diğer özellik de dilekçe komisyonuna tanınmış geniş yetkilerdir. Yukarıda işaret edildiği gibi, bu komisyon, diğer kamusal mercilerden farklı olarak, dilekçenin konusunu teşkil eden dilek ve şikâyetler hakkında inceleme yapmak ve bu araştırma neticesinde belirli bir karar vermek için bilgi ve belgeleri toplayabilir. Belirli hâller istisna olmak üzere kamu makamlarının bilgi ve belgeleri teslim etmek durumunda olmasının, dilekçelerin konusunu oluşturan dilek ve şikâyetlerin gereğinin yapılmasında işlevsel bir rol oynayacağı açıktır. Dilekçeyi kaleme alarak teslim eden kişi ile dilekçe komisyonu arasında dilekçenin incelenmesi sürecine ilişkin yaşanan uyuşmazlıkların ise idari yargı denetimine tabi olduğu belirtilmiştir¹¹².

IV. Sonuç

Temel hakların ortaya çıkış sürecinde birkaç asırlık geçmişe dayanan bir sübjektif kamu hakkı olan dilekçe hakkı anayasa hukuku bakımından hem negatif hem de pozitif statü mahiyete sahiptir. Dilekçe hakkının bu niteliği sebebiyle kamusal makamların ve halk temsilciliğinin, söz konusu hakkın gereğinin yerine getirilmesinde müdahale etmeme yükümlülüğü bulunduğu gibi, dilekçe hakkının önündeki engelleri kaldırma ve bu hakkı gerçekleştirme zorunluluğu da vardır. Daha önce vurgulandığı gibi, kişilerin dilekçe hakkının konusu olan dilek ve şikâyetlerin hayata geçirilmesi hususunda bir hakkı bulunmaz. Bu durum dilekçe hakkının etkinliğini tartışmalı bir hâl getirirse de Federal Alman anayasa hukukunda anılan hakkın işlevini hâlâ korumaya devam ettiği sonucuna varılabilir. Çalışma kapsamında üzerinde durulan görüşler ekseninde bu tespitin dayandığı gerekçeler şu şekilde sıralanabilir: Evvela, dilekçesi teslim alınmayan, incelenmeyen veya araştırılmakla birlikte dilekçenin içeriği hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmeyen kişinin dilekçe hakkı ihlal edilmiş olur. Bu ihlale karşı yargısal denetim yolunun işletilebilmesi dilekçe hakkı açısından önemli bir güvencedir. Federal Alman hukukunda da dilekçe hakkı ihlal edilmiş olan bir kimse, idare mahkemesine, bu yargı yolundan

¹¹¹ Hans Hofmann, **Artikel 17**, Rdnr. 2, s. 578; Gerald Kretschmer, **Artikel 45c**, Rdnr. 6, s. 1076. Seçim dönemi sona erdiği zaman diğer komisyonlar gibi dilekçe komisyonu da dağılır. Hans H. Klein, **Artikel 45c**, Rdnr. 19.

¹¹² Gerald Kretschmer, **Artikel 45c**, Rdnr. 23, s. 1080.

sonuç alamaması durumunda ise olağan kanun yollarını tüketmek şartıyla, Federal Anayasa md. 93/1–4a doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyeti başvurusunda bulunabilir.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer nokta, dilekçe hakkının, siyasal kararların alınması sürecinde arz ettiği önemdir. Dilekçe hakkı, özellikle de toplu olarak kullanıldığında, geniş halk kitlelerinin, yönetimle ilgili kararları etkilemesine olanak tanır. Dilekçe hakkının, bu niteliği ile yarı–temsili hükümet araçlarından biri olduğu söylenebilir¹¹³. Gerçekten, dilekçe komisyonuna teslim edilmiş dilekçelerin konusunu oluşturan dilek ve şikâyetlerin yerine getirilmesi yönünde bir hakkın bulunmadığı konusunda şüphe yoksa da kişilerin istemlerinin yasa koyucu tarafından bütünüyle göz ardı edilebileceğini savunmak hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Çünkü dilekçe hakları ihlal edilmiş vatandaşların elinde “seçme hakkı” gibi bir araç vardır. Dilek ve şikâyetleri göz ardı edilen yurttaşlar, bir sonraki seçimde bu durumu dikkate alarak oylarını kullanabilirler. Seçimlerde oy kaybetmek istemeyen milletvekilleri, yurttaşların dileklerinin gerçekleştirilmesi, şikâyetlerinin giderilmesi için özel olarak çaba gösterebilir. Bu hususun, dilekçe hakkının etkin bir hâl almasını sağlayacağı açıktır. Kaldı ki, yukarıda da açıklandığı gibi, dilekçe komisyonuna verilen geniş yetkiler bu işlevi daha da artırdığı gibi, dilek ve şikâyetlerin elektronik dilekçelerle ifade edilebilmesi bu hakkın kullanılmasını kolaylaştırır. İşte bütün bu hususlar, dilekçe hakkını Federal Alman anayasa hukuku ölçeğinde işlevsel bir mekanizma olarak ortaya çıkarır.

KAYNAKÇA

- ACHTERBERG Norbert / SCHULTE Martin, Artikel 45c, in Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Franz Vahlen Verlag, Band II, München, 2005, Rdnr. 1–79, s. 1249–1272.
- ARMAĞAN Servet, “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Nisan 1953 Tarihli Kararı – IBVR 162/51 (Dilekçe Hakkının Kullanılması, Dilekçe ile İdari Mercilerin Münasebeti)”, **İÜHFİM**, Cilt 36, Sayı: 1–4, s. 561–575 [Bu eser, Servet Armağan, “**Federal Alman Anayasa Mahkemesinin...**” olarak kısaltılmıştır.].
- BAUER Hartmut, Artikel 17, in Horst Dreier (Hrsg.), **Grundgesetz Kommentar**, Mohr Siebeck Verlag, Band I, Tübingen, 2004, Rdnr.1–52, s. 1475–1495.

¹¹³ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 288.

- BAUER Hartmut, “§ 117 Petitionsrecht”, in Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, C. F. Müller Verlag, Band V, Heidelberg, 2013, s. 389–462.
- BRENNER Michael, Artikel 17, in Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Franz Vahlen Verlag, Band I, München, 2005, Rdnr. 1–65, s. 1647–1667.
- BROCKER Lars, Artikel 17, in Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.), **BeckOK Grundgesetz**, C. H. Beck Verlag, 41. Edition, München, 2019, Rdnr. 1–32.
- BROCKER Lars, Artikel 45c, in Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.), **BeckOK Grundgesetz**, C. H. Beck Verlag, 41. Edition, München, 2019, Rdnr. 1–23.
- DEMİR Fevzi, “Bireysel Başvuru Yolları Hakkında”, **Yasama Dergisi**, Sayı 30 (Özel Sayı), Mayıs–Haziran–Temmuz–Ağustos 2015, s. 93–107.
- EPPING Volker, **Grundrechte**, Springer Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012.
- GERNER Thomas, “Das Petitionsrecht nach Artikel 17 des Grundgesetzes, Eine Analyse der Tragweite des Petitionsrechts unter Berücksichtigung des zunehmenden Einflusses moderner Kommunikationsmittel, **NZS**, 2012, 847–852 [Bu eser Thomas Gerner, “**Das Petitionsrecht...**” olarak kısaltılmıştır.].
- HOFMANN Hans, Artikel 17, in Bruno Schmidt–Bleibtreu / Hans Hofmann / Axel Hopfau (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, Carl Heymanns Verlag, 11. Auflage, Köln–München, 2008, Rdnr. 1–19, s. 563–579.
- JARASS Hans D., Artikel 17, in Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, Rdnr. 1–11, s. 438–441.
- KATZ Alfred / SANDER Gerald, **Staatsrecht**, C. F. Müller Verlag, 19. Auflage, Heidelberg, 2019.
- KLEIN Hans H., Artikel 17, in Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, Band IV, C. H. Beck Verlag, 88. Lieferung, München, August 2019, Rdnr. 1–142.
- KLEIN Hans H., Artikel 45c, in Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, Band IV, C. H. Beck Verlag, 88. Lieferung, München, August 2019, Rdnr. 1–23.
- KRETSCHMER Gerald, Artikel 45c, in Bruno Schmidt–Bleibtreu / Hans Hofmann / Axel Hopfau (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, Carl Heymanns Verlag, 11. Auflage, Köln–München, 2008, Rdnr. 1–24, s. 1073–1080.

- KRINGS Günter, “Die Petitionsfreiheit nach Art 17 GG”, **JuS**, 2004, s. 474–478.
- MATTERN Karl–Heinz, “Dilekçe Hakkı”, (Çeviren: Servet Armağan), **İÜHF**M, Cilt 35, Sayı 1–4 (Ayrı Bası), 1969, s. 1–22.
- MAURER Hartmut, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, C. H. Beck Verlag, 13. Auflage, München, 2000.
- MELLINGHOF Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, **AYD**, Cilt 26, 2009, s. 31–44.
- PAGENKOPF Martin, Artikel 17, in Michael Sachs (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar: 60 Jahre Grundgesetz**, C. H. Beck Verlag, 5. Auflage, München, 2009, Rdnr. 1–19, s. 707–715.
- PIEROTH Bodo, Artikel 45c, in Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, Rdnr. 1–2, s. 713–714.
- PIEROTH Bodo / SCHLINK Bernhard, **Grundrechte Staatsrecht II**, C.F. Müller Verlag, 28. Auflage, Heidelberg–München–Landsberg–Frechen–Hamburg, 2012.
- RIEZEBOS Kees, “Petitionsrecht in Deutschland und in den Niederlanden: Ein Ausblick auf das Europaparlament”, **ZParl**, Jg. 23, Heft 1, März 1992, s. 16–29.
- SCHENKE Wolf–Rüdiger, **Verwaltungsprozessrecht**, C. F. Müller Verlag, 12. Auflage, Heidelberg, 2009.
- SCHMIDT Rolf / SEIDEL Stephanie, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Rolf Schmidt Verlag, 5. Auflage, Bremen, 2001.
- SCHMITZ Heribert, “Einlegung einer Petition durch E–Mail?”, **NVwZ**, 2003, s. 1437–1440 [Bu eser, Heribert Schmitz, “**Einlegung einer Petition...**” olarak kısaltılmıştır.].
- SODAN Helge, Artikel 17, in Helge Sodan (Hrsg.), **Beck’scher Kompakt–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, München, 2009, Rdnr. 1–6, s. 191–193.
- ŞİMŞEK Oğuz, “Federal Alman Anayasa Hukuku’nda Temel Hakların Düşürülmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 94–112.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 23. Bası, İstanbul, Eylül 2019.
- ZIPPELIUS Reinhold / WÜRTEMBERGER Thomas, **Deutsches Staatsrecht**, C. H. Beck Verlag, München, 2008.

DİĞER KAYNAKLAR

- https://www.bundestag.de/ausschuesse/a02/petitionsausschuss_befugnisse-532078, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/a02_18/grundsuetze/verfahrensgrundsuetze-260564, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- [https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_2_\(1791\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_2_(1791)), Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/by/verf46-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/de06-66/verfassung48-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/de67-18/verfassung71-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/hb/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/he/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/hh/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/rlp/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/saar/verf47-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/sh/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.de/th/index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.eu/b/belgien31-index.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.
- <http://www.verfassungen.eu/f/fverf91-i.htm>, Çevrimiçi: 5 Ocak 2020.

*** KİŞİLİK HAKLARININ İNTERNET ORTAMINDA
TELİF HAKLARINA DAİR TEDBİR KARARI
VASITASIYLA KORUNMASI**
(PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS ON INTERNET THROUGH AN
INJUNCTIVE RELIEF UNDER COPYRIGHT LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can Pehlivanoğlu * **

ÖZ

İnternet ortamından yapılan yayınlar suretiyle kişilik haklarının ihlali günümüzde sıkça rastlanan bir olaydır. Bu yayınların etkisinin ivedilikle ortadan kaldırılması amacıyla öngörülen internet ortamına özel istisnai tedbir mekanizmaları ise ancak sınırlı sayıdaki hak ihlalleri açısından geçerli olmaktadır. Ülkemizde internet ortamına dair genel düzenleme durumundaki 5651 sayılı Kanun kişilik haklarının ihlaline özel istisnai bir tedbir mekanizması öngörmüş olsa da bu usulün ancak ilk bakışta ihlal halinde devreye sokulabileceği içtihat olunmuştur. Hal böyle olunca, alternatif bir dava stratejisi olarak, kişilerin internet ortamındaki görüntülerini içeren videolara karşı istisnai tedbir mekanizmalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Eldeki çalışmada, 5651 sayılı Kanun uyarınca tedbir imkanının işletilemediği hallerde, içerisinde kişilerin görüntülerinin yer aldığı videolara karşı 5846 sayılı Kanun Ek Madde 4 kapsamında tedbir mekanizmasının işletilip işletilemeyeceği hususu değerlendirilmektedir.

***Anahtar kelimeler:** FSEK Ek Madde 4, Erişimin Engellenmesi, Telif Hakkı İhlali, Kişilik Hakkı İhlali, İnternet.*

ABSTRACT

The internet is a venue where personality rights violations commonly take place. Injunctive reliefs which may be used to rapidly eliminate the effects of such violating internet- based publications are only available for specific types of violations. 5651 numbered Law provides a special injunctive relief mechanism for internet- based personality rights violations,

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 03.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 07.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 23.01.2020. Onaylanma Tarihi: 23.01.2020.

^{*} İstanbul Kent Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu (Adalet Pr.)

^{**} Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7326-1859.

Esere Atf Şekli: Murat Can Pehlivanoğlu, “*Kişilik Haklarının İnternet Ortamında Telif Haklarına Dair Tedbir Kararı Vasıtasıyla Korunması*”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.287-304.

but the judiciary has the view that such procedure may only be used for prima facie violations. Therefore, an alternative litigation strategy is necessary to provide an injunctive relief for persons whose rights are violated by the publication of videos including the persons' own image. In this paper, it is expressed that 5846 numbered Law Additional Article 4 may be applied to provide an injunctive relief against videos including a person's image, even when 5651 numbered Law's injunctive relief mechanism cannot be activated.

Keywords: FSEK Additional Section 4, Injunctive Relief, Copyright Violation, Personality Rights Violation, Internet.

I. GİRİŞ

İnternet, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahiptir¹. Aynı zamanda bir başkasının kişilik haklarına saldırı gerçekleştirilmesi için hızlı, kolay ve maliyetsiz bir mecra durumundadır. İnternetin suiistimal edilmesi suretiyle işlenen fiillere karşı mağdurların da aynı kolaylık, etkinlik ve hızlı korumaya sahip olması gerektiğinden² kanun koyucu 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun³ vasıtasıyla özel ve hızlı bir tedbir usulü öngörmüştür. Mezkûr kanun uyarınca “erişimin engellenmesi” tedbiri bir çekişmesiz yargı yolu olarak düzenlenerek, kanunda belirtilen konulardaki suiistimallere karşı başvurulabilecek bir mekanizma olarak yürürlüğe konmuştur⁴.

5651 sayılı Kanun, anayasanın özel olarak korunmasını öngördüğü belirli sosyal kesimlere yönelik saldırıların kolayca işlenmesini önleyici özel bir düzenleme olarak⁵, internet servis sağlayıcılarının internetteki hukuka aykırı içerik sebebiyle hukuki sorumluluklarının bulunmadığı durumlarda dahi tedbir kararlarını uygulama yükümlülüğü öngörmüştür. Bu doğrultuda kanunda internet ortamında yapılan yayınlardan kimlerin sorumlu olduğunu

¹ Anayasa Mahkemesi Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986 Karar Tarihi: 02/04/2014.

² **Tumay**, Murat: Denetim ve Özgürlük İkileminde İnternet Erişimi, İstanbul 2015, s.11.

³ Resmî Gazete Tarihi: 23/05/2007 Sayısı: 26530.

⁴ Kanunun ana hedefinin çocukları internet üzerindeki zararlı içerikten korumak olduğu açıklanmış iken, uygulamasının zamanla sistematik olarak yasal içeriklere erişimi engellemek için kullanıldığı yönünde bir eleştiri için bkz. **Altıparmak**, Kerem / **Akdeniz**, Yaman, 5651 sayılı Kanunun Değişiklik Tasarısının Getirdiği Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, <https://privacy.cyber-rights.org.tr>, E.T.: 31.12.2019.

⁵ 5651 sayılı Kanun Taslağı Genel Gerekçesi.

sınırlı şekilde sayarak gösterilmekte⁶, ayrıca erişimin engellenmesi tedbirinin hangi durumlarda uygulanabileceğini de sayma suretiyle belirtilmektedir⁷. Bu kapsamda, kişilik haklarına saldırılara karşı tedbir kararının koşulları da 5651 sayılı Kanun m. 9 hükmünde düzenlenmektedir⁸.

İnternet üzerinden kişilik haklarının ihlali durumunda 5651 sayılı Kanun'un işletiminde Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal ilkelerin uygulanacağı içtihat olunmuştur⁹. Dolayısıyla, her ne kadar bir kişi kendi fotoğrafı üzerinde kişilik hakkına sahip olduğundan buna karşı yapılan saldırıların önlenmesini isteme hakkı 5651 sayılı Kanun m. 9 dairesinde mevcut bulursa da¹⁰, maddenin tedbir mekanizmasının koşulları kanun metninde öngörülmediği (ancak isabetli) şekilde ağırlaştırılmıştır. Bu gerçekten hareketle eldeki çalışmada, internet ortamında yayınlanan ve içerisinde bir kişinin görüntüsünün yer aldığı videolara karşı 5651 sayılı Kanun m. 9 düzenlemesinin kullanılamayacağı hallerde, erişimin engellenmesi sonucunun elde edilebileceği 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹¹ (FSEK) Ek M. 4 düzenlemesinin alternatif bir dava stratejisi olarak kullanılıp kullanılamayacağı değerlendirilmektedir. Buna göre, kişinin salt video içerisindeki görüntüsü sebebiyle FSEK Ek M. 4 hükmünü işletmesi değerlendirilmiş, kişinin FSEK tahtında eser sahibi olarak hak iddiası çalışmanın kapsamına alınmamıştır.

II. KİŞİLİK HAKLARI VE KİŞİNİN KENDİ GÖRÜNTÜSÜ

T.C. Anayasası'nın 12. maddesi uyarınca, *"herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"*. Anayasanın üstünlüğü ilkesi dairesinde, anılan anayasal hak yatay bir

⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2016/17043 K. 2017/294 T. 18/01/2017.

⁷ Öğretide, 5651 sayılı Kanun m. 9 uyarınca fikri mülkiyet dışındaki özel hukuk uyumsuzluklarında internet sitelerine erişimin engellenmesi olasılığını kaldırdığı yönünde görüşler de bulunmaktadır (Akdeniz, Yaman/Altıparmak, Kerem: İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, İstanbul 2008, s. 56).

⁸ 5651 sayılı Kanun m. 9(A) hükmü, özel hayatın gizliğinin ihlali halinde başvurulacak tedbir mekanizmasını belirtmekte olup, bu yönüyle kişilik haklarının bir parçası olan özel hayata dair özel bir usul öngörmüştür. 5651 sayılı Kanun m. 9 ve m. 9(A) farklarına dair bkz. Bölüm III.

⁹ Anayasa Mahkemesi Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. Başvurusu, Bireysel Başvuru No: 2015/18936 Karar Tarihi: 22/05/2019.

¹⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2008/9075 K. 2009/4072 T. 19/03/2009.

¹¹ Resmî Gazete Tarihi: 13/12/1951 Sayısı: 7981.

etkiyle özel hukuk ilişkilerinde de doğrudan etki taşımaktadır¹². Bu yönde kişilik hakları özel hukuk alanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) dahilindeki iki ana kural vasıtasıyla korunmaktadır: Bunlardan ilki olan TMK m. 23 hükmü kişilik hakkının hak sahibinin kendisinin kurduğu hukuki işlemler suretiyle kısıtlamasına karşı koruma sağlamakta, diğeri olan TMK m. 24 hükmü ise kişiyi üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korumaktadır¹³.

Kişilik hakkı deyimi, kişiliğe bağlı maddi ve manevi değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek amacıyla kullanılmaktadır¹⁴. Bu yönüyle kişilik hakkı; kişinin isminin, mesleki kariyerinin, ailesinin ve sosyal çevresinin kişi üzerinde oluşturduğu kazanım ve menfaatleri içermektedir¹⁵. Türk hukukunda kişisel değerlerin neler olduğunu teker teker sayılmamakla beraber¹⁶; kişinin adı, hayat, sağlık ve vücut tamlığı, yaşamını düzenleme özgürlüğü, haysiyet ve onuru, özel hayatı, resim ve sesi, sırları gibi unsurların kişilik hakları dahilinde değerlendirildiği kabul edilmektedir¹⁷. Nitekim FSEK m. 86, kişinin resmi olarak belirtilen kişisel değere dair *“eser mahiyetinde olmasalar bile resim ve portreler tasvir edilenin... muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden on yıl geçmedikçe teşhir ve diğer suretlerde umuma arz edilemez.”* kuralını getirmiştir. Bu kapsamda, kişinin “resmi” kavramının kişinin fotoğrafı, videosu, filmi, televizyonda tespiti, fırça ya da kalemle yapılan resim veya karikatürlerini de kapsadığı ifade edilmektedir¹⁸.

FSEK m. 86 uyarınca korunan şeyin resim, portre veya fotoğrafın eser niteliği değil de doğrudan tasvir olunan kimsenin kişilik hakkı olarak kabul edilmekte, dolayısıyla maddenin sağladığı koruma kişinin sadece tek başına iken değil topluluk içinde iken çekilmiş görüntülerini de kapsamaktadır¹⁹.

¹² **Serozan**, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14) 2011, s. 95 (Serozan, Düşünceler).

¹³ **Serozan**, Düşünceler, s. 95.

¹⁴ **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay- Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, s. 169.

¹⁵ Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2016/74 K. 2017/4574 T. 15/05/2017.

¹⁶ **Tandoğan**, Haluk: “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20 (1963), s. 15- 17.

¹⁷ Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 172- 205. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4- 687 K. 2012/26 T. 01/02/2012.

¹⁸ **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 194.

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/40- 926 K. 2001/742 T. 17/10/2001.

Bu doğrultuda, kullanılmamış dahi olsa kişinin izni olmaksızın fotoğraf çekilmesi bile kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir²⁰. O halde kişinin bir video içerisinde yer alan görüntülerinin de bu madde dairesinde incelenmesi mümkündür²¹. Zira maddedeki “teşhir” kavramı kişinin görüntüsünün bir sinema filminde ya da televizyon yayınında gösterilmesini de içermektedir²². FSEK m. 86, bir görüntüyü tespit eden, çoğaltan veya yayan kişinin bu görüntünün başkalarına çoğaltılmaması veya yayılmamasına dair hakkını koruyan FSEK m. 84 hükmünden kişilik hakları korur niteliğiyle farklılaşmaktadır²³.

Kişinin resminin izinsiz olarak yayınlaması bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı kabul edilmektedir²⁴. Bununla beraber, FSEK m. 86 içeriğinde TMK m. 24 hükmü saklı tutularak kişinin muvafakatının alınmasının şart olmadığı bazı haller belirtilmiş olup, bu hallerin ticari amaç taşımayan²⁵ ve kamusal menfaati ilgilendirir durumlarla sınırlı olduğu görülmektedir. Yine kuşkusuz TMK m. 24 uyarınca bir hukuka uygunluk nedeni sayılan kişinin rızasının kapsamı, alınma zamanı ve sınırları her olay özelinde ayrıca incelenmelidir²⁶. Dolayısıyla, örneğin, kişinin kendi görüntüsünü içerir videosunu bir internet sitesinde kendi yüklemesi bu videonun daha sonra başkalarına başka internet sitelerinde kullanılmasına rızası olduğu anlamına gelmeyecektir²⁷.

III. İNTERNETTE KİŞİLİK HAKLARI İHLALİNDE TEDBİR KARARI

Türk hukukunda “tedbir” kararları geçici hukuki koruma türlerinden biri olarak çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olup²⁸, genel olarak anayasal hak arama hürriyetinin usul hukukundaki bir yansıması durumundadır²⁹. Tedbir kararları nitelik itibariyle hukuki kesinlik ölçüsünde bir haklılığı içermemekte, tedbirin hukuka uygunluğu ise ancak tedbirin dayandığı olgu

²⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 194.

²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2013/11184 K. 2013/15282 T. 09/09/2013.

²² Bozbel, Savaş: “Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (2009), İstanbul 2009, s. 189.

²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2007/12297 K. 2009/1332 T. 06/02/2009.

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1990/275 K. 1990/459 03/10/1990.

²⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2012/3348 K. 2013/20398 T. 14/11/2013.

²⁶ Serozan, Rona: Medeni Hukuk, İstanbul 2017, s. 468.

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/392 K. 2012/593 T. 19/09/2012.

²⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu E. 2013/1 K. 2014/1 T. 21/02/2014.

²⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2015/19846 K. 2015/21085 T. 24/11/2015.

ve hukuki kanaatin yerindeligi ile ortaya konabilmektedir³⁰. Nitekim tedbir talebi davanın esasına yönelik yargılamanın tamamlanmadığı bir aşamada gündeme geldiğinden, bunu talep eden tarafın davanın esas yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi yeterli bulunmaktadır³¹.

İnternet üzerinden kişilik haklarının ihlalinde tedbir müessesinin değerlendirilmesinde öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, uyumsuzluğa hangi mevzuatın uygulanacağıdır. Zira gerek öğretide³² gerekse içtihatlarda³³ 5651 sayılı Kanun ile TMK m. 24 arasındaki ilişkinin özel kanun- genel kanun ilişkisi mi yoksa (birbirine ek) tamamlayıcı mı olduğu tartışmalı bir konu olarak öne çıkmaktadır. Bununla beraber, kişilik haklarına saldırının internet ortamında gerçekleşmesi halinde acil bir çözüm yöntemi sunması dolayısıyla uygulamada 5651 sayılı Kanun'da öngörülen mücadele yöntemleri öncelik verildiği görülmektedir.

Kişilik haklarına karşı ihlal niteliğindeki saldırıların hızlı ve etkin şekilde engellenmesi amacıyla 5651 sayılı Kanun m. 9 hükmü özel bir tedbir müessesesi olarak düzenlenmiştir³⁴. 5651 sayılı Kanun m. 9 uyarınca verilecek erişimin engellenmesi kararlarının cezai veya idari yaptırımlar niteliğinde olmayıp, tedbir niteliğinde kararlar olduğu içtihat olunmuştur³⁵. Mezkûr maddenin uygulanma şartlarının (1) internet ortamında yapılan bir yayının bulunması ve (2) yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi olduğu ifade edilmektedir³⁶. Düzenlemenin “kişilik hakları” kavramı, kişilerin malvarlığı değil kişi varlığına dair haklarını koruma altına almaktadır³⁷.

³⁰ Anayasa Mahkemesi Ali Kızık Kararı, Bireysel Başvuru No: 2014/5552 Karar Tarihi: 26/10/2017.

³¹ **Kuru, Baki:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018, s. 451.

³² **Gözler, Kemal:** “Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun’un 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi”, Rona Aybay’a Armağan (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul 2014, s. 1077.

³³ 5651 sayılı Kanun’un özel kanun olduğu yönünde bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2012/6581 K. 2012/10331 T. 13/06/2012. Karşı yönde bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2009/8571 K. 2009/9921 T. 15/09/2009.

³⁴ Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2016/74 K. 2017/4574 T. 15/05/2017.

³⁵ Anayasa Mahkemesi E. 2014/149 K. 2014/151 T. 02/10/2014. Erişimin engellenmesi kararının ne bir ihtiyati tedbir ne de koruma tedbiri kararı olmadığı yönünde bkz. **Gözler**, s. 1070.

³⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2017/4081 K. 2018/8236 T. 05/07/2018.

³⁷ Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2016/74 K. 2017/4574 T. 15/05/2017.

5651 sayılı Kanun m. 9, mezkûr kanun m. 9(A) içeriğindeki “özel hayat” kavramının esasen kişilerin görüntüsünün bir videoya kaydedilip kullanılması hususunu da içermesi³⁸ sebebiyle m. 9(A) düzenlemesi ile karıştırılmaya yatkındır. Ancak, unutulmamalıdır ki, bir kimsenin fotoğraf ya da videosunun rızasına aykırı olarak internetten gösterimi kişilik haklarının ihlali olarak görülebilecek iken aynı görüntüler her zaman özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyebilecektir. Zira her görüntü kişinin başkalarının görülmesini istemediği özel yaşam alanına dair unsurları içermemektedir³⁹. Yine bir kimsenin daha önce verdiği rızasına istinaden internet sitesine yüklenen bir görüntünün, başlangıçta verilmiş olan rıza sebebiyle daha sonra özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini iddia etmek mümkün değilken⁴⁰, kişinin kendi görüntüsü üzerindeki kişilik hakkı nedeniyle kişilik hakkını ihlal ettiğini iddia etmek mümkündür. Dolayısıyla, örneğin düğün fotoğrafları rızası bulunmaksızın internette paylaşılan kişinin 5651 sayılı Kanun m. 9 üzerinden tedbir talebi kabul görebileceği halde, 5651 sayılı Kanun m. 9(A) üzerinden tedbir talebi kabul görmeyecektir.

Öğretide, madde metninde yer almamasına karşın, 5651 sayılı Kanun m. 9 erişimin engellenmesi usulünün kişilik haklarına bir saldırı olup olmadığı tartışmalı olan durumlarda işletilmemesi gerektiği işaret edilmektedir⁴¹. Üstelik 5652 sayılı Kanun m. 9 hükmünde teminat gösterilmesi şartının da yer almaması⁴², tedbir konusunda oldukça ihtiyatlı bir değerlendirme yapılması ve ilgili menfaat dengesinin kurularak ancak kişilik hakları ihlalinin açık şekilde ortada olması halinde tedbirin verilmesi ihtiyacını desteklemektedir. Nitekim 5651 sayılı Kanun m. 9 dairesinde tedbir kararının acilen giderilmesi gerekli türden bir ihlali gerektirdiği, dolayısıyla ancak “ilk bakışta ihlal” (“prima facie”) durumunda verilebileceği, maddede öngörülen usulün internet yayınının kişilik haklarını apaçık şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı haller haricinde uygulanmaması gerektiği içtihat olunmuştur⁴³. Bu doğrultuda, 5651 sayılı kanun m. 9 usulünün işletilmesinde mahkemelerce kişilik haklarına yapılan saldırının

³⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2016/3324 K. 2018/274 T. 22/01/2018.

³⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2011/20872 K. 2012/9834 T. 11/04/2012.

⁴⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2017/150 K. 2017/6231 T. 13/09/2017.

⁴¹ **Gözler**, s. 1061.

⁴² HMK m. 392 gerekçesinde, teminattan muafiyetin ancak talep edenin tedbirde haksız çıkma ihtimalinin oldukça zayıf olduğu durumlarda (örneğin elinde delil olarak ilam bulunması gibi) gündeme gelebileceği vurgulanmaktadır.

⁴³ Anayasa Mahkemesi Ali Kızılcık Kararı, Bireysel Başvuru No: 2014/5552 Karar Tarihi: 26/10/2017.

çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikilmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacının ortaya konabilmesi gerekmektedir⁴⁴. Dolayısıyla, bir yayının kişinin kişilik haklarını ihlal edip etmediğinin, araştırma gerektirerek, derhal anlaşılacağı hallerde 5651 sayılı Kanun m. 9 dairesinde ihlal etmediği varsayılmalıdır⁴⁵.

Bir kimsenin bir videoda salt görüntüsünün yer alması, görüntülerde kişinin çıplak ya da başkaca müstehcen şekilde teşhir edilmemesi halinde, “ilk bakışta” kişilik haklarının ihlaline delalet olmayabilecektir. Ayrıca, duruma göre kişinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınabilecek olması; örneğin videonun öncelikle bir sosyal medya platformunda (ya da kişinin kendi internet sitesinde) paylaşılmış olması halinde; ihlalin ilk bakışta varlığı tartışmalı hale gelebilecektir. Nitekim kişilerin sosyal medya hesapları üzerinden yaptıkları paylaşımlar sosyal medya platformları ile aralarındaki sözleşmeye tabi olup, genellikle “hizmet koşulları” olarak adlandırılan bu metinlerde çoğu zaman kişilerin kendi sosyal medya hesaplarına yükledikleri içerikler üzerinde üçüncü kişilere bir lisans hakkı tanındığı ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar anılan hakkın sadece telif hukukuna dair mi olduğu, yoksa kişilik hakları anlamında bir rıza yerine de mi geçeceği (ya da her şeyden önce geçerli bir rıza beyanı olup olmadığı)⁴⁶ belirsizlik taşısa da söz konusu hususların anılan videoların üçüncü kişilerce (sosyal medya platformu dahilinde ya da haricinde) paylaşılması halinde 5651 sayılı Kanun m. 9 uyarınca gerekli ilk bakışta ihlal kriteri dairesinde ileri bir araştırmayı gerektirir bir durum yaratacağından, mezkûr maddedeki tedbir kararının mahkemelerce verilmemesi gerekecektir. Bu halde, kişilik haklarının ihlal edildiği kanaatinde olan kişinin 5651 sayılı Kanun m. 9 üzerinden ulaşamayacağı erişimin engellenmesi tedbiri sonucuna başka şekilde ulaşılmasının alternatif bir dava stratejisi ile sağlanması gerekebilecektir.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Kemal Gözler Kararı, Bireysel Başvuru No: 2014/5232 Karar Tarihi: 19/04/2018.

⁴⁵ **Gözler**, s. 1073-1075.

⁴⁶ Örneğin, hizmet koşulları metinlerinde yer alan düzenlemelerin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 20 uyarınca birer genel işlem koşulu olduğu iddiasıyla geçerlilikleri tartışılabilir gibi sosyal medya platformu haricindeki paylaşımlar açısından yine TBK m. 129 uyarınca üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği de tartışılabilir.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

IV. TELİF HAKLARININ İNTERNET ÜZERİNDEN İHLALİNDE TEDBİR KARARI

Türk hukukunda internet ortamında telif haklarının ihlali nedeniyle tedbir talep edilip edilmeyeceği konusunda değerlendirilebilecek çeşitli hükümler bulunmaktadır⁴⁷. Bu kapsamda telif haklarına ilişkin olarak “uyar- kaldır” sistemi olarak da bilinen özel kural FSEK içerisinde yer almaktadır. FSEK Ek m. 4 uyarınca “*dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir*”. Anılan düzenleme doğrultusunda, telif haklarının internet ortamındaki yayınlar vasıtasıyla ihlal edilmesi halinde hukuki sorumluluğunun da 5651 sayılı Kanun ile FSEK Ek m. 4 birlikte değerlendirilerek tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁸.

FSEK Ek m. 4 metnindeki servis sağlayıcı ve bilgi içerik sağlayıcıdan kasıt “yer sağlayıcı” ve “içerik sağlayıcı” olup, hükmün işaret ettiği tedbir de ihlale devam eden içerik sağlayıcıya yer sağlayıcı tarafından verilen hizmetin durdurulması şeklinde gerçekleşecektir⁴⁹. Bu yönüyle, FSEK Ek m. 4 hükmünün niteliğinin bir ihtiyati tedbir olduğu kabul edilmekte⁵⁰, etkisi bakımından ise erişimin engellenmesi sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir⁵¹. Yine FSEK Ek m. 4 uyarınca “verilen hizmetin durdurulması” tedbiri Cumhuriyet savcısının katılımı ile uygulanacak ise de bu kararın yargısal bir denetim ihtiva etmeyip idari nitelikte olduğu savunulmaktadır⁵². Nitekim, karar merciinin Cumhuriyet Savcısı olması ve

⁴⁷ FSEK Ek m. 4 düzenlemesinin yanı sıra, FSEK m. 77 ile HMK ihtiyati tedbir düzenlemelerinin de esasen internet ortamındaki telif hakları ihlallerine karşı tedbir kararı alınabilmesi hususunda geçerliliğini koruduğu söylenebilecektir (**Bozbel, Savaş**: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015, s. 327).

⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2014/902 K. 2014/11631 T. 17/06/2014.

⁴⁹ **Bozbel**, Fikri Haklar, s. 154.

⁵⁰ **Bozbel**, Fikri Mülkiyet, s. 326.

⁵¹ **Dülger, Murat Volkan/Beceni, Yasin**: “Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler”, TÜSİAD- T 2011, 03, s. 53.

⁵² **Bozbel**, Fikri Mülkiyet, s. 326.

hâkim onayı aranmaması, genel olarak konusu gereği uzun incelemeler ve uzmanlık gerektiren telif hakkı ihlallerinin tespiti açısından sakıncalı görülmektedir⁵³.

FSEK Ek m. 4 düzenlemesi, FSEK dairesinde hem hukuki hem de cezai talepler bakımından uygulama alanı bulacaktır⁵⁴. Ancak madde lafzından anlaşıldığı üzere, düzenleme (“bu kanunda tanınmış haklarının” vurgulamasıyla) eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarının korunmasına yöneliktir. Bu nedenle, FSEK Altıncı Bölümde bulunan “A) Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar ve tecavüzün önlenmesi” kenar başlığı altında yer alan bağlantılı haklardan ayrıştırılarak yine aynı bölüm içerisinde “B) Haksız rekabet”, “C) Mektuplar”, “D) Resim ve portreler” kenar başlıkları altında verilen eser dışı koruma konularının FSEK Ek m. 4 hükmü kapsamına dahil edilmesi mümkün bulunmamaktadır⁵⁵. Nitekim Türk hukukuyla benzer şekilde, Avrupa Birliği hukukunda da internet servis sağlayıcılarına karşı tedbir kararı alabilme imkânı eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerine özgülenmiştir⁵⁶. Bu durum, kişinin kendi görüntüsü üzerindeki kişilik hakkının varlığını somut şekilde ifade eden FSEK m. 86 düzenlemesinin FSEK Ek m. 4 dairesinde tedbir talebine konu edilemeyeceğini göstermektedir. Diğer yandan, FSEK m. 71(2)’te “...bu Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar...” ifadesi yer almakta da olsa da ifadedeki “ihlal etmeye devam eden” ibareleri dikkate alındığında, hükmün içerik sağlayıcının sorumluluğuna yönelik olduğu ve eser dışı koruma konularını FSEK Ek m. 4(3) dahline sokmayı amaçlamadığı anlaşılmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla, bir kişinin internet yer alan videodaki görüntüsüne karşı video hakkında FSEK Ek m. 4 dairesinde tedbir kararı alabilmesi için, kişinin o videonun ya eser sahibi ya da icracı sanatçısı olarak hak iddia etmesi gerekecektir.

⁵³ Bkz. **Memiş, Tekin**: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi”, FHMD 2005.

⁵⁴ **Bozbel**, Fikri Mülkiyet, s. 326.

⁵⁵ Eser dışı koruma konularının FSEK m. 77 ihtiyati tedbir hükmünün kapsamına da alınamayacağı yönünde bkz. **Özekes, Muhammet**: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, DEUHFD Sayı 4. Cilt 2 (2002), s. 100.

⁵⁶ 22.05.2001 tarihli 2001/29/EC Yönergesi m. 8(3).

⁵⁷ Benzer değerlendirmenin, konuyla alakalı FSEK m. 84(3) hükmü için de yapılarak, maddenin FSEK Ek m. 4 dahline alınmadığından öngörülen özel tedbir mekanizmasından dışlandığını söylemek mümkündür.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

V. FSEK EK M. 4 HÜKMÜNÜN VİDEOLAR AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

1. 5651 Sayılı Kanun M. 9 ile FSEK Ek M. 4 Arasındaki İlişki

5651 sayılı Kanun m. 9 uyarınca tedbir kararının verilmesinde mahkemece ilk bakışta ihlal kriterinin uygulanacak olması sebebiyle, saldırının apaçık olmadığı durumlarda m. 9 dairesinde bir tedbir kararı alınamayacaktır. Dolayısıyla, bir kimsenin içerisinde çıplak görüntüsünün bulunduğu bir videoya karşı m. 9 hükmüne başvurması mümkün iken⁵⁸, aynı kişinin rahatsızlık duyduğu ancak kişilik hakkı ihlali açısından apaçık bir saldırı durumunda olmayan bir video için m. 9 düzenlemesini işletmesi mümkün olmayacaktır. Özellikle kişinin bu videoyu kendi internet sitesinden veya sosyal medya hesaplarından kendi kendine alenileştirdiği hallerde, kişinin başlangıçta rızasının mevcudiyeti, ilk bakışta ihlalin ortaya konmasını (bu durum olası bir hukuka uygunluk sebebinin varlığının araştırılmasını gerektireceğinden) güçleştirecektir.

Kişinin 5651 sayılı Kanun m. 9 hükmünü işletemeyeceği hallerde, internet üzerinde kendi görüntüsünü içeren bir videoya karşı tedbir kararı alabilmesi için alternatif bir dava stratejine ihtiyaç duyulacaktır. Bu halde, ilk akla gelen hiç kuşkusuz kişinin görüntüsü üzerindeki kişilik hakkının özel bir düzenlemesi niteliğindeki FSEK m. 86 olmaktadır. Ancak FSEK m. 86 hükmüne dair kanunda özel bir tedbir mekanizmasının yer almaması, anılan maddenin alternatif bir dava stratejisi olarak kullanılmasının çekiciliğini ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, 5651 sayılı Kanun'dan önceki bir tarihte yasalaşan FSEK Ek m. 4 hükmünün videolar açısından kullanılması pekâlâ mümkündür. Karşılaştırmalı hukukta örnekleri bulunduğu üzere⁵⁹; kişiler, görüntülerinin

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi C.K. Bireysel Başvurusu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/19685 Karar Tarihi: 15/03/2018.

⁵⁹ Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen *Bollea v. Gawker Media* (913 F. Supp. 2d 1325 (2012)) davasında davacı, kendi görüntüleri içeren videonun davalının (magazin haberlerine yer veren) internet sitesinde yayınlanmasının telif haklarını ihlal ettiğini iddia etmiş (kendisinin bu video üzerinden telif hakkının olduğunu, videonun onun izni olmadan tespit edildiğini ve yayımlandığını da söylemiş), bu doğrultuda videonun yayından kaldırılması yönünde bir ihtiyati tedbir talep etmiştir. Mahkeme, Davacının telif hakkı ihlali konusundaki iddiasının haklılığını (yani esas davayı kazanma ihtimali) değerlendirerek, talebi reddetmiştir.

Benzer şekilde, *Garcia v. Google* (786 F.3D 733 (2015)) davasında aktris olan davacı, bir filmde iki cümlelik bir rol için seçmelere katılır ve neticede filmde beş saniyelik bir rol almış, daha sonra, yönetmenin aslında aktriste söylediğinden tamamen farklı içerikte bir film çekmekte olduğunu anlaşılmış, üstelik yönetmen davacının rolünü dublaj yaparak

içerisinde bulunduğu videolar (kişilerin çekimlerini kendi yapmadıkları, başka şekilde eser sahibi olduklarını da iddia edilemeyecekleri hallerde dahi) hakkında, görüntülerinin video içerisindeki mevcudiyetinin kendilerini bir icracı sanatçı durumuna getirdiğini, dolayısıyla videonun komşu hak sahiplerinden olduklarını ileri sürülebilecektir. FSEK Ek m. 4 tedbir düzenlemesi, eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının korunmasında kullanılabilirdiğinden, anılan iddianın kabulü halinde FSEK Ek m. 4 tedbirine başvurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmayacaktır. Aşağıda, FSEK Ek m. 4 düzenlemesinin kişinin görüntüsünü içeren videolara karşı alınacak tedbir kararları açısından uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır.

2. FSEK Ek M. 4 Hükümünün İnternetteki Videolar İçin Kullanılması

Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar kapsamında icracı sanatçılar komşu haklara sahiptir (FSEK m. 80(1)). Öğretide ancak gerçek kişilerin icracı sanatçı olabilecekleri kabul edilmektedir⁶⁰. İracı sanatçının icra faaliyeti yorumlama, tanıtma, anlatma, söyleme veya çalma gibi fiiller ile ortaya çıkmakta olup, bu fiillerde FSEK dairesinde eser vasfı bulunmamaktadır⁶¹. Bir kişinin aynı zamanda hem icracı sanatçı hem de eser sahibi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı⁶² ise de çoğu zaman buna zaten pratik açıdan mümkün bulunmamaktadır⁶³. İracı sanatçılara kanun dairesinde tanınan mali ve manevi hakların tahdidi olarak belirlenmiş

bu filmde kullanmış, film YouTube'a da yüklenmiştir. Davacı, videodaki icrasından kaynaklı telif haklarına istinaden Google'dan videonun kaldırılmasını talep etmiş ancak Google bu talebi reddetmiştir. Daha sonra Garcia, videonun YouTube'dan kaldırılması için mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur. Mahkeme, Mahkeme öncelikle videonun bir sinema eseri niteliğinde olduğunu, ancak davacının bu eseri meydana getiren kişi olmadığından bunun sahibi de olmadığını, aynı zamanda davacının icracı sanatçı olarak bir hakkının olmadığını vurgulamıştır.

⁶⁰ **Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 272.

⁶¹ **Öztan**, s. 709.

⁶² **Öztan**, s. 167.

⁶³ Örneğin, sinema eserlerinde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve varsa animatör eserin birlikte sahibidirler (FSEK m. 8(3)). Buna göre, bir videoda görüntüsü yer alan kimsenin (videonun sinema eseri olarak sınıflandırılması halinde) üzerinde eser sahipliğinden doğan hakları ileri sürebilmesi için mezkûr maddedeki kimselerden biri olması gerekmektedir. Oysa bir kişinin salt görüntüsünün video içerisinde yer alması o kişiyi mezkûr maddede anılan kişilerden biri haline getirmemektedir.

olup⁶⁴, tespitten internet yoluyla yararlanılmasını sağlamak da yine icracı sanatçının iznine bağlanmış olduğundan⁶⁵, icracı sanatçının içerisinde bulunduğu bir videonun internette yayınlanması halinde komşu hakların ihlali hususu gündeme gelecektir.

FSEK metninde icracı sanatçının kimler olduğuna dair herhangi bir tanım bulunmamakla beraber, Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği⁶⁶ (Yönetmelik) m. 4(1)(b) uyarınca “icracı sanatçı” kavramının “Sanat eserleri ile folklor eserlerini düzgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenleri ve dansçıları vb. diğer kişiler” olarak tanımlandığı görülmektedir. Diğer yandan, FSEK m. 80(1) hükmünün “bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan” ifadesi sebebiyle, komşu hakları haiz bir icracı sanatçılığın ancak (1) FSEK dairesinde eser vasfını taşıyan bir ürünün (2) özgün biçimde icrasında gündeme geldiği kabul edilmektedir⁶⁷. Gerek FSEK gerekse Yönetmelik hükümleri icracı sanatçıları tahdidi olarak belirtmediğinden, herhangi bir kişinin icracı sanatçı olarak kabulü bu kişinin icrasının özgün olması ve eser niteliğinde bir esere dair olması koşuluyla mümkündür⁶⁸.

O halde bir kişinin internette yayınlanan ve görüntüsünü içeren videoda icracı sanatçı olduğunu iddia edebilmesi için öncelikle bu videonun eser vasfını haiz olduğunun kabulü gereklidir⁶⁹. FSEK m. 1/B(a) hükmüne göre bir fikir ve sanat mahsulünün (1) sahibinin hususiyetini taşıması ve (2) sayılan sınırlı sayıdaki eser tiplerinden birine dair olması gerektiğinden⁷⁰, videonun eser vasfının değerlendirilmesinde meydana getirilen ürünün (videonun) hususiyet taşıyıp taşımadığının tespiti ile ürünün (videonun) ilgili eser tipine ilişkin tanımı karşılayıp karşılamadığının ortaya konması gerekmektedir⁷¹. Dolayısıyla bir videonun FSEK dairesinde eser niteliği

⁶⁴ **Güneş, İlhami:** “FSEK’te Yer Alan İracı Hakları ve Uygulama”, DEHFD Cilt 14 S. 1 (2012), s. 178.

⁶⁵ **Tekinalp,** s.279.

⁶⁶ Resmî Gazete Sayısı: 23172 ve Tarihi: 16.11.1997.

⁶⁷ **Erel,** Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s. 33.

⁶⁸ İcra edilen eserin eser sahibinin izninin mevcut olup olmaması hususu icranın bir koşulu olmakla beraber kişinin icrasının FSEK dairesinde koruma görmesi açısından bir koşul değildir. Zira sahibinden izin almadan yapılan icra, eser sahibine karşı değilse de üçüncü kişilere karşı korunabilir (**Güneş,** s. 175).

⁶⁹ **Tekinalp,** s. 272.

⁷⁰ Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik (Resmî Gazete Sayısı: 26171 Tarihi: 17.05.2006) uyarınca kayıt ve tescil hak ihdas etmek amacı taşımamaktadır.

⁷¹ **Tosun,** Yalçın: Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul 2013, s. 26.

ancak videonun sinema eseri tanımıyla uyduğu ölçüde mümkün olabilecektir⁷². Bu kapsamda videonun bir sinema eser sayılabilmesi için (1) tespit edilmiş olması ve hareketli görüntüler dizisine sahip olarak gösterilmeye elverişli olması, ayrıca (2) eser sahibi olarak sayılan kişilerden en az birinin hususiyetini taşıması gerekmektedir⁷³. Öte yandan öğretide, yorum yoluyla, bir yaratımın sinema eseri sayılabilmesi için en azından yönetmen ve senaristinın bulunması gerektiği ifade olunmaktadır⁷⁴. Bu çerçevede, internete yüklenen bir videonun tespit edilmiş olduğu ve hareketli görüntüler dizisine sahip olduğu açıktır. Ancak videonun hususiyet taşıyıp taşımadığı, o video açısından eser sahibi olarak sayılacak kişilerin hususiyetlerini yansıttıkları unsurların videoda yer alıp almadığına göre değerlendirilecektir⁷⁵. Bu haliyle, bu tür videoların çoğu zaman yönetmen ve senaristten yoksun olmaları, sinema eseri sayılmalarının önünde (dolayısıyla da görüntüsü bulunan kişinin bir icracı sanatçı sayılmasının önünde) ciddi bir engel oluşturacaktır⁷⁶.

İcracı sanatçılar, diğer haklarının yanı sıra, tespit edilmiş icrasının umuma sunulmasına izin verme ya da yasaklama hakkına sahiptir (FSEK m. 80(1)(A)(4)). Anılan izin verme ve yasaklama hali, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak irade beyanının tabi olduğu hükümlere tabidir⁷⁷. Üstelik komşu haklara dair üçüncü kişilere vereceği izinlerin FSEK m. 80(2) uyarınca yazılı olması, yani TBK m. 13- 15 dairesinde el yazısı veya güvenli elektronik imza ile verilmesi gerekmektedir⁷⁸. Diğer yandan, eser üzerindeki hakların sınırlandırıldığı hallerle paralel olarak, komşu haklar da FSEK m. 80(7)'de belirtilen çeşitli durumlarda sınırlandırılmış olmaktadır⁷⁹. Bu doğrultuda, Yönetmelik m. 24 uyarınca, komşu hak sahibinin iznini

⁷² Türk hukukunda sinema eserlerine benzeyen diğer yaratımları da içerecek bir üst eser tipi bulunmadığı, dolayısıyla bu tür yaratımların hukuki niteliğinin tespitinde başta FSEK m. 5 olmak üzere FSEK genel hükümlerine başvurulacağı yönünde bkz. **Tosun**, s. 138- 139.

⁷³ **Tosun**, s. 66 ve 75.

⁷⁴ **Tosun**, s. 86.

⁷⁵ Örneğin bir şarkıcının havuz başında bir şarkı seslendirmesi ve bunun sadece bir veya iki plan kullanılarak film olarak çekilmesi, görüntü ya da sanat yönetimi gibi unsurlara yer verilmemişse hususiyet şartını karşılayamayacağı ifade edilmektedir (**Tosun**, s. 205).

⁷⁶ Ancak neticede bir videonun sinema eseri olup olmadığını hususu mahkemece bilirkişiye başvurularak belirlenecektir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2009/10211 K. 2011 /43555 T. 14/04/2011).

⁷⁷ **Öztan**, s. 717.

⁷⁸ Oysa kişilik haklarına saldırılara karşı verilecek rıza ile FSEK m. 86 kapsamında verilecek rızanın TBK m. 12 uyarınca yazılı şekilde yapılması kanunen aranmış bir şart değildir.

⁷⁹ **Erel**, s. 165.

gerektirmeyen çeşitli durumlar bulunmaktadır. Örneğin, aile çevresinde gerçekleştirilen özel ve ücretsiz icralar (m. 24(1)(a)) ve özel kullanım için hazırlanmış ve herhangi bir ortak kullanım amacı taşımayan çoğaltmalar ve evde yapılan kayıtlar (m. 24(a)(b)) komşu hak sahibi olarak icracı sanatçıların iznini gerektirmeyen hallerdendir.

O halde bir videoda görüntüsü yer alan kişinin icracı sanatçı olarak kabulü halinde, bu kişinin öncelikle kendi görüntüsünün tespitine yazılı izin vermiş olması, ayrıca üçüncü kişi tarafından internette kullanımın verilmiş olan iznin amacını aşmaması gerekecektir. Dolayısıyla, videoda görüntüsü bulunan kişinin rızası dışında ya da rızanın kapsamını aşar şekilde videonun internette üçüncü kişilerce paylaşılması icracı sanatçının komşu haklarının ihlali anlamına gelecektir. Diğer yandan, Yönetmelik m. 24 hükmü esas alındığında, bir kişinin aile çevresinde çekilen bir videonun internette bir sosyal medya hesabında paylaşılmasında videoda görüntüsü bulunan kişilerin icracı sanatçı olarak rızaları aranmayacaktır. Dolayısıyla, kişinin görüntüsünün bulunduğu videonun içerik ve konusu, icracı sanatçının haklarının kullanımı açısından belirleyici olacaktır. Bununla beraber, videonun, görüntüleri içerisinde bulunan kişinin kendisi tarafından paylaşılmış olması halinde ise, bunun daha sonra internette kaldırılmasına rağmen üçüncü kişilerce yayınına devam edilmesi bu defa icracı sanatçı olarak kişinin umuma iletim hakkının ihlali anlamına gelecektir (FSEK m. 80(1)(A)(4)).

İracı sanatçı olarak korunmanın temel koşulu o sinema eserine temel ilim ve edebiyat eserinin veya yönetmenin fikri çabası ve yorumuna göre gerçekleştirilen özgün bir icranın bulunmasıdır⁸⁰. Dolayısıyla, herhangi bir senaryosu veya yönetmeni bulunmayan bir videoda yer alan icranın özgün bir icra olamayacağı kabul edilirse, videoda görüntüsü bulunan kişinin icracı sanatçı olarak herhangi bir izninin aranmasının gerekmeyeceği açıktır. İnternet ortamında paylaşılan videoların çoğu zaman amatör şekilde ve eğlence amaçlı çekildiği malum olup, bu tür videoların doğaları gereği özgün icralar içermemeleri, kişilerin buradaki görüntülerinin komşu hakları haiz icralar olduğunu ileri sürmeyi güçleştiren bir olgu olarak öne çıkmaktadır.

Bir kişinin kendi internet sitesinden ya da sosyal medya hesabından paylaştığı bir videoyu daha sonra internette kaldırması durumunda, bu videonun aynı sosyal medya platformu ya da başka internet sitelerinde paylaşılması hallerinde komşu haklar üzerinden iddialarının önünde başkaca

⁸⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/5259 K. 2017/7348 T. 18/12/2017.

hukuki zorluklar da bulunmaktadır. Öncelikle, kişiler sosyal medya hesaplarından paylaştıkları hususlar konusunda, sosyal medya platformlarına üyelik aşamasında onayladıkları sözleşmeler suretiyle, sosyal medya platformuna (platform üyesi diğer kişilerin, videonun silinmesi halinde dahi kullanımlarını da kapsayacak şekilde) bir rıza verdiği görülmektedir⁸¹. Dolayısıyla, icracı sanatçının daha önce verdiği bir izni daha sonra (esasen videoyu silerek zimnen) geri almasının⁸² genel hükümlere tabi olması⁸³ sebebiyle bunun hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirileceği durumlarda, komşu hakkın ihlalini iddia etmesi güçleşecektir. Diğer yandan, videonun başka bir internet sitesinde paylaşılması halinde ise, kişinin üçüncü kişileri de kapsar şekilde verdiği bir rıza bulunmadığından, videosunu kendi alenileştirmesinin bunun üçüncü kişiler tarafından kullanımına izin verdiği yönünde yorumlanması mümkün bulunmayacağından, komşu hak sahibi olarak iddialarda bulunması mümkün olacaktır.

VI. SONUÇ

5651 sayılı Kanun m. 9 uyarınca erişimin engellenmesi tedbirine başvurulması hususunda, kanun metninin yapısal eksiklikleri Anayasa Mahkemesinin içtihatları vasıtasıyla doldurulmuş, “ilk bakışta ihlal” kriteri maddenin uygulanmasında bir koşul olmuştur. Hal böyle olunca, maddenin uygulanma alanı doğası gereği daralmıştır. Bu nedenle, internet ortamında kendi görüntüsünü içeren video şeklindeki yayınların kişilik haklarını ihlal ettiği kanaatindeki kişilerin başvurabileceği bu istisnai tedbir mekanizmasına alternatif bir dava stratejisinin bulunması gereği doğmuştur.

FSEK Ek m. 4, internet ortamında yayınlanan ve kişilerin görüntüsünü içeren videolar açısından uygulanabilecek, 5651 sayılı Kanun m. 9 muadili bir tedbir mekanizması öngörmektedir. Bu haliyle, kişilik haklarının ihlal edildiği kanaatinde olan kişilerin, kişilik hakkı ihlalinin apaçık ortaya konmadığı hallerde dahi, FSEK Ek m. 4 üzerinden tedbir kararı alabilmesi mümkün bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz FSEK uyarınca verilecek tedbir kararları açısından da geçerli olan birbiriyle çatışan anayasal menfaatlerin

⁸¹ Anılan rızanın telif hakları hukuku açısından verilmiş bir izin mi yoksa kişilik hakları açısından verilmiş bir izin mi olduğu ise belirsizlik taşımaktadır. Bkz. III. Bölüm.

⁸² Örneğin, kişilik haklarının ihlali açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilen rızanın, kişilik değerlerine yönelik tüm saldırılar için geçerli olmak üzere, kişilik hakkına müdahale anına kadar serbestçe geri alınabileceği kabul edilmektedir. Zımnı rızanın geçerlilik durumu ise tartışmalıdır (Serozan, s. 470).

⁸³ Öztan, s. 717.

dengelenmesi hususunun⁸⁴, FSEK Ek m. 4 hükmünün uygulanmasında dikkate alınması önem taşımaktadır⁸⁵. Dolayısıyla, anılan dava stratejisinin işletilebilmesi için her şeyden önce videonun bir sinema eseri vasfını haiz olduğu, icranın özgün bir icra olduğu, icranın izinsiz (ya da izin gerektirmeyen nitelikte) olarak yayımlandığı ve verilmiş başkaca rızalar nedeniyle komşu hakkın ihlali iddiasının dinlenemeyecek olmaması gerekmektedir; bir başka deyişle, komşu hakların ihlalinin şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya konabilmesi önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz**, Yaman/**Altıparmak**, Kerem: İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, İstanbul 2008.
- Altıparmak**, Kerem / **Akdeniz**, Yaman, 5651 sayılı Kanunun Değişiklik Tasarısının Getirdiği Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, <https://privacy.cyber-rights.org.tr>, E.T.: 31.12.2019.
- Bozbel**, Savaş: “Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (2009), İstanbul 2009 (Bozbel, Fikri Haklar).
- Bozbel**, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015 (Bozbel, Fikri Mülkiyet).
- Dülger**, Murat Volkan/**Beceni**, Yasin: “Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler”, TÜSİAD- T 2011, 03.
- Erel**, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.
- Gözler**, Kemal: “Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun’un 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi”, Rona Aybay’a Armağan (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul 2014.
- Güneş**, İlhami: “FSEK’te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama”, DEHFD Cilt 14 S. 1 (2012).
- Kuru**, Baki: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.

⁸⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Akdeniz v. Turkey 20877/10 (11/03/2014) Kararı.

⁸⁵ “Erişim engelleme, uyar ve kaldır usulünü benimseyen ülkelerde sadece ihlalin son derece açık ve ağır olduğu hallerle sınırlı olarak kabul edilmiştir.” (Memiş, Tekin: “Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, EÜHFD C. XIII S. 3-4 (2009), s. 170).

- Memiş**, Tekin: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulun Değerlendirilmesi”, FHMD 2005.
- Memiş**, Tekin: “Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, EÜHFD C. XIII S. 3-4 (2009).
- Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay- Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.
- Özekes**, Muhammet: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, DEUHFD Sayı 4. Cilt 2 (2002).
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14) 2011, s. 95 (Serozan, Düşünceler).
- Tandoğan**, Haluk: “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20 (1963).
- Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.
- Tosun**, Yalçın: Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul 2013.
- Tumay**, Murat: Denetim ve Özgürlük İkileminde İnternet Erişimi, İstanbul 2015.

**¶ TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE BEDELDE
MUVAZAA VE SONUÇLARI**
(PRICE SIMULATION AND ITS CONSEQUENCES IN REAL ESTATE SALE
CONTRACTS)

Dr. Öğr. Üyesi Nilay Şenol * **

ÖZ

Tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması geçerlilik şartı olan taşınmaz satış sözleşmelerinde tarafların, sözleşmenin esaslı unsurlarından olan bedeli asıl anlaştıkları bedelden farklı göstermeleri yaygın bir uygulamadır. Tarafların bu yola başvurmalarındaki nedenlere bakıldığında, çoğunlukla, bedeli anlaştıkları miktardan daha düşük göstermeleri daha az vergi ve tapu harcı ödemek için; bedeli daha yüksek göstermeleri ise önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını engellemek amacıyla olmaktadır. Tarafların iradeleri ile beyanları arasında bu şekilde uyumsuzluk yaratmaları bedelde muvazaadır ve öğretilde tarafların sözleşmenin şartlarında veya konusunda muvazaa yaratmaları kısmi muvazaa olarak adlandırılır. Çalışmada, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bedelde muvazaa, öğretisi ve yargı kararları ışığında değerlendirilecek ve olası sonuçlara değinilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Taşınmaz satış sözleşmeleri, bedelde muvazaa, kısmi muvazaa, önalım hakkı.*

ABSTRACT

Real estate sale contracts have to be validated before the land registry officer as a condition for validity. It is a common practice for the contracting parties that they appear to agree on a sale price that is higher or lower than the real sale price. The reason for this differs. In order to pay less tax and title deed fees the sale price is shown less than the amount agreed. Where the intention of the parties is to prevent the pre-emptive right

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.12.2019. İlk hakem raporu tarihi: 27.12.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 03.01.2020. Onaylanma Tarihi: 09.01.2020.

* Yakın Doğu Üniversitesi-Girne Üniversitesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7144-9698.

Eserin Atf Şekli: Nilay Şenol, “Taşınmazlar Satış Sözleşmesinde Bedelde Muvazaa ve Sonuçları”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.305-337.

of the rightful owner, the sale price is shown higher than the actual sale price. In such cases, only sale price of a contract is simulated rather than the entire contract, which is called partial simulation. In this study, price simulation will be evaluated in the light of the doctrine and judicial decisions and possible consequences will be discussed.

Keywords : *Real estate sale contracts, price simulation, partial simulation, pre-emptive right.*

I. Giriş

II. Genel Olarak Muvazaa

Muvazaa sözlük anlamı olarak, iki kişinin karşılıklı birleşerek yalandan iş görmesi, danışıklı dövüş anlamlarını taşımaktadır¹.

Muvazaa, Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK), tanım verilmeden, "Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler" başlığı ile 19. maddede zikredilmiştir. Kanun hükmüne göre, "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.*" Düzenleme, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi ile aynıdır.

Öğretide muvazaa, tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilerek uygunsuzluk yaratmaları hali olarak ifade edilir². Bir sözleşmeyi yapan tarafların, irade açıklamalarının görünürdeki anlamının hukuki sonuçlarının kendileri için bağlayıcı olmayacağı hususunda anlaşmaları durumunda yapılan işlem muvazaalıdır³. Muvazaanın iki taraflı hukuki işlemler dışında

¹ ÖZÖN, Mustafa Nihat, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İstanbul 1959.

² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2014, § 35, N. 1; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 365; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 104.

³ ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956, s. 7; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 408; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, N. 1438; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2018, N. 411; JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/HARTMANN, Stephan, Zürcher Kommentar Obligationenrecht Art. 18 OR, Auslegung Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4A, Zürich 2014, Art. 18, N. 113; Kavram ve tanım hakkında YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

tek taraflı hukuki işlemlerde de olup olamayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır⁴. Muvazaanın unsurları esas itibariyle tarafların iradeleri ile beyanları arasında kasti bir uygunsuzluk ve tarafların üçüncü kişilere karşı gerçek olmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmalarıdır⁵. Görünürdeki işlemin üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılmış olmasının muvazaanın koşulu olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüş, aldatma kastını muvazaanın koşulu olarak kabul eder⁶. Tarafların aralarında sonuç doğuracak hiçbir işlem yapmak istememelerine rağmen, üçüncü kişilere karşı bir işlem yapmış görünmeleri durumunda mutlak (basit) muvazaadan; görünürdeki işlemin arkasında gerçek iradeleri yansıtan gizli bir sözleşmenin varlığı halinde ise nisbi (nitelikli) muvazaadan bahsedilecektir⁷.

Tarafların gerçek iradeleri, görünürdeki işlemin hüküm ifade etmemesi olduğundan bu işlem, katıldığımız görüş uyarınca, kesin olarak hükümsüzdür⁸⁻⁹. Kesin hükümsüzlüğü taraflar ve üçüncü kişiler ileri

ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMULU, İsmail**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, s. 19 vd.

⁴ Muvazaanın niteliği itibariyle tek taraflı işlemlerde olmayacağı yönünde bkz. **ATAMULU**, s. 35. Belirli bir kimseye yöneltilen, varması gerekli tek taraflı işlemlerde de muvazaa olabileceği yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 35, N. 7; **EREN**, s. 381; **von TUHR, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s. 291; **NOMER, Haluk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018, N. 69.1.

⁵ **ESENER**, s. 7; **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, N. 189; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 485; **SERT SÜRTÇÜ, Selin**, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, Ankara 2018, s. 33.

⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 408; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §35, N. 1-2; **ÖZSUNAY, Ergun**, Borçlar Hukuku I, Giriş, Hukuki Muamelelerden Doğan Borçlar, Nedensiz Zenginleşmeler, İstanbul 1983, s. 92; **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, Art. 18 OR, N. 123; **ESENER**, s. 12'de yazar, muvazaanın her zaman üçüncü kişilere zarar vermek niyetiyle yapılmadığı, üçüncü şahısları aldatma kastından, dışa karşı aldatıcı bir durum yaratmak niyetinin kastedildiği belirtmiştir. **ADAY, Nejat**, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s. 9'da ise yazar, üçüncü kişileri aldatma kastından muvazaa anlaşmasının dışında ayrı bir unsur olarak söz etmenin yerinde olmadığını belirtmektedir.

⁷ **ESENER**, s. 41-42; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 409-411; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, N. 412; **ATAMULU**, s. 46 vd.

⁸ **FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 195-196; **von TUHR**, s. 274-275; **OĞUZMAN/ÖZ**, N. 415-416; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 411-412; **REİSOĞLU**, s. 106; **NOMER**, N. 69; **ÖZBİLEN, Arif Barış**, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 257.

sürebilecek ve hâkim re'sen dikkate alabilecektir¹⁰⁻¹¹. Nisbi muvazaa halinde, görünürdeki işlemin altındaki tarafların gerçek iradelerini yansıtan gizli işlem kural olarak geçerlidir (TBK 19/1). Ancak ehliyetsizlik, ahlaka aykırılık gibi bir geçersizlik nedeni varsa gizli işlem hüküm doğurmaz¹². Muvazaalı işlem için uyulan şeklin, gizli işlem için aranan şekil şartını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, muvazaalı işlem için yapılan resmi şekil gizli işlemin şekil şartını yerine getirmiş sayılır; çünkü, şekilde hedeflenen amaca, şekle uygun muvazaalı sözleşme ile ulaşılmıştır¹³. Katıldığımız çoğunluk görüş ise, özellikle taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde, görünüşteki

⁹ Buradaki geçersizliğin yokluk türünden bir geçersizlik olduğu konusunda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §35, N. 19.

“... muvazaa ile illetli olarak yapılan temlik yok hükmünde olup (baştan itibaren geçersiz olduğu) bu yokluk bütün mirasçılar bakımından geçerlidir...” yönünde bkz. Yargıtay 1. HD, 22.11.2017, 4564/6700.

“...Muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar...” yönünde bkz. 17. HD, 7.11.2018, 2015/11682, 2018/10226; 17. HD, 04.11.2014, 2013/7947, 2014/15062 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §35, N. 20; **ATAMULU**, s. 123. İsviçre’de yeni bir eğilim, muvazaadaki hükümsüzlüğün hâkim tarafından re’sen dikkate alınması ilkesine bazı sınırlamalar getirmektedir. Bir görüşe göre, tarafların aralarındaki muvazaaya dayanmadan başka bir kesin hükümsüzlük veya iptal sebebinin ileri sürmeleri durumunda, hâkimin tarafların ileri sürmediği muvazaayı re’sen dikkate alabileceğini belirtmektedir. Görüşler için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §35, N. 21.

¹¹ İİK 277 vd. hükümleri gereğince alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan tasarruflara karşı açılabilen iptal davası ile muvazaa nedeniyle açılan davayı birbirine karıştırmamak gerekir. Bu konuda bkz. **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 247 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 17. HD, 19.3.2019, 2018/3020, 2019/3190: “Somut olayda, dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla BK’nun 19 dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptali istemine ilişkindir. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açıktır. Oysa muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3.kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler”; YHGK, 10.2.2016, 2014/17-2389, 2016/129 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 35, N. 22; **NOMER**, N. 69.4; **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, Art. 18 N. 156.

¹³ **ERTAŞ, Şeref**, Eşya Hukuku, İzmir 2016, N. 1275; **POSTACIOĞLU, İlhan E.**, “Nam-ı Müstear v Muvazaa Meseleleri Hakkında Yeni Görüşler”, A. Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s. 185; **TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 439.

işlemin muvazaa nedeniyle, gizli işlemin de şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu yönündedir¹⁴. Taraflar arasındaki muvazaa iddiası kural olarak senet veya kesin bir delille ispat edilebilir¹⁵. Buna karşılık sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler muvazaayı her türlü delille ispat edebilirler¹⁶.

III. Kısmi Muvazaa Olarak Bedelde Muvazaa

Taraflar arasındaki sözleşmenin şartlarında veya konusunda muvazaalı bölümler olup bunun dışında sözleşme gerçek iradeleri yansıtıyorsa kısmi muvazaadan bahsedilir¹⁷⁻¹⁸. Bedelde muvazaa kısmi muvazaanın en sık

¹⁴ YİBK, 7.10.1953, 8/7; FEYZİOĞLU, s. 204; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 485-486; EREN, s. 378. ERMAN, Hasan, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 89; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1443; NOMER, N. 69.4; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, § 12, N.4; KILIÇOĞLU, s. 244; HATEMİ, HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 514-515; SERT SÜTÇÜ, Selin, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, Ankara 2018, s. 68; ÖZBİLEN, s. 260; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N. 160.

¹⁵ YHGK, 29.02.2012, 2011/13-716, 2012/106 ve yine aynı yönde YHGK 14.03.2012, 2011/19-841, 2012/144'e göre, "... muvazaa sözleşmesinde şekil koşulu aranmaz. Yazılı veya sözlü yapılabilir. Görünüştaki sözleşme şekle bağlı olsa dahi muvazaa sözleşmesinin yazılı veya resmi şekilde yapılması gerekmez. Görünüştaki sözleşmenin şekle bağlı olması halinde muvazaanın yazılı delil ile ispat edilmesi kuralı muvazaa sözleşmesinin yazılı olmasının geçerliliği için değil ispat edilebilmesi için aranan bir kuraldır (YİBK 5.2.1947 gün, 1945/20 E.,1947/6 K.). Görünüştaki yazılı bir sözleşmenin aksini iddia eden tarafın HMUK 289 ve BK 13 maddeleri uyarınca iddiasını yazılı delil ile ispat etmesi zorunludur. Muvazaa sözleşmesi görünüştaki sözleşmeyi değiştirdiğine veya hükümsüz kıldığına göre ispat gücü kazanabilmesi için yazılı olması değinilen kanunların açık hükümleri gereğidir. Örneğin, tapulu taşınmazların devri şekle bağlıdır. Görünüştaki şekle bağlı devir sözleşmesi için düzenlenecek muvazaa sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değilse de ispatı ancak yazılı delil ile mümkündür (YİBK 5.2.1947 gün, 1945/20 E.-1947/6 K.)..." (www.lexpera.com.tr).

Görünüştaki yazılı bir sözleşmenin aksini iddia eden tarafın Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 200 vd. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddeleri uyarınca iddiasını yazılı delil ile ispat etmesi zorunludur. Muvazaa sözleşmesi görünüştaki sözleşmeyi değiştirdiğine veya hükümsüz kıldığına göre ispat gücü kazanabilmesi için yazılı olması değinilen kanunların açık hükümleri gereğidir.

¹⁶ NOMER, N. 69.5, 69.9.

¹⁷ EREN, s. 371; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35, N. 11; ATAMULU, s. 58, s. 225; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18, N. 132; WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel 2003, Art. 18, N. 50.

¹⁸ İsviçre Hukukunda da mutlak-nisbi muvazaa ayrımının yanı sıra tam-kısmi muvazaa ayrımına yer verilmektedir. Buna göre, görünürdeki işlemin tamamen geçersiz olacağı

YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

rastlanılan örneklerinden biridir; tarafların tapuda gösterdikleri bedel görünürdeki işlemin, kendi aralarında kararlaştırdıkları bedel ise gizli işlemin unsurlarını taşıdığından nisbi muvazaanın bir türü olarak karşımıza çıkar¹⁹. Kısmi muvazaada gizli sözleşmenin muvazaalı sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırmadığı, belirli bir şartını değiştirdiği kabul edilmektedir²⁰⁻²¹. Görünürdeki işlemle gizli işlem arasında nitelik farkı bulunmamaktadır²².

Tarafların sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde taşınmaz satış sözleşmesinde bedeli diledikleri gibi belirlemeleri her zaman mümkündür. Bu noktada tarafların belirlediği bedelin ne zaman sözleşme özgürlüğü ne zaman muvazaa hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır²³. Tarafların, Türk-İsviçre hukukunda muvazaanın unsurlarından biri olarak kabul edilen üçüncü kişileri aldatma niyeti/kastı ile gerçek iradelerini yansıtan değere resmi senette yer vermemelerinin bedelde

kararlaştırılmışsa tam muvazaadan, belli unsurlarının geçersiz olacağı kararlaştırılmışsa kısmi muvazaadan söz edilir. Bkz. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18, N. 129.

¹⁹ SİRMEN, Lale, “Taşınmaz satımında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 306.

²⁰ ESENER, s. 62.

²¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35, N. 11’de yazar ortada tek bir hükmü muvazaalı olan tek bir sözleşme olduğunu belirtmektedir. Bedelde muvazaa halinde iki ayrı sözleşme olduğu ve görünürdeki satış sözleşmesinin gerçek satış bedelini içeren gerçek satış sözleşmesini gizlediği de bir görüştür. Bu konuda bkz. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18, N. 168; ATAMULU, s. 225, dn. 25; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, N. 11, dn. 19

²² ATAMULU, s. 57, s. 228; ADAY, s. 14.

²³ Yargıtay da tapuda satış gösterilen bir işlemdeki satış bedelinin, taşınmazın gerçek değeri ile çok farklı olmasının tek başına muvazaa için yeterli olmadığı kanaatindedir. YHGK, 28.5. 2003, 1-374/370’e göre, “Her ne kadar tapu kaydındaki bedel ile bilirkişiye tespit ettirilen satış tarihindeki gerçek değer arasında aşırı oransızlık olduğu belirlenmişse de salt bedeller arasındaki açık farkın muris muvazaasının başlıca kanıtı sayılamayacağı...” Yargıtay 1. HD, 27.10.1982, 11213/12178’e göre, “Davacılar, ortak miras bırakanları annelerinin dava konusu taşınmazını kardeşleri davalıya tapuda satış göstermek sureti ile temlik etmesinin muvazaalı olduğundan bahisle iptalini istemişlerdir. Gerçekten miras bırakanın ölümünden bir yıl önce nizalı taşınmazı davalı oğluna temlik ettiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, muris 1311 doğumlu yaşlı bir kimsedir. Ayrıca yaşlılığı nedeni ile bakıma muhtaç durumdadır. Davacı kızlarının kendisine bakmamaları nedeni ile davalı oğlunun evinde bakıldığı gerçek bir olgudur. Taşınmazın tapuda gösterilen satış bedeli ile gerçek değeri arasında açık bir fark mevcut ise de murisin davacı kızlarından mal kaçırmak ve onları miras haklarından yoksun bırakmak amacıyla davalı oğluna temlikte bulunduğu kanıtlanmış değildir. Salt bedeller arasındaki aşırı farkın mevcudiyeti temlikin muvazaalı olduğu ve satışın gerçek satış olmayıp bağış bulunduğunu kabule yeterli değildir.”

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

muvazaa olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁴. Böyle bir kandırma kastı ve gizli işlem yoksa tapuda belirlenen bedel sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince geçerli kabul edilmelidir.

Modern hukuklarda, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi gösterdikleri görünürdeki hukuki işlemin kesin hükümsüz olduğu, ancak gerçekten yapmış oldukları gizli hukuki işlemin, kanunda o işlem için öngörülen geçerlilik koşullarına uyulmuş olması şartıyla geçerli olduğu genel kuralının yerleşmiş olduğundan yukarıda bahsettik.

Taşınmazlara ilişkin mülkiyeti devir borcu doğuran işlemlerin, tapu memuru huzurunda resmi şekilde yapılması gerekir. Bundaki amaç, sözleşmenin taraflarını düşünmeye sevk etmek, mülkiyet değişikliği ve tescilin sebebi olan hukuki işlemin açıkça gözükmesi ve bu suretle mülkiyet değişikliğine ilişkin tescile sağlam temel hazırlamaktır²⁵. TBK 237/1’de de taşınmaz satışları bakımından sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesinin şart olduğu belirtilmiştir. Resmi şekli düzenlemeye yetkili kişiler, Tapu Kanunu’nun 26. maddesinde tapu sicil müdürü ve tapu sicil görevlileri olarak belirlenmiştir. Resmi şekilde sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurlarının yer alması gerekir²⁶. Taşınmaz satışlarında resmi şekilde yer alması gereken esaslı unsurlardan biri de, hiç şüphesiz taşınmazın satış bedelidir.

Bir satış sözleşmenin sadece satış bedelinin muvazaalı olması halinde, diğer bir ifadeyle bedelde muvazaa halinde, muvazaaya ilişkin kabul edilen kesin hükümsüzlük yaptırımının tam anlamıyla uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Borçlar hukuku ilkelerini esas alan birinci görüş, bedelde muvazaa halinde görünüşteki işlemin üçüncü kişileri kandırma kastıyla yapılması sebebiyle kesin hükümsüz olacağını, bedelin farklı gösterilmesine ilişkin gizli işlemin ise kararlaştırılan gerçek bedelin resmi şekilde yer almamasından ötürü şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olacağını kabul etmiş; tarafların edimlerini ifa ettikleri durumlarda ise, Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasının (TMK 2/2) devreye gireceği

²⁴ Aynı yönde bkz. **ATAMULU**, s. 225-226, dn. 26; **SAPANOĞLU, Süleyman**, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, Ankara 2015, s. 54. Aksi yönde bkz. **CİHAN, Ali Hulki**, “Taşınmaz Devrinde Bedelde Muvazaanın Sözleşmeye Etkisi”, AkÜHFD, Aralık 2013, S. 2, s. 101-106’ da yazar taşınmaz satışında bedelde muvazaa olmayacağını savunmuştur. Bedelde muvazaa halinde sözleşmenin tümden geçersiz sayılmasının Türk Hukuk Mevzuatına elverişli olmadığı yönünde bkz. **ÖZKAYA**, s. 177.

²⁵ **SİRMEN, Lale**, Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 317; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, N. 1399;

²⁶ **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, Art. 18, N. 171; **SİRMEN**, Eşya, s. 320.

belirtilmiştir²⁷. Şekil eksikliğinin yaptırımı konusunda ileri sürülen görüşler esas itibariyle yokluk, iptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlük ve kendine özgü (sui generis) hükümsüzlük görüşleridir²⁸. Şekle uyulmadan yapılan işlem yapıldığı an hükümsüz olmakla birlikte, tarafların bu kendine özgü hükümsüzlüğü ileri sürmedikleri durumda sözleşme hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Hükümsüzlük hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz ve üçüncü kişiler de ileri süremezler²⁹.

Esener, gerçek satış bedelinin resmi senette gösterilmemesinin şekil eksikliği olarak kabul edilebileceğini, bu durumda muvazaa sebebiyle geçersizliğe gidilmeden şekil eksikliği sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olmasının esas olacağını da belirtmektedir³⁰. İsviçre'de kabul edilen bir görüşe göre ise, taşınmazların resmi şekilde yapılmasının altında yatan sebep satıcıyı korumaktır³¹ ve bu nedenle, satıcının taahhüdünü genişleten hususların resmi senette yer alması yeterlidir. Tarafların resmi senette yer alan miktardan daha düşük bir miktarı aralarında

²⁷ **ATAMULU**, s. 230; **SİRMEN**, Eşya, s. 327-328. s. **HATEMİ, HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 517; **KOÇ, Nevzat**, “Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”, Prof. Muhittin Alam Armağanı, İzmir 1983, s. 160; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §35, N. 24’ te yazar, gizli sözleşmedeki şekil eksikliğinin MK 2/2 hükmü ile düzelebileceğini ve tarafların durumu bilerek ve kendi istekleriyle borçlarını tam olarak ifa etmeleri durumunda gizli sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzlüğünün ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. **TANDOĞAN** da şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı durumlarda sözleşmenin medeni hukuk ve vergi hukuku bakımından geçerli olacağını belirtmiştir. Bkz. **TANDOĞAN**, C I/1, s. 237-238. **HATEMİ, HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 517’de tarafların kendi aralarında muvazaa iddiasında bulunması veya üçüncü kişiye karşı muvazaanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği belirtilmiştir. Aynı yönde bkz. **ÖZBİLEN**, s. 264-265.

Şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan gizli işlemin, tarafların edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri durumunda TMK 2/2’deki şartların oluşup oluşmadığı gözetilmeksizin, şekil eksikliği halindeki kesin hükümsüzlüğün amaca uygun sınırlama yöntemi ile daraltılabileceği yönünde bkz. **AKBULUT, Pakize Ezgi**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, İstanbul 2016, s. 148-149.

²⁸ **ÖZBİLEN**, s. 177 vd.; **AKBULUT**, s. 262 vd.; **ALTAŞ, Hüseyin**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 93 vd.

²⁹ **SİRMEN**, Eşya, s. 321. Yazar, kendine özgü hükümsüzlük görüşünün tapu sicili hukukuyla bağdaştırılmasının güçlüğüne de değinmiştir. Hâkimin re'sen dikkate alamayacağını kabulü karşısında TMK 1015’te düzenleme bulan tapu müdürünün re'sen inceleme yetkisinin giderilmesi mümkün olmayan bir çelişki yarattığını belirtmektedir. Bkz. s. 321-322.

³⁰ **ESENER**, s. 66.

³¹ **SPIRO**, s. 21 (**SİRMEN**, s. 308 ve **KRAMER**, Art. 18, N. 194’ten naklen).

kararlaştırmaları durumunda, satıcının taahhüdünü genişleten bir durum olmadığından satış sözleşmesinin sakatlanmadığı kabul edilmektedir³².

Vergi mevzuatını esas alan diğer görüş ise, Harçlar Kanunu'nun 63. maddesi³³ uyarınca ek tarhiyat yoluyla vergi ve cezanın tahsil edilmesinin işlemin geçerli olduğu varsayımına dayandığı ve özel hukuk açısından da bu şekilde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁴. Yine Harçlar Kanunu'na ekli 4 sayılı Tarife'nin 20/a bendine göre, *taşınmazın beyan edilen devir ve iktisap bedelinden az olmamak üzere emlak vergisi değeri üzerinden devir eden ve devir alan için ayrı ayrı binde 20 tapu harcı* ödemek yükümlülüğü vardır. Bu düzenlemeler uyarınca, tarafların anlaşmış oldukları gerçek satış bedeliyle taşınmazın emlak vergisi değerinden hangisi yüksekse, bu değer üzerinden vergi hesaplanacak; esas alınması gereken değerden daha düşük bir değere göre beyan yapılmışsa, aradaki fark Vergi Usul Kanunu'na (VUK) göre hesaplanan vergi ziyai cezası uygulanarak tamamlanacaktır. Bu çerçevede, vergi mevzuatının esas alınması halinde bedelde muvazaada kesin hükümsüzlükten bahsedilemeyecektir, çünkü vergi mevzuatı, emlak vergisi değerini aşan gerçek bedel satış sözleşmesine geçirilmemiş ve beyan edilmemişse bir yaptırım öngörmeyip aradaki farkın ceza olarak ödeneceğini düzenlemektedir. İşte vergi hukukunun bu düzenlemelerini

³² **SPIRO**, s. 23-24 (**SİRMEN**, s. 308'den naklen). **KRAMER**, Art. 18, N. 195'te yazar, gizli bedel anlaşmasının kanun koyucunun öngördüğü koruma amacı için yeterli olduğu ve gizli anlaşmanın ahde vefa ilkesi ile ayakta tutulmasının yargı kararlarında da bir ilerleme olacağını belirtmiştir.

³³“*Bu Kanunda sözü edilen "kayıtlı değer" veya " emlak vergisi değeri" deyimini; 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 29 uncu maddesine göre belirlenen vergi değerini ifade eder. Gayrimenkul devir ve iktisaplarında tapu ve kadastro harcı, emlak vergisi değerinden az olmamak üzere, beyan edilen devir ve iktisap bedeli üzerinden hesaplanır. Kat irtifaklı gayrimenkul devir ve iktisaplarında harç, devir ve iktisap bedelinin tamamı üzerinden hesaplanır. Tapuda yapılan işlemde sonra, emlak vergisi değerinden daha düşük bir bedel üzerinden harç ödendiğinin veya beyan edilen devir ve iktisap bedelinin gerçek durumu yansıtmadığının tespit edilmesi halinde, aradaki farka isabet eden harç ikmalen veya re'sen tarh edilir. Bu suretle tarh edilecek tapu ve kadastro harcı için, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi ziyai cezası %25 nispetinde uygulanır. Takdir komisyonu kararlarına istinaden bu fıkra uyarınca tarhiyat yapılamaz”.*

³⁴ **POSTACIOĞLU**, s.124 vd.; **ATAMULU**, s. 232. Resmi senette bedelin düşük gösterilmesinin muvazaa nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı, taraf iradelerinin sözleşmenin geçerli olacağı konusunda tam olarak uyuştuğu, bununla birlikte önalım hakkını kullanacak paydaşın bu hakkını düşük bedel üzerinden kullanacağı, ödenecek verginin ise vergi mevzuat gereği rayiç bedel üzerinden tahakkuk ettirileceği; bedelin yüksek gösterilmesi halinde de muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersiz olmayacağı ancak önalım hakkı sahibinin gerçek satış bedelini kanıtlayarak bu bedel üzerinden hakkını kullanabileceği yönünde bkz. **ERTAŞ**, N. 1276.

dikkate alan bazı yazarlar, bedelin düşük gösterilmesi durumunda satış sözleşmesinin geçerliliğinin etkilenmeyeceği görüşünü savunmuşlardır³⁵.

Vergi hukukunda, vergiyi doğuran olayların saptanmasında ve vergi kanunlarının yorumlanmasında biçimin ötesine geçerek ekonomik boyutun esas alınması, ekonomik yaklaşım ilkesi olarak tanımlanmıştır³⁶. Ekonomik yaklaşımda esas olanın, vergiyi doğuran olayın ekonomik içeriğinin vergi konusu olduğu belirtilmektedir³⁷. Ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi hukukunda tartışılan bir kavramdır ve yine vergi hukukunda geçerli olan ‘kanunilik’ ve ‘hukuki güvenlik’ ilkeleri ile çatışıp çatışmadığı hususu bu tartışmalara konu olmuştur³⁸.

Vergi hukukunda, vergiyi doğuran olay çoğunlukla bir özel hukuk ilişkisine dayanır. Bu nedenle de kavram ve ilkeler dikkate alınırken vergi hukuku ile özel hukuk arasındaki ilişkinin de göz ardı edilmemesi gerekir.

Vergi hukukunda, vergiyi doğuran olayda işlemin ekonomik içeriğinin ağır bastığı, hukuki işlem veya biçimden ziyade ekonomik içeriğin önem arz ettiği belirtilmektedir³⁹. Ancak, vergiyi doğuran hukuki işleme ilişkin geçerlilik koşulları ile bu hukuki işlemin ekonomik özü çeliştiğinde, özel hukuk ile vergi hukuku arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada, vergi hukuku ekonomik amaç ve ekonomik sonuca göre vergilendirme yapılmasına imkân vermektedir. Yargı kararlarında da benzer bir yaklaşıma rastlamak mümkündür⁴⁰.

Vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesi tanımlanır ve tartışılırken, kanunda yer almayan ancak literatüre girmiş bir diğer kavram olan “peçeleme” gündeme gelmiştir. Peçeleme, özel hukuk biçimlerinin vergi hukukundan doğan avantajlara ulaşmak için vergi normlarının

³⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Eşya, s. 669-670; **POSTACIOĞLU**, s. 124; **EREN, Fikret**, “Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.113’te yazar bedelin tapuda daha düşük gösterildiği ve vergi mevzuatı uyarınca düzeltmenin yapılabildiği durumlar için, hukuk düzeninde bizzat kanun hükmü sözleşmede yapılan bedelde muvazaayı ek harç ve vergi ödemek suretiyle düzeltiyorsa, yargı organının öyle bir sözleşmeyi artık muvazaalı sayması mümkün değildir görüşünü belirtmiştir.

³⁶ **BATUN, Mehmet**, Vergi Hukukunda Yorum ve İspat, Seçkin Yayınları, Ağustos 2012, s. 104-105.

³⁷ **ÇİLİNGİR, Ali İhsan Özgür**, Vergi Hukukunda Yorum, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 180.

³⁸ **BATUN**, s. 105.

³⁹ **ÇİLİNGİR**, s. 182; **BATUN**, s. 106.

⁴⁰ Danıştay 4. Dairesi 10.01.1987 tarih ve 1196/7 sayılı kararından, “...*Vergi hukukunda muamelelerin ekonomik yönü önemli olup (...) medeni hukukun katı şekil şartlarına bağlanmak, Vergi Hukuku prensipleriyle bağdaşmaz.*” **BATUN**, s. 107’den naklen.

konuluşundaki amaçlarla bağdaştırılmayacak biçimde kötüye kullanılması olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Peçeleme, doğrudan vergiyi doğuran olayı dolanmayı veya azaltmayı amaçlar⁴².

Vergiyi doğuran olay, çoğunlukla özel hukuk ilişkisinden kaynaklandığından hukuki ilişkinin özel hukuk kuralları bakımından geçerli olarak doğduğu varsayımına dayanır. Vergi hukukunda olguların ekonomik içeriği önem arz etmektedir. Belirtilen ilke çerçevesinde vergi mevzuatı, emlak vergisi değerinden daha yüksek olan ve resmi senede geçirilmeyen gerçek bedele ilişkin anlaşmaya geçersizlik yaptırımını öngörmemektedir. Bu görüş çerçevesinde, muvazaalı bir satış sözleşmesini de hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmak mümkün değildir.

Vergi mevzuatını esas alan ve muvazaalı işlemi geçerli sayan görüş eleştirilmiştir. *Sirmen*, vergi hukuku açısından önemli olanın, tapu harcını doğuran olayın gerçekleşmesi ve resmi senette gösterilen satış bedelinin emlak vergisi değerinden düşük olup olmadığının tespitinden ibaret olduğunu belirtmiş; bunun ise satış bedelinin muvazaalı olarak düşük gösterilmesini geçerli sayabilecek bir durum olmadığını ifade etmiştir⁴³. *Kocayusufpaşaoğlu* da, vergi hukukunun bir sözleşmenin geçerli olup olamayacağına karar veremeyeceğini belirtmiş; ancak, bedelde muvazaa halinde, tapuda resmi şekle bağlanan sözleşmelerde TMK 2/2 gereği şekil eksikliğine dayalı butlan iddiasına yer kalmadığını da vurgulamıştır⁴⁴.

Sözleşmenin geçersizliğine ilişkin olarak Yargıtay⁴⁵, “*Tarafların protokolde bedeli 250.000 TL, tapu satış senesinde ise 93.000 TL olarak göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına neden olmayacaktır. Taraflar görünüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde de anlaşmaktadırlar. Sadece sözleşmenin bedeli değiştirilmektedir. Burada muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir bölümünde gerçekleşmiştir.*” diyerek sözleşmeyi geçersiz kabul etmemiştir. Yargıtay, bu karar ile gerçek satış bedelini içermeyen görünürdeki sözleşmeyi geçersiz kabul etmemiştir. Öğretide, karara ilişkin olarak yapılan değerlendirmede, gizli bedel anlaşmasının şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğine de değinilmemesi vurgulanarak, sözleşme konusu taşınmazı

⁴¹ BATUN, s. 115.

⁴² ŞENYÜZ, Doğan, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Yaklaşım Yayınları, Kasım 2002, s. 87.

⁴³ SİRMEN, Eşya, s. 328.

⁴⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35, N. 25.

⁴⁵ YHGK, 29.2.2012, 2011/13-716, 2012/106 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ayırt etmeye yarayan bilgilerin resmi senette gerçeği yansıtmamasının sözleşmenin geçerliliğini etkilememesi sonucuna varılması eleştirilmiştir⁴⁶.

İsviçre hukukunda da bedelin daha yüksek veya düşük gösterildiği durumlarda görünürdeki işlemin kesin hükümsüz olduğu, gizli işlemin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı, ancak bunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanma yasağı ile sınırlandırıldığı kabul edilmektedir⁴⁷. İsviçre Federal Mahkemesi, güncel kararlarında satış bedelinin resmi senette tam olarak gösterilmesini aramaktadır⁴⁸. Aşağıda, değerlendirme ve sonuç bölümünde bedelde muvazaanın yaptırımına ilişkin olarak uygulamadaki işleyiş dikkate alınarak görüş belirtilmeye çalışılacaktır.

IV. Bedelde Muvazaanın Nedenleri ve Sonuçları

1. Daha Az Vergi ve Harç Ödemek Açısından

Öncelikle tekrar belirtilmelidir ki, vergi hukuku düzenlemesi, muvazaalı yapılan satışlar ile düşük bedelle yapılmış gerçek satışlar arasında bir ayırım yapmaksızın tapu harcını doğuran olayın gerçekleşmesini arar. Taşınmaz satışları bakımından vergi değeri, Emlak Vergisi Kanunu 29. madde, Harçlar Kanunu 63. madde ve Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca esas alınacak değer üzerinden tespit edilir. Ödenecek vergi, bu hesaplama ile saptanan objektif değerdir. Tarafların muvazaa olmaksızın bu değer altında kalan işlemleri bakımından da vergi mevzuatı uyarınca aradaki fark talep edilebilecektir.

Taşınmaz devir ve iktisaplarında tapu harcı, emlak vergisi değeri üzerinden az olmamak üzere beyan edilen devir ve iktisap bedeli üzerinden

⁴⁶ **ÖZBİLEN**, s. 263'te yazar, Yargıtay'ın bu kararının, geçerliliği şekil şartına bağlı sözleşmelerin esaslı unsurlarının resmi senette tarafların gerçek iradelerini yansıtmaya bile sadece resmi senette yer almaları sebebiyle geçerli sayılacağı gibi tehlikeli bir yorumun yapılmasına hizmet edebileceğini belirtmektedir.

⁴⁷ **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, Art. 18, N. 165 vd. Federal Mahkeme, eski tarihli kararlarında gerçekte kararlaştırılan bedelin peşin ödenmesi durumunda sözleşmeyi geçerli sayıyordu. Yazarlar, sözleşmenin şekil eksikliği bilinmesine rağmen, iradi olarak eksiksiz ifa edilmesi durumunda şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını, Federal Mahkeme görüşünün aksine doktrindeki hâkim görüş uyarınca, şeklin amacına aykırı gelmediği durumlarda sözleşmeden doğan borçların ifası ile şekil eksikliğinin giderilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Doktrindeki hâkim görüşe göre şekil eksikliği nedeniyle geçersizlik iddia eden kişinin, hakkını kötüye kullandığının ileri sürülmesinin aşırı ve abartılı bir yorum olacağı da belirtilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinin daha eski tarihli kararları ve bu konudaki açıklamalar için bkz. **ADAY**, s. 54 vd.

⁴⁸ **ATAMULU**, s. 232, dn. 61'de zikredilen kararlar.

hesaplanır. Diğer bir ifadeyle, satış bedeli veya emlak vergi değerinin hangisi yüksekse, yüksek olan bu değer üzerinden harç hesaplanmaktadır.

“Emlak vergisi değeri” ifadesi, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu’nun 29. maddesine göre belirlenen vergi değerini ifade eder. Buna göre taşınmazların devir ve iktisaplarında ödenecek olan tapu harcının, emlak vergisi değerinden az olmamak üzere, taşınmazı devir alanın devredene ödeyeceği gerçek bedel üzerinden beyan edilmesi gerekir. Bu bedel en düşük olarak, devredilen taşınmazın emlak vergisi değeri olabilecek; ancak, gerçek devir bedelinin emlak vergisi değerinden fazla olması halinde ise, tapu harcının bu gerçek devir bedeli üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerekecektir⁴⁹⁻⁵⁰.

Tapuda bildirilecek asgari değer emlak vergisi değeridir. Emlak vergisi değeri de taşınmazın minimum değeri üzerinden bir bölgede belediye tarafından hesaplanan metrekare satış değeridir. Taşınmazın piyasadaki gerçek satış değeri ise gerçek rayiç değerdir. Çoğunlukla taşınmazın gerçek rayiç değeri, belediye rayiç değerinden daha yüksektir.

Tarafların daha az vergi veya harç ödemek için gizli bir bedel kararlaştırıp tapudaki işlemde bedeli daha düşük göstermeleri durumunda ise bedelde muvazaadan bahsedilebilecektir. Ancak burada da, tapuda daha az vergi veya harç ödemek maksadıyla, diğer bir ifadeyle, devleti kandırmak maksadıyla yapılan işlemde, VUK 371 uyarınca, taraflar eksik vergiyi ödeyebilecek, işlemin geçersizliği iddia edilemeyecektir. Acaba, taraflar aralarındaki gizli işlem uyarınca kararlaştırılan bedelin ödenmediğini veya sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia edebilecekler midir? Burada da, tarafların aralarındaki muvazaayı yazılı delille ispat etmeleri kuralı uygulanacağından ve sözleşme taraflarının bedele ilişkin muvazaa iddiası da hakkın kötüye kullanılması sebebiyle dinlenmeyeceğinden, bu iddianın pratikte bir karşılığı olmayacaktır.

İşlemin geçerli olarak kabul edildiği bu durumlarda ortaya çıkabilecek bir diğer sorun da, yine vergi mevzuatının gelir vergisine ilişkin düzenlemesidir. Gelir Vergisi Kanunu Mükerrer madde 80/6 uyarınca, “İktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) 70 inci maddenin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal (gerçek usulde vergiye tâbi çiftçilerin ziraî istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak beş yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançlar (Kooperatiflerin ortaklarına

⁴⁹ <http://www.gib.gov.tr/mukellef-hizmetleri/tapu-islemlerinde-gercek-degerin-beyani>.

⁵⁰ SAĞLAM, s. 107.

bu sıfatları dolayısıyla tahsis ettikleri gayrimenkulleri tahsis tarihinde ortak tarafından satın alınmış sayılır.)” gelir vergisine tabi tutulacaktır. Alıcı tarafın beş yıl içinde taşınmazı elden çıkarması durumunda, değer artış kazancı olarak ek bir vergi ödemesi söz konusu olacaktır. O halde, beş yıl içinde ikinci bir satışın gerçekleşmesi durumunda gelir vergisi bu iki bedel arasındaki farka göre hesaplanacaktır. Burada tarafların ek vergiyi ödediklerini ispat ederek, değer artışını tapudaki değer üzerinden değil de ödedikleri vergi üzerinden yapabilecekleri kabul edilebilir. Ancak, bu çözümün kabulü halinde de hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle bedelde muvazaa iddiası dinlenmeyen tarafların ek vergiyi ödediklerini ispat ederek bir nevi muvazaa iddiasında bulunmaları ve hukuk düzeninin bu işlemleri tamamen geçerli sayması sonucunu doğuracaktır.

Uygulamada sıklıkla rastlanılan bu durumun önüne geçilmesi kanun koyucunun durumu düzenlemesi ile mümkün olabilecektir. Taşınmaz satışlarından elde edilmesi hedeflenen verginin, taşınmazın emlak vergi değeri üzerinden hesaplanmasının, tarafların tapuda gösterdikleri bedelin dikkate alınmamasının bu yönde etkili bir çözüm olabileceği belirtilmiştir⁵¹.

2. Önalım Hakkının Kullanılması Bakımından

a. Genel Olarak Önalım Hakkı

Önalım hakkı, taşınmazın malikinin, taşınmazı bir üçüncü kişiye satması durumunda, önalım hakkı sahibine tek taraflı irade beyanıyla taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi tanıyan yenilik doğuran bir haktır⁵²⁻⁵³. Önalım hakkı kanundan doğabildiği gibi (yasal önalım hakkı⁵⁴), sözleşmeden de doğabilir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, taşınmazın satışı veya ekonomik

⁵¹ SAĞLAM, s.109; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35, N. 25, s. 362.

⁵² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1915, N. 1956; TEKİNAY, s. 16; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 71; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2017 s. 130; KIRCA, Çiğdem, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaşgünü Armağanı, Cilt II, s. 1179. (1179-1203); GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD. C. 8, S. 2 (2011), YÜHFD. C. 9, S. 1 (2012), s. 448; SİRMEN, Eşya, s. 412; AYDOĞDU, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013, s. 5 vd.

⁵³ BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. s. 151 vd.

⁵⁴ Yasal önalım hakkının doğumu ve kullanım koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİPKA TAMAN, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı (M.K. m. 659), İstanbul 1994, s. 41 vd.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

bakımdan satışa eşdeğer bir işlemin yapılması durumunda kullanılabilir⁵⁵. Bu hakkın tanındığı sözleşmeye, önalım sözleşmesi denilir. TBK 237’de, önalım sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur⁵⁶. Önalım sözleşmelerinin adi yazılı şekle tabi tutulmasının altında yatan temel sebep, önalım hakkının çoğunlukla kira sözleşmelerine bir kayıt olarak konulması ve bu suretle kolaylık sağlamak istenmesidir⁵⁷.

Yasal önalım hakkı ise, paylı mülkiyette paydaşın yasal önalım hakkı olarak TMK 732-734 maddelerinde, sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkı 5403 sayılı Toprak Koruma ve Tarım Arazilerinin Kullanımı Kanun’unun 8/i maddesinde⁵⁸ ve 1164 sayılı Arsa Üretimi ve

⁵⁵ Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramı üzerine bir inceleme için bkz. **OKUR, Sinan**, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, s. 101-258.

⁵⁶ Mülga Tapu Sicil Tüzüğü’nün 55/c maddesinde sözleşmeden doğan önalım hakkının tapuya şerh edilmesi için noterlikçe düzenlenmesi ispat şekli olarak aranmaktaydı. RG 17.08.2013 Sayı: 28738 ile yürürlüğe giren Tapu Sicil Tüzüğü’nün 49/ç maddesine göre önalım hakkının şerhi için yazılı sözleşme artık yeterli kabul edilmektedir. Böylelikle sözleşmeden doğan önalım hakkının geçerlilik şartı ile tapuya şerh edilmesi için gerekli ispat şekli paralel olarak yazılı şekil olarak kabul edilmiştir.

⁵⁷ **OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, N. 1916; **YAVUZ**, s. 130; **EREN, Fikret**, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2012, s. 440; **TEKİNAY**, s. 20’de yazar, kanundaki birliğe aykırı bu durumun yalnızca İsviçre hukukunda kabul edilen düzenlemeden kaynaklandığını belirtmektedir. Gerçekten de, önalım anlaşmalarının kira sözleşmelerinde yer alması daha çok İsviçre hukuku uygulamasında rastlanılan bir durumdur. İsviçre kanun koyucusunun şekil bakımından sağladığı bu kolaylığın Türk hukukunda da-uygulanması az rastlanılır olsa da- kabul edildiği söylenebilir.

TANDOĞAN, kanunun yazılı şekli kabul etmesinin bir diğer nedeni olarak, önalım hakkının kullanılması için taşınmazın bir üçüncü kişiye satılmasının şart olduğunu ve bu satış yapılırken resmi şekle uyulacağından yeteri kadar düşünülmüş olacağını belirtmiştir. Bkz. **TANDOĞAN**, C.I/1, s. 65.

⁵⁸ RG 15.05.2014 Sayı: 29001. Bu hükme göre, “8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir. Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.” Tarımsal arazilerde yasal önalım hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **AÇIKGÖZ, Osman**, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı), İstanbul 2018.

Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un⁵⁹ 10. maddesinde⁶⁰ düzenlenmektedir.

Önalım hakkının kullanımı, hak ister kanundan ister sözleşmeden doğsun, satıcı veya üçüncü kişi alıcının noter aracılığıyla satışı bildirmesinden⁶¹ itibaren üç ay ve her durumda satış sözleşmesinin üzerinden iki yıl geçmekle sona erer (TMK 733, TBK 242)⁶². Hak sahibinin bu hakkını dava açarak kullanması gerekmektedir. Davanın karara bağlanabilmesi için önalım bedelinin hâkimin belirlediği yere yatırılması gerekir. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ve alıcıya düşen tapu giderlerinden oluşur⁶³.

b. Önalım Hakkı Kullanımı ve Bedelde Muvazaa

Taraflar, sözleşmeden doğan önalım hakkı tanıdıkları durumda, sözleşmede bedeli açıkça kararlaştırabilirler, bu durumda nitelikli önalım hakkından; böyle bir kararlaştırma yapmadıkları durumda da basit (adi) önalım hakkından bahsedilecektir⁶⁴. Tarafların nitelikli önalım hakkı

⁵⁹ RG 10.5.1969 Sayı: 13195.

⁶⁰ Bu hükme göre, “*Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü; konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunduğu sahalardaki arsa ve arazinin satışlarında şüfa hakkını haizdir. Bu sahalardaki arsa ve arazinin satışları tapu daireleri tarafından 15 gün içinde Arsa Ofisine bildirilir. Tapu dairelerine yapılacak bildiri üzerine Arsa Ofisi en geç 30 gün zarfında şüfa hakkını kullanacağını bildirmediği ve bu süre içinde ödenmiş satış bedeli ile her türlü harç ve masrafları peşin olarak, malik adına yatırmadığı takdirde, şüfa hakkının kullanılmasından vazgeçmiş sayılır. 30 günlük süre içinde ödenmiş satış bedeli ile her türlü harç ve masrafların yatırılmasını mütaakıp, tapu dairelerince re'sen eski satışın iptali ile yeni maliki adına tescil işlemi yapılır. Bu halde tapu idareleri re'sen şüfa hakkındaki şerhi kaldırmaya yetkilidir*”.

⁶¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda yasal ve sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu memuru tarafından ilgililere bildirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (Art. 969 ZGB). Türk hukuku bakımından da aynı düzenlemenin kabul edilmesi gereği konusunda bkz. **ÜNVER AYDIN, Tülay**, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Cilt: 11, Sayı:145 – 146, Eylül - Ekim 2016*, s. 829-857 (www.jurix.com.tr/article/5851); **SİRMEN**, s. 419'da yazar da tapu memurunun bildirim yükümlülüğünün olması gerektiğini belirtmektedir.

⁶² 1164 sayılı kanunun 10. maddesinde farklı süreler öngörülmüştür. Bkz. dipnot 60.

⁶³ YHGK, 13.4.2005, 6-230/244; 14. HD, 12.12.2017, 2016/12388, 2017/9296 (www.lexpera.com).

⁶⁴ **HELVACI, İlhan**, “İsviçre Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216a-216e)”, MHB Yıl 19-20, 1999-2000, s. 401. **EREN**, Mülkiyet, s. 437'de yazar, nitelikli önalım hakkı için “sınırlı önalım hakkı”, basit önalım hakkına için ise *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

kararlaşrtmalarında, taşınmaz bir üçüncü kişiye satıldığında önalım hakkı sahibi kararlaşrtılan bu bedel üzerinden önalım hakkını kullanacaktır⁶⁵. Basit (adi) önalım sözleşmesi söz konusuysa, taşınmazın maliki ile üçüncü kişi arasında yapılan satış veya satışa eş değer işlemin değeri esas alınacaktır. TBK 241/3'e göre, "önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörölmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişi ile kararlaşrttığı satışa ilişkin koşullarla kazanır." O halde, kararlaşrtma yoksa esas olan basit önalım hakkıdır. Konumuz bakımından sorun, basit (adi) önalım sözleşmeleri için söz konusu olabilecektir. Yasal önalım hakkının söz konusu olduğu durumlarda ise yine tapuda gösterilen bedel üzerinden hak kullanılacağı için, çalışmada önalım hakkı hem basit önalım sözleşmeleri hem de yasal önalım hakkını kapsar şekilde kullanılmıştır.

i. Bedelin Gerçek Bedelden Daha Düşük Gösterilmesi

Taşınmazın tek maliki veya paydaşı satıcı ile üçüncü kişi alıcının tapuda satış bedelini düşük gösterdikleri bir taşınmaz satışı sözleşmesinde, önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen bedelin gerçek bedelden daha düşük olduğunu bilmesi ve bedel üzerinden hakkını kullanması durumunda kendisinin çoğunlukla başka bir ispat çabası olmayacaktır⁶⁶, zira tapuda

"olağan" ve "sınırsız önalım hakkı" ifadelerini de kullanmaktadır. **GÜMÜŞ**, s. 436; **SİRMEN**, Eşya, s. 413; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, N. 1924.

⁶⁵ **HELVACI**, s. 401. İsviçre Borçlar Kanununun 216. maddesi uyarınca, nitelikli önalım sözleşmeleri resmi şekle, basit önalım sözleşmeleri ise yazılı şekle tabi tutulmuştur. **HELVACI**, s. 402'de yazar, bu düzenlemeye gerekçe olarak nitelikli önalım sözleşmelerinin taşınmaz sahibi için daha tehlikeli olmasını ve resmi şeklin taşınmaz sahibini düşünmeye sevk etmek amacı taşıdığını belirtmiştir. Adi önalım hakkı için yazılı şekil şartının yeterli kabul edilmesi için bir diğer sebep de bu hakkın uygulamada kira sözleşmelerinde bir kayıt olarak yer almasıdır. Aynı yönde bkz. **GÜMÜŞ**, s. 436; **KİZİR**, s. 1778.

⁶⁶ Yargıtay 6. HD, 12.7.2005, 7105/7514 kararında akit tablosundan gerçek satış değerinin daha yüksek olduğunun anlaşılması üzerine bu değer üzerinden önalım hakkının kullanılmasına hükmetmiştir: "Uyuşmazlık önalım hakkı nedeniyle tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Davacı önalım hakkına konu payın satışına ilişkin olarak düzenlenen 21.4.1999 tarih ve 1976 yevmiye numaralı akit tablosunda her bir payın satış değeri ayrı ayrı rakamla ve yazıyla 5.000.000.000.-'er TL gösterilmesine karşın davacı tapu senedinde yazılı 500.000.000.- TL üzerinden önalım hakkını kullanmak için dava açmıştır. Yargılama aşamasında getirtilen akit tablosunda gerçek satış bedelinin tapu senedinde yazılı miktar olmayıp, 5.000.000.000.TL olduğunun anlaşılması üzerine davacı 19.2.2003 günlü oturumda bu defa bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Mahkemece davacının bu iddiası üzerine keşif yapılmış, keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda toplam satış bedelinin 2.819.450.000.- TL olduğu açıklanmış, ancak muvazaa iddiası konusunda YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

gerçek değerden daha düşük olarak gösterilen bedel ekonomik olarak menfaatine olacaktır. Ancak, yine de önalım hakkı sahibi muvazaa iddiasında bulunmuşsa, sözleşmenin tarafı olmadığından bu iddiasını her türlü delille ispat edebilir⁶⁷.

Önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması karşısında muvazaalı işlemin taraflarının ise, kendi hukuka aykırı davranışlarına dayanmaları hakkın kötüye kullanılması sayılacağından, muvazaa iddiasında bulunamayacakları kabul edilir⁶⁸. Yukarıda belirtildiği gibi, daha az vergi ödemek için tapuda bedelin daha düşük gösterilmesi durumunda, VUK 371 uyarınca düzeltme yapılması mümkün kılınmıştır. Satış sözleşmesinin tarafları, VUK 371’de düzenlenen pişmanlık hükmü uyarınca eksik bedeli tamamlatarak gerçek bedel üzerinden vergiyi ödemiş olsalar da uygulamada bu, tapuda yer alan kayda geçmemektedir. Diğer bir ifadeyle, tarafların gösterdiği düşük bedele göre hazırlanan resmi senette bir değişiklik yapılmamaktadır. Aşağıda bu uygulama sebebiyle akla gelen sorular değerlendirilirken soruna teorik açıdan yaklaşmıştır.

i-Taraflar satışı önalım hakkı sahibine bildirmişler ve fakat önalım davası henüz açılmadan VUK 371 uyarınca düzeltme yapılmışsa önalım hakkı hangi bedel üzerinden kullanılacaktır?

dinlenen tanıklar satış bedeli konusunda bilgilerinin bulunmadığını bildirmişlerdir. Muvazaa iddiası konusunda keşif tek başına yeterli delil teşkil etmez. Keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunun tanık beyanlarıyla doğrulanması gerekir. Olayımızda; bu husus gerçekleşmediğine göre davacının bedelde muvazaa iddiasını kanıtladığı sonucuna varılamaz. Davacı tarafından ileri sürülen muvazaa iddiası kanıtlanmadığından akit tablosunda gösterilen ve her bir satış için belirlenen 5.000.000.000.-er TL toplam 10.000.000.000.- TL ve bu bedel için ödenen tapu harç ve masrafindan ibaret bulunan önalım bedeli üzerinden davacıya bu hakkını kullanıp kullanmayacağı sorulması, kullanmak istediği takdirde bu bedelin depo edilmesi için uygun süre verilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı bu defa ki incelemeden anlaşıldığından Dairemizin 17.2.2005 tarih ve 9778/1106 sayılı onama kararının kaldırılmasına, mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir”.

⁶⁷ **ÖĞÜZMAN/ÖZ**, Cilt I, N. 416; **EREN**, Yasal Önalım Hakkı, s. 112; **ATAMULU**, s. 234.

⁶⁸ **SIRMEN**, s. 307; **ŞIPKA**, s. 33; Krş. **TANDOĞAN**, C I/1, s. 238’de yazar, bu durumda önalım hakkı sahibine karşı muvazaanın ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması niteliğinin bulunmadığını belirtmektedir.

Yargıtay 6. HD, 1.2.2005, 2004/9999, 2005/394’e göre de, “İşlemin tarafı gerek bedelde gerekse işlemde kendi muvazaasına dayanamaz”. Aynı yönde 6. HD, 30.12.2008, 12278/14329.

Satış sözleşmesinin tarafları, satışı önalım hakkı sahibine bildirdikten sonra, VUK 371 pişmanlık hükmü uyarınca eksik bedeli tamamlatarak gerçek bedel üzerinden vergiyi ödemiş olsalar da, önalım hakkı sahibinin bu hakkını, tapudaki bedel üzerinden kullanması esas kabul edilecektir; çünkü, bildirim yapıldığı zaman tapudaki bedel ilk bedeldir. Ancak, bu kez de tapuda gösterilen bedelin gerçek bedelden daha düşük olduğunu bilen önalım hakkı sahibinin, bu hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık arz eder mi sorusu gündeme gelecektir. Önalım hakkı sahibi, bu hakkını kullanmayacağı yönünde bir güven yaratmış ve buna rağmen önalım hakkını kullanmışsa, TBK 49/2 gereğince ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren kişi bu zararı gidermekle yükümlüdür hükmü ile karşı karşıya kalabilecektir⁶⁹.

ii-Satış henüz önalım hakkı sahibine bildirilmeden düzeltme yapılmışsa, artık düzeltilen bu bedel üzerinden bildirim yapılması ve önalım hakkının bu bedel üzerinden kullanılmasının kabul edilmesi mümkün müdür?

Önalım hakkı dava ile kullanılan yenilik doğuran bir haktır ve kullanılması kanun uyarınca sürelerle tabi tutulmuştur. TMK 733/3, alıcı veya satıcı tarafından satışın önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirilmesini aramaktadır⁷⁰. Üç aylık nisbi süre, satışın noter aracılığıyla bildirilmesi ile başlar, önalım hakkı sahibi satışı noter aracılığıyla bildirim yapılmadan öğrenmişse de önalım hakkını kullanabilecektir⁷¹⁻⁷². Önalım hakkı sahibi kendisine noter aracılığıyla bildirim yapılmadığı durumlarda

⁶⁹ **SUNGURBEY, İsmet**, Medeni Hukuk Sorunları, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5. Cilt, İstanbul 1984, s. 334. Yazar önalım hakkı sahibinin tapudaki düşük bedelden hakkını kullanmasının alıcı üçüncü kişiyi cezalandırmak olduğunu, buna karşılık önalım hakkı sahibinin düşük bedel sebebiyle sebepsiz zenginleşeceğini söylemektedir.

⁷⁰ Üç aylık sürenin işlemeye başlaması için noter aracılığıyla bildirim şart olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. **ÜNVER AYDIN**, s. 843 vd.

⁷¹ **YHGK**, 13.04.2005, 6-230/244 “Nitekim, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin kabul ettiği sistem de “öğrenmeyi” esas almakta iken açıklanan gelişim içinde bundan vazgeçilerek “bildirim” esasına geçilmiştir.... Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; “öğrenme” olgusu değil “bildirim” olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde “bildirilir” şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin “bildirimden” başlayacağı da devami fıkra açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir.” (www.lexpera.com.tr).

⁷² **SİRMEN**, Eşya, s. 418-419; **ÜNVER AYDIN**, s. 843.

satışın gerçekleşmesinden itibaren iki yıl içinde önalım davası açabilir⁷³. Taşınmaza ilişkin satış işlemi yapan alıcı veya satıcının, önalım hakkı sahibine satışı bildirmemelerinin bir yaptırımı bulunmamaktadır. Öğretide, alıcı ve satıcının noter kanalıyla satışı bildirmemeleri bir kusur olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Bu durumda, alıcı ve satıcının kendi eylemleriyle sebebiyet verdikleri bir durumdan menfaat sağlayamamaları gerekecektir.

Konumuz bakımından, alıcı ve satıcının, satışı bildirmeden VUK 371’de tanınan imkândan yararlandığı varsayımında, satış kendisine noter aracılığıyla bildirilmeyen ancak satışı öğrenerek iki yıllık hak düşürücü süre içinde önalım hakkını kullanan önalım hakkı sahibine eksik vergi ödenerek düzeltilen bedel ileri sürülemezdir⁷⁵⁻⁷⁶. Meğerki önalım hakkı sahibi hakkını kötüye kullanmış olsun!

⁷³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 1973; ÜNVER AYDIN, s. 849; YHGK, 21.09.2005, 6-358/470; 14. HD, 2016/12388, 2017/9296 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁴ EREN, Yasal Önalım Hakkı, s. 123.

⁷⁵ Yargıtay, satışın noter aracılığıyla bildirilmediği durumlarda taşınmazın değerinin arttığı ve bu artışın keşif ve bilirkişi kanalıyla artırılarak önalım bedelinin buna göre yükseltilmesini kabul etmemiştir. Bkz. 6. HD, 28.11.2005, 9362/10825; 6. HD, 16.04.2007, 2017/4445 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁶ Önalım bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak YHGK 3.4.2013, 2012/6-1127, 2013/434’e göre, “...önalım bedeli belirlenirken, davaya konu payın dava tarihindeki rayiç değerinin mi, yoksa davalının ödediği bedelin ferağa icbar davasının kesinleştiği tarihe kadar, denkleştirici adalet ilkesi gereğince güncellenmiş değer mi esas alınacağı; buradan varılacak sonuca göre önalım bedelinin ne kadar olması gerektiği noktalarında toplanmaktadır.

Taşınmaz mal mülkiyetinin yasadan doğan daraltımlarından biri olan önalım (şuf’a) hakkı, yenilik doğuran (inşai) bir haktır. 20.06.1951 gün 13/5 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararında da bu hak, taşınmazda pay sahibi bulunan kişiye, diğer bir paydaşa ait hissenin, üçüncü kişiye satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile belli bir süre içerisinde satın alma yetkisini veren aynı hak olarak tanımlanmıştır. Yine belirtmek gerekir ki, yukarıda ifade edilen 1951 tarih 13/5 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının sonuç bölümünde satış bedelinden söz edilmesini de müşteriye mal olan satış bedeli olarak anlamak gerekir. Bu nedenle önalım (şuf’a) hakkının ortak payın satışından çok sonra kullanılması halinde, aradan geçen zaman içinde taşınmazın değerinde meydana gelen objektif artışlarla enflasyon olgusunun önalım bedelinin belirlenmesine etkisi de kabul edilmelidir. Bu hakkın şu veya bu nedenle geç kullanılmasından dolayı davacıyı, amaç dışında zenginleştirecek ve alıcı davatçıyı da fakirleştirecek yorum ve sonuçlardan kaçınılmalıdır. Çağdaş Hukuk, haksız yani tam karşılığı verilmeden elde edilen kazançları korumamaktadır (BK.21, 61, 63). Satış tarihinden itibaren geçen uzunca bir süre sonra taşınmazın değerinde meydana gelen objektif ve enflasyon artışlarının, önalım (şuf’a) bedeline dahil edilmesi yorumu, Yasaya ve Hukukun genel prensiplerine de ters düşmeyeceği aşikârdır. Aksine bir uygulamanın hukukun amacı olan adaletin YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

iii- Satış bildirilmiş ve önalım davası açıldıktan sonra düzeltme yapılmışsa önalım davasında hangi bedel esas alınacaktır?

Önalım hakkı sahibi dava açarak hakkını kullanmış ve davalı taraf muvazaa iddiasında bulunmuş olabilir. Muvazaanın taraflarca ileri sürülmesi ancak yazılı delille mümkündür. Bu durumda, davalı satıcının veya taşınmazın alıcısı üçüncü kişinin fiilen iddiada bulunmaları mümkün olsa da bunu ispatlamaları yazılı delil ile mümkün olacaktır⁷⁷. Nitekim Yargıtay, payı daha yüksek bir bedelle satın aldığı halde tapu sicilinde bu payın bedelini daha düşük gösteren davalı iyiniyetli olarak kabul edilemez, demektedir⁷⁸⁻⁷⁹.

Yargıtay, muvazaa iddiasının kabulü halinde önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen değer üzerinden taşınmazın alıcısı olabilmesine hükmetmiştir⁸⁰⁻⁸¹. Diğer bir ifadeyle, muvazaalı satış işlemindeki bedel esas

somutlaştırılmasını önleyeceği ve çıkarlar dengesini bozacağı tartışılmayacak kadar açık bir olgudur. Zira önalım hakkı sahibi, sebepsiz zenginleşirken alıcı olan davalı fakirleşmektedir. Bu itibarla önalım (şufa) hakkının kullanılması nedeni ile önalım hakkı sahibi alıcının, bedele ilişkin yükümlülüğü, hakka konu olan payın kullanıldığı tarihteki (önceden kullanılmamışsa dava tarihi) değeri olmalıdır. Nitekim bu görüş Hukuk Genel Kurulu'nun 05.05.1993 gün ve 761-192, 18.05.1994 gün 215-356, 19.10.1994 gün 343-625 sayılı ve 28.12.1994 gün ve 1994/6-673-898 sayılı kararlarında da aynen benimsenmiştir.”

⁷⁷ Yargıtay 6.HD, 28.03.1985, 93010/4013 (**KÖYLÜOĞLU, Egemen**, Önalım Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011. s. 223'ten naklen).

⁷⁸ Yargıtay 6.HD, 08.2.1983, 12390 /12435 (**KÖYLÜOĞLU**, s. 223'ten naklen).

⁷⁹ Karşı görüşte **HATEMİ, HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 518 ve s. 612. Yazar, önalım yükümlüsüne de gerçek satış bedelinin bu kadar düşük olmadığını ispat imkânı verilmesi kanaatindedir. Gerçek bedelin ispatının imkân olarak tanınmasının önalım hakkı sahibinin dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı düşebilecek girişimlerini önleyeceği de belirtilmiştir. Bkz. s. 613.

⁸⁰ Yargıtay 14. HD, 6.2.2014, 2013/15940, 2014/1542'e göre, “Davacı tapuda gösterilen 2.300,00 TL üzerinden önalım hakkını kullanmak istemiş, davalı taraf gerçek bedelin 15.000,00 TL olduğunu belirterek tapuda düşük bedel gösterildiğini savunmuştur. Mahkemece, davalının bedelde muvazaa savunmasına itibar edilerek, dava konusu payın keşifte tespit edilen değeri üzerinden önalım davasının kabulüne karar verilmiştir. Davalı, önalım hakkına konu payın 13.10.2011 tarihli satış işleminin tarafı olup, taraf olduğu işlemde muvazaa yapıldığı iddiasını 3. kişi konumundaki davacıya karşı ileri süremez ve davalının bu savunması dinlenmez. Bu nedenle mahkemece 4721 sayılı TMK'nın 734/2. maddesi uyarınca tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflar toplamı olan önalım bedeli üzerinden davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile keşifte belirlenen değer üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.”

YHGK, 6.4.2016, 2014/6-356, 2016/491'e göre, “...Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, önalım bedelinin belirlenmesinde tapudaki satış bedelinin mi yoksa YUHFD Vol. XVII No.1 (2020)

alınmaktadır. Yargıtay kararları da prensip itibariyle göstermektedir ki, bedelde muvazaa uygulamada kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmamakta, tarafların işlemi yapma konusunda ciddi olmaları dikkate alınarak, işlemlerin bedel açısından düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. Satışın bildirilmesi ve davanın açılmasından sonra düzeltme yapılması durumlarında da Yargıtay, bedele ilişkin anlaşmaları muvazaalı kabul etmekte⁸², ancak yine işlemin geçersiz olduğunu değil, tapuda gösterilen bedel üzerinden işlem yapılmasını kabul etmektedir. *Eren*, bu görüşe mutlak olarak katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazar, vergi mevzuatının böyle bir düzeltme yetkisi vermesinin hukuk düzeninin bir tercihi olduğunu ve artık yargı organının böyle bir sözleşmeyi muvazaalı saymasının mümkün olmadığını belirtmiştir⁸³. *Sirmen* ise, vergi hukukunun düzenlemeleri esas alınarak gerçek bedelden daha düşük bedelle yapılan

temlik tarihi itibariyle hesaplanan (davalının ödediğini iddia ettiği) gerçek bedelin mi esas alınması gerektiği noktasında toplanmakta olup; Kurulda yapılan görüşmeler sonunda çoğunlukça, dosya içeriği ve toplanan deliller uyarınca TMK'nın 734.maddesinde düzenlendiği ve Özel Daire bozma kararında belirttiği gibi önalım bedelinin belirlenmesinde esas alınacak satış bedelinin tapudaki satış bedeli olarak anlaşılması gerektiği kanaatine varılmıştır. Hukuk Genel Kurulu görüşmeleri sırasında bir kısım üyelerce, paylı mülkiyete tabi taşınmazda pay satın alan davalının, davaya konu payı tapuda gösterilen 5.000-TL bedelle değil, 200.000-TL bedelle satın aldığı savunarak buna dair belge sunduğu ve tanık dinlettiği; burada bedelde muvazaa iddiasının işlemin tarafına değil üçüncü kişi olan davacıya karşı ileri sürüldüğü, bu iddianın her türlü delille kanatlanabileceği, uyuşmazlığın çözümünde 5.5.1993 tarih, 1992/6-761 E., 1993/192 K. sayılı Hukuk Genel Kurulu kararının dikkate alınması gerektiği, bu sebeple Yerel Mahkeme kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğunca yukarıda ve bozma ilamında belirtilen sebeplerle bu görüş benimsenmemiştir. O halde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹ Yargıtay, kira sözleşmelerinde de benzer şekilde karar vermiştir. Kira sözleşmesinde daha az vergi ödemek maksadıyla kira bedelinin düşük gösterilmesini muvazaalı kabul etmiş ve gizli işlemde kabul edilen kira bedeli üzerinden işlem yapılmasına hükmetmiştir. Bu konuda bkz. 6. HD, 19.1.2015, 2014/5385, 2015/422; 6. HD, 14.5.2009, 1617/4503; HGK 21.9.2005, 6-491/471 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸² **EREN**, Yasal Önalım Hakkı, s. 112'den naklen, “*davanın açılmasından sonra davalının vergi dairesine müracaatla evvelce vaki bedel hakkındaki beyanı hilafı hakikat olduğundan bahisle satışı karşılığı 1 milyar 700 milyon üzerinden harç ödemiş tapuda olması açılan şuf'a davasına etkili değildir. Şuf'a payların bedeli tapuda 50.000 lira olarak yazılıdır. Davalı satım sözleşmesinde taraflardan biri olduğuna göre tapuda gösterilen bedelde, muvazaa bulunduğunu iddia edemeyeceği gibi, o iddiaya uyularak sonradan vergi ödenmesinin, davanın değerinin yükseltilmesinin ve ona göre harç ödenmesinin sonuca etkisi olmaz...*” Yargıtay 6. HD, 21.9.1995, 8642/8543.

⁸³ **EREN**, Yasal Önalım Hakkı, s. 113.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

muvaazalı satışların geçerli sayılması gerektiği görüşüne katılmamaktadır⁸⁴. Konuya ilişkin görüş, değerlendirme ve sonuç bölümünde belirtilecektir.

ii. Bedelin Gerçek Bedelden Daha Yüksek Gösterilmesi

Taşınmaz maliki satıcı ile üçüncü kişi alıcının, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını engellemek veya güçleştirmek niyetiyle, tapuda, taşınmazın satış bedelini kararlaştırdıkları miktardan daha yüksek göstermeleri halinde önalım hakkı sahibi muvazaa iddiasında bulunabilecek midir ve önalım hakkını hangi satış bedeli üzerinden kullanabilecektir?

Taşınmaza ilişkin satış bedelinin daha yüksek gösterildiğine ilişkin muvazaa iddiasının kabul edilmesi durumunda⁸⁵, davacı önalım hakkı sahibi tapu sicilinde gösterilen satış bedeli ve bu bedel esas alınarak bulunacak tapu harç ve giderlerini ödemek yükümlüğünden kurtulacaktır. Gerçek satış bedeli esas alınarak, tapu sicil müdürlüğünden sorularak öğrenilecek tapu

⁸⁴ SİRMEN, Eşya, s. 328.

⁸⁵ Yargıtay 6. HD, 24.01.2005, 2004/9273, 2005/130'a göre, "Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin 7 No'lu parselin paydaşlarından olup davalının diğer paydaş Oğuz'un payını 12.9.2001 tarihinde 1.552.500.000.-TL bedelle satın aldığını, ancak tapuda bedelin önalım hakkının kullanılmasını önlemek için 5.000.000.000.-TL olarak gösterildiğini, davacının önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek, davalı adına kayıtlı payın iptali ile davacı adına tescilini talep etmiştir. Davalı vekili, müvekkili şirketin amaçları doğrultusunda dava konusu payı satın aldığını payın aslında tapuda gösterilen bedelden daha da değerli olduğunu, bedelde muvazaa yapılmadığını, davanın kötü niyetle açıldığını, reddini savunmuştur. Davacı önalım bedelinin tapuda gösterilen değerden az olduğunu ileri sürerek bedelde muvazaa iddiasında bulunması halinde bu iddiasını kanıtlamak durumundadır. Davacı bedelde muvazaa iddiasını kanıtlayamaması halinde iddia edilen bedel ile tapuda gösterilen bedel arasındaki fark üzerinden davada kendisini vekille temsil ettiren davalı lehine vekalet ücreti takdiri gerekir. Önalım hakkına konu edilen payların ilişkin bulunduğu 7 No'lu parselde davalı 216/847 payı 12.9.2001 tarihinde 5.000.000.000.-TL bedelle satın almıştır. Davacı, tapuda dava konusu edilen payın değeri 5.000.000.000.-TL olarak gösterilmiş ise de gerçek satış bedelinin 1.552.500.000.-TL olduğunu ve satış bedelinde muvazaa bulunduğunu iddia etmiş, muvazaa iddiası kabul edilmeyerek tapudaki bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiştir. Bu durumda iddia olunan bedel ile satış bedeli arasındaki fark üzerinden davada kendisini vekille temsil ettiren davalı lehine vekalet ücreti takdiri gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı görüldüğünden hükmün davalı lehine ve vekalet ücretine hasren bozulması gerekmiştir". (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda düzenlenen sınırdaşlara tanınan yasal önalım hakkına ilişkin Yargıtay kararlarına bakıldığında, bedelin daha yüksek gösterildiği durumlarda muvazaanın ispatından ziyade, 5403 sayılı kanuna özgü olarak tarımsal bütünlüğün bulunup bulunmadığının araştırılmasına karar verildiği görülmektedir. Bkz. 14. HD, 12.2.2019, 2018/2908, 2019/1158; 14. HD, 17.1.2019, 2016/3990, 2019/486 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

harç ve giderlerini ödeyecektir⁸⁶. Yargıtay muvazaaa iddiasının ispatlanamadığı durumlarda tapuda yer alan bedel üzerinden önalım hakkının kullanılacağını kabul etmektedir⁸⁷. Davacı önalım hakkı sahibi, muvazaalı olduğu iddia edilen işlemin bir tarafı olmadığından, iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir⁸⁸. Yargıtay, bedelde muvazaaya ilişkin deliller toplanmadan ön alım bedelinin yatırılması için kesin süre verilmesini de doğru bulmamaktadır⁸⁹.

⁸⁶ **KÖYLÜOĞLU**, s. 221. Bedelde muvazaaa iddiası ispatlanamadığı durumlarda da tapuda gösterilen bedel üzerinden önalım hakkı kullanılacaktır. Yargıtay 14. HD, 12.1.2015, 2014/10513, 2015/98'e göre, "...Bu itibarla mahkemece, davacıya resmi senette gösterilen taşınmaz pay bedelleri ile davalı tarafından yapılan tapu harç ve masrafları toplamı üzerinden önalım hakkının kullanıp kullanmayacağı sorularak depo edilmesi için davacılara uygun bir süre tanınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir". Aynı yönde, 14. HD, 24.6.2014, 6863/8456 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁷ Yargıtay 6. HD. 02.10.2012, 9157/12638'e göre, "Davacı davaya konu paylara yönelik olarak açtığı davada yasal önalım hakkı nedeniyle davalı adına kayıtlı payın iptali ile adına tescilini istemiş, aynı zamanda bedelde muvazaaa iddiasında bulunarak önalıma konu payların gerçek değerinin 20.000 TL olmasına rağmen, davalının tapudaki satış değerini muvazaalı şekilde 60.000 TL olarak gösterdiğini, bu suretle davalının önalım hakkının kullanılmasına engel olmaya çalıştığını belirterek önalım hakkının payların gerçek satış değeri olan 20.000 TL üzerinden tanınmasını istemiştir. Mahkemece; davacının bedelde muvazaaa iddiasını kanıtlamadığından tapuda gösterilen bedel üzerinden önalım davası kabul edilerek davalı adına olan payların iptaliyle davacı adına tesciline karar verilmiştir". Aynı yönde, 6. HD, 22.03.2004, 1752/1183; 14. HD, 11.2.2019, 2018/2866, 2019/1081 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ **ŞIPKA TAMAN**, s. 33; **HATEMİ, HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 612; Yargıtay 6. HD 23.03.2010, 254/3147; 6. HD 28.01.2010, 2009/5504, 2010/694; 6. HD, 09.07.2009, 6775/6702; 14. HD, 31.03.2015, 2014/16964, 2015/3541 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Muvazaanın ispatında mahkeme tarafından yapılan keşfin yeterli olmayacağı ve tanıkların da dinlenmesi gerektiği, tanık beyanlarının "açık, kesin ve görgüye dayalı" olması gerektiği ve diğer delillerle muvazaanın ispat edilebileceği hususunda Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından örnek olarak bkz. 14. HD, 31.03.2015, 2014/16964, 2015/3541; 14. HD, 10.2.2015, 2014/14713, 2015/1433; 14. HD, 5.4.2016, 2015/12471, 2016/4075; 14. HD, 13.5.2013 5179/7194; 6. HD, 19.2.2013, 2012/17275, 2013/2727 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 14. HD, 22.12.2015, 9917/11904; 14. HD, 20.10.2105, 10752/9288; 14. HD, 22.3.2016, 2015/17967, 2016/3470 (www.lexpera.com).

⁸⁹ Yargıtay 6. HD 15.6.2010, 266/7286 sayılı kararına göre, "...ne var ki satış bedeli konusunda muvazaaa iddiası varsa önce bu hususun açıklığa kavuşturulması, bu konudaki uyumsuzluk giderilmeden depo kararı verilmemesi gerekir. Muvazaaa hususu çözülmeden bedelin depo edilmesi için verilen sürenin hukuki değeri yoktur"; 6. HD, 14.1.2013, 2012/9199, 2013/3' e göre, "Önalıma konu payın bulunduğu taşınmazda davalının 13.04.2011 tarihinde 270.000 TL bedel ile ¼ pay satın aldığı anlaşılmaktadır. Davacı önalım hakkının engellenmesi için tapuda gösterilen bedelin raic bedeli yansıtmadığını, gerçek bedelin 165.000 TL olduğunu belirterek bu bedel üzerinden harcını yatırmış ve YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

Muvazaanın taraflarca ileri sürülmesi, ancak yazılı delille mümkündür. Bu durumda, davalı satıcının veya taşınmazın alıcısı üçüncü kişinin fiilen iddiada bulunmaları mümkün olsa da bunu ispatlamaları yazılı delil ile mümkün olacaktır. Yargıtay da⁹⁰, sözleşmenin tarafı durumunda bulunan davalının sözleşmede gösterilen bedelin muvazaalı olduğunu iddia etmesine olanak bulunmadığını belirtmektedir. Çünkü, böyle bir iddiada bulunan davalı tapu sicilinde gösterilen satış bedelinin muvazaalı olduğu yönündeki savunmasını yazılı bir belge ile doğrulamak zorunluluğundadır. Bu olasılığın gerçekleşmesi ise hemen hemen imkânsız kabul edilmektedir. Ayrıca, davalının bu yoldaki savunması TMK 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Değerlendirme ve sonuç bölümünde, Yargıtay'ın yaklaşımı ve konuya ilişkin görüş belirtilecektir.

V. Değerlendirme ve Sonuç

Bir taşınmaz satış sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olan bedelin, bu sözleşmenin geçerliliğinin tabii olduğu şekil şartı olan resmi senette yer alması gerekir. Muvazaada genel olarak kabul edilen, tarafların aralarındaki gizli işlemin, prensip itibariyle, geçerli olarak ayakta tutulması ve hüküm ifade etmesidir- ki bu da hukuk düzeninin taraf iradelerini ve sözleşme özgürlüğünü tercih ettiğini göstermektedir. Gizli işlemin geçerlilik şartlarını taşımaması durumunda ise, şekle uyulmamanın yaptırımını olarak çoğunluk görüşü ile kabul edilen kesin hükümsüzlük yaptırımını, ayrı bir hukuki sonuçtur. Çoğunluk görüşünü benimsemeyen görüşe göre ise, zaten, şekle

önalım hakkının tanınmasını istemiştir. Nitekim bu konuda dava dilekçesinde delillerini de bildirmiştir. Bedelde muvazaa iddiasında bulunan davacı sözleşmenin tarafı olmadığından muvazaa iddiasını her türlü delil ile kanıtlayabilir. Davacının bedelde muvazaaya ilişkin delilleri toplanmadan önalım bedelinin yatırılması için kesin mehil verilmesi doğru değildir. Bu nedenle mahkemece bedelde muvazaaya ilişkin davacı delillerinin toplanması, varsa davalı tarafın buna ilişkin karşı delilleri de toplanarak hepsi bir arada değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmesi doğru değildir". 6 HD, 3.5.2011, 3500/5742'e göre, "Ne var ki satış bedeli konusunda muvazaa iddiası varsa önce bu hususun açıklığa kavuşturulması, bu konudaki uyumsuzluk giderilmeden depo kararı verilmemesi gerekir. Muvazaa hususu çözülmeyen bedelin depo edilmesi için verilen sürenin hukuki değeri yoktur. Bu durumda mahkemece öncelikle davacının bildirdiği tanıkları dinlenip tüm deliller birlikte değerlendirilerek muvazaa iddiası konusunda bir sonuca ulaşıldıktan sonra depo kararı verilmesi gerekirken tapuda gösterilen değer üzerinden önalım bedelinin verilen kesin süre içinde depo edilmemesi gerekmesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir."

⁹⁰ YHGK, 11.3.1998, 6-172/209: "Davalı tapuda yapılan resmi akdin tarafı olduğundan satış bedelinde muvazaa olduğu iddiasını ileri süremez".

uygun olarak yapılan muvazaalı sözleşme, şekil ile güdülen amacı gerçekleştirmiştir ve gizli işlem şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sayılmamalıdır. Kanaatimizce, taşınmazlara ilişkin işlemlerde bedelde muvazaanın söz konusu olduğu durumlarda bedel, resmi senette, gerçek iradelere göre ister daha yüksek ister daha düşük gösterilmiş olsun, işlemin şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu açıktır. Ancak, taraflar kendi aralarındaki gizli sözleşme uyarınca sözleşmeden doğan borçlarını karşılıklı olarak ifa etmişlerse, burada tarafların şekil eksikliğini ileri sürmesi TMK 2/2 nezdinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

Muvazaanın her zaman üçüncü kişilere zarar vermek niyetiyle yapılmadığı, üçüncü kişileri aldatma kastından, dışa karşı aldatıcı bir durum yaratmak niyetinin kastedildiği belirtilmiştir. Ancak, muvazaanın üçüncü kişilerin menfaatlerini ihlal ettiği ve üçüncü kişilere zarar verdiği durumlarda hem menfaat dengesini kurmak hem de hukuk güvenliğini sağlamak için değerlendirme yapmak gerekecektir.

Bedelde muvazaayı sözleşme taraflarının ileri sürmesi durumunda bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği kabul edilmekle birlikte, muvazaayı üçüncü kişilerin ileri sürmesi durumunda, sözleşmenin geçerli sayılıp sayılmayacağı yönünde içtihatlarda bir uyum bulunmadığı görülmektedir.

Üçüncü kişileri aldatmak kastıyla taşınmaza ilişkin satış sözleşmesinde bedelin yüksek veya düşük gösterilmesinin, borçlar hukuku prensipleri uyarınca, bedelde muvazaa olduğu ve görünürdeki işlemin kesin hükümsüzlük, gizli işlemin ise şekil eksikliği sebebiyle hükümsüz olduğuna teorik olarak katılmaktayız. Ancak, uygulamada tapuda gösterilen bedelin, kararlaştırılan gerçek bedelden farklı gösterilmesi çok yaygındır ve tercih edilen çözüm, muvazaanın ispatının güçlüğü de dikkate alınarak, üçüncü kişilerin menfaatini koruma esas alınarak saptanmalıdır.

Muvazaa sebebiyle görünürdeki satış işleminin ve şekil eksikliği sebebiyle gerçek satış bedelini taşıyan gizli işlemin kesin hükümsüz olması işlemlerin yeniden yapılması zorunluluğunu doğuracaktır ki, bu da uygulamada sorun yaratan ve yaratacak bir durumdur. O halde, bedelde muvazaanın daha az vergi ve harç ödemek amacıyla yapılması ihtimalinde durumu hem taraflar hem de önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması açısından değerlendirmek gerekmektedir. Bedelin önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını engellemek amacıyla daha yüksek gösterilmesi ise ayrı bir durumdur.

Tarafların aldatma kastı ile bedeli daha düşük göstermeleri durumunda bedelde muvazaa olduğu ve tarafların gerçek iradelerini yansıtan gizli işlemin taşınmazlara ilişkin şekil şartını taşımaması sebebiyle kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşması, Borçlar Kanunu'nun taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmesi ve sözleşmenin esaslı unsurlarının resmi şekilde yer alması gerekliliğinin bir sonucudur. Ancak vergi mevzuatının düzenlemesi, öğretide ileri sürülen bazı görüşler ve uygulama ile bu kural etkisiz hale gelmektedir.

Tarafların aralarındaki gizli anlaşma uyarınca karşılıklı borçlarını ifa etmeleri durumunda, bu işlemin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, TMK 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması kabul edilecek ve taraf iradeleri üstün tutularak işlem geçerli olarak ayakta kalacaktır. Ancak, bu durum tapuya yansıtılmadığından, özellikle önalım hakkı sahibi olan kişinin hangi bedel üzerinden bu hakkı kullanacağına ilişkin bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, vergi mevzuatına göre eksik vergi ve harçların ödenmesi ile ortaya çıkan gizli işlemdeki gerçek iradelerin resmi senette de yer alması gerekir.

Oysa, tapudaki resmi senette bir değişiklik yapılmadığından, önalım hakkı, tarafların gerçek iradelerini yansıtmayan, tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden gerçekleşmektedir. Satış sözleşmesinin tarafları, önalım bedelinin muvazaalı olduğunu, satış bedelinin Tapu Sicil Müdürlüğü'nde gösterilen miktar olmayıp, bu miktarın altında bir rakam olduğunu iddia etse ve VUK 371 uyarınca kararlaştırılan gerçek bedel üzerinden vergilendirme yapılsa dahi, önalım hakkı tapuda gösterilen bedel üzerinden gerçekleşecektir. Zira eksik verginin ödenmesi ile tapudaki kayıt re'sen düzeltilmediği gibi tarafların da buna ilişkin muvazaa iddiaları TMK 2/2'ye aykırılıktan dinlenmeyecektir. Bu ise, gerçekte daha yüksek bir bedelle taşınmazı alan, ancak daha sonra tapuda gösterilen bedel üzerinden taşınmazı önalım hakkı sahibine devreden alıcının aleyhine bir sonuç yaratmaktadır. Tarafların taşınmaza ilişkin satış işlemi bedeli daha düşük göstererek bedelde muvazaa yaptığı durumlarda, üçüncü kişi konumundaki önalım hakkı sahibinin, bedelin daha düşük gösterildiğini bilmediği ve bilse bile bu durumun TBK 49/2 kapsamında ahlaka aykırı davranış sayılmadığı durumlarda, önalım hakkı sahibi tapudaki bedel üzerinden bu hakkını kullanabilecektir. Oysa, borçlar hukuku ilkelerini dikkate alıp uygulamamız durumunda görünürdeki işlem muvazaa sebebiyle, gizli işlem de şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olacağından, satış sözleşmesi hükümsüz olmalı ve önalım olgusu hiç gerçekleşmemiş kabul edilmelidir. Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, hakimin bedelde muvazaayı

re'sen dikkate alıp alamayacağı noktasındadır. Şekil eksikliğinin re'sen dikkate alınması halinde, satış sözleşmesi kesin hükümsüz olacağından önalım olgusunun da doğmadığı sonucuna varılacaktır.

Önalım hakkını engellemek maksadıyla bedelin daha yüksek gösterildiği durumlarda ise, işlemin geçerli olarak ayakta tutulabileceğinin kabulü, önalım hakkı sahibinin aleyhine bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır. Ancak, burada da uygulama, sözleşmenin geçersizliğini tartışmaktan ziyade önalım hakkı sahibinin hangi bedel üzerinden hakkını kullanabileceğine değinmektedir. O halde, yine bedelin daha yüksek gösterildiği muvazaa hallerinde de işlem prensip itibarıyla geçerli kabul edilecek; ancak, kimse kendi hukuka aykırı davranışından menfaat sağlayamaz ilkesi gereğince, gösterilenden daha düşük bir bedelle sözleşmenin akdedildiğinin ispatı ile bu bedel üzerinden önalım hakkı kullanılabilir.

Önalım hakkından doğan davalar uygulamada önalım hakkının kullanılmasına ilişkin tapu iptal ve tescil davaları olarak açılmakta; önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması yanında bedelde muvazaa iddiasında da bulunduğu durumlarda, bu iddiasını her türlü delille ispat edebileceği teorik olarak kabul edilmektedir. Ancak, Yargıtay uygulaması keşfin tek başına muvazaayı ispat etmek için yeterli olmadığını, tanık beyanlarının “açık, kesin ve görgüye dayalı” olması gerektiğini ve diğer delillerle muvazaanın ispat edilebileceğini belirtmektedir. Pratikte üçüncü kişi konumundaki önalım hakkı sahibinin taraflar arasındaki ilişkiyi bilmesi ve bu suretle muvazaayı ispat imkânı çok zor, hatta imkânsızdır. Yargı kararlarında çoğunlukla sözleşme özgürlüğü prensibi üstün tutulmakta ve taraflar arasındaki gizli sözleşme ispat edilmedikçe bedelde muvazaa iddiası kabul edilmemektedir. İspat edildiği durumlarda da hâkim tapudaki işlemi kesin hükümsüz saymamakta, önalım hakkı sahibinin talebini kabul ederek bilirkişinin belirlediği bedel üzerinden önalım bedelinin depo edilmesi için belirli bir süre vermektedir. Önalım hakkı sahibinin, bu bedeli depo etmesi ile kendisi hakkında hüküm tesis edildiğinde artık tapuda alıcı önalım hakkı sahibi olacak, taşınmazın satış değeri de belirlenen miktar olarak gözükecektir. Önalım hakkı sahibinin depo edilmesi gereken bedeli yatırmaması durumunda, hâkim önalım hakkı sahibinin talebini reddedecektir. Bu durumda, hâkimin gerekçeli ret kararında tapuya müzekkere yazılması ve tapuda gözüken satış bedelinin düzeltilmesi hususuna da değinmesi önem arz edecektir. Bu kaydın, gerçek satış bedeli üzerinden tapuda düzeltilmemesi ihtimalinde ilerideki işlemler bakımından emsal satış bedeli tapuda gözüken bu bedel olacaktır. Bu durumun, yukarıda belirtilmeye çalışıldığı üzere hukuk güvenliğini sarsacak niteliği ortadadır.

Bedelde muvazaa, kısmi muvazaanın bir türü olarak kabul edilmektedir. Acaba bedelde muvazaada bedel unsuru bakımından kısmi geçersizlik ileri sürülebilir mi? Öğretide, kısmi hükümsüzlük, bir sözleşmenin tümünün değil de bir veya birkaç hükmünün geçersiz olması olarak kabul edilmiştir⁹¹. Kısmi hükümsüzlük, basit kısmi hükümsüzlük, değişik kısmi hükümsüzlük ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlük olarak ayrılmaktadır. Geçersizlikten etkilenen hükümlerin hukuki değer taşımayıp diğer sözleşme hükümlerinin ayakta kaldığı durumlarda basit kısmi hükümsüzlükten; geçersiz hükmün yerine yedek hükmün geçtiği ve böylelikle sözleşmedeki hükmün geçersiz kalmasıyla ortaya çıkan boşluğun doldurulduğu durumlarda değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük veya sözleşme içeriğini değiştiren kısmi hükümsüzlükten; geçersiz olan bölüm ile birlikte sözleşmenin geçerli bir veya daha fazla hükmünün de geçersiz kılındığı durumlarda genişletilmiş kısmi hükümsüzlükten bahsedilir.

Taşınmaza ilişkin satış sözleşmesinde bedel, objektif esaslı unsurlardan biridir. Bedelde muvazaanın basit kısmi hükümsüzlük olarak değerlendirilmesi mümkün değildir; zira bedelin geçersiz olup sözleşmenin diğer hükümlerinin ayakta kalacağı iddia edilemeyecektir, objektif esaslı unsur kısmi hükümsüzlüğün içinde yer aldığından sözleşmenin tamamı geçersiz kabul edilir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük bakımından değerlendirmek gerekirse, bu tür hükümsüzlük türünde geçersiz olan hükmün yerine yedek bir kuralın geçebileceği ve sözleşmedeki boşluğun bu şekilde doldurulabileceği kabul edilir. Yedek hüküm, emredici bir kural, tamamlayıcı bir kural veya tarafların ortak ve farazi iradesi olabilir. Bedelde muvazaa halinde bedelin geçersiz, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin geçerli olarak ayakta kaldığı varsayımında böyle bir yedek hukuk kuralının bulunup bulunamayacağını değerlendirirsek, taşınmaz satış sözleşmesinde bedelin yerine geçecek bir emredici veya yedek hukuk kuralı söz konusu olamayacak; ancak, tarafların farazi iradesi ile bu boşluğun doldurulması hususu tartışılabilir. Bedelde muvazaada tarafların görünürde yaptıkları işlem dışında, aralarında yaptıkları ve gerçek bedeli içeren bir de gizli işlem bulunmaktadır. Bu işlemin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olması ve fakat bu geçersizliğin taraflar arasında TMK 2/2 gereği ileri sürülemeyeceğinden

⁹¹ Kısmi hükümsüzlük tanımı ve türleri için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 44, N. 1, N. 10 vd., N. 11, N. 12, N. 17; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları İle İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 25-33; **KIRKBEŞOĞLU, Nagehan**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 76, s. 203 vd.; **BAŞPINAR, Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 29, s. 149 vd.

bahsetmiştik. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının kabul edilmesi durumunda, taraflar arasındaki gizli işlemdeki bedele ilişkin irade gerçek iradelerini yansıttığı için, ortak irade olarak kabul edilerek hükümsüz bölümün veya diğer bir ifadeyle objektif esaslı noktanın yarattığı boşluğun bu gerçek irade ile dolduğu kabul edilebilir. Bu değerlendirmedeki amaç, borçlar hukuku prensiplerine göre kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin zorla ayakta tutulmaya çalışılması değildir. Amaç, uygulamada bedelde muvazaa halinde geçersizlik yaptırımının tam olarak uygulanmıyor olmasından kaynaklanan hukuki durumu temellendirme çabasıdır. Bu hükümsüzlük türünün bedelde muvazaa için kabul edilmesi durumunda, görünürdeki işlemin hükümsüz olan bedel unsuru gizli işlemdeki bedel unsuru ile doldurulacak; ancak, üçüncü kişi konumundaki kişiler bakımından uygulanacak bedel, rayiç emlak vergisi değeri üzerinden hesaplanacaktır.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Osman**, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı), İstanbul 2018.
- ADAY, Nejat**, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.
- AKBULUT, Pakize Ezgi**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, İstanbul 2016.
- ALTAŞ, Hüseyin**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- ATAMULU, İsmail**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.
- AYDOĞDU, Murat**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013.
- BAŞPINAR, Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- BATUN, Mehmet**, Vergi Hukukunda Yorum ve İspat, Seçkin Yayınları, Ağustos 2012.
- BUZ, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- CİHAN, Ali Hulki**, “Taşınmaz Devrinde Bedelde Muvazaanın Sözleşmeye Etkisi”, AkÜHFD, Aralık 2013, S. 2, Aralık 2013, s. 101-106.
- ÇİLİNGİR, Ali İhsan Özgür**, Vergi Hukukunda Yorum, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- EREN, Fikret**, “Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 103-126. (Yasal Önalım Hakkı).
- EREN, Fikret**, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2012. (Mülkiyet).

- ERMAN, Hasan**, Eşya Hukuku, İstanbul 2017.
- ERTAŞ, Şeref**, Eşya Hukuku, İzmir 2016.
- ESENER, Turhan**, Türk Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD. C. 8, S. 2 (2011), YÜHFD. C. 9, S. 1 (2012), s. 435- 453.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol**, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- HELVACI, İlhan**, “İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216a-216e)”, MHB Yıl 19-20, 1999-2000, s. 397-417.
- JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/HARTMANN, Stephan**, Zürcher Kommentar Obligationenrecht Art. 18 OR, Auslegung Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4A, Zürich 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- KIRCA, Çiğdem**, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaşgünü Armağanı, Cilt II, s. 1179-1203.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- KİZİR, Mahmut**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar Ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 1773-1796.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2017.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, “‘Değişik Kısmi Hükümsüzlük’ ve ‘Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük’ Kavramları İle İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 25-33.

- KÖYLÜOĞLU, Egemen**, Önalım Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011.
- KRAMER, Ernst/ SCHMIDLIN, Bruno**, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1, 1986.
- KOÇ, Nevzat**, “Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”, Prof. Muhittin Alam Armağanı, İzmir 1983, s. 127- 172.
- NOMER, Haluk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2017.
- OKUR, Sinan**, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, s. 101-258.
- ÖZBİLEN, Arif Barış**, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.
- ÖZSUNAY, Ergun**, Borçlar Hukuku I, Giriş, Hukuki Muamelelerden Doğan Borçlar, Nedensiz Zenginleşmeler, İstanbul 1983.
- ÖZKAYA, Eraslan**, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.**, “Nam-ı Müstear ve Muvazaa Meseleleri Hakkında Yeni Görüşler”, A. Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s. 164-193.
- REİSOĞLU, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- SAĞLAM, E.**, “Gayrimenkul Satışlarında Gerçek Alış-Satış Bedelinin Tapu Harcına Etkisi Yok Mudur? 48. No.lu Harçlar Kanunu Tebliği Nasıl Yorumlanmalıdır”, Yaklaşım 2005, Sayı 156, s. 105-112.
- SAPANOĞLU, Süleyman**, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, Ankara 2015.
- SERT SÜTÇÜ, Selin**, Miras Bırakmanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, Ankara 2018.
- SİRMEN, Lale**, Eşya Hukuku, İstanbul 2018. (Eşya).
- SİRMEN, Lale**, “Taşınmaz Satımında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 305-325.

- SUNGURBEY, İsmet**, Medeni Hukuk Sorunları, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5. Cilt, İstanbul 1984.
- ŞENYÜZ, Doğan**, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Yaklaşım Yayınları, Kasım 2002.
- ŞIPKA, Şükran**, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Taşınmazlardaki Değer Artışlarının Kanuni Önalım (Şuf’a) Bedeline Yansıtılması”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:20, 1996, s. 31-39.
- ŞIPKA TAMAN, Şükran**, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK. m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994.
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989 (Eşya).
- ÜNVER AYDIN, Tülay**, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı:145 – 146, Eylül-Ekim 2016, s. 829-857.
- Von TUHR, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.
- WIEGAND, Wolfgang**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel 2003.
- YAVUZ, Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz- Prof. Dr. Faruk Acar- Prof. Dr. Burak Özen, İstanbul 2017.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- İnternet Kaynakları**
- www.kazanci.com** (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) Erişim Tarihi: 10.07.2019.
- www.lexpera.com** (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) Erişim Tarihi: 05.08.2019.

ANAYASA, KURUCU İKTİDAR VE MEŞRUIYET İLİŞKİSİ
(CONSTITUTION, CONSTITUENT POWER AND LEGITIMACY RELATIONSHIP)

Dr. Öğr. Üyesi Hamide Bağçeci Tacir * **

ÖZ

Anayasalar devletin temel kuruluşunu ve işleyişini düzenleyerek devlet organlarının yetki alanını belirler ve bireylerin devlete karşı sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri güvence altına alırlar. Devlet yetkilerini normlar, değerler ve kurallar çerçevesinde belirleyen anayasalar bu yönüyle toplumsal sözleşme niteliğindedirler. Anayasayı oluşturan kurucu iktidarlar ise sadece devlet yapısını değil, aynı zamanda devletin siyasi kimliğini de biçimlendiren, anayasanın ve anayasanın üzerine inşa edildiği gücün ana kaynağıdır. Dolayısıyla anayasaların oluşum sürecinde geçirdiği aşamaların tümü, kurucu iktidar dahil, meşruiyet sorgusunu da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle çalışmada anayasa ve kurucu iktidar ilişkisi değerlendirilmeye çalışılmış, anayasaların oluşum sürecinde çeşitli biçimlerde ortaya çıkan meşruiyet tartışmaları ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: *Anayasa, anayasacılık, anayasa yapımı, kurucu iktidar, meşruiyet.*

ABSTRACT

Constitutions regulate the basic establishment and functioning of the state and also guarantee the fundamental rights and freedoms of individuals against the state. Constitutions that determine state powers through norms, values and rules in this respect, constitute social contract. The constituent powers which are the main source of the power on which the constitutions are built, forms not only the state structure but also the political identity of the state. Therefore, all of the stages of the constitution's formation process, including the constituent power, raises the question of legitimacy. This study aims to evaluate the relationship between the constitution and the

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.11.2019. İlk hakem raporu tarihi: 06.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 06.01.2020. Onaylanma Tarihi: 08.01.2020.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4105-8829.

Eser Atf Şekli: Hamide Bağçeci Tacir, “Anayasa, Kurucu İktidar Ve Meşruiyet İlişkisi”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.339-384.

constituent power and the legitimacy discussions that emerged at various stages in the formation process of the constitutions from a legal perspective.

Keywords: *Constitution, constitutionalism, constitution making, constituent power, legitimacy.*

Giriş

Anayasacılık hareketlerinin özünde siyasi iktidarın sınırlandırılması ve böylece kişilere temel hak ve özgürlüklerin sağlanması yer alır. Çağdaş anayasalarda yer alan düzenlemeler ve bunların uygulanışı da sözkonusu anlayışı yansıtarak bir devletin siyasal sistemini ortaya koyar. Bu nedenle belirli amaçlara yönelmiş, devletin temel kurucu belgesini oluşturan anayasaların oluşum sürecine ilişkin geçirdiği aşamaların her biri meşruiyet sorgusunu da beraberinde getirmektedir. Mevcut siyasal kurumların toplum için en uygun oldukları inancını yerleştirme ve bunu koruma becerisi olarak ifade edebileceğimiz *meşruiyet*, siyasal iktidarın etkililiği bakımından temel bir ölçüttür. Çünkü yönetilenlerle yönetenler arasındaki bağ önemli ölçüde bu ilişkiden beslenmektedir. Anayasaların meşruiyeti ise, anayasa yapım ve değiştirme sürecinde etkili olan kurucu iktidarın eylemlerinin niteliğiyle bağlantılı bir olgudur. Bu nedenle çalışmada anayasaların ortaya çıkışı, anayasaların kurucu iktidarlara ilişkisi ve bu ilişkinin anayasaların meşruiyetine etkisinin incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda öncelikle anayasacılık hareketleri, anayasa kavramı ve çeşitli anayasa ayrımlarına yer verilmiş, aşamalı olarak kurucu iktidar ve meşruiyet kavramları ele alınmış ve son olarak kurucu iktidar ile meşruiyet arasındaki ilişki değerlendirilmiştir. Belirtelim ki, çalışmamız bu ilişkilere ve geçişkenliklere odaklandığı için bir başka çalışma konusu olabilecek kurucu meclis, kurucu referandum gibi demokratik anayasa yapım modelleri konusu kapsam dışında bırakılmıştır.

I. Anayasacılık ve Anayasa Kavramı

1. Anayasacılık Hareketleri

a. Ortaya Çıkışı ve Anlamı

Anayasacılık, siyasi iktidarın özgürlükleri anayasa denilen belge ile garanti altına almasıyla ilgili teknik, yol ve yöntemleri anlatan bir kavramdır¹. İyi bir anayasanın amaçlarını açıklamaya çalışır ve böyle bir anayasanın nasıl yapılacağını ortaya koymayı hedefleyen bir anlayışı barındırır. Öte yandan öğretide anayasacılığı ifade etmek üzere “*anayasacılık*” terimi de

¹ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınları, 1982, s. 112.

kullanılmış, hatta bu terimin anayasacılık terimine içkin unsurları ve terimle anlatılmak istenenleri daha iyi karşıladığı ifade edilmiştir². Buna karşılık bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu, “*anayasalcılık*” teriminin, anayasacılık kavramından daha dar anlamıyla devletin somut anayasası ile yapılandığı siyasi sistemin biçimini, özünü ve meşruiyetini değerlendirmenin bir yolu olduğu dile getirilmiştir³. Çalışmamızda ise, yaygın kullanıma sadık kalmak amacıyla kavram olarak anayasacılık ifadesi tercih edilmiştir.

Anayasacılık hareketleri 17. ve 18. yüzyıllarda Batı’da siyasi iktidarı kurullarla sınırlama ve kişilerin hak ve özgürlüklerini siyasi iktidar karşısında koruma mücadelesi olarak ortaya çıkmış, temel amacı siyasi iktidarın kullanımını önceden belirlenmiş ilke ve kurallara bağlayarak keyfilikten çıkarmak ve kişilere güvencelenmiş bir özgürlük alanı sağlamak olmuştur⁴. Bununla birlikte anayasacılık modern çağlara özgü bir olgu olarak çözmeyi hedeflediği özgün sorunun temelini iyi anlamayı gerektirmektedir. Çünkü modern anayasacılıkta artık halkın yönetime katılımı katılmayacağı değil, halkın siyasal katılımında nasıl varolacağına ilişkin sorunun cevabı aranmaktadır⁵.

Aslında siyasi iktidarı sınırlamaya yönelik bu düşünceleri tarihsel olarak eski dönemlere kadar götürebilmek mümkündür, ancak bu sınırlandırmaların bağlayıcı belgelerde yer alabilmesi ve anayasa olarak yazılı metinler hale getirilmesi aydınlanma çağı sonrası döneme rastlamaktadır⁶. Özellikle Avrupa ve Kuzey Amerika’da ortaya çıkan anayasacılık düşüncesinin temelinde devletin işleyişinin egemen iktidarın iradesine göre biçimlenen geleneksel kurallara değil, herkes tarafından bilinebilir, somut ve üstün yazılı kurallara bağlanması isteği yer almıştır⁷. Bu kapsamda gelenekleri yazılı bir belgeye bağlama çabası aydınlanma çağı anayasacılık hareketlerinin ayırt edici özelliği olmuştur.

² Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016; s.1-2; Sezgin Seymen Çebi, *Anayasalcılık ve Politik Olan*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1.

³ Dulitha Lakvin, “The Concept of Constitutionalism”,

https://www.academia.edu/37975325/Concept_of_Constitutionalism; s. 1-3.

⁴ Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 1.

⁵ David Singh Grewal/Jedediah Purdy, “*The Original Theory of Constitutionalism*”, Yale Faculty Scholarship Series- 5191,2018, s. 669.

⁶ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 42.

⁷ Anayurt, 2019, s. 42.

Toplumun temel bir yasası olması gerektiği düşüncesi ise, tarihte egemenlik anlayışında yaşanan gelişmelere bağlı olarak verilen mücadeleler sonrasında ortaya çıkmış, mutlak monarşilerden, sınırlı monarşi ve cumhuriyetlere geçildiğinde belirginleşmiştir. Nitekim Ortaçağın sonlarından itibaren güçlenen burjuvazi sınıfının kralların keyfi davranışlarını önlemek, hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla büyük mücadele içine girdiği görülmektedir. Bu da yazılı anayasa amacına dönük anayasacılık hareketlerinin Batı'da açıkça sınıfsal bir temelini bulunduğunu göstermektedir⁸. 19. yüzyılda liberal yaklaşımının değer, kurum ve inançlarıyla içeriği belirlenen modern anayasacılık ise, sınıf temelli değil, 18. yüzyılda ortaya konan kuvvetler ayrılığı ve sonrasında gelişen hukuk devleti ile insan hakları kuramları temelinde ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle toplumsal değil, hukuki bir yolla iktidarı sınırlama ve yönetimde bir denge ve denetleme kurmayı hedeflemiştir⁹.

Modern anlamda ilk yazılı anayasa ise 4 Temmuz 1776'da yayımlanan Bağımsızlık Bildirgesi ile tüm Amerikan kolonilerinin bağımsız bir devlet niteliğine sahip olmasının ardından ortaya çıkmış, 1776 tarihinde Virginia'da yapılmıştır. Virginia'yı takiben dört yıl içinde -Connecticut, Rhodes Island dışında- tüm devletler kendi anayasal düzenlerini kurmuşlardır. Bu gelişmelerin ardından 1787 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Federal Anayasası kabul edilerek, federal yapının temel belgesi oluşturulmuştur. 1787 tarihli bu anayasa kısa ve çerçeve¹⁰ niteliğiyle ulusun temel hedeflerini tanımlamış ve geçirdiği değişiklikler ve eklemelerle günümüze kadar gelebilmiştir¹¹.

Avrupa'da ise ilk anayasa Fransız Devrimi sonrasında 1791 tarihinde Fransa'da yapılmıştır. Bu kapsamda Fransa, temel yasalar adı verilen geleneksel (coutumiere) anayasasından vazgeçip, monarşi yönetiminin uymak zorunda olduğu yazılı, açık ve kalıcı hukuki ilkeler içeren bir

⁸ Abuzer Er, *Anayasacılık Hareketleri*, s. 7.

https://www.academia.edu/14989724/Anayasac%C4%B1%C4%B1k_Hareketleri E. 27.11.2019

⁹ Özbudun, 2016, s.14; Çebi, 2019, s. 14.

¹⁰ Öğretide bu ABD Anayasasının çerçeve anayasa olmaktan uzaklaştığı ifade edilmektedir; bknz Anayurt, 2019, s. 126.

¹¹ Bu kapsamda Amerikan anayasacılığının Locke'un politik teorilerinden etkilenecek Amerikan Anayasasının üstünlüğü kavramından doğmuş olduğu söylenebilir. Bknz; John Locke, **Two Treaties of Government** (Book II Whitmore/ Fenn/ Brown),1821, ch XI-XIV; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayıncılık, 2015, s. 527-535.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

anayasa hazırlayarak yürürlüğe koymuştur¹². Bunu 1809'da İsveç, 1812'de İspanya, 1814'de Norveç, 1815'de Hollanda ve 1831'de Belçika izlemiş, ardından tüm Avrupa ülkelerine yayılarak sadece devletlerin temel yasası değil, aynı zamanda sosyo-ekonomik ve siyasal gelişim hareketlerini ortaya koyan siyasal ve hukuki dokümanlar olarak kabul edilmişlerdir.¹³ Bununla birlikte bu hareketlerin özellikle 18. yüzyıldan itibaren yoğunlaşmasında hukuk devleti ve insan hakları anlayışının gelişmesi, sınırlı devlet öğretilerinin benimsenmiş olmasının etkileri de büyüktür¹⁴. Nitekim 1789 Fransız Bildirgesi'nin 16. maddesinde yer alan; "... özgürlüklerin güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin tanınmadığı bir toplumda anayasa yoktur..." ifadesi de esasen hukuk devleti anlayışına işaret ederek, anayasanın özlü bir tanımını yapmıştır. Bu madde öncelikle kralın iktidarının bölünerek sınırlandırılması gerektiğini vurgulamakta, kralın kuralları keyfi olarak değiştirdiği baskıcı yönetimlerde ortaya çıkan hukuki belgelerin anayasa olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁵. Diğer bir deyişle, siyasal iktidarın keyfilik eğilimin önüne hukuk kurallarının oluşan bir set çekmeyen belgeler her ne ad taşıyor olursa olsunlar çağdaş anlamda bir anayasa işlevi göremezler. Çünkü anayasacılık hareketlerinin temel amacı siyasal iktidarın hukuk devleti ilkeleriyle kendini sınırlandırmasında kendini göstermektedir¹⁶. Bu kapsamda Amerika kıtasında ABD'nin, Avrupa'da ise Fransa'nın öncülük ettiği liberal anayasacılık hareketi hem devleti kurucu işlev görmüş, hem de devletlerde rejim değişikliğinin simgesi olmuştur¹⁷.

Nitekim 1789 Fransız Devrimini etkileyen düşünce akımların içinde anayasanın önemini Prelot'a göre en iyi biçimde ortaya koyan Sieyès; "...anayasa toplumun temel yasasıdır, yasama organının görevlerini belirler ve düzenler, diğer organların faaliyetlerini yetkilerini görevlerini açıklar. Bu temel yasa kurucu iktidarın eseridir... hükümet ancak bu temel yasaya uygun olduğu sürece gerçek bir güç kullanabilir ve ancak kendini

¹² İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar**, Legal Yayınevi, 2019, s. 5.

¹³ Ioan Muraru, **Constitutional Law and Political Institutions**, Publishing House Actami, Bucharest, 1998, s. 52.

¹⁴ Anayurt, 2019, s. 43

¹⁵ Kaboğlu, 2019, s. 5.

¹⁶ Sağlam, 2013, s. 1.

¹⁷ Kaboğlu, 2019, s. 6.

bağlayan yasalara saygılı kaldığı sürece yasal bir iktidar olur...” diyerek anayasayı ulus iradesinin hukukiliğinin temelini yerleştirmiştir¹⁸.

2. Dünya Savaşı’ndan sonra ise anayasalarda bir sosyalleşme sürecine girilmiştir. Bu kapsamda devletin kendi varlık nedeni ve kendi varlık nedeniyle bağlantılı görevlerini aşarak, sosyo-ekonomik yükümlülükler altına girmesi, öte yandan hak ve özgürlükler listesine sosyal ve kültürel hakları eklemesi dönüşümün iki ana eksenini oluşturmuştur. Bundan başka anayasaların üstün norm olduğu düşüncesi gelişmiş ve buna bağlı olarak anayasaya uygunluk denetimi ortaya çıkmıştır¹⁹.

Günümüzde de anayasacılık hareketleri meşru ve iyi bir yönetimin en önemli koşullarından biri olarak bir bakıma anayasal yönetime duyulan inancı ifade etmektedir. Oysa anayasal yönetim ifadesi muğlak bir deyiştir, çünkü bu ifadenin anayasaya sahip bir yönetime mi, yoksa anayasaya göre kurulmuş bir yönetime mi vurgu yaptığı belirgin değildir. Nitekim anayasacılık hareketlerinin özünde yönetimlerin meşruluğunu sağlama amacından çok, yasaların ve hukuk kurallarının var olduğu bir devlette yönetenlerin daha önceden belirlenmiş yasalar çerçevesinde hareket etmesi anlaşılmaktadır²⁰. Diğer bir deyişle, anayasacılığın temelinde siyasi iktidarı elinde tutanların düzenli ve hukuki bir sınırlama sistemi aracılığıyla sınırlandırılabilmesi bulunduğu için sadece bir anayasaya sahip olmak anayasallığı güvence altına almaya yetmemektedir²¹. Yani sadece temel bir yasanın bulunması anlamına gelmeyen anayasal yönetim, genel olarak yazılı bir metnin bulunduğu, bu metnin güçleştirilmiş değiştirme usulleriyle korunarak hiyerarşik bakımdan diğer hukuk kurallarının üzerinde yer aldığı, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alabilen belgelerin var olması hallerinde sözkonusu olmaktadır²². Ayrıca bu belgelerin toplumla uyum içinde olması, toplumsal rızayı barındırması da önemli bir gerekliliktir.

Başlangıçta modern anayasacılık büyük ölçüde kamusal gücün merkezi olan ulus devlete bağlı ve onda vücut bulan yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkinin niteliğini anlamamızı sağlayan, soyut ideal ile somut yaşananlar arasında bağ kuran bir kavramdır. Daha sonra hukukun

¹⁸ Göze, 2015, s. 242.

¹⁹ Kaboğlu, 2019, s. 8.

²⁰ Maru Bazezew, “Constitutionalism”, *Mizan Law Review*, V: 3, No:2, 2009, s.358.

²¹ Sanduni Wickramasinghe, “*Constitutional Supremacy: To Be Or Not To Be?*”, *SSRN Electronic Journal*, 2014, s. 2.

²² Wojciech Sadurski, “*Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine*”, içinde **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim**, (ed. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Uluslararası Sempozyumu, Mart 2010, s. 24

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

üstünlüğü ve temel haklar gibi kavramların ortaya çıkışıyla anayasacılık farklı bir boyut kazanmış, hatta zamanla bu kavramlarla kurduğu spesifik bağları kopararak kendi başına ayakta duran bir soyut yapıya dönüşmüştür. Sözgelimi, hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti terimleri artık spesifik bir toplumun anayasa ve kurumlarına ilişkin terimler değil, soyut ve ideal ilkeler haline gelmiş genel ve evrensel kavramlardır. Aynı biçimde anayasacılık hem inşa edildiği hem de kendisini sınırlandıran bir dizi uluslararası değerler bütünü oluşturarak evrensel bir başvuru kaynağı olmuştur²³.

b. Anayasacılık Hareketlerinin Temel İlkeleri

Barnett'e göre anayasacılık hareketlerinin temel olarak üç amacı vardır. Bunlar; siyasi iktidarın sınırlandırılması, kuvvetler ayrılığının benimsenmesi ve hükümetin sorumluluğunun sağlanmasıdır. Henkin ise, bu ayırıma halk egemenliği, hukukun üstünlüğü ve bağımsız yargının sağlanması unsurlarını da eklemektedir²⁴.

Demokratik sistemlerde siyasi iktidarlar ve devlet meşruiyeti halkın iradesinden kaynaklanır. Yani devleti yönetenler bu yönetme gücünü halktan alırlar. Halk ise yöneticileri seçmek, yasa yapımına katılmak ve özellikle anayasa değişiklikleri konusunda referanduma gitmek gibi çeşitli siyasal katılım yollarına sahiptir. Bu kapsamda anayasalar halkın egemenliğinin yaşama geçirilmesinin güvencesidirler. Ayrıca bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak mekanizmalar geliştirmeleri de bu sayede mümkün olmaktadır. Bu doğrultuda kuvvetler ayrılığı ilkesi de anayasacılık hareketlerinin kalkış noktasıdır. İlk olarak Virginia Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer verilen kuvvetler ayrılığı Vile'ye göre siyasal özgürlüklerin sağlanması ve sürdürülmesi için devlet fonksiyonlarının yasama, yürütme ve yargı biçiminde hukuki olarak bölünmesidir²⁵. Ne var ki Amerikan anayasa koyucuları kuvvetler ayrılığının sadece bu bölünme üzerinden gerçekleştirilmesinin yeterli

²³ Çebi, 2019, s. 16.

²⁴ Hilaire Barnett, **Constitutional and Administrative Law 5**, London Cavendish Publishing Limited, 3rd ed., 2000, (1995); Louis Henkin, "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects" içinde **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy, Theoretical Perspectives**, (ed.Michael Rosenfield) 4042, Durham: Duke University Press, 1994.

²⁵ Vile'nin görüşleri için bkz: M.J. C Vile, **Constitutionalism and The Separation Of Powers**, (1967 Calendron Press 1st ed.), 2010, Liberty Fund.

olmayacağını düşünmüş, bu ayrılığı sağlayacak denge ve fren mekanizmaları da oluşturmuşlardır²⁶.

Öte yandan demokratik ülkelerde hükümetler, halka hizmet eden görevliler olarak görülmektedir. Bu nedenle hükümetlerin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğunun olması, kendisinden hesap sorulabilen devlet yaklaşımına bağlı olarak anayasacılık anlayışının bir ürünüdür²⁷.

Devletin bütün organları ile hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesi idealini ortaya koyan hukukun üstünlüğü ilkesi ise, hem toplumun hem de yönetenlerin temel hukuk ilkelerine bağlı kalmasını sağlar. Yani herhangi bir kamu otoritesinin yetkisi dahilinde hareket edip etmediğinin kontrol edilebilir olması, hukukun üstünlüğü karşısında sınırlı devlet anlayışının sonucudur. Bu kapsamda hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin kişiler bakımından temel konusu temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, devletler bakımından ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesidir²⁸. Hukukun üstünlüğünü sağlamanın yolu ise etkili bir anayasa yargısı denetiminin sağlanmış olmasından geçer. Belirtelim ki bu ölçütler, nihai olarak anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkmasının hem nedeni hem de sonucudurlar.

2. Anayasa Kavramı

a. Terminoloji

Sözcük olarak Anayasa, Latince’de “constitutio” teriminden türetilerek batı dillerine aktarılmıştır²⁹. Bu kapsamda İngilizce ve Fransızca’da anayasal kuralların bütünlüğünü ve temel kuruluşu ifade etmek üzere “constitution” sözcüğü kullanılırken, İtalyanca’da “costituzione”, İspanyolca’da “constitución” aynı anlamda kullanılmaktadır³⁰. Türkçe’ye ise anayasa olarak çevrilen kavram orijinalinde yasa terimini barındırmadığı için öğretilerde bu biçimde kullanılması eleştirilmiştir³¹. Bu kapsamda Teziç’e

²⁶ Bazezew, 2009, s.363; Çebi, 2019, s. 234.

²⁷ Bazezew, 2009, s. 260-263.

²⁸ Yaşar Karayalçın, “*Hukukun Üstünlüğü (Kavram Bazı Problemler)*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 47, S:3, 1992, s. 201-206.

²⁹ Sartori, anayasanın bugünkü anlamının 19. yüzyılda ortaya çıktığını, bu nedenle kelimenin köklerinin Antik Yunan veya Roma’da aranmasının yanlış olduğunu ileri sürmektedir; Çebi, 2019, s. 39.

³⁰ Anayurt, 2019, s. 1; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 1; Faruk Y. Turinay, “*Bir Kelime Olarak ‘Anayasa’nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, s. 285.

³¹ Ali Fuat Başgil, **Esas Teşkilat Hukuku**, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, C:1, Baha Matbaası, 1960; Hasan Tunç, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Gazi Kitabevi, *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

göre “Kanuni Esasi” veya “Esas Teşkilat” terimlerinin kullanılması daha isabetlidir, çünkü anlam itibarıyla anayasa bir yasa türü değildir³². Türk anayasacılık tarihinde “Ana Tüze”, Teşkilat-ı Esasiye”, “Kanuni Esasi tabirleri kullanılmışsa da, günümüzde anayasa terimi temel kuruluş kavramını karşılamak üzere yerleşik biçimde kullanılmaktadır³³. Bu çerçevede Anayasa terimi, yasaların kendisinden kaynaklandığı değil, yasaların kendisine aykırı olmadığı, yasalara egemen ve hâkim olan temel, esas, asıl yasayı ifade etmek anlamıyla kullanılmaktadır³⁴. Nitekim Türk Dil Kurumu da bu doğrultuda Anayasayı; “1. *Bir devletin yönetim biçimini belirten, yasama, yürütme, yargılama güçlerinin nasıl kullanılacağını gösteren, yurttaşların kamu haklarını bildiren temel yasa, kanunu esasi.* 2. *temel, esas* biçiminde açıklamıştır³⁵. Bu yaklaşım aynı zamanda anayasa kavramına işlevsel bir anlam verilerek devlet iktidarını sınırlamaya özgü üstün hukuksal metin anlamı yüklenmesinin de bir sonucudur³⁶. Çünkü bu yönüyle anayasalar buldukları ülkenin temel yasaları olup hukuk düzenini biçimlendiren normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan kurucu belgelerdir³⁷.

b. Anayasanın Tanımı

Çağdaş anlamıyla anayasa; “...Devletin temel kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen, devlet organlarının yetki alanını belirleyen, bireylerin devlete karşı sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan ve diğer yazılı hukuk kaynaklarına göre bir üstünlüğe ve bağlayıcılığa sahip olan kurallar bütünüdür...”³⁸. Bir hukuk sisteminde var olan diğer düzenlemeler de anayasal normlar çevresinde oluşmaktadır.

Bir başka tanıma göre anayasalar, siyasi iktidarın kararlarına meşruiyet sağlayarak bireysel veya kolektif iradeleri devlet yönetiminde etkin kılan, temel hak ve özgürlüklerin her seviyede korunmasını güvence altına alan, vatandaşlar ile devlet arasında ilişkinin kurulmasını sağlayan, devletin temel amaç ve görevlerini belirleyerek siyasal sitemi bütün olarak organize eden

2018, s. 4; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2018, s. 3; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C.1, Ekin Kitabevi, 2011, s. 20.

³² Teziç, 2018, s. 3.

³³ Atar, 2019, s. 1; Anayurt, 2019, s. 52.

³⁴ Kahan Onur Arslan, “*Türk Anayasa Hukuku’nda “Anayasa” Terimi ve “Anayasa Hukuku” Kavramı*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C: XV, S: 1–2, 2011, s. 66.

³⁵ Türk Dil Kurumu Sözcükleri, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> E. 10.11.2019.

³⁶ Anayurt, 2019, s. 41.

³⁷ Christian Rumph, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, (çev. Bertil Emrah Oder), 1995, s. 2-4; Tunç, 2018, s.2.

³⁸ Sağlam, 2013, s. 1; Dragne, 2013, s. 39.

belgelerdir. Özellikle tüm yasal işlem ve eylemlerin geçerliliğinin kaynağı olarak anayasalar hukukun üstünlüğünün yaşama geçirilmesinde büyük pay sahibidirler³⁹. Anayasalar devlet yetkilerini normlar, değerler ve kurallar çerçevesinde belirlerler. Bu yönüyle bir ülkedeki en üstün hukuk gücüne sahip olan resmi belgeyi ifade ederler. Öte yandan anayasa; “*bir devletin sadece hukuki statüsü olmayıp, aynı zamanda devlet içinde siyasi iktidarı ve toplum içinde de devleti sınırlayan bir belge*” olma özelliği de taşımaktadır⁴⁰. Bu tanım, anayasanın hem hukuki hem de siyasi olmak üzere iki yönünü ortaya koymaktadır.

Grimm ise, anayasa kavramının iki farklı anlamından bahseder. Yazara göre ilk anlamıyla anayasa, ülkenin siyasi durumunu gösteren doğasına ilişkin olup belirli bir zamanda ve yerde var olan siyasi durumları göstermektedir. Nitekim Schmitt de anayasa yapımının normlardan ibaret olmadığını, bu aşamada öncelikle siyasi birliğin gerekli olduğunu vurgulamıştır⁴¹. İkinci olarak ise Grimm, anayasanın siyasi yönetimi kuran ve uygulayan yasaya ilişkin boyutundan bahsederek anayasaların normatif ve kural koyucu yönünü ortaya koyar⁴².

Bundan başka anayasalar, bir ülkede belli bir anda fiilen var olan devlet sisteminin niteliğini de belirtir. Buna yaşayan anayasa da denilmektedir. Nitekim geniş anlamıyla anayasa (maddi anlamda), bir devletin ana kuruluşunu ve bu kuruluşun işleyişini düzenleyen kurallar bütünü olup, dar anlamıyla (biçimsel anlamda) bu kuralların resmi bir metin halinde birleştirildiği belgedir. Her devletin geniş anlamda bir anayasası olabilirse de, İngiltere örneğinde olduğu gibi dar anlamda anayasası bulunması zorunlu değildir⁴³. Ayrıca anayasanın konusu temel olarak iki bölümde incelenir. Bunlardan ilki, devletin yapısını, işleyişi ve organların birbirleriyle olan ilişkilerini, ikincisi ise kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenler.

Öte yandan modern anayasanın doğuş tarihi olarak 1789 Fransız Devrimini esas alan Schmit’in anayasa kavramına getirdiği dört farklı bakış

³⁹ Marius Andreescu/Claudia Andreescu, “*Supremacy of the Constitution Theoretical and Practical Considerations*”, LESIJ, No: XXV, V: 2, 2018, s. 117.

⁴⁰ Teziç, 2018, s. 4.

⁴¹ Carl Schmitt, **Constitutional Theory** (trans., J. Seitzer), Duke University Press, 2008 [1928], s.185-186.

⁴² Diether Grimm, **Constitutionalism: Past, Present, Future**, Oxford University Press, 2016, s. 3’den aktaran Çebi, 2019, s. 40- 41.s

⁴³ Esc Wade/Aw Bradley, **Constitutinal and Admisintrative Law**, Longman, 1985, s. 4-5; Tunç, s. 1.

açısına göre anayasalar; “mutlak”, “görelî” (*relativ*), “pozitif” ve “ideal” olarak sınıflandırılmaktadır⁴⁴. Buna göre “mutlak anayasa” öncelikle somut, her siyasal birlikle kendiliğinden ortaya çıkan, belli bir devletin siyasal ve sosyal düzeninin somut durumunu ifade eden anayasadır. “Görelî anayasa” kavramı ise anayasa ve anayasa metni arasındaki ayrımı açıklamak için kullanılmaktadır. Bu kavramla bir bütün/birlik olarak anayasa değil, salt biçimsel bir ölçüte indirgenen, çoğul normlar birliği olarak anayasa metni anlaşılmaktadır. “Pozitif anayasa” kavramı ise anayasa koyucu iktidarın kurucu edimiyle gerçekleşen, siyasal birliği kuran ve bu birliğin varlık biçimini belirleyen bir karardır (*Entscheidung*). Bu kapsamda anayasanın varlık nedeni, kendisini kuran, var eden siyasal iradeden kaynaklanır. Çünkü anayasal normlar, kendilerini önceleyen ve temel kararı veren siyasal bir iradeye ihtiyaç duyarlar. Bu yönüyle sözkonusu tanım Rousseau’nun “Toplum Sözleşmesi” eserinde de anayasa ile anayasa normu arasında yaptığı ayrımına benzemektedir. Nitekim Rousseau da siyasal birliği kuranın anayasa olduğunu ve siyasal birliğin anayasayı öncelediğini ifade eder. Schmit’in öngördüğü *ideal anayasada* ise Weimar Anayasası’nın kurduğu düzenin temel yapısını ortaya konarak, bu düzeni koruma mekanizmalarına işaret edilmektedir⁴⁵.

Aynı çerçevede Pitkin ise, anayasanın karakteristik bir yaşam tarzını, o topluluğun ulusal karakterini, bir ulus olarak temel değerlerini (*ethos*) ve temel niteliklerini, o topluluğun özgün tarihinin ve toplumsal koşullarının çıktısını ifade ettiğini belirterek anayasanın kim olduğumuzu açıklayan boyutundan bahseder⁴⁶. Yazara göre bu boyut, anayasa kavramının birinci ve hukuk-dışı anlamıdır. Yazara göre anayasanın ikinci boyutu ise, “inşa etme” fiiline; bir şeyleri tekrar kurma, çerçeveleme ve biçimlendirme eylemine işaret etmektedir. Ne var ki yazar, ABD ve Federal Almanya Anayasası gibi az sayıda kurucu örnekler dışında gerçekten yeni bir toplumun kurucu bir belge aracılığıyla doğmasının insanlık tarihinde nadiren rastlanan bir durum olduğunu belirtmektedir⁴⁷.

Dicey’e göre anayasa , devletin egemen güçlerinin kullanılması ve dağıtılması konusunda karar verme kurallarıdır. Gardener ise, anayasayı

⁴⁴ Ece Göztepe, “ Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi””, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXXIII, S: 1, 2015, s. 140-145.

⁴⁵ Göztepe, 2015, s. 140-145.

⁴⁶ Hanna Fenichel Pitkin, “The Idea of a Constitution”, *Journal of Legal Education*, V: 37, 1987, s. 167-169; Sadurski, 2010, s. 27.

⁴⁷ Pitkin, 1987, s. 168; Sadurski, 2010, s. 34.

hukuk düzenlemelerin temeli, hukuki düzeni var eden ve uygulanmasını sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır⁴⁸.

Anayasaların kabul edilmesinin pratikte bir çok sonucu vardır. Birincisi anayasa sayesinde bir devletin belirli bir bölge ve sınır içinde egemenliğinin sınırları çizilmiş olmaktadır. İkincisi, ulusal düzenin ve siyasi sistemin temel yapısını oluşturarak halk egemenliğinin yaşama geçirilmesinde elverişli kurumsal düzenlemelerle temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınmasını mümkün olmaktadır. Bundan başka düzenleyici yönleriyle devlet ve ulusal hukuk sistemini arasında kurdukları köprü, devlet sisteminin geliştirilmesinde ve işlemede yasal dayanak meydana getirerek ana çerçeveyi oluşturmaktadır⁴⁹. Ayrıca pratik gerçeklik bakımından da anayasalar devlet olmak için bir gerekliliktir. Nitekim anayasalar kamusal gücü rahat ve uygun biçimde kullanılabilmenin biçimsel koşullarını sağlayarak sosyal sözleşme geleneğinin de etkisiyle devlet iktidarını sınırlandırıcı işlev görürler⁵⁰.

c. Çeşitli Anayasa Ayrımları

Sistemleri içinde devletler, kendi yapılarına ve işleyişlerine uygun olarak farklı anayasa ayrımları benimseyebilmektedirler. Bu noktada birbirine karşıt ya da birbirini tamamlayan bir çok anayasal kavram ortaya çıkmaktaysa da, çalışmada tüm bu ayrımlara değil, anayasa hukuku öğretisinde büyük ölçüde gelenekselleşmiş olan ölçütlere yer verilmiştir. Bu kapsamda biçimlerine göre *yazılı ve yazısız* anayasalar, değiştiriliş biçimlerine göre *sert ve esnek* anayasalar, yazım tekniklerine göre *düzenleyici ve çerçeve* anayasalar ele alınmış, öncesinde anayasanın maddi ve şekli (biçimsel) olmak üzere iki anlamı açıklanmıştır.

aa. Maddi ve Şekli (Biçimsel) Anlamda Anayasa

Maddi ve biçimsel anlamda anayasa ayrımı genel olarak anayasanın içerik ve usul bakımından görünümüne ilişkindir⁵¹. Bu kapsamda bir kuralın

⁴⁸ Albert Venn Dicey, *Part II-Division Of Constitutions*, içinde **Comparative Constitutionalism**, (ed. J.W.F. Allison), The Oxford Edition of Dicey Volume II, 2013, s.140; J. Gardner, ‘*Can there be a written constitution*’, içinde Oxford Studies in Philosophy of Law (ed.L. Green/ B. Leiter),V:1 Oxford University Press, 2011, bölüm:5

⁴⁹ Blerton Sinani, “*A Critical-Legal Overview of the Concept of Constitution As The Highest-Political Act Of The State In The Light Of Constitutional-Judicial Doctrine*”, *Pravni Vjesnic*, V:29, 2013, s. 2442.

⁵⁰ Çebi, 2019, s. 42.

⁵¹ Kaboğlu, 2019, s. 10.

maddi anlamda anayasa olup olmadığına o kuralın içeriğine, yani neyi düzenlediğine bakarak karar verilir⁵². Devlet biçimleri, devlet organları, siyasi yaşam, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren tüm hukuk kuralları maddi anlamda anayasa kurallarıdır. Buna karşılık biçimsel bakımdan yapılacak bir tanımlamada sözkonusu hukuksal eylem veya işlemin konusu değil, anayasa yapımında izlenen usul ve biçim esas alınır. Yani kuralın içeriğine bakılmaksızın o kuralın bulunduğu yere, yapılış veya değiştiriliş koşullarına bakılarak karar verilir. Bu yönüyle yapılan tanımlamaya aynı zamanda dar anlamda anayasa da denir⁵³.

Biçimsel anlamda anayasalar, hukuki düzenlemelerin nasıl oluşturulduğuna odaklanarak normatif kuralların ana kaynağını belirlemeye çalışır. Yani normatif kuralların özü a priori olarak biçimine göre tanımlanmış olur (forma dat esse rei). Böylece anayasalar yapılış biçimlerine uygun olarak kendine has koşullar ve içerikler oluştururlar. Sözelimi, anayasaların yapılması ve değiştirilmesi olağan düzenlemelerden daha zor koşullara bağlanmış ise, orada biçimsel anlamda anayasa kuralından bahsedilebilir. Bu halde sözkonusu metnin içinde yer alan bir düzenlemenin konusunun gerçekten anayasal meselelere ilişkin olup olmadığı önemli değildir.

Öte yandan maddi anlamda anayasaların aksine biçimsel anlamda anayasalar yazılı formda olmayı gerektir. Bu yazılı biçimden anayasal değerlere uygun ve sistemli olarak anayasanın tek ve özgün biçimde kodifiye edilmiş olması anlaşılır. Böylece nitelikleri ve tutarlı içerikleri sayesinde anayasaların uygulanması ve kapsamının belirlenmesi daha kolay ve güvenceli hale gelir⁵⁴.

Bundan başka biçimsel anlamda anayasa, bu normlarının üstünlüğü anlamını da içerir. Yani normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan tüm hukuk düzeni bakımından bağlayıcılığa sahip olan anayasa normları, aynı zamanda biçimsel anlamda anayasa kurallarını ifade eder. Bu özellik anayasaya ait içkin bir durum olarak anayasayı diğer hukuki düzenlemelerden farklı ve üstün bir kategoriye taşır.

Geniş anlamda anayasa olarak da adlandırılan maddi anlamda anayasa ise, en basit haliyle ilgili hukuk sisteminde anayasal meseleleri düzenleyen kuralları ifade eder. Bu yaklaşımda dikkate alınan nokta ilgili kuralın konusu, içeriği veya ilgi alanıdır. Sözkonusu ölçütten hareketle, siyasi

⁵² Gözler, 2011, s.106; Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 3-4; Anayurt, 2019, s. 98; Tunç, 2018, s. 4; Atar, 2019, s. 24; Sağlam, 2013, s. 24.

⁵³ Gözler, 2011, s. 106; Anayurt, 2019, s. 99; Kaboğlu, 2013, s. 10-11.

⁵⁴ Sinani, 2013, s. 2446.

iktidarın kuruluşu, işleyişi, organları ve bunların birbirleriyle olan ilişkisini düzenleyen, diğer hukuk kurallarından mutlaka üstün olması gerekmeyen, yazılı ve yazılı olmayan bütün kuralları kapsar. Buna göre siyasal iktidarın işleyişine ilişkin düzenleme ve kuralların tümü, hukuksal gücü ve kaynağı ne olursa olsun geniş anlamda anayasa olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

Biçimsel anlamda anayasa kavramının aksine, maddi anlamda anayasa yazılı bir belgeye gereksinim duymaz ve normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan kurallardan meydana gelmesi gerekmez. Bundan başka kuralların yapılış ve değiştiriliş usulleri de maddi anlamda anayasa tanımında bir ölçüt değildir. Bu anayasaların klasik örnekleri ülkelerinde kodifiye edilmiş bir anayasa bulunmaması nedeniyle Birleşik Krallık ve İsrail Anayasası'dır.

Tüm devletlerde en azından siyasi iktidarlarının işleyişini belirleyen maddi anlamda anayasa kuralları bulunur, çünkü siyasal toplumda siyasi iktidar sahipleri bunun kullanım yöntemlerini belirleyecek kurallara sahiptirler⁵⁶. Ne var ki bu yönüyle maddi anlamda anayasa kavramı çok geniş bir içerik sunduğu için özsel içerikle tanımlanma güçlüğünü de beraberinde getirmektedir. Çünkü anayasal meselelere ilişkin konulara bir sınır çizilebilir kolay değildir. Nitekim günümüzde birkaç istisna dışında anayasaların çoğu biçimsel anlamdadır. Bununla birlikte yazılı anayasal düzenlerin olduğu ülkelerde sözkonusu ayrımların hukuki bir değeri yoktur. Çünkü yazılı anayasaların olduğu devletlerde maddi anlamda anayasa kuralları konusu ve içeriği ne olursa olsun, anayasal normun taşıdığı güç ve değerden yoksundurlar. Bu nedenle öğretilerde anayasanın üstünlüğü unsuruna biçimsel tanım içinde yer verilmesi tercih edilmiştir.

Bu kapsamda sözkonusu üstünlüğün anayasa yapma veya değiştirme gücüne sahip iktidarın niteliğinden ya da anayasanın kabul edildiği veya değiştirildiği karmaşık prosedürden kaynaklandığı ifade edilmiştir⁵⁷. Ne var ki, anayasanın üstünlüğünün, anayasanın maddi içeriğine, yani anayasa kurallarının özüne ilişkin bir özellik olduğu, anayasaların yapılması ve değiştirilmesi ile ilgili süreçlerin de bu özellikten etkilendiği akıld tutulmalıdır. Anayasanın üstünlüğü yapılışındaki ya da değiştirilişindeki nitelik farkından değil, anayasaların gerek yapılanmasında ve gerekse değiştirilmesinde yasalara göre daha farklı ve daha nitelikli bir usule tabi olması gereksiniminin doğmuş olmasından ortaya çıkmıştır⁵⁸. Bu çerçevede anayasanın maddi ve biçimsel tanımları anayasa kavramının değişik

⁵⁵ Anayurt, 2019, s. 100.

⁵⁶ Anayurt, 2019, s.105-108.

⁵⁷ Sinani, 2013, s. 2451.

⁵⁸ Sağlam, 2013, s. 2.

boyutlarını yansıtan ve birbirlerini tamamlayan yönlerini ortaya koymaktadır.

bb. Yazılı ve Geleneksel (Yazısız) Anayasalar

Bir anayasada bulunması gereken konuların belirli organlarca ve belirli usullere göre temel bir belge içinde toplanması yazılı anayasayı oluşturur. Yani, yazılı anayasa, resmi biçimde ve kendine özgü usullere uyularak kabul edilen ve tek bir metinde toplanan kurallar bütünüdür. Bu doğrultuda 18. yüzyılda başlayan anayasacılık hareketleriyle ortaya çıkan yazılı anayasaların temel işlevi de, siyasal iktidarın yazılı bir belgeyle sınırlanması ve böylece keyfiliğin önlenmesi açıklık ve belirginliğin sağlanmasıdır⁵⁹. Nitekim aydınlanma çağı ile ortaya çıkan anayasa düşüncesi ve hareketleri temel hak ve özgürlükleri güvence altına almanın en etkili yolu olarak yazılı metinleri düşünmüştür⁶⁰.

Öte yandan yazılı anayasa sayesinde vatandaşların özgürlük ve özerkliklerini güvenceleyen anayasal normların içeriği hakkında bilgilendirilmiş olması sağlanmakta, bu yönüyle anayasal bilincin gelişmesine ve anayasal normların bu bilinçle yorumlanmasına katkıda bulunmaktadır⁶¹. Bundan başka yazılı anayasaların en önemli işlevi, anayasa ve hukukun üstünlüğü düşüncesinin gelişmesini ve güçlenmesini sağlamaktır⁶².

Geleneksel anayasalar ise 18. yüzyıla gelinceye kadar alışılmış bir anayasa türü değildir. Teamüli anayasa olarak da ifade edilen bu anayasalar, devletin kuruluş, işleyiş esasları ile temel hak ve özgürlüklerin anayasa adı verilen bir özel belgede toplanmamış, yani kodifiye edilmemiş olmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda Birleşik Krallık kodifiye edilmiş, yazılı anayasası olmayan çok az sayıdaki devletten biridir⁶³.

Anayasa hukuku konusunda bir kuralın uzun zamana yayılmış sürekli bir uygulama sonunda ortaya çıkması ve bu kurallara herkes tarafından uyulmasının zorunlu olduğu bilincinin toplumda egemen olması halinde, geleneksel anayasanın varlığından söz edilmektedir. Bundan başka bir devletin geleneksel anayasaya sahip olması, orada hiçbir yazılı anayasa kuralı bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim Birleşik Krallık

⁵⁹ Sağlam, 2013, 42; Kaboğlu, 2019, s. 12.

⁶⁰ Anayurt, 2019, s. 42.

⁶¹ Sinanai, 2013, s. 2246.

⁶² Mark D. Walters, “*Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*”, içinde **Expounding the Constitution**, (ed. Grant Huscroft), Cambridge Press, 2008, s. 270.

⁶³ Kaboğlu, 2019, s. 12; Anayurt, 2019, s. 105.

örneğinde olduğu gibi bu ülkede değişik zamanlarda çıkarılmış çeşitli belgeler maddi anlamda anayasa kuralından oluşmaktadır⁶⁴.

Geleneksel anayasa düzenine damgasını vuran kamu yaşamına ilişkin geleneksel kurallardır. Ne var ki *geleneksel anayasa* ile *anayasa geleneği* birbirinden farklı kavramlardır. Geleneksel anayasa, yazılı olmayan, yetkili organın belirli usullere uyarak oluşturduğu bir metinde toplanmamış olan anayasa türüdür. Oysa anayasa gelenekleri yazılı bir anayasa rejimi içinde ortaya çıkar ve yasalarda veya mahkeme kararlarında yer almadığı ve yazılı olmadığı halde uygulanır. Güvenoyu almayan bir hükümetin yenisi kuruluncaya değin görevde kalması örneğinde olduğu gibi bu gelenekler genellikle anayasada öngörülme-yen siyasal yaşam ilişkilerini düzenleme ve mevcut boşlukları doldurma işlevi yerine getirir. Bundan başka yazılı kuralın yorumlanmasında ve anlamının belirginleştirilmesinde ilgili gelenekten yararlanılabilir. Ancak her hâlükârda bu gelenekler anayasaya aykırı düşmemelidir.⁶⁵ Bununla birlikte geleneksel bir anayasa kuralı ne kadar uzun bir geçmişe ve uygulanırlığa sahip olsa da açık bir anayasa kuralını ortadan kaldıramaz veya onu değiştiremez. Böyle bir durum anayasaya aykırı bir uygulama olarak anayasanın üstünlüğü ilkesini ihlal edici nitelik taşır⁶⁶.

cc. Katı (Sert) ve Esnek (Yumuşak) Anayasalar

Bu ayırımın temelinde anayasaların değiştirilişinin olağan yasalardan ayrı kurallara bağlanıp bağlanmadığı yer almaktadır. Bu kapsamda çağımızda yaygın olarak kullanılan sert anayasa, anayasanın yapılması ve değiştirilmesi usulünün olağan yasalardan farklı usul ve yöntemlerle yapılması anlamına gelmektedir. Anayasanın olağan yasalara göre daha güçlü hukuki güvenlik sağlayan metin olması onun katı olma özelliğiyle doğru orantılıdır⁶⁷. Bu kapsamda katılık özgürlükçü bir anayasanın temel koşulu ve ayırt edici özelliği olarak değerlendirilebilirse de anayasaların değişmez metinler olmasını sağlamak gibi bir amaç içermez. Nitekim anayasalar bir ülkenin sadece organik anlamda yasaları değil, devletin siyasi istikrarı ve refahı, ulusal felsefesi ve ilkelerini ortaya koyan metinlerdir. Bu

⁶⁴ Bunlar içinde başlıcaları: Magna Carta (1216-5), Petition of Rights (1628), Bill of Rights (1689), Parliament Act (1911); detay için bknz; Steven Foster, **The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights**, Edinburgh University Press, 2006.

⁶⁵ Dicey, 2013, s. 234; Sağlam, 2013, s. 43.

⁶⁶ Anayurt, 2019, s. 111.

⁶⁷ Albert Venn Dicey, **Introduction to the Study of The Law of the Constitution**, 10th ed., 1985, s.27; Kaboğlu, 2019, s. 10.

nedenle anayasanın hedeflediği amaçlara ve öngördüğü ideallere ulaşamadığı düşünüldüğünde anayasa değiştirilebilmeli veya düzeltilebilmelidir. Katı anayasa kavramı, dokunulmaz ve değiştirilmez anayasaları değil, değiştirilme usulünün olağan yasalardan daha zor biçimlere bağlanmış olduğu anayasayı ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁶⁸. Anayasalara makul ölçüde katılığa yer vermek anayasal kurallar ve kurumlar bakımından istikrarı sağlamaya katkıda bulunabilirse de, anayasal hükümleri büsbütün dondurmamak anayasanın siyasal yaşamdan kopmasına neden olabilir⁶⁹.

Bir anayasaya katılık sağlamanın yöntemlerine bağlı olarak birçok sonucu vardır. Bunlar arasında en önemli özellik anayasanın üstünlüğünün katı anayasa ile sağlanabilir olmasıdır. Bu üstünlük, anayasaya aykırı düzenlemelerin olamayacağını, yasa ile anayasa hükümlerinin değiştirilemeyeceğini ifade eder. Ne var ki, bir anayasanın katılığı sadece değiştirmeye ilişkin anayasal kurallarla açıklanmaz. Bundan başka olağan yasaların kabul edilebilmesi için adi çoğunluk yeterliyken anayasanın değiştirilmesi için nitelikli çoğunluk öngörülmesi, yasalar için aranmadığı halde bir anayasanın değiştirilebilmesi için referanduma sunulma zorunluluğunun bulunması, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmez olması, anayasanın kabul edilmesinden itibaren belirli bir süre veya dönem değişikliği yapılmasının yasaklanması, devlet başkanının mutlak veya güçleştirici veto yetkisine sahip olması anayasaya katılık sağlamanın diğer yöntemleri arasındadır. Bir anayasanın katı sayılabilmesi için bu usullerin hepsine birden yer vermesi gerekli değildir. Dolayısıyla anayasaların katılığının derecesi, anasadan anayasaya değişir⁷⁰.

Öte yandan, katı anayasalar nitelikleri gereği yazılı olmaya gereksinim duyarlar. Her yazılı anayasa mutlaka katı olması gerekmez de, kodifiye edilmemiş anayasaların olağan yasalar karşısında üstünlüğünden söz edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu durumda anayasanın değiştirilişinin yasalardan farklı olması beklenmez.

Esnek anayasalar ise normal yasalarla aynı usul ve aynı organlarca değiştirilen anayasalardır. Böyle bir sistem de yasalar arasında biçimsel yönden herhangi bir hiyerarşi bulunmaz. Bu nedenle esnek anayasalarda, anayasanın üstünlüğünden hukuken söz edilmesi mümkün değildir⁷¹. Ne

⁶⁸ L. R. Penna, "The Diceyan Perspective Of Supremacy And The Constitution Of Singapore", *Malaya Law Review*, V: 32, No: 2, 1990, s. 209.

⁶⁹ Anayurt, 2019, s. 121.

⁷⁰ Gözler, 2011, s. 121.

⁷¹ Gözler, 2011, s. 117; Anayurt, 2019, s. 124; Sağlam, 2013, s. 41; Kaboğlu, 2019, s.12.

var ki, yazısız ve esnek anayasaların tipik örneğini teşkil eden Birleşik Krallık uygulamasında geleneksel anayasal kuralların gerek fiili güç ve etkisi gerekse toplumdaki saygınlığı birçok ülkenin katı anayasasından çok daha dayanıklı ve etkilidir. Yani bir anayasaya üstün hukuk kuralı niteliği veren aslında biçimsel olarak nasıl değiştirildiği değil, devlet ve toplum içinde diğer yasalara göre sahip olduğu hukuki/ fiili güç ve saygınlıktır⁷². Bu çerçevede esnek anayasalar 1921 Anayasası döneminde olduğu gibi, devletlerin kuruluş dönemlerinde kuruluş süreci ile bağlantılı geçici ve zorunlu bir anayasa biçimi olarak da ortaya çıkabilmektedir.

Esnek anayasalar yazısız olabileceği gibi, yazılı biçimde de olabilir. Bu halde anayasalar olağan yasalar gibi değiştirilebileceklerine ilişkin hükümler öngörürler. Bununla birlikte geleneksel anayasalar nitelikleri gereği esnek anayasalardır. Yani yasama organı yasa ve anayasa üzerinde tasarrufta bulunmada aynı güce ve yetkiye sahiptir.

Anayasaların ne ölçüde katı veya esnek olması gerekir sorusuna net bir cevap verilmesi güçtür. Çünkü bu bir anayasal seçim meselesidir. Bununla birlikte öğretilerde toplumdaki değişikliklere adapte olmayan anayasal metinlerin çok kalıcı olamayacağı, toplumsal yaşamdaki değişimlere ayak uydurabilmenin ise değişiklik sürecinin kolaylığı ile yakından ilişkili olduğu savunulmaktadır⁷³.

Anayasaların değiştirilmesinin zorlaştırılması ve önemli siyasi konuların halkın iradesinden bağımsız biçimde gerçekleşmesine karşı çıkan Jefferson, böyle bir durumda gelecek nesillerin iradesinin korunamayacağına işaret eder. Bu nedenle yazar, her anaysanın (ve diğer pek çok yasanın) belirli dönemlerde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Jefferson, bu doğrultuda 19 yılda bir anayasa dahil tüm yasaların değişmesi gerektiğini ileri sürmüştür (bunu yetişkinlerin hayatta kalacağını tahmin ettiği süreye göre belirlemiştir)⁷⁴. Nitekim yazara göre esnek anayasa bu kapsamda toplum beklentilerine daha kolay cevap vererek demokratik geçişkenliğe katkıda bulunmaktadır⁷⁵.

⁷² Sağlam, 2013, s. 41.

⁷³ John Ferejohn, "The Politics Of Imperfection: The Amendment Of Constitutions", içinde **Law and Social Inquiry** V:22(2), 1997, s. 5021-530; Zachary Elkins/Tom Ginsburg/James D. Melton, "The Lifespan of Written Constitutions", <https://www.researchgate.net/publication/228813917>, 2008, s.19-20.

⁷⁴ Thomas Jefferson to James Madison, 1789. ME 7:459, Papers 15:396'dan aktaran Elkins/Ginsburg/Melton, s. 32.

⁷⁵ Stephen, Holmes/Cass, Sunstein, "The Politics of Constitutional Reform in Eastern Europe", içinde **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, Ewing, Princeton University Press, 1995, s. 275-306.

Anayasaların esnekliği konusunda optimal bir düzeyin evrensel olarak belirlenemeyeceğini ifade eden Elkins/Ginsburg/Thomas ise esnekliğin her anayasal düzende farklı olabileceğini, sözkonusu esnekliğin bazı durumlarda dışsal (teknolojik veya çevresel değişim gibi) bazı durumlarda ise içsel (anayasal ve siyasi kurumların tutumları, anayasal sistemin meşruiyeti gibi) faktörlere bağlı olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda teknolojik ve çevresel değişimlerin fazla olmadığı toplumlarda katı anayasalar iyi işeyebilir, ancak aynı anayasa bu değişim hızının yüksek olması ihtimalinde yetersiz kalacaktır. Bundan başka, anayasaların kurumsal bir yapıya kavuştuğu ve istikrarlı biçimde uygulanageldiği durumlarda katı anayasaların sistemi olumsuz biçimde etkilemeyeceği, buna karşılık demokrasisi ve anayasal kurumlarının gelişmekte olduğu ülkelerde anayasal kalıcılığın ve istikrarın gözetilmesi için daha esnek formüllerin tercih edilebileceği yönünde de görüşler ortaya konmuştur⁷⁶. Ne var ki demokrasisi gelişmekte olan ülkelere anayasa değişikliğinin kolay biçimde gerçekleşmesinin, özellikle kurumsal yapının yerleşmemiş olmasına bağlı olarak keyfiliğe bağlı uygulamaların artmasına neden olabileceği akılda tutulmalıdır.

Anayasaların devamlılığı ve istikrarı bakımından katı anayasaların tercih edilmesini savunan Madison ise, anayasa yapım aşamasında anayasal istikrarın sağlanması için bazı ön-taahhütlerin (pre-commitment) öngörülebileceğini belirtmektedir. Buna göre rejimi korumayı amaçlayan bu ön-taahhütlerin korunması için anayasaların değiştirilmesinde özel koruma mekanizmalarının benimsenmesi anayasanın ve siyasi rejimin güvencesi için gerekliliktir. Nitekim bu ön-taahhütler temel olarak hak ve özgürlüklerin özellikle azınlık hakları ile demokratik kurum, yapı ve işleyişinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu stratejiyi güvence altına almak için iki temel kurumsal araç bulunmaktadır. Birincisi anayasanın varlığını sürdürmesi için zaruri görülen düzenlemelerin korunmasıdır. Bunu gerçekleştirmenin yolu ise belirli kişisel hakların dokunulmaz ve sınırlandırılmaz olmasının sağlanması (insan haklarının sert çekirdeği gibi) ve anayasanın devamlılığını sağlayacak kurumsal mekanizmayla ilgili değişikliklerin yapılmasının zorlaştırılmasıdır⁷⁷. Yazara göre anayasanın

⁷⁶ Holmes/Sunstein, 1995, s. 285-290; Andrew Roberts, “*The Politics of Constitutional Amendment in Post-communist Europe*”, içinde **Constitutional Political Economy**, V: 20 (2), 2009, s. 105-114.

⁷⁷ Carlo Closa, “*Constitutional Rigidity and Procedures for Ratifying Constitutional Reforms in EU Member State*”, <https://www.researchgate.net/publication/259645822>, 2014, s.285.

olağan yasalardan ayrılması yönetenlerin temel sorunların üstesinden daha kolay gelmesini ve daha işlevsel çalışmasını sağlayarak uzun dönem istikrar sağlamaktadır.

Bu kapsamda 2007 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi mevcut ulusal düzenlemelerde demokrasinin korunmasını sağlamak amacıyla anayasa değişikliklerinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini araştırmış, incelemeyi yapan Venedik Komisyonu biri diğerine tercih edilebilir bir yöntemin bulunmadığını, ayrıca anayasanın katılımının veya esnekliğinin demokratik düzen ve istikrarı sağlamada tek başına yeterli olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁸.

Öte yandan çok katı anayasaların kabul edilmesi durumunda geniş kapsamlı reformların yapılmasının zorlaştığı da ileri sürülmüştür⁷⁹. Dahası anayasa değişikliklerinin esnekliği/katılığı meselesi diğer anayasal mekanizmaları, özellikle de yargı denetiminin içeriğini etkileyebilecektir. Buna göre, ABD örneğinde olduğu gibi anayasanın değiştirilmesinin zor olduğu durumlarda bu açığın kapatılması ve gereksinimin karşılanması gereği anayasa yargısında yorum ve içtihat oluşturma faaliyetinin artmasına neden olabilecek nitelikte görülmektedir⁸⁰.

Gerçekten de katı ve esnek anayasa arasında nasıl bir denge bulunacağı anayasaların değiştirilmesi usulleri tasarlanırken ortaya çıkan temel sorudur. Bu kapsamda anayasa teorisyenlerinin büyük çoğunluğu Jefferson ve Madison'un görüşlerinin makul biçimde harmanlaması gerektiği konusunda hemfikirdirler⁸¹.

dd. Düzenleyici ve Çerçeve Anayasalar

Anayasada bulunması gereken konuların detaylı biçimde yazıldığı anayasalara *düzenleyici* anayasa, buna karşılık sadece genel ilke ve az sayıda maddeden oluşan, detaylı düzenlemelere yer vermeyen anayasalara da *çerçeve* anayasa denmektedir. Anayasanın çerçeve nitelikte olmasını

⁷⁸ Closa, 2014, s.286

⁷⁹ Bjorn E. Rasch/Roger D. Congleton, "Amendment Procedures and Constitutional Stability" içinde Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Evidence, (ed. R. D. Conglento/ B Swedenborg), Cambridge: MIT Press, 2006, s. 323'den akataran Closa, 2014, s. 287.

⁸⁰ Elkins/Ginsburg/Melton, 2008, s. 19.

⁸¹ Closa, 2014, s.284-287; Jefferson ve Madison'un detaylı görüşleri için bkz; Jeff Broadwater, **Jefferson, Madison, and the Making of the Constitution**, The University of North Carolina Press Chapel Hill, 2019.

savunanlara göre, anayasalar daha spesifik detaylar ile potansiyel belirsizliklerin daha sonra yargı kurumlarınca çözümleneceğini varsayımıyla, kurumsal düzenlemeler yapmak ve genel ilkeler koymakla yetinmelidir. Bununla birlikte anayasada kurumsal düzenleme yapılırken bütünüyle belirsizliği yer verilmesinden kaçınılmalıdır. Bu kapsamda çerçeve anayasasının temel amacı siyasi istikrar ve başarılı bir biçimde kalıcılıktır⁸².

Günümüzde anayasanın düzenleme alanına giren konuların giderek çeşitlendiği göz önüne alındığında düzenleyici yöntemle anayasa yazımına gereksinimin arttığı söylenebilir. Nitekim, ekonomik, mali ve sosyal konularda ortaya çıkan yeni kurumlar, gelişen hak ve özgürlükler yelpazesi, bilimsel ve teknolojik alanda kaydedilen ilerlemeler bunlarla ilgili düzenlemelerin çağın gereksinimlerine uygun biçimde düzenlenmiş olmasını gerektirmektedir. Siyasi iktidarın sınırlandırılması anayasacılığın temel işlevi kabul edildiğinde çerçeve anayasalar ile bu işlevin gerçekleştirilmesi kolay değildir⁸³. Buna karşılık aşırı düzenleyici bir anayasanın da daha istikrarlı bir düzeni gerçekleştirmek yerine, anayasa tartışmalarını sürekli gündeme getirerek esasen istikrarsızlığa yol açabileceği de akılda tutulmalıdır⁸⁴.

Öte yandan düzenleyici anayasalar hukuk kurallarını bir ölçüde dondurdukları için sık anayasa değişikliklerinin gündeme gelmesine ve yargısal içtihatların alanın daralmasına neden olabilirler. Bununla birlikte çerçeve anayasanın mı yoksa düzenleyici bir anayasanın mı kalıcı ve istikrarlı bir siyasi düzen yaratacağı sorusunun cevabı her ülkenin somut koşullarına göre değişkenlik gösterir. Ayrıca anayasaların kaleme alınış biçimi tek başına ne güçlü ne de zayıf demokrasinin nedeni veya sonucu olarak değerlendirilmesine elverişli ölçütler değildir⁸⁵.

II.KURUCU İKTİDAR

1.Kurucu İktidarın İçeriği ve Niteliği

Kurucu iktidar kavramını açıklamaya Pactet'in şu cümleleriyle başlamak anlamlı olacaktır: "*Anayasalar canlılar gibidir: Doğarlar, gelişirler, siyasal yaşamın bozucu etkilerine maruz kalırlar, önemli ya da önemsiz*

⁸² Atar, 2019, s. 27-28

⁸³ Kaboğlu, 2019, s. 15; Anayurt,2019, s. 127.

⁸⁴ Ergun Özbudun, 2016, s. 28

⁸⁵ Anayurt, 2019, s. 126-127.

değişikliklere konu olurlar ve bir gün yok olurlar”⁸⁶. Bu bağlamda kurucu iktidarlar da temel olarak bu doğumun yani anayasanın yapılmasını, değişikliklere konu olmasını ve bazı durumlarda onun ortadan kaldırılmasını sağlayan, yani devleti hukuki ve siyasi bir kurum olarak kuran, anayasayı oluşturan devletin kaynağı olan güce denmektedir⁸⁷.

Öte yandan “*kurucu iktidar*” ile “*kurulmuş iktidar*” birbirine benzer kavramlar olmakla birlikte, içerikte birbirinden oldukça farklıdır. Kurucu iktidar “*anayasayı kurucu*” niteliğe sahiptir. Oysa kurulmuş iktidarlar, anayasa tarafından öngörülmüş, meydana getirilmiş, yasama, yürütme, yargı gibi olağan devlet güçlerine, temel organlarına işaret etmektedir⁸⁸. Bu bağlamda kurucu iktidar tarafından anayasa ile hukuki statülerinin, yetkilerinin saptandığı sözkonusu devlet organları kurulu iktidarları oluşturmaktadır. Anayasalar tüzel kişiliğe sahip olmadığı içindir ki bunlar anayasa organı değil, teknik anlamda devlet organı olarak adlandırılmaktadır⁸⁹. Kurulmuş iktidarların yetkileri ise, anayasa ile belirlenmektedir. Bu nedenle anayasada açıkça yer alan bir kurala dayanmaksızın bu yetkilerinin başka bir organa devredilmesi mümkün değildir.

Kalyvas ise bu kapsamda “*kontrollü egemenlik*” ve “*kurucu egemenlik*” kavramlarını kullanmaktadır. Yazara göre “*kontrollü egemenlik*”, çağdaş hukuk sistemleri geleneğinde bulunan mutlak ve en üstün buyurma gücüne sahip olanın inşa ettiği devlet modeli içinde yer alan tali iktidarlardır. Bu anlamda sahip oldukları egemenlikleri kendisine çizilen alan ve yetkiler ile sınırlıdır. Kurucu egemenlik ise, sadece devlet yapısını değil, aynı zamanda devletin siyasi kimliğini de biçimlendiren anayasanın ve anayasanın üzerine inşa edildiği gücün ana kaynağıdır. Bu çerçevede kontrollü egemenlik daha çok anayasanın değiştirilmesi, buna karşılık kurucu egemenlik anayasaların yapımı aşamasında uygulanan modelle bağlantılıdır⁹⁰.

Kurucu iktidar kavramı 18. yüzyılda Avrupa’da başlayan aydınlanma ve rasyonelleşme hareketleri sonrasında ortaya çıkan anayasal düşüncede merkezi bir yer işgal etmiştir. Niteliği tarih boyunca içinde bulunduğu siyasi ortam ve hükümet biçimlerine göre farklılaşsa da, günümüzde modern,

⁸⁶ Pierre Pactet, “*Institutions politiques - Droit constitutionnel*”, Masson, Paris, 1985, s.69’den aktaran; Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Ekin Yayıncılık, 1998, s. 10.

⁸⁷ Teziç, 2018, s. 177-178.

⁸⁸ Gözler, 1998, s. 316.

⁸⁹ Teziç, 2018, s. 177.

⁹⁰ Andreas Kalyvas, “*Popular Sovereignty, Democracy and Constituent Power*”, 2005, Constellations, s. 223-224.

akılcı ve çağdaş bir kavram olarak kabul edilmektedir. Çünkü siyasi otoritenin temel kaynağı halktır ve kurucu iktidarlar tarafından yapılan anayasaların da bunu esas alarak yaşama geçirdiği kabul edilmektedir⁹¹. Yani kurucu iktidarlar bu yönüyle modern siyasi rejimler içinde anayasal otoritenin kaynağını ve doğasını tanımlamamızı sağlamaktadır. Nitekim anayasa, gücünü halk egemenliğinden ve halkın kendi geleceğini belirleme ilkesinden alan hukuki bir araç olarak kabul edildiğinde, “kurucu iktidar”ın bir ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır⁹².

Bu bağlamda Sieyès de kurulmuş ve kurucu iktidar arasında bir ayırım yapmıştır. Yazar, siyasal kurumları oluşturan “kurucu gücün” ulus olduğunu vurgularken, hükümeti ulus tarafından yetkilendirilmiş “kurulmuş, oluşturulmuş güç” olarak nitelemiştir. Buna göre anayasanın yapım süreci kaçınılmaz olarak anayasanın içeriğini ve biçimini etkilese de, anayasa varlığını kurucu iktidardan almakta ve yazılı anayasa ulusun kurucu gücünü kurumsallaştırmaktadır⁹³. Ayrıca sözkonusu gücün tüm hukuk kurallarının üzerinde yer alacak olması anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin ortaya çıkmasının zeminini de oluşturmaktadır.

Öte yandan, Sieyès, anayasanın öngördüğü çerçevede bazı devlet organların oluşturulması ve yetkilendirilmesi halinde dahi, anayasanın her halde, kurucu güç olarak kalmaya devam edeceğinin altını çizmiştir. Zaman ve yetki bakımında ulus daima önde ve herşeyin kaynağı olduğu için istediği her zaman yasaldir ve aslında hukukun kendisidir. Diğer bir deyişle, ulus, siyasi otoritenin yasal kaynağı olarak ifade edildiğinde aslında kurucu iktidar da tanımlanmış olmaktadır⁹⁴. Bu kapsamda anayasa özellikle yasama ve yürütme organlarının işlevlerini, yetkilerini düzenleyen ve ulusun iradesini yansıtan temel düzenlemedir. Bununla birlikte sözkonusu yetkiler yasama ve yürütme organlarını ulusal iradede ayrı, bağımsız bir iradeye kavuşturmaz. Çünkü bu devlet organların varlık nedenini ve kaynağını kurucu iktidarlar oluşturur. Bu bağlamda anayasa belirli görevleri yerine getiren birçok gücü yaratmaktaysa da, bu güçlerin kurucu iktidarın yaptığı anayasal sınırlar içinde hareket etmesi gerekir. Çünkü, Anayasa kurulmuş iktidar tarafından değil, ancak kurucu iktidar tarafından yaratılmıştır. Buna

⁹¹ Martin Loughlin, “ *On Constituent Power*”, içinde **Constitutionalism Beyond Liberalism**, (ed. Michael W. Dowdle/ Micheal Wilkinson) Cambridge University Press, 2017, s. 2.

⁹² Loughlin, 2017, s. 3.

⁹³ Emmanuel-Joseph Sieyès, **What is the Third Estate?** (trans. M. Blondel), Pall Mall Press, 1963 [1789], s. 126.

⁹⁴ Sieyès, 1963 [1789], s. 126.

göre, kurulmuş iktidarlar hiçbir yetkilendirmenin ana koşullarında değişiklik yapamaz veya ona alternatif olamaz. Bu nedenledir ki, anayasal hükümler temel bağlayıcı hukuk kurallarıdır⁹⁵. Sieyès açıkça ifade etmiş olmasa da, anayasal hükümlere kazandırdığı bağlayıcılık unsuru ile çağdaş anlamda anayasanın üstünlüğü ilkesinin temelini oluşturacak bir anlayışı da ortaya koymuştur.

Bundan başka, Sieyès'in kurucu iktidara ilişkin bütün kavramsallaştırması, doğal hukuk doktrinine dayandığı için Rousseau ve Locke gibi düşünürlerin sosyal sözleşme kuramlarını benimsemez. Buna göre sosyal sözleşmeyle ilgili kuramlar “olağan yasama gücü” ile “kurucu iktidarın sahip olduğu yasama gücü” arasındaki ayrımı bilmezler⁹⁶.

Gerçekten de bu Locke ve Rousseau'nun toplum anlayışları birbirlerinden farklı olsa da o toplumdaki kurucu iktidarın niteliğini belirleyen bir olgu olarak, toplumun oluşmasında her ikisi de bireyi merkeze alırlar. Bununla birlikte Locke, Rousseau'nun aksine, kurucu iktidarı sınırsız bir iktidar olarak görmez. Çünkü Locke'a göre kurucu iktidar her şeye gücü yeten bir iktidar değil, bireylerin yaşama özgürlüğü ve mülkiyetini korumak zorunda olan ve bunlarla sınırlı olan güçtür⁹⁷.

Öte yandan, hem kurucu iktidar hem de kurulmuş iktidarların ortak yönü her ikisinin de genel iradeyi temsil ediyor olmasından kaynaklanır. Bu kapsamda anayasanın ortaya çıkışında kurucu iktidarın varlığı mutlaka gerekliyse de, anayasaya bağlı temel yasaların oluşmasında kurulmuş iktidarların da rolü büyüktür.

Kurucu iktidar kuramı 1928 tarihli “Verfassungslehre” kitabında ortaya koyan Schmitt de, Sieyès gibi anayasanın kendiliğinden ortaya çıkmayacağını, anayasa yapma gücüne sahip anayasa koyucu iradesinin gerekli olduğunu vurgulamıştır⁹⁸. Schmitt'e göre anayasa koyucu kendi iktidarının türü ve biçimi üzerinde somut ve kapsamlı karar verme yetkisine sahip olan siyasi iradedir. Bu iradenin eylemleriyle, hükümet biçimi, devletin yapısı, toplumun değer ve ilkelerini kapsayan temel düzenlemeler oluşturulmaktadır⁹⁹. Bu bağlamda temel siyasi kararların alınmasını

⁹⁵ Sieyès , 1963 [1789], chapter 5.

⁹⁶ Andreea Ana-Maria Alexe, “Constituent Power – the Essence of Democracy” *Revue des Sciences Politiques*, No:47, 2015, s. 317.

⁹⁷ Çebi, 2019, s. 110.

⁹⁸ Schmitt, 2008 [1928], s. 76.

⁹⁹ Schmitt, (2008[1928]), s. 125; Yaniv Roznai, **Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment** *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1* (2020)

sağlayan kurucu iktidar, anayasal normlara göre belirlenen kurulmuş iktidardan oldukça farklı niteliğe sahiptir. Çünkü demokratik bir siyasi düzenin temel olarak anayasal kimliğini tespit ve temsil eden kurucu iktidardır¹⁰⁰. Kelsen ise, hukuk düzeninin dışında gerçekleşen bir olay olması nedeniyle kurucu iktidarın Grundnorm'un (Temel Yasa) özünü oluşturduğunu ifade eder. Yazara göre kurucu iktidar hukuki değil, tarihsel, sosyolojik ve siyasi bir meseledir¹⁰¹.

Bu kapsamda kurucu iktidar konusunda üç aşamadan bahsetmek mümkündür:

- (1)siyasal iktidarın kazanılması,
- (2)siyasal iktidarın kurumsallaşması,
- (3)siyasal iktidarın kullanılması.

Bunlardan son ikisi “kurulmuş iktidarlar” ı muhatap alırken, “kurucu iktidar” ı ilgilendiren kısmı aslında sadece birinci konuya, yani siyasal iktidarın kazanılmasına ilişkindir. Bu bağlamda Kelsen'in de işaret ettiği üzere, anayasayı yapan irade olarak kurucu iktidar, daha çok siyasi bir mesele olduğu için siyasal iktidarın kurumsallaşması ve kullanılması konularına ilişkin ölçütler kurucu iktidarın inşa ettiği temele uygun biçimde ortaya çıkan anayasal kuralların, diğer hukuk kurallarından üstünlüğü sayesinde gerçekleşir¹⁰².

Kendi politik varlığının devamı için somut ve etkili karar verme gücüne sahip siyasi irade olarak da tanımlanabilecek olan kurucu iktidar, siyasi birliği sağlayacak olan kurumsal yapıların doğasını belirlemekte, bu yönde anayasayı oluştururken egemen güç olarak anayasanın otoritesini de güçlendirmektedir¹⁰³.

Belirtmek gerekir ki, öğretilerde bazı görüşler kurucu iktidar kavramından halkın kurucu gücünü değil, seçilmişlerden oluşan temsilcilerin gücünün anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu boyutuyla kurucu iktidar temsili sistemlerde yer alan ve seçilmişlerden oluşan bir kavrama dönüşmektedir¹⁰⁴. Nitekim Sieyès kurucu iktidarın sadece kurulmuş

Powers, (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy), 2014, s. 86.

¹⁰⁰ Roznai, 2014, s. 86.

¹⁰¹ Hans Kelsen, *Allegemine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925'den aktaran Çebi, 2019, s. 111; Loughlin, 2017, s. 12.

¹⁰² Loughlin, 2017, s. 12.

¹⁰³ Schmitt, (2008 [1928]), s.125; Loughlin, 2017, s. 18.

¹⁰⁴ Schmitt, (2008 [1928]), s. 272-273, Loughlin, 2017, s. 21; Sieyès, (1963[1789].), s.138-140.

iktidarlar eliyle, sözgelimi temsilciler dahilinde hareket edebileceğini ifade eder¹⁰⁵. Schmitt ise anayasayı değiştiren iradenin her zaman seçilmiş kişilerden olması gerekmediğine vurgu yaparak Sieyès'in "halkın temsili" kuramında yer alan yaklaşımı benimsemez¹⁰⁶. Yani, Schmitt, Sieyès'ten farklı olarak, kurucu iktidarı aracı olmadan kullanılabilen bir irade olarak kabul eder¹⁰⁷. Bu yönüyle anayasal kuralların bağlayıcılığı ve anayasanın üstünlüğü kurulmuş iktidarları bağlayan bir ilke olma özelliği gösterir.

De Maistre ise halkı, egemenliğini kullanamayan hükümdarlara benzetir¹⁰⁸. Buna göre kurucu iktidar, halkın egemenliğinin değil, sadece yerleşik rejimin egemen otoritesinin kaynağıdır¹⁰⁹. Ne var ki, "kurucu iktidar" ile "kurulmuş iktidar" arasında oluşacak bu gerilim kurucu iktidarın yalnızca egemen güç anlamına gelmediğini, bundan fazlasını ifade ettiğini ortaya koyar. Bu yönüyle "kurucu iktidar", "kurulmuş iktidarın" kurumsallaştırılmış biçimini sürekli aşındıran ve sorgulayan bir politik hak arayışındadır¹¹⁰. Aslında kurucu iktidarın görevi, kurulmuş iktidarları meydana getirmektir. Çünkü kurucu iktidar kural olarak yasama, yürütme ve yargı gücünü kullanan değil sadece bunları kurmakla yetinmek zorunda olan iktidardır. Bu nedenle, kuruculuk görevini tamamladıktan sonra, onlara yerini bırakarak ortadan kaybolmak durumundadır¹¹¹.

Agamben ise kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasında dengeli bir ilişki kurulmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bu imkânsızlık anayasal metinlerin kendilerini nasıl değiştireceklerini içeren hükümleri belirlerken de mevcuttur. Buna göre kurucu iktidar hukuk düzeni dışında ve sınırlanamaz niteliktedir. Bu nedenle, her şeyin kurallarla belirlenmeye çalışıldığı günümüzde kurucu iktidarın gücü anayasada öngörülen değiştirme gücüne indirgenmektedir. Agamben'e göre kurucu iktidarı kurulmuş iktidardan ayırmak güç bir sorundur ve bu temel olarak kurucu iktidarın paradoksudur¹¹².

¹⁰⁵ Sieyès, (1963[1789]), s 139.

¹⁰⁶ Schmitt, (2008 [1928]), s. 126; Roznai, 2014, s. 86

¹⁰⁷ Schmitt, (2008[1928]), s. 128.

¹⁰⁸ Joseph de Maistre, "Study on Sovereignty" içinde **The Works of Joseph de Maistre**, (ed. Jack Lively, Allen/ Unwin), London, 1965; Loughlin, 2017, s. 8.

¹⁰⁹ Loughlin, 2017, s. 8.

¹¹⁰ Loughlin, 2017 s. 31.

¹¹¹ Gözler, 1998, s.17.

¹¹² Giorgio Agamben, **Homo Pacer; Sovereign Power and Bare Life**, (çev. Daniel Heller-Roazer), Stanford University Press, 1998, s 39-40'den aktaran Çebi, 2019, s. 11.

Anayasa öğretisinde kurucu iktidar genellikle asli kurucu ve tali kurucu iktidar olmak üzere iki biçimde incelenmektedir. Günümüzde bu ayırımı yöneltmiş eleştiriler olsa da çalışmamızda yaygın kullanıma bağlı kalarak kurucu iktidarı, kaynağı ve etkileri bakımından, asli kurucu ve tali kurucu iktidar olarak iki biçimde inceleyeceğiz¹¹³. Belirtmek gerekir ki, tali kurucu iktidar da yetkisini anayasayı yapan kurucu iktidardan aldığı için aslında kurulmuş organlardan biridir¹¹⁴. Ne var ki, yetkisi anayasada değişiklik yapmakla sınırlı olduğu için öğretilerde “değişiklik yapma iktidarı” olarak da anılmaktadır¹¹⁵.

2.Asli Kurucu İktidar

Asli kurucu iktidar daha önceden konmuş hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmaksızın hukuki ve siyasi statüsünü kurarak bir devleti kuran anayasayı ilk kez ya da yeni baştan yapan iktidardır. Bu nedenle yeni hukuk düzeni oluştururken eskisinin ortadan kalktığı veya hukuki bir boşluk zeminini kullanarak ortaya çıktığı varsayılır. Ne var ki günümüzde asli kurucu iktidarın mutlaka anayasal düzende böyle bir kesintinin olması halinde ortaya çıkacağını iddia etmek yeni bir anayasanın ancak hukuki boşluklarda yapılabileceği anlamına gelmektedir ki, bu durumun demokratik ilke ve anayasacılıkla bağdaşması mümkün değildir¹¹⁶.

Kural olarak halk asli kurucu iktidarın taşıyıcısıdır ve bu biçimde aslında kendi kaderini belirlemektedir. Asli kurucu iktidar anayasayı yaparak kendini yönetme gücünü kolektif olarak kullanmaktadır. Bu varsayım, asli kurucu iktidarın kural olarak demokratik bir güç olabileceği anlamına gelmekteyse de, mutlak ve sınırsız doğası gereği anayasal rejimin demokratik içeriğini riske atabilecek yapıda olduğu da dikkate alınmalıdır¹¹⁷.

Negri de, asli kurucu iktidarın anayasacılık perspektifinden anlaşılamayacağını altını çizer. Çünkü asli kurucu iktidarlar bir boşluktan meydana gelen ve herşeyi oluşturan irade olarak radikal nitelik taşır ve her türlü hukuki açıklamalardan bağımsızdır. Negri’ye göre asli kurucu iktidar

¹¹³ Geleneksel ayırma karşı çıkan Gohin’in görüşleri için bkz; Oliver Gohin, **Droit Constitutionnel**, Litec, Paris, 2010, s. 141-142’den aktaran, Anayurt, 2019, s. 139.

¹¹⁴ Teziç, 2018, s. 191.

¹¹⁵ Roznai, 2014, s. 99.

¹¹⁶ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2018, s. 165.

¹¹⁷ Alexe, 2015, s. 320.

yoktan var eden, gücüyle sınırları zorlayan “gücün yaratıcı bir çalışması”dır¹¹⁸.

Sınırsız doğasına rağmen asli kurucu iktidar genellikle meşruiyet kaygısı güder ve kendine birtakım usuli kurallar belirleyebilir. Bu bağlamda, kurucu iktidar, meşruiyet ve demokrasi arasındaki bağlantının varlığı, anayasa yapım sürecine yansır¹¹⁹.

a.Asli Kurucu İktidarın Temel Özellikleri

aa.Hukuk Dışılık

Malberg devletin ilk oluşumunun hukuki değil tamamen fiili bir sorun olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda kurucu iktidarın kullanımı hukuk tarafından düzenlenebilir değildir¹²⁰. Çünkü devletin kaynağı bir olgudur ve bu olgu hukukun dışında yer alır. Siyasal boşlukların arkasından gelen kuruculuk bir hukuk kuralından değil, bizzat gücün varlığından kaynaklanır¹²¹. Bu nedenle ortadan kaldırılan anayasa ile yeni getirilen düzen arasında kural olarak bir devamlılık sözkonusu değildir. Bu kapsamda hukuksal pozitivizm asli kurucu iktidarı bağlayan hiçbir pozitif kuralın bulunmadığından hareket ederek, hukukun sıfır noktasında olduğu tezini üretir. Bu nedenle asli kurucu iktidarın temel üç özelliği, aslilik/ilk-ellik, koşula bağlanmamışlık ve sınırsızlıktır¹²².

Asli kurucu iktidarın hukuk-dışı bir olgu olduğunu belirten Erogul da, bir işlemin kendisinden önce var olan bir hukuk kuralına göre yapılması durumunda hukuki nitelik kazandığını, bu nedenle etkisini fiili bir güçten alan otoritenin bu nitelikten yoksun olacağını ifade etmektedir. Çünkü yeni bir devlet kurulduğunda, asli kurucu iktidarın temel kural koyma yetkisini dayandıracığı başka bir hukuk kuralı bulunmamaktadır¹²³.

Gözler ise asli kurucu iktidarın hukuki niteliği konusunda varılacak sonucun zorunlu olarak, benimsenen hukuk anlayışına bağlı olacağını ifade eder. Yazar hukukiliği şöyle tanımlar; “...Bir işlem kendisinden önce varolan bir hukuk normuna uygun olarak yapılmışsa hukukidir. Yok eger,

¹¹⁸ Antonio Negri, **Insurgencies: Constituent Power and the Modern State**, University of Minnesota Press, 1999, s. 10-16; Roznai, 2014, s. 87.

¹¹⁹ J. Colon Rios, “*The Legitimacy of the Juridical Power, Constituent: Democracy and the Limits of Constitutional Reform*”, Osgoode Hall Law Journal, V:48, 2010, s. 235.

¹²⁰ Carre de Malberg, s. 492’den aktaran Gözler, 1998, s. 25.

¹²¹ Carre de Malberg, s. 495’den aktaran Gözler, 1998, s. 26.

¹²² Anayurt, 2019, s. 141.

¹²³ Cem Eroğul, “*Anayasayı Değiştirme Sorunu*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 22-24.

islem kendisinden önceki hukuk normuna uygun değilse, hukuka aykırıdır. Bunların dışında islem, dayanak olarak kendisinden önce bir hukuk normu bulamıyorsa hukuk-dışıdır...»¹²⁴.

Teziç de benzer biçimde asli kurucu iktidarı, daha önceden konmuş hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmayan anayasayı ilk kez veya yeniden yapan, hukuki boşlukta ortaya çıkan iktidar olarak tanımlamaktadır¹²⁵. Nitekim asli kurucu iktidar, toplumdaki güç dengesine göre oluşan siyasi bir niteliğe sahiptir.

Asli kurucu iktidarın hukuk dışı olmadığı görüşünü savunanlar ise, hukukun sürekliliği tezini temel alırlar. Hukuk düzenleri ve bu düzene ilişkin kurallar zaman içinde değişse de hukuk süreklidir. Yani, anayasa koyucuları bağlayan hukuk kurallarının olmayışı zorunlu olarak hukuk düzeninin de yokluğu anlamına gelmemektedir. Özellikle demokratik bir hukuk devletinde asli kurucu iktidarın reddedemeyeceği, kendi varlığını meşrulaştırmak için uymak zorunda olduğu hukukun genel ilkeleri vardır. Yani bu yönüyle kurucu iktidar, doğal hukuk ilkeleriyle karşı karşıyadır¹²⁶. Nitekim Sieyès de anayasanın yapılmış olmasıyla kurucu iktidarın ortadan kalkmış sayılmayacağını, sürekli ve doğal hukukla bağlı bir iktidar olduğunu belirtir¹²⁷.

Belirtelim ki, asli kurucu iktidarın mutlaka anayasal düzenin ortadan kalmasıyla, yani bir hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkacağı yaklaşımı her koşulda geçerli değildir. Böyle bir boşluğun beklenmesi demokratik bir yaklaşım olmadığı gibi, pratik gerçeklerle örtüşmemektedir. Anayasal düzenin ortadan kalktığı hallerde dahi asli kurucu iktidarı bağlamaya devam eden uluslararası yükümlülükler, insan hakları ve hukukun temel ilkeleri var olmaya devam etmektedir. Bu yaklaşım asli kurucu iktidarı fiili değil daha çok hukuki bir zemine oturtmak tercih edildiğinde anlamlıdır. Burada hukuki zeminle kastedilen yasallık değil, günümüzde hâkim olan hak ve hukuk devleti anlayışıdır. Öte yandan asli kurucu iktidarı hukuki değil de fiili bir güç kullanma iktidarı olarak kabul ettiğimizde, her ne kadar bu iktidarı bağlayacak hukuk kuralları olması gerektiği istenilir bir durumsa da, teoride bu gücün hukuk kurallarıyla sınırlanması mümkün görülmemektedir.

Bununla birlikte asli kurucu iktidarın hukuk-dışılığı kabul edildiğinde, anayasanın ve kurallarının bağlayıcılığının geçerliliğinin nasıl

¹²⁴ Gözler, 1998, s. 53.

¹²⁵ Teziç, (2018), s. 178-180.

¹²⁶ Anayurt, 2019, s. 140.

¹²⁷ Sieyès, s. 67.

gereçekleştirileceği de ayrı bir sorundur. Çünkü bu durumda anayasa başından itibaren kendi ortaya çıkışının meşruiyetini ve haklılığını ortaya koyabilecek gerekli yasal ve kurumsal ilkelerden yoksundur.

bb.Sınırsızlık

Yeni bir anayasa yapılırken asli kurucu iktidarı sınırlayan hiçbir hukuk kuralı bulunmayacağı düşüncesine dayanan sınırlılığın temelinde, asli kurucu iktidarın kurulacak devlet ve yapılacak anayasa kurallarından önce geldiği varsayımı bulunur. Çünkü onu sınırlayacak olan düzenlemeler asli kurucu iktidarın varolması ile sona ermiştir.

Gözler de hukukilik ile sınırlılık arasında mantıksal bir bağ olduğunu, bir iktidar hukuki ise zorunlu olarak sınırlı olacağını, aynı mantık ile hukuk-dışı bir iktidarın sınırsız olacağını ifade eder¹²⁸. Buna göre asli kurucu iktidar hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, aynı zamanda sınırsız, yani hukuk boşluğu ortamında çalışan bir iktidardır. Bu bağlamda yazar hukuk boşluğunu, “*kendisine uyulmak zorunda olunan bir kuralın olmaması*” biçiminde tarif etmektedir¹²⁹.

Öte yandan bu sınırsızlığın, asli kurucu iktidarın antidemokratik olduğuna dair bir gösterge olmadığı da ileri sürülmüştür. Çünkü asli kuruculuk sonuçta yeni bir anayasal düzen oluşturmayı hedeflerken meşru bir hukuki düzen sağlamak amacıyla da ortaya çıkabilmektedir¹³⁰. Buna göre asli kurucu iktidarın kendinden önceki herhangi anayasal bir düzenleme ile bağlı olmaması, aldıkları kararlarının “*yürütülmesi ve formüle edilmesi*” için öngörmek zorunda oldukları hukuki örgütlenmelerin var olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim anayasanın amacı insan haklarını sağlamak ve güvence altına almak olduğu için doğal olarak anayasa yapan güç de bu amaçla bağlı olmalıdır¹³¹.

Asli kurucu iktidarın hiçbir biçimle sınırlı ve kendinden önceki kurullarla bağlı olmadığı görüşünün tehlikeli olduğunu savunanlar göre bu kabul, otoriter rejimlerde yönetenlerin ulusal iradeyi manipüle edebilmesinde ve bazı düzenlemeleri dayatabilmesinde büyük kolaylık sağlayacaktır¹³². Sözgelimi; Napolyon gerçekleştirdiği düzenlemelerin akabinde bizzat kendisi için kurucu iktidar kavramını kullanmıştır. Bu bağlamda Scheuerman’a göre asli kurucu iktidarın sınırsızlığı kavramı, bazı

¹²⁸ Gözler, 1998, s. 58-59.

¹²⁹ Gözler, 1998, s. 59.

¹³⁰ Kalyvas, 2005, s. 233; Roznai, 2014, s. 91.

¹³¹ Karşı görüş için bkz; Gözler, 1998, s. 56.

¹³² Roznai, 2014, s. 88.

durumlarda hukuk düzenini ortadan kaldıracabilecek “zehirli bir reçete”ye dönüşebilmektedir¹³³.

Kıs de bu sınırsızlığın demokratik kurumları ortadan kaldırmak isteyen yöneticiler tarafından kullanılabilceğini kabul etmekle birlikte, herşeye rağmen, asli kurucu iktidar dışında halkın gücünü devlet iktidarının nihai kaynağı olarak ifade edecek başkaca daha iyi bir yöntem olmadığının altını çizer¹³⁴. Bunun için asli kurucu iktidar kavramından vazgeçmek yerine, siyasetlerin amaçlarına alet olmayacak biçimde yorumlanması gerektiğini belirtir. Yazara göre asli kurucu iktidarı anayasal rejimleri kurmak ve değiştirmek için sadece keyfi bir güç olarak yorumlamak özünü kaçırmak anlamına gelecektir.

Bu kapsamda otoriter rejimlerin kullandığı güç aslında halkı temsil etmeyen ve halkı dışlayan baskı ve zora dayalı bir kuruculuk yöntemidir. Bu yöntemin demokratik bir anayasa kuramına ait olan gerçek asli kurucu iktidar kavramıyla bir bağlantısı bulunmamaktadır. Çünkü asli kurucu iktidar güç ile hukuk arasında bir köprü kurmaktadır. Bu nedenle meşru bir amaca hizmet ederek demokratik bir anayasal düzen oluşturulmayı hedeflediği kabul edilmelidir.

3.Tali Kurucu İktidar

Asli kurucu iktidar anayasayı yaparak, olağanüstü görevini yerine getirdikten sonra bir çeşit uykuya dalar ve o andan itibaren siyasi otorite anayasal kurallara göre kullanılır¹³⁵. Yani, asli kurucu iktidar anayasayı yaparken aynı zamanda anayasa değişikliği için izlenecek yol ve yöntemleri de belirler. Bunun nedeni, anayasaların statik ve değişmez metinler olarak kalmasının sosyal, toplumsal, kültürel ve teknoloji alanında yaşanan tüm gelişmeler karşısında yetersiz hale gelme olasılığıdır. Bu durumda değişen toplum koşullarına uyum sağlayamayan anayasalar giderek hukuksal işlevini yerine getiremeyerek donuklaşabileceklerdir¹³⁶. Bu doğrultuda anayasa değişikliğini gerçekleştirecek güce işarete eden tali iktidar, asli kurucu iktidarın yaptığı anayasal çerçevede ona uygun olarak hareket etmek üzere kurulmuştur.

¹³³ William E. Scheuerman, ‘Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt’s Challenge to Carl Schmitt’, Canada Journal of Law and Jurisprudence, V.10:1, 1997, s. 151.

¹³⁴ Janos Kis, “**Constitutional Democracy**, Central European University Press, 2003, s. 136-137’den aktaran Roznai, 2014, s. 89.

¹³⁵ Roznai, 2014, s. 91.

¹³⁶ Sağlam, 2013, s.30-31.

Olağan yasama işlemi yapmaktan farklı bir güce sahip olan tali kurucu iktidar, yani anayasada değişiklik yapma iktidarı, bir anlamda anayasa üzerinde nihai kontrole sahip olan güçtür. Anayasa metnini değiştirme yetkisine sahip bu iktidar doğal olarak ülkenin siyasi sistemindeki en yüksek güce işaret etmektedir¹³⁷. Ayrıca bu sayede anayasa koyucular yetkilerinin bir kısmını gelecek kuşaklarla paylaşarak, her kuşağın kurucu iktidarın bir parçasını elinde bulundurabilmesi sağlayabilmektedirler¹³⁸. Böylece tanımlanmış ve sınırlı bir güç olsa dahi, tali kurucu iktidar, anayasal normların üretilmesinin ana kaynağı olmaya devam etmektedir¹³⁹.

Öte yandan tali kurucu iktidarın hukuki niteliği asli kurucu iktidar gibi tartışmalı değildir ve öğretilerde tali kurucu iktidarın hukukla bağlı bir iktidar olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur. Nitekim tali kurucu iktidar anayasal çerçeve içinde çalışan, sınırları anayasada belirten yetkilere sahiptir.

Fonksiyonları bakımından da tali kurucu ve asli kurucu iktidar arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü tali kurucu organ ile asli kurucu organın işlemleri aynı hukuki degere sahiptir. Yani asli kurucu organın koyduğu kural ile tali kurucu organın koyduğu kural arasında bir hiyerarşi yoktur. Tali kurucu iktidarın ayırıcı özelliği, kendinden *ustun* bir kurala değil önceki bir kurala dayanmasından kaynaklanır¹⁴⁰.

Tali kurucu iktidar anayasada ongorülen değiştirme usulüyle bağlı olduğu için biçim yönünden sınırlı bir iktidardır. Ne var ki, maddi yönden sınırlı olup olmadığı yani anayasayı değiştirirken anayasanın içeriğiyle bağlı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Doğaldır ki bu tartışma tali kurucu iktidarın anayasada öngörülen değiştirme usulüne bağlı kalarak değişiklik yapamayacağı, yani anayasada değiştirilmesi açıkça yasaklanmış olan hükümler bakımından sözkonusudur.

¹³⁷ Beau Breslin, “*From Words to Worlds – Exploring Constitutional Functionality*”, John Hopkins University Press, 2009, s. 109.

¹³⁸ Roznai, 2014, s. 92.

¹³⁹ Roznai, 2014, s. 93-94.

¹⁴⁰ Eroğul, 1974, s. 25-26; Gözler, 1998, s. 120.

4.Meşruiyet Kapsamında Kurucu İktidar

a. Meşruiyet Kavramı

Bir şeyin, durumun veya eylemin makul ve haklı gerekçelere dayanması halinde meşru olduğu kabul edilir¹⁴¹. Meşruiyet, gücün keyfi, belirsiz biçimde kullanılmayıp kurala bağlanmasıyla sağlanır. Bu çerçevede mevcut siyasal kurumların toplum için en uygun oldukları inancını yerleştirme ve bunu koruma becerisidir¹⁴². Meşru bir iktidar ilişkisinde, yönetilenler siyasal iktidarın gücünü toplumun değerler sistemini yansıtan kurallara uygun olduğu inancıyla onaylar¹⁴³. Yani yönetilenlerin yönetenlere itaati iktidarın meşruiyeti ölçüsünde gerçekleştiği için siyasal iktidarlar bakımından meşruluk temel ölçüttür. Siyasi otoritenin yönetilenlerin güvenini kazanmaları kendilerine genel bir rıza sonucu itaati sağlamaları bu yolla mümkün olmaktadır¹⁴⁴. Bu kapsamda meşruiyetin ölçütü aynı zamanda, haklılık, doğruluk, yerindelik kavramlarından oluşur. Bundan başka yasallık ilkesi de devletin ve idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk karinesi olarak meşruiyet için çerçeve kavramdır. Ne var ki yasallık meşrulukla her zaman örtüşmeyebilir. Çünkü yasa kimi zaman meşru olanı da kısıtlayabilir ve bu durumda yasa meşru olanın gerisinde kalır¹⁴⁵.

Tanımlayıcı biçimde ele alındığında meşruluk, Weber'e göre insanların siyasi otoritenin varlığına ve yaptırım gücüne duydukları inançlarını ifade etmektedir. Nitekim meşruiyet siyasi sistemin kurum ve yöntemlerinin en uygun kurum ve yöntemler olduğu yolundaki kanaat ve güvenden kaynaklanmaktadır. Normatif anlamı dışlayan bu yaklaşımda tüm otorite sistemlerinin ve bu otoriteye uyma isteğinin temelinde, bunları uygulayanların doğru, haklı ve prestij sahibi olduklarına dair duyulan inanış yer almaktadır¹⁴⁶. Bu inanışların ortaya çıkışını ise Weber genel olarak üç durumla açıklar. Bu kapsamda egemenliğin üç içsel gerekçesi ve dolayısıyla temel meşrulaştırılması vardır. Bunlardan ilki toplum içinde aynı düzen ve kuralların uzun süre devam ederek uygulanmış olmasına

¹⁴¹ John, Sinclair, "Legitimate", Collins Cobuild English Dictionary, Harper Collins Publication, London, 1995, s. 951; Metin Çelik, "Avrupa Birliği'nde Yaşanan Meşruiyet Krizi", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S:15:2, 2013, s. 155.

¹⁴² Seymour Martin Lipset, **Political Man**, Mercury Books, 1963, s. 87-88; Çelik, 2013, s. 156.

¹⁴³ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, Oniki Levha, 2019, s. 8.

¹⁴⁴ Kaboğlu, 2019, s 83.

¹⁴⁵ Çelik, 2013, s. 155.

¹⁴⁶ Max Weber, "The Theory of Social and Economic Organization", (ed. Talcott Parsons), Free Press, New York, 1964, s. 382; Fabienne Peter, "Political Legitimacy" içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, s.1-2.

işaret eden “*geleneksel meşruiyettir*. Bunlar “*ezeli geçmiş*”in otoritesi, yani hatırlanamayacak kadar eski uyma ve kabul etme alışkanlıklarının kutsallaştırıldığı göreneklerdir¹⁴⁷. Sözgelimi, bir kralın otoritesi meşru olarak algılanır, çünkü o, gücü uzun süre elinde tutan ve egemen olan gücün, bir nesilden diğerine teslim edildiği kraliyet ailesinin bir üyesidir. Bu doğrultuda gelenek temelli meşruiyetin kaynağı kutsallık üzerinde biçimlenmiş, yani meşruiyet toplumun dışındaki bir olguya dayandırılmıştır. Bu anlayışın dünyevileşmesi ise ulus egemenliği kavramının ortaya çıkışıyla başlamış, varlığını halktan alan yeni bir meşruiyet kavramı ortaya çıkararak meşruiyeti temellendirmenin yeni boyutu sosyal sözleşme olmuştur¹⁴⁸.

İkincisi ise olağanüstü ve tanrı vergisi kişiliğın (karizma) otoritesine, yani bir kişiye, lidere duyulan mutlak bağlılık ve güvenden kaynaklanmıştır. Bu çerçevede “*karizmatik meşruiyet*”, liderin kahramanlığına ya da başka niteliklerine karşı duyulan bağımsız inanca dayanmaktadır¹⁴⁹. Weber’e göre kişiler ona gelenekler ya da yasalar nedeniyle değil inandıkları için itaat ederler. Bu itaatin temelinde karizma sahibine, lidere yöneltilen yoğun duygusal bağlar bulunur. Bu yakınlık bir bakıma lider ile kişiler arasındaki kimyevi bir alışverişten kaynaklanır. Niteliği gereği sorgulanmayı ve korkuyu barındırmayan bu meşruiyet tipinde kişiler ve lider adeta bütünleşmiştir¹⁵⁰.

Üçüncü olarak meşruiyet gücün rasyonel ve yasal kullanımına atıfta bulunur ve özellikle hukuk devleti kapsamında ortaya çıkan yasal kurallara uyma gereğine vurgu yapar. Bu biçimlerde ortaya çıkan ve düzene uyma sonucunu doğuran kurallar, toplumdaki kuralları sadece izleme alışkanlığına sahip olanların veya kişisel çıkarlar nedeniyle takip edenlerin oluşturacağı düzenden daha istikrarlı bir yerdedir. Çünkü bu durumda meşruiyet, yasaların geçerliğine ve rasyonel kurallara dayanan işlevsel yetkiye inanmaya bağlıdır¹⁵¹. Weber’in bu sınıflandırmasında ayrıca meşruiyetin hukukilikle aynı şey olmadığı görülür. Çünkü hukukilik, hukuka veya yasalara uygunluğu anlatır. Oysa yöneticilerin anayasa ve yasalara uymaları,

¹⁴⁷ Max Weber, **Sosyoloji Yazıları**, (haz. Hans H. Gerth/C. Wright Mills), (çev. Taha Parla), Metis Yayınları, 2019, s. 105.

¹⁴⁸Hilmi Özev, “*Meşruiyet Kavramının Dönüşümü*”, Bilim ve Sanat Vakfı Bülteni, 2005, bisav.org.tr, s. 2.
<https://bisav.org.tr/userFiles/yayinlar/makaleler/2weber%20%20%2020legitimay.doc>

¹⁴⁹ Weber, 2019, s. 105.

¹⁵⁰ Özev, s. 6.

¹⁵¹ Weber, 2019, s. 105.

o yöneticilerin yönetilenler gözünde meşru olması için yeterli bir ölçüt değildir¹⁵². Çünkü meşruiyet aynı zamanda bir razı olma hali ve inanç meselesidir¹⁵³.

Weber'in görüşlerinin aksine normatif yaklaşımda, siyasi otoritenin kabul edilebilirliğine bağlı olarak meşruiyet kavramı, temelde yaptırım gücünden, yani siyasi otoritenin zorlama gücünün varlığından kaynaklanır. Buna göre meşruiyet, zorlayıcı gücün, siyasi otoritenin haklı gösterilmesi çabasından başka bir şey değildir. Toplumda uyulması gereken kuralları belirleme iddiasında olan otoritenin gücüne yeterli ölçüde uyulması ve kabullenilmesi, siyasi otoritenin meşruluğu bakımından yeterli görülmektedir. Bu yaklaşıma göre bir yönetim etkiliyse meşru olması gerekli değildir¹⁵⁴. Ne var ki meşruiyet süreçlerini anlamak bakımından bu yaklaşım oldukça sınırlıdır. Çünkü toplumda içten gelen rızayı ifade eden inançtan çok zorlamayı ifade eden dış kaynaklı bir rızayı ifade etmektedir. Bu yönüyle meşruiyet, siyasi iktidarın meşrulaştırılma gereksinimi ile bağlantılı bir olgu olarak karşımıza çıkar.

b. Meşruiyet Kavramının İşlevi ve Niteliği

Siyasi meşruiyetin temel işlevi, fiili (de facto) otorite ile meşru otorite arasındaki farkı açıklamak ve siyasi otoritenin yetkilerinin haklılığını ortaya koymaktır. Etkililik ve meşruiyet arasında bir ayırımı giden bu yaklaşıma göre siyasi otoriteler, kendi varlıklarına dair oluşturdukları gerekçeler üzerinden insanların hareket etmelerini sağlarlar. "Etkililik" yani fiili otorite, bu gerekçelere uygun davranılması sonucu ortaya çıkar. Oysa meşru otorite bu gerekçeleri ortaya koymakla yetinmeyen, aynı zamanda bunları değiştirebilme ve biçimlendirebilme gücünü de kendinde içkin olarak taşıyan hukuki güçtür¹⁵⁵.

Buna karşılık meşruiyetin temel amacının siyasi otoritenin baştan beri varlığını değil de, sahip olduğu yaptırım gücünü haklı çıkarmak olduğu kabul edildiğinde, fiili gücün kabul edilmiş olması ve toplumun inançla buna uygun biçimde hareket etmesi yeterli olmaktadır. Bu durumda

¹⁵² Weber, 1964, s. 382; Levent Gönenc, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, S:1, 2001, s. 134.

¹⁵³ Cemil Oktay, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, İstanbul: Alfa, 2003, s. 53; Özev, 2005, s. 3.

¹⁵⁴ Joseph Raz, "The Morality of Freedom", Oxford University Press, 1986'dan aktaran Peter, 2017, s. 2.

¹⁵⁵ Raz, 1998, s. 46'den aktaran, Peter, 2017, s. 3-6.

meşruiyet olgusu, siyasi gücün haklı kullanımının siyasi otorite yaratma veya oluşturma biçimi ile ilgilidir¹⁵⁶.

Bundan başka hukukilikle ilgili olan meşruiyet hukuka uygun biçimde siyasi karar alabilme gücü olarak konuyla ilgili belirli normlara, kurallara ve prosedürlere uygun davranma biçimini de ifade eder¹⁵⁷. Ne var ki, bir karara varmak için uygun prosedür ve kurallara uyulması meşruiyet kavramının usulü yönünü oluşturduğu için, kararın içeriği değil kararın alınış biçimine vurgu yapar. Bu yönüyle normatif ve modern meşruiyet kavramı hukuki ilke ve metotlar üzerine temellendirilmektedir. Dolayısıyla anayasalar dahil hukuki metotların da meşruiyete gereksinim duyup duymadıkları sorgulanması gereken diğer bir konu olarak ortaya çıkar. Çünkü siyasi otorite belirlenen sınırlar çevresinde eylemler gerçekleştirildiği sürece, toplumsal itaatin devamı mümkün olmaktadır. Nitekim meşruiyet, güç ile itaat arasındaki uyumun ne ölçüde sağlandığına bağlıdır¹⁵⁸.

Meşruiyet ayrıca bir topluluk tarafından benimsenmenin, kabullenilmenin bir ifadesi olarak da düşünülebilir. Bu durumda başkaları tarafından, verilen tanınan bir olgu niteliğini kazanan kavram belirli bir statü, hak, görev ve yükümlülüklerle ilgili paylaşılan inançları da kapsar¹⁵⁹.

Özetle, siyasi bir sistemin sahip olduğu ve kullandığı yetkilerin adil, doğru veya makul olduğunu gösterme yeteneği tüm sistemin meşruiyetini açıklamada geçerli ölçütlerdir¹⁶⁰. Bu nedenle meşruiyet haklılıkla yakından ilişkilidir¹⁶¹. Meşruiyeti sorgulanan yapının yasal temellere sahip olması, bu temellere uygun eylemlerde bulunması ve sözkonusu yapı üyelerinin ilgili eylemleri onaylayarak bunlara rıza göstermesi o yapıyı meşru kılan başlıca özelliklerdir¹⁶². Yani, siyasi otoritenin meşruluk temeli hukukilik, haklılık, rıza ve tanınmaya dayanmaktadır. Bununla birlikte Easton, siyasi otoritenin meşruiyetini *yapısal meşruiyet* kavramıyla da açıklanabileceğini savunur. Yazara göre, yapısal meşruiyet, bir siyasi sistemin yapısının ve normlarının işlevsel ve geçerli olduğuna dair toplumda bağımsız bir inançtan kaynaklanan desteğin olması durumudur. Siyasi otoritenin kurumsal

¹⁵⁶ Leslie Green, **The Authority of the State**, Oxford University Press, 1998, s.75; Peter, 2017, s. 3-6.

¹⁵⁷ Christopher W. Morris, **An Essay on the Modern State**, Cambridge University Press, 1998, s.103.

¹⁵⁸ Çelik, 2013, s. 155

¹⁵⁹ Morris, 1998, s. 104.

¹⁶⁰ Morris, 1998, s. 106.

¹⁶¹ Victor Bekkers/Arthur Edwards, “*Legitimacy and Democracy: A Conceptual Framework for Assessing Governance Practice*”, 2013, s. 50, hdl.handle.net/1765/90149

¹⁶² Çelik, 2013, s. 158.

yerleşikliğinin mümkün olabilmesi böyle bir destekle olanaklı hale gelebilmektedir¹⁶³.

c. Kurucu İktidar ve Anayasanın Meşruiyeti

Tali kurucu iktidarın gücü anayasanın asli kurucu iktidar tarafından çizilen maddi içeriği ile sınırlıdır. Ne var ki maddi içerikle çizilen bu sınır ilk bakışta halkın egemenlik yetkisinin kısıtlanması, halkın geleceğe yönelik iradesinin ipotek altına alınması biçiminde anlaşılabilir. Bu durumun aşılması ise büyük ölçüde kurucu iktidarların demokratik meşruiyetlerinin bulunmasına bağlıdır. Nitekim demokratik meşruiyete sahip bir iktidarın anayasalarda öngöreceği maddi sınırlamalar, tali kurucu iktidarın bu sınırlamalarla bağlı olup olmadığı yönünde ortaya çıkan tartışmaları da engelleyici nitelik taşıyacaktır. Yani, anayasanın meşruiyetini halktan alan, halk iradesine dayanan bir anlayış ve yönetimin eseri olması, asli ve tali kurucu iktidar kavramları arasında zorunlu olarak vurgulanan ayrımların kaynaşmasına, gerilimlerin azalmasına neden olacaktır. Çünkü bu açıdan bakıldığında kurucu iktidar aslında kurduğu sistemle birlikte hukuk aleminde var olmaya devam eden bir iktidardır. Asli olarak başladığı gücünü biçim değiştirerek tali biçimde sürdürmeye devam etmektedir. Başlangıçta fiili bir güç olarak ortaya çıkmış olması pratikte kendini bağlayan hukuk kuralları yaratmasını ve kendini sınırlandırmasını engelleyici nitelik taşımaz.

Demokratik meşruluk bu yönüyle anayasa yapma ve değiştirme gücüne sahip olan kurucu iktidarın niteliği kadar, anayasayı yaparken tercih ettiği demokratik yolla da ilgilidir. Bu sürecin koşullarına göre anayasanın başlangıçtaki meşruiyetinin artması veya azalması mümkündür. Bu kapsamda anayasa yapım sürecine katılıp anayasal beklentileri tatmin edilmeyen grupların baştan itibaren anayasaya karşı olumsuz bir tavır takınması anayasanın meşruiyet eksiğiyle doğmuş olduğuna dair bir gösterge sayılabilir¹⁶⁴. Çünkü anayasada öngörülen usullere göre değişiklik yapıldığı veya değişikliğin yapılamamasının yasaklandığı hallerde toplumda buna uyulması gerektiğine dair oluşan inanç-ancak bir uzlaşmaya dayandığında- meşruiyet sağlanmış olur. Bu yönüyle meşruiyet, siyasal iktidarın işlem ve eylemlerinin her ifade edilmişinde aranması gereken bir toplumsal mutabakattır ve kaynağını toplumsal rıza ve siyasal katılımıdan

¹⁶³ David Easton, **A Systems Analysis of Political Life**, New York Wiley, 1965, s 287'den aktaran Bekkers/ Edwards, 2013, s. 52.

¹⁶⁴ Gönenç, 2001, s.148.

alır¹⁶⁵. Nitekim asli kurucu iktidarın sınırsızlığının özünde de demokrasi anlayışı vardır¹⁶⁶.

Öte yandan, öz yününden demokratik yöntemle ilişkisi bulunmayan, otoriter rejimlere demokratik görüntü sağlama amacı güden plebisiter kuruculuk yöntemleri ile kabul edilen anayasalar ve içerdiği hükümlerin kuruculuk yetkileri bakımından hem hukuki hem siyasi anlamda meşru olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bununla birlikte, klasik anlamdan kurucu iktidarın meşruiyetinin demokratik kuruculuğu gerçekleştirip gerçekleştirememiş olmasında düğümlendiği söylenebilir. Sözgelimi, konvansiyon olarak da adlandırılan, anayasayı yapmak üzere genel oyla seçilmiş bir kurucu meclisin anayasayı yapması ve ortaya çıkan metni referanduma sunması hukuki meşruiyet sağlamada elverişli bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Ne var ki bu halde dahi, asli kurucu iktidarın sınırsızlık ve hukuk-dışılık gibi klasik özellikleri dikkate alındığında anayasanın daha baştan itibaren fiili bir otoriterden kaynaklanması soruları da beraberinde getirir. Anayasanın amacı ve konusu olan halk egemenliği ve gücünün etkin kılınması, asli kurucu iktidar söz konusu olduğunda baştan bu iradeyle sınırlanmış bir güç halini almaktadır¹⁶⁷. Lindhal bu durumu hukuki zemini olmayan bir kurumun hukuksal zemin belirlemesi olarak ifade etmektedir¹⁶⁸.

Kurucu iktidarların anayasa yapım sürecindeki tutumları da meşruluklarını sağlamak bakımından önemlidir. Sözgelimi, insan hakları, hukukun temel ve evrensel ilkeleriyle bağlı kurucu iktidarların anayasaya belli koşullar altında hukuki meşruiyet kazandırabilmeleri mümkündür.

Bununla birlikte, tali kurucu iktidar veya “kurulmuş iktidarlar” için hukukilikten bahsetmek daha kolaydır, çünkü bu iktidarların güç ve yetkileri anayasal metinlerde açıkça belirlenmiş ve sınırları çizilmiştir. Hatta bundan herhangi bir sapma olması durumunu, Deleanu; “*anayasal hile*” olarak ifade etmektedir¹⁶⁹. Böyle bir durumda bu defa tartışmalı hale gelecek olan tali kurucu iktidarın meşruluğu olabilmektedir, çünkü anayasanın siyasal

¹⁶⁵ Gülşah Yalçın Güler, “*Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet*”, Sayıştay Dergisi, S:66-67, 2007, s. 43.

¹⁶⁶ Alexe, 2015, s. 324.

¹⁶⁷ Pasquale Pasquino, ‘*The Un-Constituted Power of the People: Article 138 of the Italian Constitution and Popular Referendum*’, Italian Law Journal, 2017, s. 143

¹⁶⁸ Hans Lindahl, ‘*Constituent Power and the Constitution*’, Philosophical Foundations of Constitutional Law, Oxford Press, 2016, s. 149-150.

¹⁶⁹ Alexe, 2015, s. 324.

değişimlere daha dirençli normlar bütünü olması gereği anayasaların ancak belirli yol ve yöntemle değiştirilebilmesini gerekli kılmıştır¹⁷⁰. Bu kapsamda asli kurucu iktidarın aksine, tali kurucu iktidarın gerçekleştirdiği anayasa değişikliklerinin niteliği halk egemenliği ile ne ölçüde uyumlu olduğu kadar mevcut anayasaya uygunluğu ile de ilgilidir¹⁷¹.

Asli kurucu iktidarın esasen hukuki temeller üzerine inşa edilmiş bir kurum olmadığı kabul edildiğinde odaklanılması gereken diğer konu anayasanın demokratik meşruluğunun nasıl sağlanabileceği olmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, demokratik yapım sürecine yönelmiş bir asli kurucu iktidarın yaptığı anayasa, anayasanın demokratik meşruluğunu sağlamada en önemli yoldur. Sözelimi bu kapsamda Rosenfeld, altı farklı anayasa-yapım modelinden söz etmektedir. Bunlar Fransız ve Amerikan Devrimleri'nin ardından görülen örnekler gibi devrim modeli, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yazılan Alman ve Japon Anayasaları gibi savaş temelli model, görünmez Britanya modeli, İspanya, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile Güney Afrika Anayasaları gibi pakta dayalı geçiş modeli, Avrupa Anayasacılığı gibi ulus aşırı model ve İkinci Körfez Savaşı sonrasında ortaya çıkan Irak Anayasası gibi uluslararası güç eksenli modellerdir¹⁷². Ne var ki, bu modellerden hiçbiri tek başına bize meşruluk konusunda bir fikir vermemektedir. Yani meşruiyetin kurucu iktidarın ortaya çıkışını esas olan anayasa yapım modelleriyle açıklanması güçtür.

Anayasaların demokratik meşruiyetleri konusundaki belirleyici unsur, anayasa yapım sürecinin bir siyasi sistemde ne kadar katılımcı olduğuyla ilgilidir. Bu katılım ne kadar çoksa, toplumsal dengeleri ne kadar çok gözetiyorsa anayasanın demokratik meşruiyeti o kadar artacak ve yaşama şansı da o kadar fazlalaşacaktır¹⁷³. Bu noktada anayasanın yürürlüğe giriş ve uygulanma aşamalarını ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olabilir. Sözelimi, eğer bir anayasa referandumla kabul edilip yürürlüğe giriyorsa referandum sonuçlandığında ortaya çıkan sonuç yani destek, anayasanın başlangıçtaki meşruiyeti hakkında bir fikir verebilecektir¹⁷⁴. Nitekim meşru sistemler ve

¹⁷⁰ Ernest Young, 'The Constitution Outside the Constitution', 117 Yale Law Journal, 2007, s. 399.

¹⁷¹ Ludwig Beckman, "Democratic Legitimacy Does Not Require Constitutional Referendum. On 'The Constitution Theories Of Constituent Power'", European Constitutional Law Review, September, 2018, s. 574

¹⁷² Michel Rosenfeld, **The Identity of the Constitutional Subject**, Routledge, 2010, bölüm 6'dan aktaran Sadurski, s.36.

¹⁷³ Güler, 2007, s. 44

¹⁷⁴ Gönenç, , 2001, s. 137.

kurumlar temsil ettikleri grupların isteklerini ve görüşlerini yansıtabilmeli, onlardan etkilenebilmeli, temsil ettikleri ve yönettikleri topluluğun çoğunluğunun gereksinimleri çerçevesinde politikalar geliştirebilmelidir. Çünkü anayasa yapım sürecinde bir siyasal sistemde yer alan halk ne kadar çok temsil edilir ve halk anayasal beklentilerini ne kadar özgürce ortaya koyabilirlerse, sonuçta çıkacak metnin desteklenme şansı ve buna bağlı olarak meşruiyeti o kadar artacaktır¹⁷⁵. Bununla birlikte anayasa yapımını gerçekleştirilecek olan anayasa yapıcılarının adil ve özgür bir biçimde seçilmeleri, toplumu temsil etme yeteneğine sahip olmaları, oluşturulan meclisin-ister kurucu ister kurucu meclis işlevi gören bir normal bir meclis olsun- serbest tartışma ve özgür ifade olanaklarına sahip olması, anayasa yapım sürecinin şeffaflığı, nihai metnin referandumla sunulması gibi hususlar bu süreçte anayasasının meşruiyetinin artmasına katkıda bulunan önemli faktörler olacaktır¹⁷⁶.

SONUÇ

Anayasalar siyasi iktidarı sınırlayan, bireylere tem hak ve özgürlüklerini sağlayan, devletin temel işleyişi ve siyasi sistemine ilişkin ilkeleri içeren toplumun kurucu belgeleridir. Bu kuruculuk niteliği, bunu oluşturacak bir gücün varlığını da zorunlu olarak gerektirmektedir. Bu kapsamda ortaya çıkan kurucu iktidar ve kurucu iktidarın meydana getirdiği kurulu iktidarlar, özellikle anayasaların oluşturulması ve değiştirilmesinde büyük rol oynarlar.

Çeşitli biçimlerde ortaya çıkan asli kuruculuk ise hukuki değil, fiili bir güçten kaynaklanmaktadır. Bu da ortaya çıkacak anayasa metninin meşruiyetinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Çünkü anayasalar yapılırken ve değiştirilirken benimsenen yolların demokratikliği kadar kurucu iktidarın nasıl ortaya çıktığı da süreci etkilemektedir ve hukukun dışında yer alan bir gücün nasıl bağlayıcı hukuki düzenlemeler öngörebileceği hususu cevaplanmayı bekleyen bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede meşruiyet olgusu, siyasi gücün haklı kullanımının siyasi otorite yaratma veya oluşturma biçimiyle ilgilenmektedir. Siyasi bir sistemin sahip olduğu ve kullandığı yetkilerin adil, doğru veya makul olduğunu gösterme yeteneği tüm sistemin meşruiyetini açıklamada geçerli ölçütlerdir. Bu kapsamda hukukun evrensel ilkeleri ve insan hakları anlayışıyla doğal sınırları çizilen bir kurucu iktidarın, çağdaş demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağlı olması

¹⁷⁵ Çelik, 2013, s. 156.

¹⁷⁶ Gönenç, 2001, s. 141.

koşuluyla kuruculuk görevi yerine getirebileceği ve hukuk-dışılık veya sınırsızlık gibi özelliklerinden uzaklaştırılabileceği söylenebilir. Kendisini bu anlayışla sınırlayan bir kurucu iktidarın kurucu meclis veya kurucu referandum gibi demokratik anayasa yapıcılık yöntemlerinden birini benimsemesi, kendi kaynağını hukuki temellere oturtması anlamına gelmektedir. Bu durumda bir hukuk boşluğu olmayacağı için onu dolduracak fiili gücün niteliği hakkında tartışmalar zayıflayarak, meşruluk tartışmaları da bu ölçüde azalacaktır. Bu kapsamda asli kurucu iktidarın temel özelliklerinin bu bakış açısıyla yeniden tanımlanması ve hukuki bir zemine oturtulması son derece önemlidir.

Böyle bir yöntem demokrasi kültürü yerleşmiş, hukuk devleti ilkelerini içselleştirmiş, halkın görüşlerini serbestçe ifade edebildiği kurumsal mekanizmalarının benimsendiği devletler bakımından tercih edilebilir niteliktedir. Bu sayede meşruiyetini halktan alan, halk iradesine dayanan bir anlayış ve yönetimin eseri olarak anayasa, asli ve tali kurucu iktidar kavramları arasında zorunlu olarak vurgulanan ayrımların kaynaşmasına ve gerilimlerin azalmasına neden olacaktır. Bundan başka anayasaların demokratik meşruiyetleri konusundaki belirleyici unsur, anayasa yapım sürecinin bir siyasi sistemde ne kadar katılımcı olduğuyla ilgilidir. Bu katılım ne kadar çoksa, toplumsal dengeleri ne kadar çok gözetiyorsa anayasanın demokratik meşruiyeti o kadar artacak ve yaşama şansı da o kadar fazlalaşacaktır.

KAYNAKÇA

- Alexe, Andreea Ana-Maria. “Constituent Power – the Essence of Democracy” *Revue des Sciences Politiques*, No:47, 2015: 317.
- Anayurt, Ömer. **Anayasa Hukuku Genel Kısım**, Seçkin Yayıncılık, 2019:42.
- Andreescu, Marius/Andreescu, Claudia. “Supremacy of the Constitution theoretical and Practical Considerations”, *LESIJ*, No: XXV, V: 2, 2018:117.
- Arslan, Kahan Onur. “Türk Anayasa Hukuku’nda “Anayasa” Terimi ve “Anayasa Hukuku” Kavramı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C: XV, S: 1– 2, 2011: 66.
- Atar, Yavuz. **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Baeckman, Ludwig. “Democratic Legitimacy Does Not Require Constitutional Referendum. On ‘The Constitution Theories Of Constituent Power’”, *European Constitutional Law Review*, September, 2018: 574.

- Barnett, Hilaire. **Constitutional and Administrative Law 5**, London Cavendish Publishing Limited, 3rd ed., 2000, (1995).
- Başgil, Ali Fuat. **Esas Teşkilat Hukuku**, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, C:1, Baha Matbaası, 1960.
- Bazew, Maru. “Constitutionalism”, *Mizan Law Review*, V: 3, No:2, 2009:358.
- Bekkers, Victor /Edwards, Arthur. “Legitimacy and Democracy: A Conceptual Framework for Assessing Governance Practice”, 2013: 50, hdl.handle.net/1765/90149
- Breslin, Beau. “From Words to Worlds – Exploring Constitutional Functionality”, *John Hopkins University Press*, 2009:109.
- Broadwater, Jeff. **Jefferson, Madison, and the Making of the Constitution**, The University of North Carolina Press Chapel Hill, 2019.
- Çebi, Sezgin Seymen. **Anayasalcılık ve Politik Olan**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019: 1.
- Çelik, Metin. “Avrupa Birliği’nde Yaşanan Meşruiyet Krizi”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* , S:15:2 , 2013: 155.
- Closa, Carlo. “Constitutional Rigidity and Procedures for Ratifying Constitutional Reforms in EU Member State”, <https://www.researchgate.net/publication/259645822>, 2014:285.
- Dicey, Albert Venn. Part II-Division Of Constitutions, içinde **Comparative Constitutionalism**,(ed. J.W.F. Allison), The Oxford Edition of Dicey V: II, 2013:140.
- Dicey, Albert Venn. **Introduction to the Study of The Law of the Constitution**, 10th ed., 1985:27.
- Elkins, Zachary/Ginsburg, Tom/Melton, James D. “The Lifespan of Written Constitutions”, <https://www.researchgate.net/publication/228813917>, 2008:19-20.
- Er, Abuzer. **Anayasacılık Hareketleri**, s. 7. https://www.academia.edu/14989724/Anayasac%C4%B1%C4%B1k_Hareketleri
- Eroğul, Cem. “Anayasayı Değiştirme Sorunu”, *AUSBF Yayınları*, Ankara, 1974: 22-24.
- Ferejohn, John. “The Politics Of Imperfection: The Amendment Of Constitutions”, içinde **Law and Social Inquiry** V:22(2), 1997: 5021-530.

- Foster, Steven. *The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights*, Edinburgh University Press, 2006.
- Gardner, J. 'Can there be a written constitution', içinde *Oxford Studies in Philosophy of Law* (ed.L. Green/ B. Leiter),V:1 Oxford University Press, 2011, chapter:5.
- Green, Leslie. *The Authority of the State*, Oxford University Press, 1998, s.75.
- Grewal, David Singh/Purdy, Jedediah. "The Original Theory of Constitutionalism", *Yale Faculty Scholarship Series- 5191*, 2018:669.
- Gönenç, Levent. "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:50, S:1, 2001: 134.
- Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayıncılık, 2015: 527-535.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C.1, Ekin Kitabevi, 2011: 20.
- Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999: 3-4.
- Göztepe, Ece. " Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in "Anayasa Öğretisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXXIII, S: 1, 2015: 140-145.
- Güler, Gülşah Yalçın. "Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet", *Sayıştay Dergisi*, S:66-67, 2007: 43.
- Henkin, Louis. "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects" içinde *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy, Theoretical Perspectives*, (ed.Michael Rosenfield) 4042, Durham: Duke University Press, 1994.
- Holmes, Stephen /Sunstein,Cass."The Politics of Constitutional Reform in Eastern Europe", içinde *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Ewing, Princeton University Press, 1995: 275-306.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, Legal Yayınevi, 2019: 5.
- Kalyvas, Andreas. "Popular Sovereignty, Democracy and Constituent Power", *Constellations*, 2005: 223-224.
- Karayalçın, Yaşar. "Hukukun Üstünlüğü (Kavram Bazı Problemler)", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 47, S:3, 1992: 201-206.
- Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Yayıncılık, 1998.

- Lakvin, Dulitha. "The Concept of Constitutionalism", https://www.academia.edu/37975325/Concept_of_Constitutionalism; s. 1-3.
- Lindhal, Hans. 'Constituent Power and the Constitution', *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford Press, 2016:149-150.
- Lipset, Seymour Martin. **Political Man**, Mercury Books, 1963, s. 87-88; Çelik, 2013, s. 156.
- Locke, John. **Two Treaties of Government** (Book II Whitmore/ Fenn/ Brown),1821, ch XI-XIV.
- Loughlin, Martin. "On Constituent Power", içinde **Constitutionalism Beyond Liberalism**, (ed.Michael W. Dowdle/ Micheal Wilkinson) Cambridge University Press, 2017: 2.
- Maistre, Joseph "Study on Sovereignty" içinde **The Works of Joseph de Maistre**, (ed. Jack Lively, Allen/ Unwin), London, 1965.
- Morris, Christoper W. **An Essay on the Modern State**, Cambridge University Press, 1998:103.
- Muraru, Ioan. **Constitutional Law and Political Institutions**, Publishing House Actami, Bucharest, 1998: 52.
- Negri, Antonio. **Insurgencies: Constituent Power and the Modern State**, University of Minnesota Press, 1999: 10-16.
- Oktay, Cemil. *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, İstanbul: Alfa, 2003: 53.
- Özbudun, Ergun. "Anayasalcılık ve Demokrasi", İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016:1.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2018: 165.
- Özev, Hilmi. "Meşruiyet Kavramının Dönüşümü", *Bilim ve Sanat Vakfı Bülteni*, 2005, [https://bisav.org.tr/userFiles/yayinlar/makaleler/2weber%20%20%20%20%20legitimay.doc](https://bisav.org.tr/userFiles/yayinlar/makaleler/2weber%20%20%20%20legitimay.doc)
- Pasquino, Pasquale. 'The Un-Constituted Power of the People: Article 138 of the Italian Constitution and Popular Referendum', *Italian Law Journal*, 2017:143.
- Penna, L. R. "The Diceyan Perspective Of Supremacy And The Constitution Of Singapore", *Malaya Law Review*, V: 32, No: 2, 1990: 209.
- Peter, Fabienne. "Political Legitimacy" içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017:1-2.
- Pitkin, Hanna Fenichel. "The Idea of a Constitution", *Journal of Legal Education*, V: 37, 1987: 167-169.

- Rawls, John. **Justice as Fairness: A Restatement**, Cambridge: Harvard University Press, 2001: 2-4.
- Rios, J. Colon., “The Legitimacy of the Juridical Power, Constituent: Democracy and the Limits of Constitutional Reform”, *Osgoode Hall Law Journal*, V:48, 2010: 235.
- Roberts, Andrew. “The Politics of Constitutional Amendment in Post-communist Europe”, içinde **Constitutional Political Economy**, V: 20 (2), 2009:105-114.
- Roznai, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers**, (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy), 2014: 86.
- Rumph, Christian. **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, (çev. Burak Oder), 1995: 2-4.
- Sadurski, Wojciech. “Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine”, içinde **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim**, (ed. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Uluslararası Sempozyumu, Mart 2010: 24.
- Sağlam, Fazıl. **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, 2013: 1.
- Scheurman, William E. ‘Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt’s Challenge to Carl Schmitt’, *Canada Journal of Law and Jurisprudence*, V.10:1, 1997: 151.
- Schmitt, Carl. **Constitutional Theory** (trans., J. Seitzer), Duke University Press, 2008 [1928]:185-186.
- Sieyès, Emmanuel-Joseph., **What is the Third Estate?** (trans. M. Blondel), Pall Mall Press, 1963 [1789]:126.
- Sinani, Blerton. “A Critical-Legal Overview of the Concept of Constitution As The Highest-Political Act Of The State In The Light Of Constitutional-Juridicial Doctrine”, *Pravni Vjesnic*, V:29, 2013: 2442.
- Sinclair, John. “Legitimate”, *Collins Cobuild English Dictionary*, Harper Collins Publication, London, 1995: 951.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2018: 3.
- Tunaya, Tarık Zafer. **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınları, 1982: 112.
- Tunç, Hasan. **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Gazi Kitabevi, 2018: 4.
- Turinay, Faruk Y. “Bir Kelime Olarak ‘Anayasa’ nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011: 285.

- Türk Dil Kurumu Sözcükleri, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> E. 10.11.2019.*
- Uygun, Oktay. Devlet Teorileri, Oniki Levha, 2019.*
- Vile, M.J. C. Constitutionalism and The Separation Of Powers, (1967 Calendron Press 1st ed.), 2010, Liberty Fund.*
- Wade, Esc/Bradley, Aw. Constitutinal and Admisintrative Law, Longman, 1985: 4-5.*
- Walters, Mark D. Walters. "Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism", içinde Expounding the Constitution, (ed. Grant Huscroft), Cambridge Press, 2008: 270.*
- Weber, Max. Sosyoloji Yazıları, (haz. Hans H. Gerth/C. Wright Mills), (çev. Taha Parla), Metis Yayınları, 2019: 105.*
- Weber, Max. "The Theory of Social and Economic Organization", (ed. Talcott Parsons), Free Press, New York, 1964: 382.*
- Wickramasinghe, Sanduni. "Constitutional Supremacy: To Be Or Not To Be?", SSRN Electronic Journal, 2014: 2.*
- Young, Ernest. 'The Constitution Outside the Constitution', 117 Yale Law Journal, 2007: 399.*

¶ İMPARATORLUK DÜZENİ VE DEVLET

(IMPERIAL ORDER AND STATE)

Prof. Dr. Oktay Uygun * **

ÖZ

Yeryüzünde ilk devletler günümüzden yaklaşık 5.500 yıl önce Mezopotamya'da ortaya çıkmıştı. Devletleşme süreci büyük ölçüde tarım devrimi ile bağlantılıdır. 10.000 yıl öncesine uzanan tarım devrimine kadar, yeryüzünün her köşesinde, insan toplulukları avcılık ve toplayıcılıkla geçinen eşitlikçi, küçük, göçebe veya yarı göçebe kabileler halinde yaşıyordu. Belirli bir alanda yerleşmeyi ve nüfus artışını mümkün kılan tarımsal üretimin başlamasıyla, toplumun eşitlikçi yapısı bozulacak ve ilk kent toplumları ortaya çıkacaktır. İlkel toplumdaki kent toplumuna geçiş, Mezopotamya'nın hemen ardından Mısır'da görülecek, bin yıl sonra (M. Ö. 2000) Hindistan ve Çin'de de yaşanacaktır. İlk devletler kent toplumu üzerinde örgütlenen siyasal iktidarlardı. Devlet biçimi toplumsal yapının evrimine bağlı olarak değişir: Kent toplumu kent devletini (polis-site), feodal toplum feodal devleti, ulusal toplum ulus devleti (modern devlet) ortaya çıkarttı. Beş bin yılı aşan devletli toplumların tarihinde, her çağda, çok sayıda devletini bir araya getiren imparatorluklar da kurulmuştur. Bu yazının konusu imparatorluk olarak adlandırılan siyasal yapının niteliğini sorgulamak ve onun bir devlet biçimi olup olmadığını incelemektir. İmparatorluk ile devleti karşılaştırmak için ilk adım, bu kavramların anlamını açıklığa kavuşturmak olmalıdır. Her iki kavramı asırlar boyunca yaygın biçimde kullanmamıza rağmen, hala siyaset bilimi ve kamu hukuku açısından net bir tanıma kavuşturabilmiş değiliz.

Anahtar kelimeler: Siyasal İktidar, Devlet, İmparatorluk, Global Toplum, Hegemonya, Konfederasyon.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.12.2019. İlk hakem raporu tarihi: 20.12.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 06.01.2020. Onaylanma Tarihi: 08.01.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9027-7292.

Esere Atıf Şekli: Oktay Uygun, “İmparatorluk Düzeni ve Devlet”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.385-406.

ABSTRACT

The first states on earth emerged in Mesopotamia about 5,500 years ago. The emergence of the state is largely linked to the agrarian revolution. Until the agrarian revolution dating back 10,000 years, human societies lived in every corner of the earth as egalitarian, small, nomadic or semi-nomadic hunting and gathering tribes. With the commencement of agricultural production, which makes it possible to settle and increase population in a certain area, the egalitarian structure of the society will be disrupted and the first urban societies will emerge. The transition from primitive society to urban society will take place in Egypt immediately after Mesopotamia, and will take place in India and China a thousand years later (2000 BC). The first states were the political powers organized on urban society. The state form changes depending on the evolution of the social structure: urban society revealed the city-state, feudal society revealed the feudal state, national society revealed the nation state (modern state). In the history of more than five thousand years of state societies, empires that have brought together many states have emerged in every age. The subject of this article is to question the quality of the political structure called empire and to examine whether it is a form of state. The first step in comparing the empire with the state should be to clarify the meaning of these concepts. Although we have used both concepts extensively for centuries, we still have not achieved a clear definition of political science and public law.

Keywords: *Political Power, State, Empire, Global Society, Hegemony, Confederation.*

Devleti imparatorluk düzeni ile karşılaştırabilmek için yaygın olarak benimsenen hukuki tanımların ötesine geçmeliyiz. Kamu hukukçuları, genellikle, devleti üç unsur üzerinden tanımlar; onu *millet, ülke ve egemenlik unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş varlık* olarak nitelendirir. Bu tanım, kent devleti, feodal devlet ve ulus devlet şeklinde devletin tarihsel süreç içinde geçirdiği evrimi yansıtmak bakımından yetersiz; onu imparatorluk düzeni ile karşılaştırmak bakımından ise eksiktir. Devleti daha derinlikli kavrayabilmek için, öncelikle, onun hangi toplumsal yapılar üzerinde kurulduğunu incelemek gerekir. Böyle bir inceleme için “iktidar”, “global toplum”, “siyasal iktidar” ve “egemenlik” gibi kavramları sıklıkla kullanacağız. O halde, ilk iş olarak bu kavramları açıklığa kavuşturmalıyız. Ardından imparatorluğun gerçek doğasını ve bir devlet biçimi olup olmadığını ele alabiliriz.

İktidar

İktidarın yaygın tanımlarından biri, başkalarının davranışlarını etkileyebilme ve kontrol edebilme yeteneğidir.¹ Bazı kişilerin diğerlerini etkileme, kontrol etme ya da yönetmesi anlamında iktidar ilişkisi, insanlar arasındaki en yaygın ilişki biçimlerinden biridir. Böylesi ilişki biçimleri en küçük topluluklarda, hatta yalnızca iki kişi arasında bile görülür. Bunun nedeni, ne kadar küçük olursa olsun, her tür insan grubunda, grubun tümü için geçerli kararlar alma, bu kararları uygulama ve çıkabilecek uyuşmazlıkları çözme gereksiniminin bulunmasıdır. Bu gereksinim, anne, baba ve çocuktan oluşan üç kişilik bir ailede de, iki elemanı bulunan bir işyerinde de ortaya çıkar. Birden çok kişinin bir araya geldiği, az çok süreklilik arz eden bütün insan topluluklarında söz konusu gereksinimin ortaya çıkması, bu gereksinimi karşılayacak bir otoritenin de ortaya çıkmasını gerektirmiştir.

Global Toplum

İnsanlık tarihi bize insan türünün sosyallik içgüdüğü yüksek varlıklar olduğunu ve her zaman bir topluluk düzeni içinde yaşadıklarını söylüyor. Bu topluluklar doğal bir grup olan aileden başlayarak akrabalık temeline dayanan veya mesleki, dinsel, ideolojik nitelikte daha büyük ve karmaşık yapılarda kendini gösterir. Bu türden toplulukları içinde barındıran en büyük toplum global toplumdur. Maurice Duverger'in önerdiği "global toplum" kavramı, kendi dışında bir topluma tabi olmayan, başka bir toplumun parçası olmayan en büyük toplumu ifade ediyor. Günümüzde, uluslar en büyük (global) toplumlardır.² Devlet olarak adlandırdığımız siyasal iktidar global toplum ölçeğinde ortaya çıkan iktidardır. Global toplum içinde yer alan daha küçük topluluklarda da değişik iktidarlar ortaya çıkabilir. Ailede, dernekte, şirkette, belediyede, okulda da iktidarlar vardır ancak bu topluluklar daha büyük bir topluluğun parçasıdır ve ona bağımlıdır. Dolayısıyla, bu ölçeklerde kurulan iktidarlar da global toplum ölçeğinde ortaya çıkan iktidara bağımlıdır.

Tarihteki global toplumların nasıl sınıflandırılacağı konusu tartışmalıdır. Yaygın olarak benimsenen sıralamayı şu şekilde yapabiliriz: 1) İlkel

¹ Bkz: Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi* (Çev. Ş. Tekeli), Varlık Yayınları, İstanbul, 1982, s.189-194; Philippe Braud, *Siyaset Sosyolojisi* (Çev. E. C. Gürçan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s.87-107 İktidar kavramına farklı bakış açılarının değerlendirildiği iki çalışma için bkz: Syeven Lukes, *Power: A Radical View*, Palgrave Macmillan, 2005; Donald V. Kurtz, *Political Anthropology*, Westview Press, Colorado, 2001, s.20-38.

² Duverger 1982, s.40-45.

Toplum, 2) Kent Toplumu, 3) Feodal Toplum, 4) Ulus. İlk global toplum biçimi “arkaik toplum”, “eski toplum”, “basit toplum” veya “başlangıç toplumu” kavramlarıyla da ifade edilen *ilkel toplum* olarak belirlemiştir. Türkçe eserlerde daha çok “kabile” olarak geçen bu toplumun, günümüz antropologları tarafından üç farklı biçimde örgütlendiği (takım, kabile, aşiret) genellikle kabul edilir. Az sayıda aileyi veya soy grubunu bir araya getiren ilkel toplumda üretim araçları üzerinde özel mülkiyet yoktur, sosyal sınıflar henüz oluşmamıştır. İlkel toplumdan sonraki global toplum biçimi *kent toplumdur*. Özel mülkiyetin, köleliğin ve sınıfların ortaya çıktığı bu toplum biçiminde, çok sayıda kabile bir kent devletinin yurttaşı olmak vasfıyla birleşmiştir. Toplumu birleştiren temel öge, kan bağından yer (toprak-ülke) bağına doğru evrilmektedir. Avrupa tarihi göz önüne alınırsa, kronolojik olarak üçüncü sıraya *feodal toplumu* yerleştirmek gerekecektir. Son global toplum tipi ise *uluslardır*.

Global toplumların ilkel toplum, kent toplumu, feodal toplum ve ulus şeklinde sınıflandırılması, pek çok detayı atlayan, son derece basitleştirici bir kategorizasyondur. Örneğin, bu yazının konusunu oluşturan *imparatorluklar* sıralamada yer almamıştır. İmparatorlukların bazılarının kısa süreli olması ve fethedilen topraklar üzerinde yaşayan insanlar arasında sıkı bağlar kuramamış olması nedeniyle, yeni bir global toplum tipi (imparatorluk toplumu) yaratamadığı söylenebilir. Ancak bu konuda, başarılı olmuş sayılabilecek Mısır ve Roma gibi örnekler de vardır. İmparatorluk yeni bir global toplum tipiye, imparatorluk ölçeğindeki siyasi iktidarın da yeni bir devlet tipi olarak kabul edilmesi gerekir. Öyleyse yanıtlamamız gereken soru, imparatorluğun sosyal yapısının bir global toplum olarak nitelendirilecek derecede bütünleşmiş olup olmadığıdır.

Siyasal İktidar

İmparatorlukların sosyal yapısını ele almadan önce, devlet iktidarının özelliklerini açıklığa kavuşturmamız yararlı olacaktır. Devlet iktidarı global toplum ölçeğinde ortaya çıkmakla birlikte, tüm global toplumlar devlet iktidarına sahip değildir. Kuşkusuz, global toplumların tümünde, toplumun temel yasasını koruyan, gözeten ve toplumsal yapının sürekliliğini sağlayan bir *siyasal iktidar* mevcuttur. Esasında, toplum biçiminde örgütlenmenin zorunlu kıldığı güçlü dayanışma ve aidiyet duygusu, toplumun bütün üyelerini bağlayan temel kuralları ve bu kuralların ihlali halinde yaptırım uygulayacak bir iktidarı zorunlu kılar. Bu bağlamda, *siyasal iktidarsız*

toplum olmaz sözü bir gerçeği ifade ediyor.³ “Toplumları iktidarın var olduğu ve iktidarın var olmadığı toplumlar diye iki gruba ayıramayız. Tam tersine, siyasal iktidar evrenseldir; toplum ister kan bağları, ister toplumsal sınıflarca belirlenmiş bulunsun, toplumsal yapıda içkin olarak vardır... Siyasal iktidar insanın doğasından, yani doğal bir varlık olarak insandan kaynaklanan bir zorunluluk değilse bile, toplumsal yaşamın özünden kaynaklanan bir zorunluluktur... Başka bir deyişle, iktidardan yoksun bir toplum yoktur.”⁴

Devlet

Yukarıda alıntıladığımız Pierre Clastres’in vurguladığı gibi, siyasal iktidarsız toplum olmaz. İktidar ve siyasal iktidar kavramları, günümüz insanı için genellikle yöneten-yönetilen ayrımını çağırırsa da, bu ayrıma dayanmayan siyasal iktidarlar vardır. İlk global toplum olan ilkel toplum düzeyinde ortaya çıkan iktidar, büyük ölçüde bu niteliktedir: Kabile, içinden çıkardığı bir kişiye ya da kesime yönetme yetkisi vermez; kendi kendini yönetir. Global toplumun yönetenler şeklinde bir kesim ile yönetilenler şeklinde bir başka kesim olarak bölüdüğü yerde, siyasal iktidar devlete dönüşmüştür. Devlet iktidarı, tarihsel olarak ilkel toplumdan sonra gelen ikinci global toplum tipinde; kent toplumunda ortaya çıkmıştır. Yeryüzünde ilk kent toplumlarının hangi coğrafyalarda ortaya çıktığı ve toplumu yöneten-yönetilen şeklinde ikiye bölen devlet iktidarının hangi sebeplerle kurulduğu konusu artık büyük ölçüde aydınlatılmıştır.⁵ Kent devleti, devletin aldığı ilk biçimdir. Diğer devlet biçimleri, sırasıyla, feodal devlet ve modern (ulus) devlet olarak tarih sahnesine çıkmıştır.

Siyasal iktidarın en büyük, başka toplumun parçası olmayan global toplum ölçeğinde kurulan iktidar olduğunu söylediğimizde, onu diğer iktidar biçimlerinden ayıran beş temel özelliğinden birini ifade etmiş olduk. İkinci ayırt edici özelliği; aile, dernek veya şirket gibi kurumlarda ortaya çıkan diğer tüm sosyal, ekonomik, dinsel vb. iktidarlardan *üstün* olmasıdır. Diğer iktidarlar siyasal iktidara tabidir. Buradaki üstünlük “mutlak iktidar” olarak anlaşılmalıdır. Özellikle çağdaş demokratik hukuk devletlerinde, siyasal

³ Georges Balandier, *Siyasal Antropoloji* (Çev. D. Çetinkasap), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s.78.

⁴ Pierre Clastres, *Devlete Karşı Toplum* (Çev. M. Sert, N. Demirtaş), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul, 1991, s.22.

⁵ Devletin kökeni hakkında farklı görüşler ve siyasal antropolojinin bu konuya ilişkin son bulgularının değerlendirmesi için bkz: Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 11-58.

iktidarı sınırlayan güçlü siyasal gelenekler veya üstün anayasa kuralları vardır. Ayrıca, çoğulcu demokrasilerde, karar alma süreçlerine toplumdaki pek çok iktidar odağı bir şekilde katılır. Yine de, başka iktidarların toplumun tümü için alınacak kararları etkilemesine izin veren, siyasal iktidarın temel normlarıdır. Üçüncü özellik, siyasal iktidarın ekonomik, dinsel vb. iktidarlardan farklı olarak, belirli konularda değil, *tüm konularda yetkili* iktidar olmasıdır. Diğer bir deyişle, global toplum düzeyinde ortaya çıkan bu iktidarın yetkisi de globaldir (topyekündür). Siyasal iktidar, en büyük toplumun tümünü örgütleyen, koruyan, geliştiren ve başkalarına karşı savunan topyekün iktidardır. Dördüncü özellik, ilk üç özelliğin doğal bir sonucu olan *tek* olmaktır. Bir toplumda birden çok dini veya ekonomik iktidar olabilir, ama siyasal iktidar tektir. Beşinci özellik, siyasal iktidarın *fiziksel şiddet* kullanmasının, aldığı kararları zorla uygulamasının en azından toplumun çoğunluğu tarafından meşru görülmesidir. Diğer iktidarlar etkilerini ikna, manevi baskı veya disiplin cezası gibi araçlarla sağlayabilirler ama kuvvet kullanmaları meşru görülmez. Devlet iktidarı, her global toplumun zorunlu unsuru olan siyasal iktidarın gösterdiği bu beş özelliğe sahiptir. Bu özelliklere ek olarak, devletli toplumlar yöneten-yönetilen biçiminde iki farklı kesime ayrılır. Devlet, sosyolojik bakımdan (yasama, yürütme ve yargı şeklinde) kurumlar içinde örgütlenmiş bir yöneticiler topluluğu, hukuki bakımdan ise (anayasa gibi) temel kamu hukuku ilkeleri olarak kendisini gösterir.

İmparatorluk Kavramı

Devlet ve onun üzerinde yükseldiği global topluma ilişkin bu açıklamaların ardından imparatorluk kavramını ele alabiliriz. Tarihte imparatorluk olarak adlandırılan siyasal örgütlenmeler büyük çeşitlilik gösterir. Bazıları kara, bazıları deniz imparatorluklarıdır; bazıları askeri, bazıları ticari imparatorluklardır. Bazıları dünya imparatorluğu, bazıları bölgesel imparatorluk olarak nitelendirilir. Bazıları kurucusunun ölümüyle dağılır, bazıları ise yüzyıllarca varlığını sürdürür. Bazıları kıtalara yayılan geniş toprakları elinde tutar, Avusturya-Macaristan gibi bazıları ise bir ulus devletten (örneğin Fransa'dan) daha geniş topraklara sahip değildir. Üstelik, imparatorluk olarak adlandırılan siyasal sistemler, devlet ortaya çıktıktan sonraki zaman diliminde, her çağda görülmüştür. Günümüzde bazı yazarlar, Amerika Birleşik Devletleri'ni, diğer devletler üzerindeki belirleyici etkisi nedeniyle "imparatorluk" olarak nitelendirir. Bu durumda, Babil ile Osmanlı'yı, Roma ile ABD'yi tek bir kavram altında incelemek gerekir ki, bu hiç kolay değildir. Konuya ilişkin bilimsel çalışmalar son derece zayıftır.

Bir yazarın belirttiği gibi, “siyaset bilimi bu kavramı bir tanıma oturtmak ve örneklerle desteklemek yerine, günlük gazeteciliğin eline bırakmıştır.”⁶

İmparatorluk kavramı Latince *imperium* sözcüğünden gelir. Günümüzdeki “egemenlik” kavramına yakın bir anlama sahip olan bu sözcük, Roma uygarlığının ilk dönemlerinde, bir Roma konsülünün uzak yerlerde yönetim ve fetihlerle elde ettiği gücü ifade ediyordu. Avrupa’da, modern çağın hemen öncesinde, imparatorluk kavramı ek bir anlam kazandı: Başka hiçbir hükümdarın veya dinsel otoritenin (Papalığın) iktidarına tabi olmamak; diğer bir deyişle, mutlak bağımsızlık. Yirminci yüzyılda bu kavram siyasal bir yapıyı ifade etmenin ötesinde kültürel veya ekonomik bir olgu olarak da kullanılmaya başlanacak ve içeriği giderek belirsiz hale gelecektir. Tarihteki imparatorluklar, bir devletin kendi toprakları dışındaki topraklar üzerinde doğrudan fiziksel kontrolü sağlayacak siyasi, askeri ve hukuki organizasyonunu ifade ederdi. Günümüzde ise, imparatorluk kavramını, kolonileştirme veya işgal olmaksızın bir devletin diğerleri üzerindeki ticari, finansal veya kültürel etkisi olarak tanımlayan yazarlar da vardır. Popüler dilde, güçlü bir devletin güçsüz devletlerle her düzeydeki ilişkisinin imparatorluk veya emperyalizm kavramlarıyla ifade edildiğini görüyoruz. Devlet teorisi bakımından, “imparatorluk” bu kadar geniş ve kapsayıcı bir anlama sahip değildir. Bu kavram, bir devletin çevresindeki ülkeler ve halklar üzerindeki herhangi bir etkisini değil; ordusu, bürokrasisi ve hukuku ile desteklenen fiziksel kontrolünü ifade eder. Yirminci yüzyıl, bu tür imparatorlukların hızlı biçimde dağılmasına tanıklık etti. Yirmi birinci yüzyılda ise, neredeyse bütün güçlü devletler için kendi toprakları dışında doğrudan fiziksel kontrol tesis etmek zor, pahalı ve riskli bir özellik haline gelmiştir. Bu nedenle, güçlü devletler güçsüz devletler üzerinde daha dolaylı nüfuz yöntemleri geliştirdiler. Bu yöntemlerin nasıl adlandırılacağı ve günümüzde imparatorluk düzeninin yerini neyin almakta olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Ancak fiziksel kontrol içermeyen bu yöntemlerin, “yayılmacı dış politika” veya “hegemonya” gibi kavramlar yerine “imparatorluk” olarak adlandırılması devlet teorisi bakımından doğru olmayacaktır.⁷

Burada, imparatorluk çağının sona erdiği gibi bir iddiada bulunulmadığına dikkat edilmelidir. İmparatorluklar, devletli toplumların

⁶ Herfried Münkler, *İmparatorluklar: Eski Roma’dan ABD’ye Dünya Egemenliğinin Mantığı* (Çev. Z. A. Yılmaz), İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s.18.

⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz: Stephen Howe, *İmparatorluk* (Çev. S. Gül) Dost Kitabevi, Ankara, 2015, s.22-49; Eric. H. Cline, Mark W. Graham, *Antikçağ İmparatorlukları* (Çev. E. Duru) Say Yayınları, İstanbul, 2017, s. 10-15.

ortaya çıktığı tarihten itibaren her çağda kendini göstermiştir. İmparatorluk düzeni oldukça esnek ve kendini tekrarlayabilen bir yapıdır. Bu nedenle, gelecekte de bir devletin diğerleri üzerinde fiziksel kontrolü anlamında imparatorluklar kurulabilir. Bu bağlamda, günümüzde uluslararası hukukun temel ilkesi kabul edilen ve Birleşmiş Milletler Şartı'nda vurgulanan devletlerin egemenliği ve eşitliği esası, yüzyıllar sonrasında geriye dönüp bakıldığında “geçici” bir durum ve dönem olarak yorumlanabilir. Kalıcı olan siyasal modelin egemen devletler değil, çok sayıda devleti kontrol altında tutan imparatorluklar olduğu savunulabilir.⁸ Kuşkusuz, güçlü devletlerin güçsüz devletler üzerindeki kontrolü, onları kendi ulusal çıkarları doğrultusunda yönlendirme çabaları askeri işgali gerektiren türde bir fiziksel kontrol olmadan da başarılabilir. Günümüzde uluslararası ilişkilerde görülen yaygın model budur. Bugünden geçmişe baktığımızda insanlık tarihinde sürekli tekrarlanan bir örüntüyü hemen fark edebiliriz: Yeryüzünde ilk devletler ortaya çıktıktan sonra, istisnasız her dönemde, güçlü toplumlar/devletler güçsüz toplumlar/devletler üzerinde üstünlük kurmaya çalışmakta, onları kendi çıkarları doğrultusunda sömürmeye ve yönlendirmeye çalışmaktadır. Bu çabanın fiziksel kontrolü mümkün kılacak araçlarla yapılması durumunda ortaya çıkan yapıyı imparatorluk olarak kavramsallaştırmak, başka araçlarla gerçekleştirilmesi durumunda ise başka kavramlara müracaat etmek daha doğru gözüküyor.

İmparatorluk ve Devlet

İmparatorlukların bugüne dek görülen üç devlet tipinden (kent devleti, feodal devlet ve ulus devletten) önemli ölçüde farklılaştığını görüyoruz. Bu farklılıklar siyasal yapının sınırları ve insan unsuru bakımından belirgin hale gelir. Devletlerde, kural olarak, kesin hatlarla belirlenmiş katı sınırlar vardır. Sınırlar içindeki toprak parçası *ülke, anavatan, yurt* gibi kavramlarla yüceltilir; bu toprakların korunması için insanlar ölümü göze alır. Özellikle ulus devlette, siyasal, iktisadi ve kültürel sınırlar genellikle örtüşür. Buna karşılık imparatorluk sınırları esnektir, kısa aralıklarla değişebilir, yarı geçirgendir ve kutsallık kazanmamıştır. İmparatorluğun siyasi ve iktisadi sınırları farklılaşır, kültürel sınırlar diye bir kavram ise kolay kolay oluşmaz.

⁸ Bu konuda bkz: Alexander J. Motly, “İmparatorluğu Düşünmek”, *İmparatorluk Sonrası* Ed. Barkey, Karen – Hagen Mark Von, (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, 2012, s.35-47. Howe'un görüşleri de benzerdir. “Dünya tarihinin büyük bölümünü imparatorlukların tarihi oluşturur. Hatta yeterince geniş bir tanım yapıлып yeterince geriye gidilirse, tüm tarihin imparatorluk ya da koloni tarihi olduğu söylenebilir.” Howe 2015, s.7.

Devletler, sınırları içindeki nüfusun *bütünleşmesini* sağlamaya çaba gösterir, bunu başardıkları ölçüde daha güçlü olacaklarını kabul ederler. Buna karşılık, imparatorluklar genellikle bütünleşme politikasını hedeflemez: sınırları içindeki halkları *böl ve yönet* kuralı sayesinde bir arada tutarlar. İmparatorluklar çoğu kez devasa büyüklükte toprakları ve üzerinde yaşayan çok sayıda halkı kontrol etmek zorunda olduğundan, en az personel ve en düşük maliyetle çevre birimlerin itaatini sağlamak yoluna başvurur. Bu zorunluluk, bir yandan çevre birimlerdeki mevcut iktidar yapılarına fazla müdahale edilmemesi, onlara çok geniş bir özerklik sağlanması anlamına gelirken, diğer yandan, çevre birimlerin ortak düşman sayılan merkeze karşı birleşmemesi için “böl ve yönet” tarzı politikaları kaçınılmaz kılar. Merkez, kontrol altındaki halklar arasındaki etnik, dinsel, dilsel, bölgesel farklılıklardan kaynaklanan gerginlikleri büyütür, bu birimlerin kendisine karşı mücadele etmek üzere birleşmesine fırsat tanımaz.

Devletlerde, kural olarak, kişiler ülkenin her köşesinde aynı yasal haklara sahiptir. Kanun önünde eşitlik ilkesinin henüz kabul edilmediği eski devirlerde, aristokratların, din adamlarının, serflerin ve diğerlerinin farklı statüleri devletin başkentinde de, uzak bölgelerinde de aynıydı. Oysa imparatorluklarda, imparatorluk merkezinden uzaklaştıkça kişiler haklar ve imkanlar bakımından dezavantajlı olmaya başlar. Çoğu durumda imparatorluk, kurucu devletin (merkezin), sonradan kontrolü altına aldığı çevre birimleri sömürmesi esasına dayanır. Kolayca görülebileceği gibi, imparatorluğu devletten ayıran bu özellikler, imparatorluk ahalisinin iç dayanışması güçlü bir global toplum olarak bütünleşmesine hizmet etmemektedir.⁹

İmparatorluklar, bir devletin çevresindeki diğer devletleri/halkları kontrol altına almasıyla ortaya çıkar. Ancak çevredeki devletlerin fethi, bir siyasal yapının imparatorluk olarak nitelendirilebilmesi için ilk adımdır: Fethedilen topraklar üzerinde imparatorluk bürokrasisinin, ordusunun ve hukukunun da kurulması gerekir. Aksi halde, söz konusu olan yeni ve büyük bir siyasal sistem değil, güçlü bir devletin yayılmacı/emperyalist dış politikasıdır. Bu politikanın kalıcı hale gelmesi ve fetihden beklenen yararların sağlanması için kurumsallaşması gerekir. İşte, güçlü bir imparatorluk bürokrasisi, ordusu ve hukuku tesis edildiğinde, kurumsallaşma sağlanır ve adına imparatorluk dediğimiz siyasal yapı ortaya çıkar. Bu yapının bütünü bir global toplum olmadığı gibi, bir devlet de değildir. Çünkü kontrol altına

⁹ Münkler 2009, s.11, 32.

alınan halklar tek bir halka dönüşecek biçimde bütünleşmemiş ve bu halklar üzerinde tek bir siyasal merkez kurulamamıştır.

İmparatorluğu, kurucu/merkezi bir devlet ile güç kullanılarak bu merkeze belirli ölçüde bağımlı kılınan çevre birimlerin oluşturduğu bir siyasal sistem olarak tanımlayabiliriz. “Merkezi iktidar yayıldığı alanın her bir büyük parçasında bir miktar askeri ve mali denetim sahibidir ama dolaylı yönetimin başlıca iki unsuruna müsamaha gösterir: 1) Her bir parçanın yönetimi için özel, ayrı sözleşmelerle mevcut yönetim mercilerinin korunması ya da yenilerinin tesis edilmesi; 2) Merkeze itaat etme, vergi ödeme, onunla askeri işbirliği yapmaya karşılık kendi bölgelerinde hatırı sayılır özerklik sahibi araçlarla iktidarın kullanılması... İmparatorluklar, çeşitli sözleşmelerle dolaylı olarak yönetirler, çünkü esasen, kendi yetki alanlarında ciddi yetkilere sahip olmayı sürdüren yerel iktidar sahiplerinin zorla da olsa gösterdikleri işbirliğinin yardımıyla, mevcut siyasi oluşumların askeri olarak fethedilmesiyle büyümüşlerdir.¹⁰

İmparatorluklarda, genellikle, kurucu devletin ülkesi doğrudan merkezden, fethedilen ülkeler ise dolaylı olarak yerel kurumlar, yerel yasalar ve yerel yöneticiler aracılığıyla yönetilir. Çoğu kez, kontrol altına alınan ülkelerde mevcut iktidar yapıları korunur, bir kaç istisna dışında bu ülkeler kendi yasalarını kendileri yapmaya devam ederler. Bu tür çevre birimler, doğrudan merkezden yönetilmeyen özerk eyaletler görünümündedir. Modern çağda bu çevre birimler *bağlı devlet* ve *manda* gibi isimler almıştır. İmparatorluğun siyasal örgütlenme bakımından devletten en büyük farklılığı, sistem içindeki siyasal birimlerin ilişkileri bakımındandır. Şimdi bu noktayı biraz açalım:

Tek bir şehirden daha büyük her devlette, bir merkez ve değişik sayılarda çevre birimler bulunur. İmparatorlukta merkez ile çevre birimler arasında doğrudan ekonomik ve siyasal ilişkiler kurulurken, çevre birimlerin kendi aralarında bu ilişkiler ya hiç yoktur veya çok zayıftır. Oysa devlet tiplerinde merkez ile çevre birimler arasındaki dikey ilişkiler kadar, çevre birimlerin kendi aralarındaki yatay ilişkiler de güçlüdür. Bir yazar, imparatorlukların bu durumunu bisiklet tekerleğine benzetir. Tekerleğin göbeğinden çıkan metal çubuklar tekerleğin çevresiyle merkezi arasında doğrudan bir bağ oluşturur ama çubuklar arasında herhangi bir bağlantı yoktur. Oysa, devlet tipleri otomobil tekerleği gibidir: Göbekten çevreye uzanan jant yekparedir

¹⁰ Charles Tilly, “İmparatorluklar Nasıl Yıkılır?”, *İmparatorluk Sonrası* Ed. Barkey, Karen – Hagen Mark Von, (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, 2012, s.14.
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)

ve sadece merkez ile çevreyi değil, tüm çevresel birimleri de birleştirir.¹¹ Amerika kıtasındaki İspanyol kolonilerinin tümü merkez ile güçlü bağlara sahipti ama birbirleri arasında ekonomik veya siyasal bağlar yoktu. Çevre birimler, birbirleriyle ancak merkezin iniyasitifi ile ilişki kurabiliyordu. Bu anlamda, merkez ile çevre birimlerin ilişkisi bisiklet tekerleğine benziyordu. İngiliz İmparatorluğu'nun Amerika kıtasındaki kolonileri arasındaki bağlar ise İspanyol örneğine göre daha güçlüydü. Nitekim, koloniler birleşerek merkeze karşı bağımsızlık savaşı verebildiler; savaşın kazanılmasından 10 yıl sonra da, tek bir *federal devlet* çatısı altında birleşebildiler. Bu tür bir birleşme, kıtadaki İspanyol kolonileri için söz konusu olmamış, imparatorluk dağılınca çevre birimler yollarına bağımsız devletler olarak devam etmiştir.

İmparatorluk, Hegemonya, Konfederasyon

İmparatorluğu güçlü bir devletin izlediği yayılmacı/emperyalist dış politikadan daha merkezi, buna karşılık, henüz devlet olacak kadar merkezileşmemiş bir siyasal yapı olarak ifade ediyoruz. Bir başka deyişle, imparatorluklar özerk bölgeler, bağlı devletler, ayrıcalıklı şehirler, merkezden yönetilen eyaletler gibi çok farklı unsurları barındıran ama tek bir devlet haline gelmemiş siyasal yapılardır. Günümüzde buna benzer başka siyasal yapılar da vardır: Konfederasyonlar ve hegemonik yapılar. Konfederasyona bir örnek Avrupa Birliği'dir. Avrupa Birliği henüz tek bir devlet değildir ama tek bir devletin çevresindekiler ile işbirliği yapmak üzere izlediği dış politikadan da daha merkezi bir siyasal yapıdır. Ayrıca konfederasyonlar, üye devletlerin rızaları üzerinde yükselir; etkili üyeleri olsa da, hiç bir üye diğerlerine nazaran bir siyasal merkez veya kurucu devlet konumunda değildir. Kararlar, tüm üyelerin katılımıyla oluşturulan konfederal organlar tarafından alınır. İmparatorluk ise, güçlü/kurucu bir siyasal merkez ile çevre devletlerin zoraki birliğidir. Diğer bir deyişle, imparatorlukta bir imparator veya diğer devletleri kontrol eden güçlü bir (kurucu) devlet vardır. Konfederasyonda ise, kural olarak, tüm üye devletlerin hukuki bakımdan eşitliği söz konusudur.

İmparatorluk hegemonik siyasal yapılardan da farklıdır. Hegemonya, uluslararası hukuk bakımından eşit kabul edilen devletler arasındaki işbirliğinde, bir devletin üstünlüğünü ifade eder. Hegemonik ilişkide, konfederasyonda olduğu gibi süreklilik arzeden resmi organların bulunması

¹¹ Alexander J. Motyl, *Imperial Ends: The Decay, Collpase, and Revival f Empires*, Columbia University Press, New York, 2001, s.8.

gerekmez. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ABD, hegemonya için tipik örnektir: Askeri ve ekonomik üstünlüğü sayesinde dünyanın pek çok devletini kendi ulusal çıkarları doğrultusunda politikalar izlemeye yöneltebilmektedir. Oysa imparatorlukta devletlerin hukuken eşitliği söz konusu değildir; merkezdeki kurucu devlet hem fiilen hem de hukuken üstündür.

İmparatorluklar bir misyon edinir; uygarlığı veya bir inanç sistemini tüm dünyaya yaymak gibi. Hegemonyada ise bir misyona sahip olmak gerekli değildir. Amaç, hukuken eşit kabul edilen diğer devletler üzerinde belirli bir üstünlük sağlayarak güvenliği ve bazı ekonomik çıkarları garanti altına almaktır. İmparatorluğun barışı sağlamada hegemonyaya göre daha başarılı olduğu kabul edilir. Çünkü hegemonik yapıda, devletler en üstün olmak için rekabet eder, çatışır. Oysa imparatorlukta, kurucu devletin üstünlüğü tartışılmaz, diğer devletler ikincilik veya üçüncülük için yarıdır. Geçmişte, dünya barışını sağlamak için tek bir dünya imparatorluğunun kurulması gerektiği fikri güçlü biçimde savunulmuştur. Romalıların hedefi de buydu. 13. yüzyılda *Dante Alighieri* (1265-1321), barışın sağlanmasının tek yolu olarak evrensel bir krallığı savunmuştu. Dante bu krallığın ülkesini *dünya*, ahalisini *insanlık*, hükümetini de *imparator* olarak tanımlamıştır.¹² Günümüzde, Avrupa siyasal düşüncesi, barışın sağlanmasında emperyal bir egemenlik modelinden çok, Kant'ın 1795 tarihli *Ebedi Barış Üzerine* adlı eserinde savunduğu, eşit haklara sahip egemen devletlerin anlaşmasıyla ortaya çıkacak bir iktidar modeline değer vermektedir.¹³

Bir İmparatorluk Ne Zaman Devlete Dönüşür?

İmparatorluk bir devlet biçimi değildir. Ama çok uzun süren imparatorlukların devlete dönüşme ihtimali vardır. Peki, böyle bir dönüşümün gerçekleşip gerçekleşmediğini nasıl anlarız? Bu konuda karar verirken imparatorluğun hem siyasal hem de sosyal yapısına bakmak gerekir. Siyasal yapıda merkezîyetçiliğin derecesi ile sosyal yapıda imparatorluk ahalisinin bütünleşme derecesi dikkate alınmalıdır. Kuşkusuz, çok sayıda ve çok çeşitli halklardan oluşan bir kitlenin tek bir global topluma dönüşecek derecede bütünleşmesi ancak merkezi siyasal yapıların başaracağı bir iştir. İmparatorluk ahalisi *kabile*, *kent toplumu*, *feodal toplum* veya *ulus* gibi iç dayanışması güçlü bir halka dönüşmüş ise, ortada yeni bir global toplum (bir tür büyük ulus) vardır ve bu global toplumun siyasal

¹² Bkz: İlhan Akın, *Kamu Hukuku*, Beta, İstanbul, 1987, s.61.

¹³ Münkler 2009, s.134.

iktidarını yeni bir devlet tipi olarak kabul edebiliriz. Buna karşılık, imparatorluk ahalisi kendisini tek bir siyasal kimlik ile tanımlayamıyor ve ortak bir kimliği yaşatacak güçlü dayanışmayı üretmiyor ise, henüz bir global toplum oluşmuş değildir.

Bu konuda, Amerika kıtasındaki İngiliz ve İspanyol kolonilerini karşılaştırmak yararlı olabilir. Her iki imparatorluk da bir global toplum yaratmamış olmakla birlikte, kendisinden ayrılan kolonilerin kaderi farklı olmuştur. 1776’da İngiltere’den bağımsızlığını kazanan Kuzey Amerika’daki 13 eski koloni, kısa sürede tek bir devlet çatısı altında birleşmeye imkan veren sosyal ve siyasal kimliği oluşturmayı başarmıştır: Amerikan halkı, en azından 1860’ların başındaki iç savaştan sonra, bir ulus olarak nitelendirmeyi hak edecek ölçüde bütünleşmiştir. Buna karşılık, İspanyol kolonileri bağımsızlıklarını kazandığında yollarına bağımsız devletler olarak devam etmiştir. Çünkü, imparatorluk döneminde bu halkları birbirlerine yaklaştıracak koşullar oluşmamıştır.

Sovyetler Birliği Örneği

İmparatorluk ahalisinin tek bir global topluma dönüşüp dönüşmediğinin test edilmesi bakımından yirminci yüzyıla ait daha çarpıcı bir örnek verilebilir: *Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği – SSCB (1922-1991)*. Altmış dokuz yıllık katı merkeziyetçi politikalara ve kuruluşundan itibaren tek bir federal devlet olduğunu iddia etmesine rağmen, SSCB bir global toplum (bir Sovyet ulusu) yaratmayı başaramamıştır. SSCB, Rusya, Ukrayna, Kazakistan, Azerbaycan, Ermenistan, Litvanya gibi günümüzde bağımsız devlet olan 16 Cumhuriyetin halklarının üzerinde Marksist ideolojiye göre şekillenen yeni bir insan ve yeni bir toplum yaratma hedefi için bütün kaynaklarını seferber etmişti. Fakat bu çaba yani bir “Sovyet Ulusu” yaratma projesi Rusça üzerinden yürütüldüğü için, Rusya dışındaki Cumhuriyetlerde *Ruslaştırma politikası* olarak algılandı ve tepki gördü. Ruslar ise, bu projeyi ulusal kimliklerini zayıflatan bir girişim olarak gördüler. SSCB dağıldığında, 16 Cumhuriyetin tamamında, eski ulusal kimliklerin varlıklarını güçlü bir şekilde korumuş olduğu anlaşıldı.¹⁴

SSCB’nin bir “devlet” yerine “imparatorluk” olarak nitelendirilmesi pek çok kişiye şaşırtıcı gelebilir. Bu siyasal birliğin katı merkeziyetçi bir anlayışla yorumlanan Marksist ideolojiye sahip olması ve federal bir devlet kurmak amacıyla çevre siyasal birimlerine merkezde temsil imkanı tanıyan

¹⁴ Karen Barkey, Mark Von Hagen, *İmparatorluk Sonrası* (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, 2012, s.255.

anayasal kurumlar oluşturması, onu geleneksel imparatorluklardan farklılaştırmakta ve devlete yaklaştırmaktadır. Buna karşılık, içerdiği 16 Cumhuriyetin etnik, dinsel ve dilsel yonden farklılaşan halklardan oluşması ve bu halkların –teorik düzeyde de kalsa- birlikten ayrılma konusunda anayasal bir hakka sahip olması SSCB’yi modern ulus devletlerden farklılaştırmakta, konfederasyon ve imparatorluk düzenine yaklaştırmaktadır.¹⁵ Hobsbawm’ın dediği gibi, “Birinci Dünya Savaşı Habsburg, Romanov ve Osmanlı İmparatorluklarının belini bkmş olsa da, Ekim Devrimi aslında Rus İmparatorluğu’nu yeni bir temele dayanarak yeniden kurmuştu; bir başka deyişle, eski imparatorlukların yapamadığı Şeyi yapmış, ulus-devletin karşısına ‘ulusal olmayan’ bir alternatif çıkarmıştı.”¹⁶

1977 tarihli Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası’nın 72.maddesi, “*her birlik cumhuriyetinin Sovyetler Birliği’nden serbestçe ayrılma hakkı vardır*” hükmünü taşıyordu. Sovyetler Birliği’nin kurucusu Lenin’in, 1917’de, birliği oluşturan uluslar için vazgeçilmez olarak nitelendirdiği ayrılma hakkı, 1924 ve 1936 Anayasalarında da yer almıştı. Bu hakkın tanınmasının gerekçesi, Sovyetler Birliği’nin, eşit haklara sahip cumhuriyetlerin gönüllü katılımı ile kurulduğu iddiasıydı. Bu yaklaşım, Birleşik Devletlerde ve bazı federasyonlarda sözleşme teorisinden hareketle ayrılma hakkının varlığını savunan görüşlerle paraleldir.¹⁷

Anayasal düzeyde tanınmasına karşın, Sovyetler Birliği, ayrılma hakkının pratiğe aktarılması bakımından akla gelebilecek en son lkelerden biri, belki de sonuncusuydu. Bu ülkede, cumhuriyetlerin ayrılma hakkından yararlanabilmeleri, çeşitli nedenlerden ötürü mümkün değildi. Bunun en önemli nedeni, bütün cumhuriyetlerin Komünist Parti aracılığıyla merkezden yönetilmesi idi. Katı merkezizetçi yönetim altında, hiç bir cumhuriyetten ayrılma hakkının kullanılmasına ilişkin bir istemin gelmesi söz konusu olamazdı. Cumhuriyetler, teorik olarak, birlikten “*serbestçe*” ayrılma hakkına sahip olmalarına karşın, okullarda okutulacak ders kitaplarının seçiminden yeni bir karayolu yapılmasına kadar, bazı ülkelerde

¹⁵ Barkey-Hagen 2012, s.251.

¹⁶ E. J. Hobsbawm, “İmparatorlukların Sonu”, *İmparatorluk Sonrası* Ed. Barkey, Karen – Hagen Mark Von, (ev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, 2012, s.26.

¹⁷ Bkz: Preston King, *Federalism and Federation*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1982, s.110. Anayasalarında eyaletlerine ayrılma hakkı tanıyan federasyonlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Oktay Uygun, *Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, XII Levha Yayınları, İstanbul, s.193-197. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:1 (2020)*

yerel yönetimlerin yetkisine giren pek çok konuda Moskova'dan izin almak zorundaydılar.¹⁸

Anayasa hukuku açısından bakıldığında, Sovyetler Birliği Anayasası, ayrılma hakkının varlığı ile çelişen hükümler içeriyordu. En azından, bu hakkın kullanılmasını merkezi yönetimin takdirine bağlı kılan bir sistem kurulmuştu. Merkezi yönetimin yetki alanını belirleyen 73. madde ve merkezi yönetimin bir organı olan SSCB Yüksek Sovyet Prezidyumu'nun görevlerini düzenleyen 121–127. maddeler, ayrılma hakkının kullanılmasını, devletin güvenliğinin ve sosyalist devriminin çıkarlarının korunması gibi çeşitli açılardan sınırlamaktaydı.¹⁹

16 Cumhuriyetin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği çatısı altında birleşmesi özgür iradeleriyle ve rızaya dayalı olarak gerçekleşseydi, bu siyasal yapıyı, tek bir federal devlete dönüşmeyi hedefleyen bir konfederasyon olarak adlandırmak mümkün olabilirdi. Gerçekte ise SSCB, bir siyasal merkez (kurucu devlet) olan Rusya'nın, çevre birimler olan 15 Cumhuriyeti (en azından bunların çoğunluğunu) rızaları olmaksızın kendi kontrolü altına aldığı bir imparatorluk düzeniydi. O nedenle, anayasasında federal bir devlet olduğu yazmakla birlikte, SSCB'nin katı merkezîyetçi politikalar izleyen bir imparatorluktan ulus devlete dönüşmeden dağıldığını kabul etmek gerekir.

¹⁸ Bkz: Stephan Kux, *Soviet Federalism: A Comparative Perspective*, Institute for East-West Security Studies, New York, 1990, s.2.

¹⁹ Bkz: Lee C. Buchheit, *Secession : The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, New Haven, 1978, s.121-127; Kux 1990, s.32 vd.; Gregory Gleason, *Federalism and Nationalism : The Struggle for Republican Rights in the USSR*, Westview Press, Boulder, 1990, s. 48 vd. Nitekim Sovyetler Birliği dağılma sürecine girdiğinde, cumhuriyetlerin ayrılma hakkını kullanmak istemeleri üzerine, devlet başkanı Gorbaçov, merkezi yasama organı olan Yüksek Sovyet'in bu konuyu düzenleyen bir yasa çıkaracağını ve ancak yasada belirtilen esaslar çerçevesinde ayrılma hakkının kullanılabileceğini belirtti. Söz konusu yasa, ayrılma hakkının kullanılmasını şu esaslara bağlıyordu: 1) Ayrılmak isteyen cumhuriyette referandum yapılacaktır. 2) Cumhuriyet içindeki özerk bölgelerde ve diğer etnik yerleşim birimlerinde ayrı referandum yapılmasına izin verilecektir. 3) Referandumda, ayrılma isteği 2/3 çoğunlukla kabul edilmeliydi. 4) Bu oran gerçekleşmezse, 10 yıl boyunca ayrılma yönünde bir başka referandum yapılmayacaktır. 5) Referandumdan sonra, 5 yıllık bir geçiş süreci içinde, cumhuriyetler, başta mali sorunlar ve toprak konuları olmak üzere, merkezi yönetim, diğer cumhuriyetler ve kendi ülkelerindeki azınlıklarla olan sorunlarını çözeceklerdi. 6) Cumhuriyetlerin ayrılma talepleri Sovyetler Birliği Halk Temsilcileri Kongresi'nin onayına sunulacaktır. Bkz: Kux 1990, s. 33.

İmparatorluk Toplumu Yaratılmasında Başarılı (!) Örnekler

Çoğu imparatorluklar, genellikle tek bir insanın kurduğu ve onun ölümüyle birlikte dağılma sürecine giren kişisel rejimlerdir. İskender'in kurduğu *Makedon İmparatorluğu* ile Cengiz Han'ın *Moğol İmparatorluğu* gibi. Birincisi 13, ikincisi 88 yıl ayakta kalabilmiştir. Global toplum tipi içinde değerlendirilmek bakımından, imparatorluk ahalisinin kabile veya ulus örneğindeki gibi asırlarca devam edebilen istikralı bir model olması gerekir. İmparatorluk bürokrasisi, ordusu ve hukuku ile bir kaç asır boyunca çok sayıda halk üzerinde etkili bir kontrol sağlandığında, bir imparatorluk toplumunun ortaya çıkma şansı doğabilir. Çevresel koşulların da yardımıyla bu toplumun üyeleri ortak değerler, normlar ve alışkanlıklar üretebilir, imparatorluk içindeki ilişkiler dışarıdaki halklarla ilişkilerden çok daha sık ve yoğun hale gelebilir, güçlü bir siyasal kimlik ve dayanışma oluşabilir. Sonuçta, ortaya yeni bir global toplum çıkabilir. Bu durum söz konusu olduğunda, imparatorluk toplumu üzerindeki iktidarı da “devlet” olarak nitelendirmek mümkün olacaktır. Peki, geçmiş imparatorluklar acaba bu denli bütünleşmiş bir toplumsal yapı oluşturmuş mudur? Soruyu şu şekilde de sorabiliriz: Ahalisi tek bir global topluma, iktidarı da devlete dönmüş imparatorluklar var mıdır?

Tablo 5: Bazı İmparatorluklar ve Ömürleri²⁰

Mısır	M.Ö. 3.150 - M.Ö. 31	3.119 yıl
Çin	M.Ö. 221 - M.S. 1912	2.123 yıl
Bizans	395 – 1453	1.058 yıl
Kutsal Roma-Cermen	962 – 1806	844 yıl
Osmanlı	1299 – 1923	624 yıl
Roma	M.Ö. 27 - M.S 395	422 yıl
İspanyol	1492 – 1898	406 yıl
Rus	1547 – 1917	370 yıl
Pers	M.Ö. 558 - M.Ö. 330	228 yıl
Babil	M.Ö. 2017 - M.Ö. 1794	223 yıl
İngiliz	1707 – 1927	220 yıl
Akad	M.Ö. 2340 - M.Ö. 2159	181 yıl
Avusturya	1804 – 1918	114 yıl
Moğol	1206 – 1294	88 yıl
Sovyetler Birliği	1922 – 1991	69 yıl
Alman	1871 – 1918	47 yıl
Makedon	M.Ö. 336 - M.Ö. 323	13 yıl

²⁰ Özellikle eski imparatorlukların ömürleri hakkında yazarlar arasında uzlaşma yoktur. Burada verilen bilgiler genellikle benimsenen rakamlardan oluşmaktadır. Bkz: Amelie Kuhrt, *Eski Çağ'da Yakınoğu C. I – II* (Çev. D. Şendil), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010; Helmut Uhlig, *Tarihin Başlangıcında Bir Halk: Sümerler* (Çev. N. Ersoy), Telos Yayıncılık, İstanbul, 2006; Motly 2001; Münkler 2009. Tabloda yer alan *Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu*'nun pek çok bakımdan diğerlerinden farklılaştığını gözden kaçırmamak gerekir. İmparatorluk düzeninin ayırmedici unsurları olan imparatorluk ordusu, imparatorluk bürokrasisi ve imparatorluk hukuku bakımından bu yapının ciddi eksikleri vardır. İmparatorluk 300'ü aşkın krallık ve feodal beyliğin üzerinde yükselmekle birlikte, gerçekte üstün olan imparator değil, onu seçen Alman prensleriydi. İmparatorluk babadan oğula geçmezdi ve imparator izleyeceği politika için onu seçenlerin onayını almak zorundaydı. İmparatorluğun (merkezi) bir ordusu olmadığı gibi, bağımsız mali kaynakları, çevre birimleri yönetecek hükümeti ve bürokrasisi de yoktu. Voltaire'in deyişiyile, ne kutsal, ne Romalı, ne de imparatorluktu. Bkz: Oral Sander, *Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e*, İmge Kitabevi, Ankara, 1999, s.101. Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu, zaman zaman bu makalede tanımlanan "imparatorluk" kavramına yakınlaşsa da, genellikle, askeri işlevinin öne çıktığı bir konfederal siyasal yapıydı. Bkz: Giulio Sodano, "Kutsal Roma İmparatorluğu", *Orta Çağ* (Ed. Umberto Eco, L. T. Basmacı), Alfa Yayınevi, İstanbul, 2017, s.72-76.

Yeni bir global toplum tipi olarak bir imparatorluk toplumunun ortaya çıkması bakımından en önemli husus, kurucu devletin kontrolü altına aldığı halkları bütünleşmiş tek bir topluma dönüştürme amacının ve kapasitesinin varlığıdır. Bazı imparatorluklarda bu amaç bulunmadığından, uzun ömürlü olsalar da bir global topluma dönüşmemişlerdir. Diğer bazıları böyle bir amacı gerçekleştirmeye çalışmış, ancak koşullar bunun için elverişli olmamıştır. İlk imparatorluklardan *Akad* ve *Babil* söz konusu bütünleşmeyi sağlamak bakımından çok zayıf örneklerdir: Ne uzun süreli olabilmişler, ne de kontrolü altındaki insanların güçlü bir dayanışma üretecek biçimde bütünleşmesini sağlayabilmişlerdir. *Akad* kralları, bazı bakımlardan katı merkezîyetçi politikalar izlemekle birlikte, tüm kent devletlerinin üzerinde yeni bir toplumsal kimlik inşa etme hedefine sahip değillerdi. “*Siyasal kültür ve ideolojinin özü, bir kent devletinin diğerleri üzerinde egemen olması anlayışına odaklıydı. Bu geniş siyasal kümeleşmenin kralının “toprakların kralı” veya “dünyanın dört köşesinin kralı” olmanın dışında ve her şeyden önce, “Akkad kralı” diye anılması, kente aidiyetten ayrı olarak yeni bir “ulusal” kimlik fikri geliştirilmediğini gösteriyordu.*”²¹ Peki, çok iyi incelenmiş örnekler olan ve 3.119 yıl süren *Mısır* veya 422 yıl süren *Roma* için ne söyleyebiliriz?

Mısır ve Roma İmparatorlukları

Tarihteki en uzun imparatorluk *Mısır*’dır. *Mısır*’daki coğrafi koşullar, çok sayıda kent devleti halkının üç bin yılı aşan birlikteliğini mümkün kılmıştır. Nil nehrinin bereketi güçlü bir merkezi devleti ayakta tutmuş, nehrin sağladığı ulaşım kolaylığı kontrol altındaki halkların parçalanmasını engellemiş ve çevredeki çöller bu halkların dış halklarla iletişimini önlemiştir. *Mısır*’da asırlar boyunca devam eden bu elverişli çevresel koşullar acaba kabile veya ulus kadar dayanışması güçlü bir *imparatorluk toplumu* yaratmış mıdır? *Roma*’nın lehine söylenebilecek olanlar da *Mısır*’dan daha az değildir. Ama *Roma İmparatorluğu*’nun coğrafi koşullar bakımından *Mısır* gibi avantajlara sahip olmadığını kabul etmek gerekir.

Roma İmparatorluğu’nun toprakları, kontrol altına alınan halkları bölen ırmaklar, denizler ve dağlarla doludur. İmparatorluğun değişik bölgeleri arasında ekonomik ve siyasal ilişkiler zayıftır. Çevre birimlerin imparatorluk dışı halklarla iletişim imkanları, bazı yerlerde daha yaygındır. Bununla birlikte, *Roma*, fethettiği topraklarda güçlü bir askeri ve idari bürokrasi kurmuş, etkili bir hukuk sistemi oluşturmuş, halkları

²¹ Kuhrt 2010, s.72.

kaynaştırarak eşitlikçi bir ideolojiyi beraberinde götürmüştür. Yunan uygarlığının kazançlarını Avrupa, Asya ve Kuzey Afrika'ya taşımış, çok sayıda diyalektin yerine Batı'da Latinceyi, Doğuda Yunancayı geçirmiştir. Uygur dünyanın farklı bölgeleri arasında, sonraki yüzyıllarda bir daha erişilemeyecek düzeyde moral ve entelektüel birlik sağlamayı başarmıştır.²²

Pek çok yazar, Roma'nın bir imparatorluk toplumu yaratmak bakımından *Caracalla Fermanı*'nın önemine vurgu yapar. İmparatorlar, bir süredir, fethettikleri topraklarda yaşayan halklara kademeli olarak vatandaşlık haklarını tanıyorlardı. M.S. 212'de imparator Caracalla, bir fermanla imparatorluk içindeki tüm özgür insanları Roma vatandaşı kabul etti. Yunan yazar Aelius Aristides'e (117-181) göre, "Roma bir dünya devletidir ve Yunan şehirlerinin başaramadığı bir işi başararak medeni bir dünya kurmuştur. Bu devlette bir efendi ve onun köleleri yoktur; bir lider ve onun yönettiği özgür insanlar bulunur. Yunanlar ve barbarlar diye bir ayırım da bulunmaz; herkes devlet önünde eşittir. Yöneticilerin Romalı olmasına gerek yoktur; imparatorluğun çeşitli yerlerinden gelebilirler... Eyalet sakinlerine Roma vatandaşlığı verilerek Roma toplumunun bir parçası yapılmalarını büyük bir övgüyle karşılayan Aristides, insanlık tarihinde böyle bir uygulamaya rastlanmadığını ekler. İmparatorluk vatandaşlık hakkını dağıtarak, Romalılığı sadece bir şehre aidiyet göstergesi olmaktan çıkartmış ve halkların paylaştığı bir milliyet duygusu haline getirmiştir."²³

Caracalla Fermanının çıkartılmasında vergi gelirlerinin artırılması ve düzenli ödemelerin güvence altına alınması gibi etkenler rol oynasa da, sonuçları itibariyle bu politika siyasal yapıyı imparatorluktan çıkartıp devlete dönüştürme potansiyeli ve amacı taşıyordu. Kuşkusuz, imparatorluğun devlete dönüşmesinden kastedilen, Roma kültürünün kontrol altındaki halklara dayatılması şeklinde bazı modern ulus devletlerin benimsediği zorunlu asimilasyon politikası değildir. İmparatorluk ahalisinin tek ve türdeş bir kültürü benimsemesi o günün koşullarında mümkün olmadığı gibi, Romalıların da böyle bir hedefi yoktu. Modern devletler türdeş bir ulusal kültürün yaratılmasını ulusal bütünlüğün sağlanması bakımından çok önemli görse de, Roma, kontrol altına aldığı toprakların bütünlüğü için güçlü bir ordunun varlığı ile kanunlara her yerde uyulmasının sağlanmasını yeterli görüyordu. Peki, fethedilen ülke halklarına vatandaşlık verilmesi beklenen faydayı sağladı mı? Fermanın hemen

²² Duverger 1982, s.433; Sander 1999, s.39.

²³ Gürkan Ergin, *Anadolu'da Roma Hakimiyeti: Direniş ve Düzen*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s.222.

ardından pek çok eyalet sakininin Caracalla adını alması, bu girişimin çevre birimlerde karşılık bulduğunu gösterir. “Ancak kararnamenin ardından Roma tek bir millet olmadı; sınırları içinde yaşayan herkesin paylaştığı tek ve bir örnek kültüre dönüşmedi. Bunun yerine, imparatorluk, çoğu kısmen Romalılaşmış aristokratlar tarafından idare edilen farklı yerel kültürleri barındırmaya devam etti. Derin kültürel kökler, sınıflara dayalı bir hiyerarşinin altında varlığını sürdürdü.”²⁴

Mısır ve Roma örnekleri, uzun süre varlığını koruyabilen imparatorlukların yeni bir global toplum tipi yaratmak bakımından önemli bir aşama kaydedebileceklerini gösteriyor. Yine de, Mısır ve Roma'nın, kontrolleri altındaki halkları yeni bir siyasal kimlik altında birleştirerek kabile veya ulus kadar güçlü bir dayanışma yarattığını söylemek zor. Roma yurttaşlığı güçlü siyasal bağlardan çok, kırılğan ahlaki ilkeler üzerinde yükseliyordu. En güçlü döneminde Roma, kontrol ettiği halkları güçlü ve tek bir siyasal kimlik altında birleştiremeyen ama dünya barışını sağlamayı başaran *bürokratik bir siyasal yapı* olarak nitelendirilebilir. Mısır bu konuda Roma'dan bir derece daha ileridir. Kontrolü altındaki halklar için ortak dinsel bağlar kurmayı da bir ölçüde başarmıştır. Maurice Duverger'ye göre, Mısır'ın kontrolü altındaki halklar bir ulusa dönüşmüştü: “Nil vadisinde ilk ulus yani bir kent sınırını aşan, bir çok kenti oldukça yaygın bir alan üzerinde bir araya getiren ilk yerleşik global toplum ortaya çıkmıştır.”²⁵

Mısır ve Roma örneklerinden hareketle, imparatorluk ordusu, bürokrasisi ve hukukunun varlığına rağmen, imparatorluk düzenini devletten farklılaştıran temel özelliğin, kontrol altına alınan halkların tek bir global topluma, bir ulusa dönüşmemesi olduğu söylenebilir. Bütün imparatorluklar çeşitli halklardan ve topluluklardan oluşmuştur; imparatorluğun kurucu devletleri bu gruplar üzerinde ortak bir toplumsal kimlik inşa edememiş veya bunu yapmayı amaçlamamıştır. O nedenle, imparatorluğu bir devlet tipi olarak değil, güçlü bir devletin kontrol altına aldığı diğer devletler veya halklarla kurduğu rızaya dayalı olmayan bir siyasal sistem olarak tanımlayabiliriz.

²⁴ Ergin 2019, s.481.

²⁵ Duverger 1982, s.431.

KAYNAKÇA

- Akın, İlhan (1987) *Kamu Hukuku*, Beta, İstanbul
- Balandier, Georges (2010) *Siyasal Antropoloji* (Çev. D. Çetinkasap), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Barkey, Karen – Hagen Mark Von (2012) *İmparatorluk Sonrası* (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul
- Braud, Philippe (2017) *Siyaset Sosyolojisi* (Çev. E. C. Gürcan), İmaj Yayınevi, Ankara
- Buchheit, Lee C. (1978) *Secession : The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, New Haven
- Clastres, Pierre (1991) *Devlete Karşı Toplum* (Çev. M. Sert, N. Demirtaş), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul
- Cline, Eric. H., Graham, Mark W. (2017) *Antikçağ İmparatorlukları* (Çev. E. Duru) Say Yayınları, İstanbul
- Duverger, Maurice (1982) *Siyaset Sosyolojisi* (Çev. Ş. Tekeli), Varlık Yayınları, İstanbul
- Ergin, Gürkan (2019) *Anadolu'da Roma Hakimiyeti: Direniş ve Düzen*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Freeman, Charles (2003) *Mısır, Yunan ve Roma: Antik Akdeniz Uygarlıkları* (Çev. S. K. Angı), Dost Kitabevi, Ankara
- Gleason, Gregory. (1990) *Federalism and Nationalism : The Struggle for Republican Rights in the USSR*, Westview Press, Boulder
- Hobsbawm, E. J. (2012) “İmparatorlukların Sonu”, *İmparatorluk Sonrası* Ed. Barkey, Karen – Hagen Mark Von, (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, s.25-31
- Howe, Stephen (2015) *İmparatorluk* (Çev. S. Gül) Dost Kitabevi, Ankara
- King, Preston (1982) *Federalism and Federation*, John Hopkins University Press, Baltimore
- Kuhrt, Amelie (2010) *Eski Çağ'da Yakındoğu C. I – II* (Çev. D. Şendil), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Kux, Stephan (1990) *Soviet Federalism: A Comparative Perspective*, Institute for East-West Security Studies, New York
- Motyl, Alexander J. (2001) *Imperial Ends: The Decay, Collpase, and Revival f Empires*, Columbia University Press, New York
- Motyl, Alexander J. (2012) “İmparatorluğu Düşünmek”, *İmparatorluk Sonrası* Ed. Barkey, Karen – Hagen Mark Von, (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, s.35-49

- Münkler, Herfried (2009) *İmparatorluklar: Eski Roma'dan ABD'ye Dünya Egemenliğinin Mantığı* (Çev. Z. A. Yılmaz), İletişim Yayınları, İstanbul
- Sander, Oral (1999) *Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e*, İmge Kitabevi, Ankara
- Sodano, Giulio (2017) “Kutsal Roma İmparatorluğu”, *Orta Çağ* (Ed. Umberto Eco, Çev. L. T. Basmacı), Alfa Yayınevi, İstanbul, 2017, s.72-76
- Tilly, Charles (2012) “İmparatorluklar Nasıl Yıkılır?”, *İmparatorluk Sonrası* Ed. Barkey, Karen – Hagen Mark Von, (Çev. E. Kılıç) Versus Kitap, İstanbul, s.11-24
- Uhlig, Helmut (2006) *Tarihin Başlangıcında Bir Halk: Sümerler* (Çev. N. Ersoy), Telos Yayıncılık, İstanbul
- Uygun, Oktay (2007) *Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, XII Levha Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (2019) *Devlet Teorisi*, XII Levha Yayınları, İstanbul

**№ 7194 SAYILI KANUN’LA GETİRİLEN BAZI TEMEL
VERGİ DEĞİŞİKLİKLERİ**
(SOME BASICS TAX AMENDMENTS MADE THROUGH
THE ACT 7194)

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk * **

ÖZ

Türk vergi sisteminde yeni düzenlemeler yapıldı. 7.12.2019 tarihli değişikliklerle üç adet yeni vergi getirildi ve çeşitli kanun maddeleri değiştirildi. Gelir vergisinde yüzde kırkık yeni bir oran oluşturuldu. Her üç vergi ve gelir vergisi düzenlemesi uygulamada çeşitli yapısal ve hukuki problemlere yol açabilecek hükümler içermektedir. Bu düzenlemelerin neler getirdiği ve ne gibi problemlere yol açtığı bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

***Anahtar kelimeler:** Vergi Hukuku, Dijital Hizmet Vergisi, Konaklama Vergisi, Değerli Konut Vergisi, Gelir Vergisi.*

ABSTRACT

New regulations were introduced in Turkish tax system. With the amendments dated 7.12.2019, three new taxes were introduced and various articles were amended. Forty percent new income tax rate introduced. All three tax and income tax regulations contain provisions that may lead to various structural and legal problems in practice. The subject of this study is to explain these regulations and caused problems.

***Keywords:** Tax Law, Digital Services Tax, Accommodation Tax, Valuable House Tax, Income Tax.*

7194 Sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 08.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 23.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 20.01.2020. Onaylanma Tarihi: 24.01.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5672-3553.

Esere Atf Şekli: Hakan Üzeltürk, “7194 Sayılı Kanun’la Getirilen Bazı Temel Vergi Değişiklikleri”, YÜHFD, C.XV, 2020/1, s.407-416.

birlikte vergi sistemimizde temel bazı değişiklikler yapılmış ve üç yeni vergi getirilmiştir.

Söz konusu Kanun, daha önce, T.B.M.M. Genel Kurulu'na 21.11.2019 tarihinde kabul edilerek 7193 kanun numarasıyla yasalaşmış fakat Cumhurbaşkanı tarafından farklı bir alanda, Kanun'un Elektrik Piyasası Kanunu'na geçici 8. maddenin eklenmesini öngören 50. maddesinin bir kez daha görüşülmesi için 02.12.2019 tarihinde T.B.M.M.'ne geri gönderilmiştir.

Bunun üzerine, T.B.M.M. tarafından tekrar görüşülen ve metninden 50. madde çıkarılan 7193 sayılı Kanun 7194 numarasıyla 5.12.2019 tarihinde kabul edilip Cumhurbaşkanı onayını sonrasında 7.12.2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yeni kanun yürütme ve yürürlük maddeleriyle birlikte 53 maddeden oluşmaktadır. Adı, "7194 Sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" olmuştur. Ayrıca konu ile ilgili 7.12.2019 tarihinde 2019/138 sayılı Vergi Sirküleri yayınlanmıştır.

7194 sayılı Kanun'la aşağıda detayları belirtilen üç yeni vergi getirilmiş ve gelir vergisi dilimi beşe çıkarılarak yüzde kırklık yeni oran oluşturulmuştur.

1. Dijital Hizmet Vergisi

Kanunun ilk yedi maddesi kapsamında Türkiye'de sunulan bazı hizmetlerden elde edilen hasılat dijital hizmet vergisine tabidir. Bunlar:

- Dijital ortamda sunulan her türlü reklam hizmetleri (reklam kontrol ve performans ölçüm hizmetleri, kullanıcılarla ilgili veri iletimi ve yönetimi gibi hizmetler ile reklamın sunulmasına ilişkin teknik hizmetler dâhil);
- Sesli, görsel veya dijital herhangi bir içeriğin (bilgisayar programları, uygulamalar, müzik, video, oyunlar, oyun içi uygulamalar ve benzerleri dâhil) dijital ortamda satışı ile bu içeriklerin dijital ortamda dinlenmesine, izlenmesine, oynanmasına veya elektronik cihazlara kaydedilmesine veya bu cihazlarda kullanılmasına yönelik dijital ortamda sunulan hizmetler;
- Kullanıcıların birbirleriyle etkileşime geçebilecekleri dijital ortamların sağlanması ve işletilmesi hizmetleri (kullanıcılar arasında bir mal veya hizmetin satılmasına veya satılmasının kolaylaştırılmasına yönelik sunulan hizmetler dâhil);

- Yukarıda sayılan hizmetlere yönelik dijital ortamda dijital hizmet sağlayıcıları tarafından verilen aracılık hizmetlerinden elde edilen hasılat da dijital hizmet vergisine tabidir.

Burada bazı terimler önem arz etmektedir. Hasılatın elde edilmesi, hasılatın mahiyet ve tutar itibarıyla kesinlik kazanmış olmasını ifade etmektedir. Hizmetin Türkiye’de sunulması ise hizmetin Türkiye’de sunulmasını, hizmetten Türkiye’de faydalanılmasını, hizmetin Türkiye’de bulunan kişilere yönelik gerçekleştirilmesini veya hizmetin Türkiye’de değerlendirilmesini ifade etmektedir. Değerlendirmeden maksat, hizmetin karşılığını teşkil eden ödemenin Türkiye’de yapılması veya ödeme yurt dışında yapılmışsa, Türkiye’de ödeyenin veya nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya kârından ayrılmasıdır. Dijital ortamda sunulan reklam hizmetinin Türkiye’de bulunmayan kişilere yönelik gerçekleştirilmesi durumunda hizmet Türkiye’de değerlendirilmiş sayılmaz.

Dijital hizmet vergisinin mükellefi, dijital hizmet sağlayıcılarıdır. Bunların, Gelir Vergisi Kanunu ya da Kurumlar Vergisi Kanunu bakımından tam mükellef olup olmaması, dar mükellefiyette söz konusu faaliyetleri Türkiye’de bulunan iş yeri veya daimi temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirip gerçekleştirmemesi dijital hizmet vergisi mükellefiyetine tesir etmez. Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, iş yerinin, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması hâlleri ile gerekli görülen diğer hâllerde Hazine ve Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanlar ile işleme ve ödemeye aracılık edenleri verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir.

Dijital Hizmet Vergisi ile ilgili muafiyet ve istisnalar başlığı altında da bazı hükümler getirilmiştir. Bu çerçevede, ilgili hesap döneminden önceki hesap döneminde, 1. maddede sayılan hizmetlere ilişkin, Türkiye’de elde edilen hasılatı 20 milyon Türk lirasından veya dünya genelinde elde edilen hasılatı 750 milyon eurodan veya muadili yabancı para karşılığı Türk lirasından az olanlar dijital hizmet vergisinden muafır. Mükellefin, finansal muhasebe açısından konsolide bir grubun üyesi olması hâlinde, bu hadlerin uygulanmasında grubun verginin konusuna giren hizmetlere ilişkin elde ettiği toplam hasılat dikkate alınır.

Cumhurbaşkanı, birinci fıkrada yer alan hadleri verginin konusuna giren hizmet türlerine göre ayrı ayrı veya birlikte sifıra kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir.

Dijital hizmet vergisinin matrahı, ilgili vergilendirme döneminde verginin konusuna giren hizmetler nedeniyle elde edilen hasılattır. Hasılatın

döviz ile hesaplanması hâlinde döviz, hasılatın elde edildiği tarihte geçerli olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden Türk parasına çevrilir. Verginin matrahından gider, maliyet ve vergi adı altında indirim yapılmaz. Dijital hizmet vergisi, fatura ve fatura yerine geçen belgelerde ayrıca gösterilmez. Dijital hizmet vergisi mükelleflerince ödenen dijital hizmet vergisi, bu mükellefler tarafından gelir ve kurumlar vergisine esas safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebilir.

Dijital hizmet vergisi oranı %7,5'tir. Dijital hizmet vergisi, matraha oranının uygulanması suretiyle hesaplanır. Bu şekilde hesaplanan vergiden herhangi bir indirim yapılmaz. Cumhurbaşkanı, üçüncü fıkrada belirtilen oranı, hizmet türleri itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte %1'e kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Dijital hizmet vergisi, mükellef veya vergi sorumlusu olan gerçek veya tüzel kişi adına tarh olunur. Adi ortaklıklarda, verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere, ortaklardan herhangi biri adına tarhiyat yapılır.

Dijital hizmet vergisinde vergilendirme dönemi, takvim yılının birer aylık dönemleridir. Ancak Hazine ve Maliye Bakanlığı, hizmet türlerine ve mükelleflerin faaliyet hacimlerine göre birer aylık vergilendirme dönemi yerine üçer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir.

Dijital hizmet vergisi, mükellefin beyanı üzerine tarh olunur. 3. maddenin ikinci fıkrasının uygulandığı durumlarda, bu beyan vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar tarafından yapılır. Mükellefler ve vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar, dijital hizmet vergisi beyannamelerini, vergilendirme dönemini takip eden ayın sonuna kadar ilgili vergi dairesine vermekle yükümlüdürler. Dijital hizmet vergisi, katma değer vergisi mükellefiyeti bulunan hizmet sağlayıcıları için bu vergi bakımından bağlı buldukları vergi dairesince, bulunmayanlar bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek vergi dairesince tarh olunur.

Dijital Hizmet Vergisi yanında, 19 Aralık 2018 tarihli ve 30630 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 476 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile 1.1.2019 tarihinden itibaren, internet ortamında verilen reklam hizmetlerine ilişkin olarak, bu hizmeti verenlere veya internet ortamında reklam hizmeti verilmesine aracılık edenlere, mükellef olup olmamasına bakılmaksızın gerçek kişilere yapılacak ödemelerden % 15; dar mükellef kurumlara yapılacak ödemelerden % 15; Türkiye'de kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunan kurumlara yapılacak ödemelerden % 0 oranında stopaj yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

Dijital Hizmet Vergisi'nin yürürlük tarihi 1.3.2020'dir.

2. Konaklama Vergisi

13.7.1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun mülga 34. maddesi başlığı ile birlikte yeniden düzenlenmiş ve 1.4.2020 tarihinden itibaren Konaklama Vergisi getirilmiştir. Buna göre:

- Otel, motel, tatil köyü, pansiyon, apart otel, misafirhane, kamping, dağ evi, yayla evi gibi konaklama tesislerinde verilen geceleme hizmeti ile bu hizmetle birlikte satılmak suretiyle konaklama tesisi bünyesinde sunulan diğer tüm hizmetler (yeme, içme, aktivite, eğlence hizmetleri ve havuz, spor, termal ve benzeri alanların kullanımı gibi) konaklama vergisine tabidir. Geceleme hizmetinin; sağlıklı yaşam tesisleri, eğlence merkezleri gibi tesislerin bünyesinde sunulması, vergilendirmeye etki etmez.
- Konaklama vergisinin mükellefi birinci fıkrada belirtilen hizmetleri sunanlardır.
- Vergiyi doğuran olay, birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin sunulması ile meydana gelir.
- Konaklama vergisinin matrahı, verginin konusuna giren hizmetler karşılığında, katma değer vergisi hariç, her ne suretle olursa olsun alınan veya bu hizmetler için borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamıdır.
- Konaklama vergisinin oranı % 2'dir. Cumhurbaşkanı, bu oranı bir katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, bu sınırlar içinde farklı oranlar tespit etmeye yetkilidir.
- Konaklama vergisi, konaklama tesislerince düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde ayrıca gösterilir. Bu vergiden herhangi bir ad altında indirim yapılamaz. Bu vergi, katma değer vergisi matrahına dahil edilmez.
- Bazı hizmetler konaklama vergisinden müstesnadır. Bunlar: Öğrenci yurtları, pansiyonları ve kamplarında öğrencilere verilen hizmetler; Karşılıklı olmak kaydıyla yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik temsilcilikleri, konsoloslukları ve bunların diplomatik haklara sahip mensupları ile uluslararası anlaşmalar gereğince vergi muafiyeti tanınan uluslararası kuruluşlar ve mensuplarına verilen hizmetler.

- Konaklama vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının birer aylık dönemleridir. Her bir vergilendirme dönemine ait konaklama vergisi, vergilendirme dönemini takip eden ayın yirmi altıncı günü akşamına kadar katma değer vergisi yönünden bağlı olunan vergi dairesine (katma değer vergisi mükellefiyeti bulunmayanlarca tesisin bulunduğu yer vergi dairesine) beyan edilir ve aynı süre içinde ödenir. Hazine ve Maliye Bakanlığı, konaklama vergisi beyannamesinin şekil, içerik ve ekleri ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

3. Değerli Konut Vergisi

7194 sayılı Kanun’la vergi sistemimize giren bir başka yeni vergi Değerli Konut Vergisi’dir. 1.1.2020 tarihinden itibaren uygulanacak olan bu vergi ile ilgili temel özellikler şu şekildedir:

- Türkiye sınırları içinde bulunan mesken nitelikli taşınmazlardan bina vergi değeri veya Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değeri 5.000.000 Türk Lirası ve üzerinde olanlar değerli konut vergisine tabidir.
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce ilgili mevzuat kapsamında yapılan veya yaptırılan değerlendirme sonucunda belirlenen ve değeri 42. maddede yer alan tutarı aşan (bu tutar dâhil) mesken nitelikli taşınmazlar, ilgilileri tarafından ulaşılabilecek şekilde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün internet sitesinde ilan edilir ve ilgisine ayrıca tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren on beşinci günün sonuna kadar Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne itiraz edilmeyen mesken nitelikli taşınmaz değeri kesinleşir. Süresinde yapılan itirazlar, on beş gün içinde değerlendirilerek sonuçlandırılır ve kesinleşen değer, aynı usulle ilan ve ilgisine tebliğ edilir. Bu değer, değerli konut vergisi uygulamasında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değer olarak kabul edilir. Bu vergi uygulamasında, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen bir değer bulunmaması durumunda, bina vergi değeri esas alınarak vergilendirme işlemleri yapılır. Bina vergi değeri, 29 uncu maddeye göre belirlenen vergi değeridir.
- Verginin matrahı, bina vergi değeri ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değerden yüksek olanıdır.

Değerli konut vergisine tabi mesken nitelikli taşınmazlardan değeri;

5.000.000 TL ile 7.500.000 TL arasında olanlar	(Binde 3)
7.500.001 TL ile 10.000.000 TL arasında olanlar	(Binde 6)
10.000.001 TL'yi aşanlar	(Binde 10)

oranında vergilendirilir. Paylı mülkiyette ve elbirliği mülkiyette, matrahın hesabında mesken nitelikli taşınmazın toplam değeri esas alınır.

- Değerli konut vergisini mesken nitelikli taşınmazların maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa mesken nitelikli taşınmaza malik gibi tasarruf edenler öder. Bir mesken nitelikli taşınmaza paylı mülkiyet hâlinde malik olanlar, hisseleri oranında mükelleflerdir. Elbirliği mülkiyette malikler vergiden müteselsilen sorumlu olurlar. Değerli konut vergisi mükellefiyeti; Mesken nitelikli taşınmazın değerinin, bina vergi değeri veya Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değer 42. maddede belirtilen tutarı aştığının (bu tutar dâhil) belirlendiği tarihi; 33(1) ve (7). maddede yazılı vergi değerini tadil eden sebeplerin doğması hâlinde bu değişikliklerin vuku bulduğu tarihi; Muafiyetin sukut ettiği tarihi takip eden yıldan itibaren başlar. Yanan, yıkılan, tamamen kullanılmaz hâle gelen veya vergiye tabi iken muaflık şartlarını kazanan mesken nitelikli taşınmazlardan dolayı mükellefiyet, bu olayların vuku bulduğu tarihi takip eden taksitten itibaren sona erer.
- Bazı mesken nitelikli taşınmazlar, değerli konut vergisinden muaftır. Bunlar: Genel ve özel bütçeli idarelerin, belediyelerin ve üniversitelerin maliki veya intifa hakkına sahip olduğu mesken nitelikli taşınmazlar; Türkiye sınırları içinde mesken nitelikli tek taşınmazı olan kişilerden; kendisine bakmakla mükellef kimsesi olup on sekiz yaşını doldurmamış olanlar hariç olmak üzere hiçbir geliri olmadığını belgeleyenlerin, gelirleri münhasıran kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumlarından aldıkları aylıktan ibaret bulunanların sahip olduğu mesken nitelikli taşınmazlar (intifa hakkına sahip olunması hâli dâhil) (Bu hüküm, belirtilen kişilerin tek meskene hisse ile sahip olmaları hâlinde hisselerine ait kısım hakkında da uygulanır.); Yabancı devletlere ait olup elçilik ve konsolosluk olarak kullanılan mesken nitelikli taşınmazlar ile elçilerin ikametine mahsus mesken nitelikli taşınmazlar ve bunların müstemilatı (karşılıklı olmak şartıyla) ve merkezi Türkiye'de bulunan milletlerarası kuruluşlara,

milletlerarası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerine ait mesken nitelikli taşınmazlar; Esas faaliyet konusu bina inşası olanların işletmelerine kayıtlı bulunan ve henüz ilk satışa, devir ve temlike konu edilmemiş yeni inşa edilen mesken nitelikli taşınmazlar (arsa karşılığı inşaat işlerinde sözleşme gereği taahhüt işini üstlenen müteahhide kalan mesken nitelikli taşınmazlar dâhil) (bu taşınmazların kiraya verilmesi veya sair surette kullanılması hâlleri hariç).

- Mükellef tarafından, mesken nitelikli taşınmaza ilişkin bina vergi değeri ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değer, buna ait vesikalarla, mesken nitelikli taşınmazın bulunduğu yerdeki Gelir İdaresi Başkanlığına bağlı yetkili vergi dairesine, mesken nitelikli taşınmazın değerinin 42. maddede belirtilen tutarı aştığı (bu tutar dâhil) yılı takip eden yılın şubat ayının 20. günü sonuna kadar beyanname ile beyan edilir ve vergi, yetkili vergi dairesince yıllık olarak tarh ve tahakkuk olunur. Müteakip yıllar için mükellef tarafından aynı şekilde yıllık olarak beyanname verilir ve vergi ilgili vergi dairesince tarh ve tahakkuk olunur. Elbirliği mülkiyetinde mükellefler müşterek beyanname verebilecekleri gibi, münferiden de beyanname verebilirler. Paylı mülkiyet hâlinde ise beyanname münferiden verilir. Vergi dairesi tarafından tarh ve tahakkuk ettirilen vergi, ilgili yılın şubat ve ağustos aylarının sonuna kadar iki eşit taksitte ödenir. Yıl içerisinde mükellefiyetin başlamasını gerektirecek durumun meydana gelmesi hâlinde, mükellef tarafından takip eden yılın beyanname verme süresi içerisinde ilgili vergi dairesine beyanname verilir.
- Bu verginin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, muafiyetlerin uygulanmasında aranacak belgeleri tespit etmeye, 47. maddede yer alan beyanname verme ve ödeme sürelerini üç aya kadar uzatmaya, beyannamenin verileceği yetkili vergi dairesini, beyannamenin şekil, içerik ve eklerini belirlemeye ve verginin beyanname aranmaksızın tahakkuk ettirilmesine Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.

4. Gelir Vergisi Tarifesine % 40 Oranı Eklendi

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yapılan değişiklik ile gelir vergisi tarifesine yeni bir dilim ve % 40 oranı eklenmiştir. Buna göre, mevcut tarifenin ilk dört dilimi korunmak suretiyle 500.000 TL'ye kadar gelir elde eden grupların vergi yüklerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır; ancak 500.000 TL ve üzeri gelir elde edenler % 40 oranında

gelir vergisine tabi olacaktır. Bu çerçevede gelir vergisi artık beş dilimli olarak alınacaktır. Yeni dilim ve oranlar şu şekildedir:

18.000 TL'ye kadar	% 15
40.000 TL'nin 18.000 TL'si için 2.700 TL, fazlası	% 20
98.000 TL'nin 40.000 TL'si için 7.100 TL, (ücret gelirlerinde 148.000 TL'nin 40.000 TL'si için 7.100 TL), fazlası	% 27
500.000 TL'nin 98.000 TL'si için 22.760 TL, (ücret gelirlerinde 500.000 TL'nin 148.000 TL'si için 36.260 TL), fazlası	% 35
500.000 TL'den fazlasının 500.000 TL'si için 163.460 TL (ücret gelirlerinde 500.000 TL'den fazlasının 500.000 TL'si için 159.460 TL), fazlası	% 40

Bu düzenleme ile ücret gelirleri dışındaki diğer gelirlere 1.1.2019-31.12.2019 dönemi için yukarıda yer alan yeni tarife uygulanacaktır.

Değerlendirmeler

- Dijital Hizmet Vergisi bakımından geniş sorumluluk düzenlemesi hukuken problemlili bir düzenlemedir. Burada düzenlemeye konu rakamlar dikkate alındığında verginin hedef kitlesinin yurtdışında yerleşik olan ve Türkiye'de kazanç elde eden global şirketler olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle reklam hizmetleri geniş bir vergi alanı olarak görülmektedir. Örneğin Google'ın 2018 reklam gelirleri 116 milyar dolar, Facebook'un 55 milyar dolardır. 2019 rakamları daha da fazla olacaktır. Bu nedenle alan cazip gözükmemektedir. Fransa'da vergilendirilen yabancı şirketler ağırlığı dikkat çekmektedir. Bu durum yabancı şirketler tarafından eleştirilmekte, ayrımcılık iddiaları gündeme getirilmektedir. Bu şirketlerin vergilendirme rejimine tabi oldukları ülkeler bakımından gümrük vergileriyle misillemeler yapılacağı da konuşulmaktadır. Yaptırım olarak zikredilen erişim yasağı vergi sebebiyle diğer alanlardaki özgürlük ve erişimlerin kısıtlanmasına da sebep olabilecektir. Uygulanması bakımından da çeşitli zorluklar bulunan bu verginin yanında bu şirketler bakımından yapılan stopaj uygulaması da çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı ve maliye Bakanlığı'na verilen yetkiler bakımından da hukuka aykırılıklar

bulunmaktadır. Bu tür geniş hacimli ve global düzenlemelerde daha iyi metinler hazırlanması gerekmektedir.

- Turizm bakımından olumsuz etkileri olacağı değerlendirilen Konaklama Vergisi bakımından sektörün itiraz ve değerlendirmelerinin dikkate alınmadığı belirtilmektedir. Gelişmiş bazı ülkeler incelendiğinde benzer vergilerin olduğu görülmektedir. Bunlar Konaklama Vergisi, Şehir Vergisi, Ziyaretçi Vergisi, Otel Vergisi, Turizm Vergisi ve benzeri isimleri alabilmektedir. Genellikle yerel idarelerce alınan bir vergidir. Hukuken bu sektör satışlarının farklı zaman ve mekânlarda yapılması, verginin yürürlüğe gireceği tarihteki statüleri de etkilemektedir. Gelen ilave maliyetlerin yansıtılması bakımından oluşan problemler çözülememiş gözükmektedir. Bu kapsamda bir geçiş süresi verilmesi doğru bir yaklaşım olurdu. Zira yoğun rekabetin olduğu turizm alanlarında ilave vergiler sebebiyle oluşan maliyet artışları sektörü kolaylıkla daraltabilmektedir. Bu da vergi beklentisi sebebiyle turizm gelirlerinde azalma riskini göze almak demektir.
- Değerli Konut Vergisi her yönüyle sorunlu bir düzenleme olarak gözükmektedir. Değer kavramında yer alan rakamların hem belirlenme şekli hem de rakam olarak görünümüleri çok tartışılmaktadır. Birçok konut ile ilgili olarak aşırı değerli gösterildiği iddiaları bulunmaktadır. Bu nedenle itiraz ve dava yolunun yoğun şekilde kullanılacağı alanlardan birisidir. Bu konuda gelen tepkiler sebebiyle hükümet kanadında da bazı adımlar atılabileceği mesajları verilmektedir. Ayrıca tek bir konut sahibi olup da belirlenen rakamları aşan değerde olanlar ile çok sayıda konutu olup belirlenen değerleri aşmayanlar arasında toplam rakam bakımından da servet vergisi niteliğindeki bu vergi bakımından adaletsizlikler karşımıza çıkmaktadır.
- Gelir Vergisi kapsamında getirilen yeni % 40'lık oran ücret gelirleri dışındaki diğer gelirlere 1.1.2019-31.12.2019 dönemi için uygulanacaktır. Bu durum açık bir geriye yürüme olup, hukuka aykırıdır.

Yapılan ve yapılacak vergi düzenlemelerinde hukukun üstünlüğü esas olmalı, vergi prensipleri ve kavramları doğru ve özenli kullanılmalıdır. Aksi takdirde hem vergi gelirleri azalmakta, hem de vergi adaleti içi boş bir kavram olarak kalmakta ve vergiye tepki artmaktadır.